

Studia PRAWNICZE

KWARTALNIK

W numerze:

- Tajemnica bankowa a prywatność - przykład Szwajcarii i Anglii
- Obiektywizacja odpowiedzialności kontraktowej w perspektywie europejskiego prawa umów
- Redukcja utrzymująca skuteczność na tle projektu Księgi pierwszej Kodeksu Cywilnego
- Charakter prawny umowy deweloperskiej w prawie hiszpańskim
- Umowa sprzedaży nieruchomości jako rzeczy przyszłej na tle prawnoporównawczym
- Uwarunkowania prawne odpowiedzialności za odesłania internetowe w Niemczech
- Pojęcie umowy mieszanej
- Owoc zatrutego drzewa? Situation testing jako dowód w sprawach o dyskryminację
- Uwagi w kwestii odpowiedzialności karnej lekarza za zamiechanie *(na podstawie studium przypadku)*

3-4(185-186)

2010

WARSZAWA 2010

WYDAWNICTWO TEKST SP. Z.O.O.

POLSKA AKADEMIA NAUK

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3-4(185-186) 2010

Wydawnictwo Tekst Sp. z o.o.

Warszawa 2010



KOMITET REDAKCYJNY:

*Andrzej Bierć, Janusz Borkowski, Jerzy Ciemniowski, Władysław Czapliński,
Lech Gardocki, Ewa Łętowska, Małgorzata Król-Bogomilska,
Maria Kruk-Jarosz, Maria Matey-Tyrowicz, Joanna Mucha, Jan Skupiński,
Tadeusz Smyczyński, Andrzej Szajkowski, Elżbieta Tomkiewicz,
Roman Wieruszewski, Andrzej Wróbel, Maciej Zieliński*

Redakcja:

*Andrzej Bierć – reaktor naczelny
Tadeusz Smyczyński – z-ca red. naczelnego
Joanna Mucha – sekretarz Redakcji*

© Copyright 2010 by Instytut Nauk Prawnych PAN

Adres Redakcji:

Instytut Nauk Prawnych PAN
ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa
Pałac Staszica
tel. 22 826 52 31 w. 181
fax 22 826 78 53
e-mail: inp@inp.pan.pl

Publikacja dofinansowana przez Instytut Nauk Prawnych PAN
ze środków Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego

Wydawnictwo Tekst sp. z o.o.
ul. Kossaka 72, 85-307 Bydgoszcz
tel./fax 52 348 62 50
e-mail: info@tekst.com.pl
www.tekst.com.pl

Nakład: 350 egz.

SPIS TREŚCI

mgr Patrycja Zawirska

Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk

TAJEMNICA BANKOWA A PRYWATNOŚĆ	
- PRZYKŁAD SZWAJCARII I ANGLII.....	9
I. Pojęcie prywatności – uwagi ogólne	10
II. Rola tajemnicy bankowej w zakresie ochrony prywatności	14
III. Karta Praw Podstawowych	17
IV. Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka	18
V. Prawo szwajcarskie	21
1. Wiadomości ogólne	21
2. Prawo do prywatności w prawie szwajcarskim	23
3. Zakres tajemnicy bankowej w prawie szwajcarskim	24
3.1. Szwajcarski Kodeks Cywilny	24
3.2. Szwajcarski Kodeks Zobowiązań	25
3.3. Federalne Prawo Bankowe	27
3.4. Zakres przedmiotowy	27
3.5. Zakres podmiotowy	28
3.6. Zakres czasowy	28
4. Odpowiedzialność za naruszenie tajemnicy bankowej	29
4.1. Odpowiedzialność cywilnoprawna	29
4.2. Odpowiedzialność karna	30
5. Wyjątki	31
6. Wnioski	31
VI. Anglia	33
1. Wiadomości ogólne	33
2. Prawo do prywatności	34
3. Zakres tajemnicy bankowej	36
3.1. Zakres przedmiotowy	37
3.2. Zakres podmiotowy	38
4. Odpowiedzialność za naruszenie tajemnicy bankowej	39
4.1. Przysługujące środki prawne	41
4.2. Odszkodowanie	41
5. Wyjątki ograniczające zakres odpowiedzialności banku	44
6. Wnioski	44
Podsumowanie	45
BANK SECRECY AND PRIVACY – CASES OF SWITZERLAND AND ENGLAND	48

dr Izabela Makowska

Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk

OBIIEKTYWIZACJA ODPOWIEDZIALNOŚCI KONTRAKTOWEJ W PERSPEKTYWIE EUROPEJSKIEGO PRAWA UMÓW	51
Wstęp	51
Rozwój odpowiedzialności cywilnej – krótki rys historyczny	54
Odpowiedzialność kontraktowa w prawie polskim.....	58
Europejskie regulacje modelowe.....	67
Poziomy obiektywizacji	70
Obiektywizacja na płaszczyźnie pojęcia niewykonania zobowiązania	72
Obiektywizacja odpowiedzialności kontraktowej na płaszczyźnie systemu środków prawnych na wypadek niewykonania zobowiązania ...	74
Obiektywizacja na płaszczyźnie podstaw odpowiedzialności odszkodowawczej <i>ex contractu</i>	80
Indywidualizacja odpowiedzialności odszkodowawczej – zasada przewidywalności szkody	83
Znaczenie winy w zaostreniu zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej.....	85
Podsumowanie.....	87

mgr Piotr Skorupa

Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk

REDUKCJA UTRZYMUJĄCA SKUTECZNOŚĆ NA TLE PROJEKTU KSIĘGI PIERWSZEJ KODEKSU CYWILNEGO	93
I. Uwagi wstępne.....	93
I.1. Funkcja i cel.....	93
I.2. Propozycja projektu Księgi Pierwszej nowego Kodeksu cywilnego z 2008 r.	97
I.3. Przesłanki redukcji utrzymującej skuteczność	98
I.4. Pozostałe zagadnienia.....	100
II. Redukcja utrzymująca skuteczność z perspektywy tzw. nieważności częściowej	101
II.1. Uwagi ogólne	101
II.2. Uwagi o redukcji utrzymującej skuteczność z perspektywy ogólnych przesłanek nieważności częściowej na tle porównawczym.....	106
II.2.1. <i>Ius civile</i>	107
II.2.2. <i>Common law</i>	111
II.3. Dopuszczalność stosowania redukcji utrzymującej skuteczność na mocy sankcji sędziowskiej wg <i>Draft Common Frame of Reference</i> i <i>The Principles of European Contract Law</i> ..	119
II.4. Uwagi o redukcji utrzymującej skuteczność <i>de lege lata</i> w prawie polskim	125
II.5. Szczególne przypadki redukcji utrzymującej skuteczność w aspekcie przydatności jej pozytywnej kodyfikacji.....	130
II.5.1. Nieważność ilościowa.....	130
II.5.2. Wykładnia utrzymująca skuteczność.....	132

II.5.3. Dokonanie redukcji utrzymującej skuteczność na mocy instytucji zastrzeżenia odmiennego skutku naruszenia ustawy	135
III. Wnioski końcowe	140
REDUCING UPHOLDING EFFECTIVENESS IN THE LIGHT OF THE DRAFT OF BOOK ONE OF THE CIVIL CODE	145

mgr Magdalena Dziedzic

Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk

CHARAKTER PRAWNY UMOWY DEWELOPERSKIEJ W PRAWIE HISZPAŃSKIM	147
1. Ogólna charakterystyka hiszpańskiego rynku nieruchomości.....	147
2. Umowy sprzedaży mieszkań – główny sektor występowania konfliktów z konsumentami	149
3. Środki ochrony konsumenta w umowach sprzedaży mieszkań.....	152
Ochrona konsumenta na drodze administracyjnej, cywilnej i karnej	153
4. Formy prawne umów sprzedaży mieszkań.....	155
Umowa sprzedaży mieszkania jako rzeczy przyszłej.....	156
5. Wymagania stawiane mieszkaniom oraz problematyka odpowiedzialności za wady fizyczne wg ustawy o budownictwie 38/1999.....	161
6. Informacja poprzedzająca zawarcie umowy kupna sprzedaży mieszkania	165
Powierzchnia mieszkania.....	171
7. Charakter prawny zadatku i zaliczki	172
8. Niedozwolone klauzule w umowach kupna sprzedaży nieruchomości	176
9. Opóźnienie w oddaniu mieszkania.....	178
10. Rodzaje niewywiązania się z umowy	182
a) Problemy wynikające z różnic w powierzchni	182
b) Niezgodność z umową.....	185
11. Odpowiedzialność wykonawcy i dewelopera wg art. 149 ustawy 1/2007 o ochronie konsumenta i użytkownika	186
12. Wnioski.....	187
LEGAL NATURE OF CONTRACT FOR THE SALE OF REAL PROPERTY IN SPAIN	190

mgr Piotr Kunicki

Instytut Nauka Prawnych Polskiej Akademii Nauk

UMOWA SPRZEDAŻY NIERUCHOMOŚCI JAKO RZECZY PRZYSZŁEJ NA TLE PRAWNOPORÓWNAWCZYM	191
Wprowadzenie.....	191
1. Geneza umowy sprzedaży rzeczy przyszłej	192
2. Funkcje umowy sprzedaży rzeczy przyszłej	195
3. Konstrukcja umowy sprzedaży rzeczy przyszłej na przykładzie prawa polskiego.....	197
3.1. Umowa sprzedaży rzeczy przyszłej według Kodeksu zobowiązań	197

3.2. Umowa sprzedaży rzeczy przyszłej według przepisów Kodeksu cywilnego.....	200
4. Konstrukcja umowy sprzedaży rzeczy przyszłej we Francji	206
5. Konstrukcja umowy sprzedaży rzeczy przyszłej w Niemczech	209
6. Konstrukcja umowy sprzedaży rzeczy przyszłej w Anglii.....	210
7. Umowa sprzedaży rzeczy przyszłej w ujęciu europejskiego prawa modelowego	212
8. Podsumowanie	215
Bibliografia	217
SALE OF REAL ESTATES AS FUTURE GOODS IN DIFFERENT LEGAL SYSTEMS ...	220

mgr Marcin Zieliński

Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk

UWARUNKOWANIA PRAWNE ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA ODESŁANIA INTERNETOWE W NIEMCZECH	223
--	------------

mgr Grzegorz Krzemiński

Uniwersytet Śląski, Katowice

POJĘCIE UMOWY MIESZANEJ	243
1. Uwagi wstępne.....	245
2. Podstawy terminologii.....	245
2.1. Umowy nazwane	248
2.2. Umowy nienazwane	250
2.3. Umowy mieszane	253
2.4. Związki umów	256
3. Umowy mieszane – próba systematyki	256
3.1. Klasyfikacja umowy mieszanej.....	259
3.2. Typologia umów mieszanych	260
4. Ocena prawna świadczeń mieszanych w oparciu o teoretyczne konstrukcje w piśmiennictwie polskim i obcym.....	260
4.1. Metody oceny prawnej	266
4.2. Rozwiązania kompromisowe.....	267
5. Punkty wyjściowe do przyszłej syntezy	270
THE NOTION OF MIXED CONTRACT	270

mgr Katarzyna Wencel

Stowarzyszenie Interwencji Prawnej

OWOC ZATRUTEGO DRZEWA? SITUATION TESTING JAKO DOWÓD W SPRAWACH O DISKRYMINACJĘ*	273
1. Wstęp.....	273
2. Doświadczenia innych krajów w korzystaniu z wyników testów dyskryminacyjnych w sprawach o dyskryminację	274
2.1. Wtyczki, informatorzy i szpiegdy	275
2.2. Uczciwość w procesie dowodzenia.....	277
2.3. Prowokacja a wolność dowodowa	280
2.4. Opłacani przez powoda agenci	281
3. Polskie prawo a testy dyskryminacyjne jako dowód w sprawach o dyskryminację	283
3.1. Odwrócony ciężar dowodu	284

3.2. Nadużycie prawa i prowokacja	288
3.3. Swobodna ocena dowodów	292
Podsumowanie	296
FRUIT OF THE POISONOUS TREE? SITUATION TESTING AS A PROOF IN DISCRIMINATION CASES	298

Dr Szczęśny T. Szymański

Sąd Rejonowy w Białymstoku

Dr Elżbieta Zatyka

Uniwersytet w Białymstoku

UWAGI W KWESTII ODPOWIEDZIALNOŚCI KARNEJ LEKARZA ZA ZANIECHANIE (NA PODSTAWIE STUDIUM PRZYPADKU)	301
1. Wprowadzenie	301
2. Studium przypadku	303
3. Wnioski	313
COMMENTS CONCERNING CRIMINAL RESPONSIBILITY OF A PHYSICIAN FOR AN OMISSION (BASED ON A CASE STUDY)	319
Informacje dla autorów	321

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3(185) 2010
Warszawa 2010

Patrycja Zawirska ■

TAJEMNICA BANKOWA A PRYWATNOŚĆ - PRZYKŁAD SZWAJCARII I ANGLII

Prawna regulacja tajemnicy bankowej zmienia się wraz z mentalnością społeczności, w której obowiązuje. Obecnie wyraźnie zarysowuje się tendencja do „rozluźniania” obowiązku milczenia¹. Wciąż wzrasta liczba wyjątków od tego obowiązku, a jego naruszenie jest coraz częściej postrzegane jako niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy bankowej.

W niniejszym opracowaniu podejmuję próbę wykazania, że stopień nasilenia wskazanego zjawiska zależy w znacznej mierze od tego, czy w danym porządku prawnym dostrzegany jest związek pomiędzy tajemnicą bankową a ochroną sfery prywatnej jednostki (jej autonomią informacyjną), jak również od wagi, jaką przywiązuje się do samej prywatności. Proces ograniczania obowiązku poufności jest nierozzerwalnie związany z „kurczeniem” się sfery prywatnej. Uważam bowiem, że do sfery tej należy zaliczyć objęte tajemnicą bankową informacje dotyczące majątku jej beneficjentów. Poddaję więc analizie relacje pomiędzy powinnością milczenia a sferą prywatną jednostki na gruncie Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności² (dalej: EKPC lub Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka), Karty Praw Podstawowych

* Autorka jest doktorantką Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk.

¹ Używając w niniejszym opracowaniu zwrotów „obowiązek milczenia”, „powinność milczenia”, „obowiązek poufności” lub „obowiązek dyskrecji” odnoszę się do obowiązku zachowania tajemnicy bankowej.

² Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r., Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 z późn. zm. Aktem tym obecnie związanych jest 47 krajów Rady Europy.

Unii Europejskiej³ (dalej: Karta lub Karta Praw Podstawowych) oraz porządków prawnych państw, które przyjęły skrajnie odmienne rozwiązania prawne w analizowanym przeze mnie zakresie, tj. Szwajcarii i Anglii.

Zjawisko „osłabiania” tajemnicy bankowej oraz równoległego ograniczenia sfery prywatnej jednostki spowodowane jest pojawieniem się nowych czynników. Wśród nich najistotniejsze znaczenie ma nasilająca się na przestrzeni ostatnich lat globalizacja w wymiarze informacyjnym oraz postępujący rozwój technologii ułatwiających zdobywanie i przepływ informacji, w tym pojawienie się bankowości elektronicznej. Nie bez znaczenia jest również zacieśnianie się współpracy w ramach wspólnego rynku, w tym harmonizacja prawa finansowego, związana między innymi z dążeniem do ułatwienia przepływu informacji pomiędzy instytucjami nadzoru finansowego w poszczególnych państwach członkowskich.

W świetle wskazanych okoliczności, zadaniem o zasadniczym znaczeniu jest weryfikacja zasadności procesu „deprecjacji” tajemnicy bankowej. Nie wystarczy jednak stwierdzić, że właściwa regulacja wymaga wyważenia interesu prywatnego (do zachowania poufności) oraz interesu publicznego (do zwiększenia kontroli nad operacjami finansowymi). W poszczególnych krajach interesy te mogą być bowiem w całkowicie odmienny sposób ważone, co ma wpływ na sposób regulacji obowiązku poufności. Z uwagi na wspomniane różnice w ramach poszczególnych społeczności i obowiązujących w nich porządków prawnych, proponowanym przeze mnie rozwiązaniem jest odwołanie się do ogólnych zasad prawa oraz do powszechnie akceptowanych wartości ponadnarodowych.

Jedną z takich wartości jest prawo do prywatności, które na gruncie międzynarodowym zostało zagwarantowane przede wszystkim w art. 8 EKPC⁴ oraz w art. 17 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych⁵. Ogólną zasadą prawa, która pozwala na weryfikację zasadności wyjątków od zakazu in-

³ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 14 grudnia 2007 r., 2007/C 303/01.

⁴ Zgodnie z art. 8 EKPC: „1. Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. 2. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez prawo i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób”.

⁵ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu 19 grudnia 1966 r., Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167. Przepis art. 17 MPPOiP stanowi, że: „1. Nikt nie może być narażony na samowolną lub bezprawną ingerencję w jego życie prywatne, rodzinne, dom czy korespondencję ani też na bezprawne zamachy na jego cześć i dobre imię. 2. Każdy ma prawo do ochrony prawnej przed tego rodzaju ingerencjami i zamachami”.

gerencji w sferę prywatną jest natomiast wywiedziona między innymi ze wskazanych aktów prawa międzynarodowego zasada proporcjonalności.

Dostrzeżenie nierozzerwalnego związku pomiędzy tajemnicą bankową a prywatnością ma ogromne znaczenie praktyczne. Powoduje bowiem konieczność poddania wyjątków od powinności milczenia testowi proporcjonalności oraz uznania za niedopuszczalną ich rozszerzającej interpretacji. Co więcej, umożliwia beneficjentowi tajemnicy bankowej korzystanie z ochrony przysługującej w przypadku zagrożenia lub naruszenia dobra osobistego, jakim jest prywatność. Roszczenie o odszkodowanie – jako bezwzględnie skuteczne – zasadniczo opiera się na reżimie odpowiedzialności deliktowej.

I. Pojęcie prywatności – uwagi ogólne

Dążenie do odosobnienia i ochrony życia wewnętrznego przed ingerencją osób trzecich nie jest zjawiskiem charakterystycznym wyłącznie dla świata współczesnego. Pewne, bardzo ogólne pojęcie prywatności odgrywało ważną rolę już od czasów starożytności w pismach politycznych⁶ i religijnych⁷.

Krokiem milowym dla objęcia sfery prywatnej ochroną prawną było uznanie w XVII wieku podmiotowości jednostki wobec państwa, a wolności ludzkiej za stan pierwotny, naturalny.⁸ Myśliciele tacy jak H. Grocjusz, T. Hobbes, J. Locke, Ch. Monteskiusz i J. J. Rousseau głosili, że ze swej natury człowiek jest wolny, może sam kierować swoimi czynami, co stanowi dobro przyrodzone. Wolność, rozumiana jako indywidualna odrębność jednostki, była natomiast punktem wyjścia dla rozważań B. Constanta i J. S. Milla.⁹

Samo pojęcie prawa do prywatności (*right to privacy*) wiąże się z amerykańskimi prawnikami – S. D. Warrenem i L. D. Brandeistem, którzy zwrócili uwagę, że rozwój techniki w XIX wieku, w tym fotografii i dziennikarstwa, ułatwił ingerencję w życie prywatne innych ludzi.¹⁰ Według tych autorów, o tym, że doszło

⁶ Od czasów Arystotelesa – rozdział sfer publicznej i prywatnej.

⁷ W szczególności Stary Testament i Koran.

⁸ F. Longchamps: *Z rodowodu prawa podmiotowego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego” z 1961 r., Prawo VIII, s. 113 i nast.

⁹ J. Braciak: *Prawo do prywatności*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2004 r., s. 15.

¹⁰ S. D. Warren, L. D. Brandeis: *The right to privacy*, „Harvard Law Review” z 1890 r., vol. IV, nr 5, s. 193 i 195. Autorzy ci opracowali założenia do definicji prawa do prywatności rozumianego jako prawo do pozostawienia w spokoju (*right to be let alone*). Definicja ta została po raz pierwszy sformułowana przez T. McIntire’a Cooleya w 1888 r. – zob. szerzej W. Sokolewicz: *Prawo do prywatności* [w:] *Prawa człowieka w Stanach Zjednoczonych*, pod red. L. Pastusiaka, Warszawa 1985 r., s. 248 i nast. i A. Sakowicz: *Prywatność jako samoistne dobro prawne (per se)*, „Państwo i Prawo” z 2006 r., nr 1, s. 16-17.

do bezprawnego wkroczenia w sferę prywatną jednostki przesądza pojawienie się skutku w postaci jej cierpienia psychicznego (*mental suffering*). Co najważniejsze jednak, S. D. Warren i L. D. Brandeis uznali prawo do prywatności za odrębne (autonomiczne) prawo podmiotowe, u którego podstaw leży zakaz naruszania osobowości. Uznali więc, że prywatność jest przedmiotem ochrony samoistnej, bez konieczności odwoływania się do naruszenia innego dobra.¹¹

W drugiej połowie XX wieku amerykańscy teoretycy prawa podjęli próbę stworzenia wyczerpującej definicji prywatności i prawa do prywatności. Na szczególną uwagę zasługują definicje, które odwołują się do poufności, autonomii informacyjnej lub do negatywnych przeżyć podmiotu ochrony.

Według R. Gavisona prywatność oznacza ograniczoną dostępność, której elementami są tajemnica, anonimowość i samotność.¹² Z kolei A. F. Westin utożsamiał prywatność z autonomią informacyjną twierdząc, że prawo do niej oznacza możliwość samodzielnego określenia przez dany podmiot (nie tylko przez osobę fizyczną) kiedy, gdzie i jaka informacja na jego temat może być przekazana innym.¹³ Prywatność – zdaniem H. Grossa – jest stanem życia, w którym zapoznanie się z osobą lub sprawami jej życia osobistego jest ograniczone¹⁴, a według E. Shilsa oznacza wolność jednostki od nieuzasadnionego rozgłosu, podawania do publicznej wiadomości jej prywatnych spraw, którymi społeczeństwo nie ma powodu się interesować, jak również od ingerencji w działalność prywatną w sposób, który wywołuje oburzenie, cierpienie psychiczne, zawstydzenie lub upokorzenie osoby o zwyczajnej wrażliwości.¹⁵

¹¹ Inaczej W. Prosser: *Privacy*, „*California Law Review*” z 1960 r., vol. 48, nr 3, s. 389 za A. Sakowicz: *Prywatność jako samoistne (...)*, *op. cit.*, s. 22. Autor stwierdził, że prywatność nie jest wartością samoistną. Jest to materia złożona, na którą składają się grupy deliktów (*torts*).

¹² R. Gavison: *Privacy and the limits of law*, „*The Yale Law Journal*” z 1980 r., vol. 89, nr 3, s. 421 i nast.

¹³ Autor ten rozszerzył zakres podmiotowy prywatności na grupy osób, stowarzyszenia i osoby prawne – A. F. Westin: *Privacy and freedom*, Nowy Jork 1967 r., s. 7 i nast. Co więcej, wyróżnił następujące cele prywatności: (1) autonomia osobista, która utrudnia manipulację jednostką i dominację nad nią oraz niechciane ujawnianie się przed innymi; (2) ulga emocjonalna w następstwie odpoczynku od odgrywania ról w społeczeństwie; (3) kształtowanie się osobowości i samooceny; (4) ograniczona i chroniona komunikacja, czyli komunikacja tylko z tymi osobami, które jednostka chce dopuścić do sfery prywatnej – tak S. T. Margulis: *On the status and contribution of Westin's and Altman theories of privacy*, „*The Journal of Social Issues*” z 2003 r., 59(2), s. 413.

¹⁴ H. Gross: *The concept of privacy*, „*New York University Law Review*” z 1967 r., vol. 42, s. 35.

¹⁵ E. Shils: *Privacy. Its constitution and vicissitudes*, „*Law and Contemporary Problems*” z 1966 r., vol. 31, s. 281-282 – za A. Sakowicz: *Prywatność jako samoistne (...)*, *op. cit.*, s. 17.

Podobne próby zdefiniowania prywatności i prawa do prywatności podjęli autorzy francuscy¹⁶ oraz niemieccy¹⁷.

Współcześnie w szerokim ujęciu prawo do prywatności jest utożsamiane z autonomią jednostki, możliwością samodzielnego decydowania o sobie i własnym życiu, w tym o statusie osobistym, majątkowym oraz intelektualnym. W taki też sposób prawo do prywatności jest rozumiane przede wszystkim na gruncie prawa amerykańskiego¹⁸ oraz przywoływane w dalszej części niniejszej pracy. W mojej opinii takie szerokie ujęcie najpełniej oddaje istotę tego prawa.

Najwęższe ujęcie odnosi się natomiast do autonomii informacyjnej, w ramach której możliwa jest kontrola obiegu informacji na swój temat.¹⁹ Wymiar tej autonomii określają informacje dotyczące jednostki, które – zdaniem większości

¹⁶ Według J. Roberta, jednym z elementów prywatności jest anonimowość, która obejmuje dane osobowe oraz tajemnice związane z życiem jednostki, w tym informację o stanie majątku – J. Robert: *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien 1994 r., s. 369.

¹⁷ Prywatność rozumiana jako swoboda rozporządzania informacjami na swój temat pojawiła się w pracy J. Kohlera: *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart 1907 r., s. 441 i nast. Według A. Millera podstawowym elementem prawa do prywatności jest możliwość kontrolowania obiegu informacji na swój temat – tak L. Kański: *Prawo do prywatności, nienaruszalności mieszkania i tajemnicy korespondencji* [w:] *Prawa człowieka. Model prawny*, pod red. R. Wieruszewskiego, Warszawa 1991 r., s. 328. H. Mass wyróżnił poszczególne sfery życia osobistego, określając jednocześnie stopień, w jakim jednostka ma możliwość odseparowania się od reszty społeczeństwa w ramach każdej z nich – A. Kopff: *Ochrona życia prywatnego jednostki w świecie doktryny i orzecznictwa*, „Zeszyty Naukowe UJ” z 1982 r., z. 100, s. 30.

¹⁸ W. Sokolewicz: *Prawo do prywatności (...), op. cit.*, s. 248 i nast. W amerykańskiej literaturze prawniczej prezentowane są cztery zasadnicze „odstony” prywatności, tj. prywatność jako: (1) wyraz osobowości jednostki oraz jej zdolność samookreślenia jako istoty ludzkiej; (2) autonomia jednostki w zakresie jej myśli, działań i decyzji; (3) kontrola przepływu informacji dotyczących jednostki, a tym samym zdolność kontroli nad relacjami z innymi ludźmi; oraz (4) suma istotnych komponentów, takich jak tajemnica, anonimowość, odosobnienie, autonomia, tożsamość, intymność, psychiczny spokój – K. Motyka: *Spory wokół prawa do prywatności na przykładzie Stanów Zjednoczonych* [w:] *Prawo do prywatności. Aspekty prawne i psychologiczne*, pod red. K. Motyki, Lublin 2001 r., Wydawnictwo MORPOL, s. 37. Najszerze ujęcie prywatności, z którym się spotkałam zostało jednak zaprezentowane w polskiej literaturze. Według J. Braciak, każde naruszenie praw jednostki stanowi jednocześnie pogwałcenie jej prywatności – J. Braciak: *Prawo do prywatności* [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, pod red. B. Banaszaka i A. Preisnera, Warszawa 2002 r., s. 293.

¹⁹ A. Mednis: *Prawo do prywatności a interes publiczny*, Kantor Wydawniczy Zakamycze 2006 r., s. 39. Podobnie, w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 10 stycznia 2008 r. (I ACa 1048/07, LEX nr 466432) podkreślono, że prawo do prywatności należy traktować jako uprawnienie każdej osoby do samodzielnego i wyłącznego decydowania o tym, w jakim zakresie chce zachować swoją anonimowość, a jakie informacje o niej mogą być udostępnione osobom trzecim.

ludzi żyjących w określonej społeczności – nie powinny być ujawnione, a które ona sama pragnie zachować w poufności, włączając w to dane o stanie majątku i osiągniętych dochodach.²⁰

Tak rozumiana prywatność odnosi się więc do danych dotyczących konkretnej osoby i gwarantuje pewien stan niezależności, w ramach którego może ona decydować o zakresie i zasięgu udostępniania oraz komunikowania innym informacji o swoim życiu.²¹ Prywatność jest więc rozumiana jako „selektywne ujawnianie”²², przy czym informacje prywatne stanowią przeciwieństwo informacji publicznie dostępnych. W dalszej części niniejszej pracy autonomia informacyjna będzie przywoływana jako jedna ze sfer prywatności w ujęciu szerokim.

II. Rola tajemnicy bankowej w zakresie ochrony prywatności

W języku potocznym tajemnicę definiuje się jako fakt znany jedynie ograniczonemu kręgowi osób, którego nie należy rozgłaszać, tj. fakt wymagający dyskrecji, niejawni.²³

Niejawność informacji oznacza ograniczony do niej dostęp. W szczególności tajemnicą objęte są wiadomości, które nie są dostępne ogółowi, a jedynie ograniczonemu kręgowi osób.²⁴ Waleru niejawności pozbawiona jest informacja powszechnie znana lub taka, której uzyskanie zależy wyłącznie od woli odbiorcy.²⁵

Kolejnym elementem składającym się na istotę niejawności jest zakaz ujawniania. To, czy wiadomość możemy uznać za niejawną (czyli objętą tajemnicą) nie zależy zatem od tego, jak liczna jest grupa osób wtajemniczonych, ale od tego, czy ciąży na nich obowiązek zachowania danej wiadomości w dyskrecji, czy też mogą w sposób nieskrępowany poszerzać krąg podmiotów wtajemniczonych.²⁶

²⁰ A. Lewicka – Strzałecka: *Prywatność: wartość czy towar*, „Kultura i ekonomia” z 2003 r., nr 1, s. 310. E. Shils stwierdził natomiast, że sferą prywatną objęte są informacje, których własność została „zatrzymana” decyzją jednostki, której dotyczą – E. Shils: *Privacy. Its constitution* (...), *op. cit.*, s. 281-282 – za A. Sakowicz: *Prywatność jako samoistne* (...), *op. cit.*, s. 23.

²¹ Wyrok TK z 24 czerwca 1997 r., K 21/96, OTK 1997/2/23.

²² J. Braciak: *Prawo do* (...), *op. cit.*, s. 38; E. Beardsley: *Privacy: Autonomy and Selective Disclosure*, „Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy” z 1971 r., Nomos XIII: *Privacy*, s. 65; R. Wasserstorm: *Privacy: Some Assumptions and Arguments* [w:] R. Brough: *Philosophical Law*, Westport 1978 r., s. 157 i 162.

²³ *Słownik języka polskiego*, pod red. M. Szymczaka, Warszawa 1995 r.

²⁴ J. Sawicki: *Tajemnica zawodowa lekarza i dziennikarza w prawie karnym*, Warszawa 1960 r., s. 24.

²⁵ M. Rusinek: *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Oficyna a Wolters Kluwer business, 2007 r., s. 17.

²⁶ *Ibid.*

Za jeden z rodzajów ogólnie pojmowanej tajemnicy uznaje się tajemnicę prywatną. W obowiązujących przepisach brak bezpośredniego odniesienia do tej tajemnicy. Jest to pojęcie doktrynalne, wywiedzione z konstytucyjnego prawa do prywatności.

W zależności od perspektywy badawczej²⁷ tajemnicę prywatną można postrzegać jako prawo albo jako obowiązek. W tym pierwszym znaczeniu tajemnica ta jawi się jako uprawnienie do zachowania dyskrecji. Chroni prawo jednostki do utrzymania w poufności okoliczności życia prywatnego, których nie ma ona obowiązku ujawniać.²⁸ Tajemnica prywatna wiąże się również z obowiązkiem jej zachowania, tj. nieprzekazywania wiadomości, których zachowanie w poufności leży w interesie jednostki, przy czym dotyczy to nie tylko wiadomości z życia rodzinnego i osobistego.²⁹

Obejmując tajemnicę bankową ochroną, ustawodawca potwierdził prawo jednostki do zachowania w poufności dotyczących jej danych (co do zasady) natury ekonomicznej. Należy więc uznać, że dane te uznał za całkowite przeciwieństwo informacji publicznie dostępnych. Zasadniczym celem tajemnicy bankowej jest więc zapewnienie jednostce ochrony przed możliwością zapoznania się przez podmioty zewnętrzne z „prywatnymi” danymi, stanowiącymi przedmiot tej tajemnicy.³⁰

Dane dotyczące sytuacji majątkowej jednostki, w tym między innymi posiadanych przez nią rachunków bankowych (i podobnych) oraz dokonywanych transakcji, wchodzi w zakres sfery prywatnej, co – na gruncie prawa polskiego – potwierdził Trybunał Konstytucyjny (dalej również: TK).³¹ W orzecznictwie

²⁷ Od tego, czy na tajemnicę prywatną spojrzemy z perspektywy podmiotu ochrony, czy też osób, którym dane poufne zostały przekazane, a które mają obowiązek milczenia.

²⁸ M. Siewierski: *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach; Komentarz*, Warszawa 1965 r., s. 327.

²⁹ J. Sawicki: *Tajemnica zawodowa (...), op. cit.*, s. 28.

³⁰ A. Jurkowska: *Tajemnica bankowa jako środek ochrony prawa do prywatności* [w:] „Gdańskie Studia Prawnicze, Prawa człowieka: wczoraj-dziś-jutro”, pod red. J. Zajadło, 2005 r., tom XIII, s. 224.

³¹ Zob. wyrok z 24 czerwca 1997 r. (K 21/96, OTK 1997/2/23), w którym TK stwierdził, że prawo do prywatności obejmuje ochronę tajemnicy danych dotyczących sytuacji majątkowej obywatela, a więc odnosi się również do posiadanych przez niego rachunków bankowych (i podobnych) oraz dokonywanych przez niego transakcji; podobnie w wyroku z 20 listopada 2002 r., (K 41/02, OTK ZU nr 6A/2002, poz. 83) TK uznał, że prywatność i autonomia informacyjna obejmują informacje o majątku i sferze ekonomicznej jednostki. W wyroku tym TK podkreślił również, że nawet stan wojenny i wyjątkowy nie zezwalają ustawodawcy na złagodzenie przesłanek, przy spełnieniu których można wkroczyć w sferę życia prywatnego, nie narażając się na zarzut niekonstytucyjnej arbitralności; podobne poglądy prezentowane są w literaturze – zob. np. J. Kowalczyk: *Dobra osobiste – pojęcie i rodzaje*, „Edukacja Prawnicza, Prawo cywilne i handlowe” z marca 2009 r., nr 3 (105),

sądów apelacyjnych oraz Sądu Najwyższego za informacje prywatne uznano natomiast dane określające stan zadłużenia określonej osoby oraz wysokości otrzymywanego wynagrodzenia.³² Przechodząc na większy stopień szczegółowości należy stwierdzić, że dane te są objęte autonomią informacyjną jednostki. Warto przy tym podkreślić, że w orzecznictwie TK autonomia ta jest rozumiana jako prawo do samodzielnego decydowania o ujawnianiu innym informacji dotyczących swojej osoby, jak również prawo do kontrolowania tych informacji, jeżeli znajdują się w dyspozycji innych podmiotów.³³

Odnosząc się już tym razem bezpośrednio do instytucji tajemnicy bankowej, TK uznał, że zapewnienie urzędom skarbowym wglądu do rachunków bankowych podatnika stanowi ingerencję w sferę jego życia prywatnego.³⁴

W konsekwencji, tajemnicę bankową należy uznać nie tylko za tajemnicę prywatną w zaprezentowanym już znaczeniu, ale również za jeden z instrumentów ochrony prywatności³⁵, do którego – na gruncie prawa polskiego – ma zastosowanie art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej³⁶ (dalej: Konstytucja). Przepis ten określa podstawowe warunki, które muszą spełniać wszystkie wyjątki od obowiązku poufności.

Odnosząc się do zasady proporcjonalności, w orzeczeniu z 17 grudnia 1970 r. w sprawie Internationale Handelsgesellschaft GmbH przeciwko Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel³⁷ Europejski Trybunał Sprawiedliwości

dostępne pod następującym adresem internetowym: http://www.edukacjaprawnicza.pl/index.php?mod=m_artykuly&cid=3&id=849.

³² Wyrok SA w Białymstoku z 25 stycznia 2001 r., I ACa 4/01, OSA 2001, z. 9, poz. 51; wyrok SA w Poznaniu z 6 września 1996 r., I ACr 176/96, *Wokanda* z 1996 r., nr 8, poz. 43; uchwała SN z 16 lipca 1993 r., I PZP 28/93, OSNC 1994, nr 1, poz. 2.

³³ Wyrok TK z 20 listopada 2002 r., K 41/02, OTK ZU nr 6A/2002, poz. 83; wyrok TK z 19 lutego 2002 r., U 3/01, OTK ZU nr 1/A/2002, poz. 3.

³⁴ Wyrok TK z 11 kwietnia 2000 r., K 15/98, OTK 2000/3/86.

³⁵ Analogiczny pogląd został przedstawiony w literaturze przez M. Krzysztofka: *Tajemnica bankowa i ochrona danych osobowych w praktyce bankowej*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2010 r., wyd. 1, s. 11. Autor stwierdził, iż tajemnicę bankową oraz ochronę danych osobowych uważa za instytucjonalne gwarancje prawa do prywatności. Podobnie: A. Mednis: *Prawo do prywatności (...)*, op. cit., s. 163 oraz A. Jurkowska: *Tajemnica bankowa (...)*, op. cit., s. 220.

³⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 z późn. zm. Zgodnie z jej art. 31 ust. 3, ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

³⁷ C-11/70, ECR 1970, s. 1125.

(dalej również: ETS) zauważył, że „swoboda działania jednostek nie powinna być ograniczona poza zakres wymagany dla celów interesu publicznego”. W sprawie Denkavit Nederland BV przeciwko Hoofdproductschap voor Akkerbouwprodukten³⁸ ETS zaś stwierdził, że „środki przyjęte przez instytucje wspólnotowe nie mogą przekraczać tego, co jest odpowiednie i konieczne do osiągnięcia wskazanego celu”. Myśl ta została rozszerzona w orzeczeniu z 13 listopada 1990 r. w sprawie The Queen przeciwko Minister of Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health, ex parte Fedesa and others³⁹, w którym zauważono, że pojęcie środków odpowiednich i koniecznych do celu określonego w przepisie prawa należy rozumieć w ten sposób, że – jeśli istnieje wybór pomiędzy kilkoma odpowiednimi środkami – należy zastosować ten, który jest najmniej uciążliwy, a niekorzystne skutki, które za sobą pociągają nie są nieproporcjonalne do wskazanego celu.

III. Karta Praw Podstawowych

Jak już wskazałam, tajemnica bankowa stanowi środek ochrony prywatności jej beneficjentów. Ma do niej więc zastosowanie Karta Praw Podstawowych, której podstawowym celem jest potwierdzenie praw wywodzących się z tradycji konstytucyjnych i zobowiązań międzynarodowych wspólnych państwom członkowskim, wynikających z EKPC, jak również z orzecznictwa ETS i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej również: ETPCz).⁴⁰

Karta potwierdza prawo każdej jednostki (w tym oczywiście beneficjentów tajemnicy bankowej) do poszanowania jej życia prywatnego⁴¹, przy czym znaczenie i zakres tego prawa są takie same jak na gruncie art. 8 EKPC.⁴² Oznacza to, że sfera prywatności obejmuje również informacje natury ekonomicznej, w tym – jak wykażę poniżej – informacje objęte tajemnicą bankową.

ETS rzadko zajmował stanowisko w sprawie prawa do prywatności. Odnosząc się do tego prawa, Trybunał wypowiadał się ogólnie, na dużym poziomie abstrakcji. Stwierdził między innymi, że (pod pewnymi warunkami) niedopuszczalne

³⁸ Orzeczenie Trybunału z 17 maja 1984 r. w sprawie Denkavit Nederland BV v. Hoofdproductschap voor Akkerbouwprodukten [1984] ECR 2171.

³⁹ C-331/88, ECR 1990, s. I-4023.

⁴⁰ Zob. akapit piąty preambuły Karty.

⁴¹ Art. 7 Karty: „Każdy ma prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, domu i komunikowania się.”

⁴² Zob. wyjaśnienie odnoszące się do art. 7 [w:] Wyjaśnienia dotyczące Karty Praw Podstawowych z 14 grudnia 2007 r., 2007/C 303/02. Należy jednak zauważyć, że użyty w art. 8 EKPC zwrot „korespondencja” został zastąpiony zwrotem „komunikowanie się”, co jest równoznaczne z rozszerzeniem zakresu ochrony oraz stanowi reakcję na rozwój technologiczny i rozwój środków komunikacji – zob. J. Braciak: *Prawo do (...), op. cit.*, s. 109.

jest naruszenie poufności między prawnikiem a jego klientem⁴³, że wymóg przeprowadzenia przez kandydata badań lekarskich przed zatrudnieniem nie stanowi naruszenia jego sfery prywatności⁴⁴, a co istotniejsze dla celów niniejszej pracy – połączył ochronę danych osobowych z prywatnością⁴⁵.

Ograniczenia prawa do prywatności muszą – według ETS – odpowiadać nadrzędnym interesom Wspólnoty oraz być proporcjonalne do zamierzonego celu i nie mogą naruszać istoty prawa.⁴⁶ Należy zwrócić uwagę na fakt, że pojęcie „nadrzędnych interesów Wspólnoty” jest wyjątkowo nieostre i elastyczne.⁴⁷ Znamienne jest przy tym niewskazanie chociażby ogólnego zakresu takich interesów, niepodjęcie próby zdefiniowania wartości szczególnie istotnych dla Wspólnoty. W konsekwencji, może powstać ryzyko nadużyć, przyzwalania na ingerencję w prywatność w procesie realizacji coraz to nowszych priorytetów w ramach wspólnego rynku.

IV. Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka

Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka nie odnosi się wprost do obowiązku poufności. Na podstawie orzecznictwa ETPCz należy jednakże dojść do wniosku, że prywatność chroniona przez EKPC obejmuje również informacje objęte tajemnicą bankową. Nie można przy tym przecenić swoistej roli „prawotwórczej” ETPCz. Interpretacja przepisów EKPC zmienia się wraz z otaczającym światem, odpowiada zachodzącym zmianom polityczno – socjologicznym oraz gospodarczym, reaguje na nowe zagrożenia dla sfery prywatności. Trybunał ten nadaje dość ogólnym normom EKPC coraz to bardziej szczegółową treść, wyznaczając tym samym standardy dla krajowych porządków prawnych.

⁴³ Sprawa AM & S Europe Ltd. v. Commission of the European Communities, 155/79, ECR 1982, s. 1575.

⁴⁴ Sprawa A. v. Commission of the European Communities, T-10/93, ECR 1994, s. II-0179, IA-0119, II-0387, §50.

⁴⁵ Sprawa Commission of the European Communities v. Grand Duchy of Luxembourg, 6 marca 2003 r., C-211/02; sprawa Commission of the European Communities v. French Republic, 18 stycznia 2001 r., C-151/00.

⁴⁶ Sprawa Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG v. Hauptzollamt Gronau, 11 lipca 1989 r., 265/87, ECR 1989, s. 2237, §15.

⁴⁷ Analogiczne ograniczenia prawa do prywatności, a w konsekwencji również tajemnicy bankowej, przewiduje sama Karta. Po pierwsze, muszą być ustawowe, konieczne i stosowane z uwzględnieniem zasady proporcjonalności, uwzględniać (szanować) istotę prywatności oraz rzeczywiście odpowiadać uznawanym przez Unię celom interesu ogólnego lub potrzebom ochrony praw i wolności innych osób. Szczególnie nieprecyzyjny jest wymóg, by ograniczenia odpowiadały uznawanym przez Wspólnotę celom interesu ogólnego.

Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka stanowi o obowiązku poszanowania prawa do prywatności. Oznacza to, że – oprócz zakazu bezprawnej ingerencji w sferę prywatną – ustanawia nakaz podjęcia przez państwa-stożny środków, które zagwarantują należyta i efektywną ochronę prawa do prywatności. Formułuje więc dwa rodzaje obowiązków – pozytywny (czynienia), jak i negatywny (nieczynienia).⁴⁸

Prywatność na gruncie EKPC jest uznawana za jedno z praw podstawowych.⁴⁹ Jest ujmowana szeroko i nie daje się wyczerpująco zdefiniować.⁵⁰ Sfera prywatna nie ogranicza się do sfery uczuć - dotyczy różnego rodzaju stosunków międzyludzkich, rozciąga się na zróżnicowane relacje społeczne.⁵¹ W sprawie Niemietz przeciwko Niemcom⁵² ETPCz stwierdził, że nie istnieje powód, dla którego życie prywatne nie miałoby obejmować danych związanych z działalnością zawodową lub biznesową. Trybunał słusznie argumentował, że to właśnie na polu zawodowym większość osób ma znaczną (jeżeli nie najczęstszą) okazję do nawiązania kontaktu ze światem zewnętrznym.

Oznacza to, że informacje objęte tajemnicą bankową należą do sfery prywatności nawet wtedy, gdy dotyczą działalności *stricte* gospodarczej beneficjenta – np. gdy są to informacje o zawartych przez niego kontraktach biznesowych, o posiadaniu pakietu akcji/udziałów, o planowanej zmianie profilu i zakresu produkcji itd. Tym bardziej za prywatne należy uznać informacje dotyczące założenia przez przysłówiowego Kowalskiego rachunku bankowego w celu regulowania przy użyciu zgromadzonych na nim środków comiesięcznych rachunków.

⁴⁸ P. Szwedo: *Pojęcie prawa do prywatności w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, „Transformacje Prawa Prywatnego” z 2004 r., nr 1-2, s. 10.

⁴⁹ Wyrok ETPCz w sprawie X przeciwko Komisji z 5 października 1995 r., C-404/92.

⁵⁰ Wyrok ETPCz w sprawie Costello-Roberts przeciwko Wielkiej Brytanii z 25 marca 1993 r., A. 247-C.

⁵¹ Wyrok ETPCz w sprawie B. przeciwko Francji z 25 marca 1992 r., A. 232-C.

⁵² Wyrok ETPCz z 16 grudnia 1992 r., 13710/88. W sprawie tej Trybunał podniósł, że interpretacja określeń „życie prywatne” i „dom” jako obejmujących pewne działania zawodowe lub biznesowe oraz majątek jest zgodna z podstawowym przedmiotem i celem art. 8 EKPC, a mianowicie ochroną jednostki przed arbitralną ingerencją władz publicznych. W podobny sposób ETPCz wypowiedział się w wyroku w sprawie Stés Colas Est i inni przeciwko Francji z 16 kwietnia 2002 r. (37971/97) oraz w wyroku z 4 maja 2000 r. w sprawie Rotaru przeciwko Rumunii (28341/95). Co więcej, w ostatnim z tych wyroków Trybunał przyjął szeroką wykładnię pojęcia „życie prywatne”, nawiązując do definicji danych osobowych zawartej w Konwencji nr 108. Zob. również M. A. Nowicki: *Wokół Konwencji Europejskiej*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2009 r., s. 355.

Co więcej, w ocenie ETPCz za naruszenie sfery prywatności może być uznane naruszenie danych osobowych jednostki.⁵³ W orzeczeniu z 6 lipca 1988 r.⁵⁴ ETPCz stwierdził, że każdy, kto wykaże uzasadnione prawdopodobieństwo gromadzenia przez władze i przechowywania danych o jego życiu prywatnym, może domagać się uznania za pokrzywdzonego w świetle art. 8 EKPC.⁵⁵ Czy zwrot „każdy” oznacza także inne – poza osobami fizycznymi – podmioty?

W przełomowym wyroku z 16 kwietnia 2002 r.⁵⁶ ETPCz uznał, że – bazując na dynamicznej wykładni EKPC – prawo do poszanowania życia prywatnego może być rozumiane jako obejmujące prawo spółki do poszanowania jej siedziby, siedzib jej oddziałów oraz innych miejsc wykonywania działalności gospodarczej. Sfera prywatności nie jest zastrzeżona wyłącznie dla osób fizycznych. Jej ochrony mogą domagać się również inne podmioty. W świetle orzecznictwa ETPCz poszanowania tajemnicy bankowej stanowiącej instrument ochrony prywatności może więc domagać się zarówno osoba fizyczna, jak i osoba prawna oraz jednostka organizacyjna bez osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną.

W świetle EKPC, ograniczenie prywatności, a więc również tajemnicy bankowej, może być uzasadnione tylko wtedy, gdy jest przewidziane przez prawo i stanowi środek w społeczeństwie demokratycznym niezbędny dla bezpieczeństwa państwowego, bezpieczeństwa publicznego, dobrobytu gospodarczego kraju, ochrony porządku i zapobieżenia przestępstwom, ochrony zdrowia i moralności oraz dla ochrony praw i wolności osób trzecich.

Pierwsza z tych przesłanek nie jest spełniona, gdy przepisy sankcjonujące ingerencję w prywatność nie zostały opublikowane (gdy nie były dostępne dla obywateli), gdy nie były wystarczająco precyzyjne i dokładne lub gdy nie prze-

⁵³ Zob. wyrok ETPCz z 27 sierpnia 1997 r. w sprawie M.S. przeciwko Szwecji (74/1996/693/885), w którym za naruszenie prywatności zostało uznane ujawnienie przez klinikę danych dotyczących stanu zdrowia pacjentki – [w:] M.A. Nowicki: *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo*, t. II, *Prawo do życia i inne prawa*, Kraków 2002 r., s. 678. Podobnie, w orzeczeniu z 26 marca 1987 r. w sprawie Leander przeciwko Szwecji (A. 116), ETPCz stwierdził, że przechowywanie oraz udostępnianie (połączone z odmową zezwolenia na ewentualne sprostowanie) danych zawierających informacje o charakterze prywatnym, znajdujących się w rejestrze policyjnym, stanowi ingerencję w prawo do poszanowania życia prywatnego.

⁵⁴ Decyzja ETPCz w sprawie Hilton przeciwko Wielkiej Brytanii, 12015/86.

⁵⁵ Wyrok ETPCz z 6 września 1978 r. w sprawie Klass i inni przeciwko Niemcom, A. 28.

⁵⁶ W sprawie Stés Colas Est i inni przeciwko Francji, 37971/97, ETPCz uznał, że przeszukanie przeprowadzone w siedzibie spółki i w siedzibach jej oddziałów może stanowić naruszenie prawa do poszanowania mieszkania („*domicile*”) w rozumieniu art. 8 ust. 1 EKPC.

widziano odpowiednich procedur kontroli adekwatności działania organów państwowych w stosunku do zamierzonego celu.⁵⁷

W zakresie przesłanki „niezbędności” ingerencji w demokratycznym społeczeństwie ETPCz podkreślił, że musi być ona usprawiedliwiona nadrzędną potrzebą społeczną.⁵⁸ W EKPC – w przeciwieństwie do analogicznej regulacji w Karcie – wskazano więc podstawowe wartości, których ochrona może w pewnych okolicznościach usprawiedliwiać ograniczenie prywatności.

Trybunał podkreślił również wagę nadzoru sądowego nad stosowaniem wyjątków od zasady nieingerencji w sferę prywatną. Zauważając, iż tajna kontrola obywateli wiąże się z ryzykiem osłabienia demokracji, uznał, że konieczna jest odpowiednia i skuteczna ochrona przed nadużyciami władz publicznych, w tym właściwy nadzór sądowy. Osobie, której prywatność doznała ograniczenia z powołaniem się na ochronę bezpieczeństwa publicznego, musi być ponadto zapewniona możliwość skorzystania z bezstronnej i efektywnej procedury weryfikacyjnej.⁵⁹ Decyzja o przeprowadzeniu tajnej kontroli w celu ochrony bezpieczeństwa państwa i zwalczania terroryzmu ma być każdorazowo poprzedzona analizą jej wpływu na sferę prywatną jednostki.⁶⁰

V. Prawo szwajcarskie

1. Wiadomości ogólne

Prawo szwajcarskie posiada jedną z najbardziej restrykcyjnych regulacji obowiązku zachowania tajemnicy bankowej. Należy jednak podkreślić, że coraz silniejsze tendencje globalizacyjne oraz harmonizacja prawa finansowego w ostatniej dekadzie doprowadziły do intensyfikacji współpracy międzynarodowej oraz stopniowego zmniejszenia nacisku na kwestię ochrony prawa do prywatności, a co za tym idzie – również ochrony tajemnicy bankowej w prawie szwajcarskim. Zmiany te wynikły w szczególności z rozszerzenia zakresu międzynarodowej współpracy w sprawach karnych, zaostrzenia regulacji dotyczących rynków finansowych (*insider trading*), skonsolidowania nadzoru nad międzynarodowymi

⁵⁷ Wyrok ETPCz w sprawie Huvig przeciwko Francji z 24 kwietnia 1990 r., nr A 176-B.

⁵⁸ Wyrok ETPCz w sprawie Observer i Guardian przeciwko Wielkiej Brytanii z 26 listopada 1991 r., 13585/98.

⁵⁹ Wyrok ETPCz w sprawie Lupsa przeciwko Rumunii z 8 czerwca 2006 r., nr 10337/04; wyrok ETPCz w sprawie Al-Nashif przeciwko Bułgarii z 20 czerwca 2002 r., 50963/99.

⁶⁰ Wyrok ETPCz w sprawie Segerstedt-Wiberg i inni przeciwko Szwecji z 7 czerwca 2006 r., 62332/00.

grupami bankowymi, pogłębienia współpracy w sprawach dotyczących przeciwdziałania praniu pieniędzy, finansowania terroryzmu oraz wymiany informacji dotyczących przestępstw podatkowych oraz unikania płatności podatków.

Historia ochrony szwajcarskiej tajemnicy bankowej sięga XVII wieku. Już wtedy od bankierów genewskich wymagano całkowitej dyskrecji w sprawach finansowych klientów. Umożliwiło to zaciąganie „anonimowych” pożyczek między innymi królowi Francji – Ludwikowi XIV.

W 1713 r. Wysoka Rada Genewy (rada kantonu genewskiego) przyjęła pierwszą regulację prawną w zakresie bankowości. Wspomniana regulacja nakładała na bankierów obowiązek prowadzenia rejestru klientów i przeprowadzonych transakcji oraz przewidywała zakaz ujawniania zawartych w tym rejestrze informacji komukolwiek z wyjątkiem samego klienta. Od tej zasady przewidziane było jedno odstępstwo – informacje poufne mogły być ujawnione za zgodą rady miejskiej.

Aż do 1934 r. odpowiedzialność z tytułu naruszenia tajemnicy bankowej miała charakter odpowiedzialności wyłącznie cywilnoprawnej. Bankierzy szwajcarscy, którzy nie dopełnili w należyty sposób swoich powinności wobec klientów banku i ujawnili informacje chronione nie mogli zostać pociągnięci do odpowiedzialności karnej. Co więcej, nie było możliwe pociągnięcie do odpowiedzialności cywilnoprawnej bezpośrednio pracowników banku.⁶¹ Stan ten uległ zmianie wraz z uchwaleniem ustawy *Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen* (dalej: Federalne Prawo Bankowe lub FPB)⁶², która w sposób kompleksowy uregulowała problematykę funkcjonowania banków i kas oszczędnościowych.

Przyczynami, dla których ustawodawca szwajcarski zdecydował się zaostriżyć zasady odpowiedzialności za naruszenie tajemnicy bankowej i tym samym zwiększyć zakres ochrony informacji poufnych były wydarzenia mające miejsce w pierwszej połowie lat 30-tych XX wieku. W okresie tym w hitlerowskich Niemczech przyjęto regulacje prawne, na podstawie których karano śmiercią obywateli niemieckich dokonujących transferu środków pieniężnych poza granice państwa oraz tych, którzy posiadali jakiegokolwiek środki na zagranicznych kontach. Aktywna działalność wywiadu niemieckiego, usiłującego uzyskać informacje o depozytach bankowych swoich obywateli, wpłynęła na decyzję rządu Szwajcarii o zaostrzeniu środków ochrony przed ujawnieniem tajemnicy bankowej oraz zwiększeniu zakresu odpowiedzialności osób, które miały jej strzec. Od tego czasu, pomimo ewolucji systemu bankowego w Szwajcarii, główny trzon prawnej regulacji tajemnicy bankowej pozostał w znacznej mierze niezmieniony.

⁶¹ E.A. Stultz: *Swiss Bank Secrecy and United States Efforts to Obtain Information from Swiss Banks*, „21 Vand Transnat'l” L. 63, 67 (1988).

⁶² Ustawa z dnia 8 listopada 1934 r., AS 51 117.

2. Prawo do prywatności w prawie szwajcarskim

Idea prawa do prywatności i jego ochrony jest silnie zakorzeniona w szwajcarskiej kulturze prawnej.

Prawo to jest jednym z konstytucyjnych praw podstawowych. Co znamienne, przepis art. 13 Konstytucji Konfederacji Szwajcarii⁶³, zgodnie z którym „*Każda osoba ma prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, domu oraz zachowania poufności korespondencji oraz komunikowania się*”, stanowi niemalże powtórzenie art. 8 ust. 1 EKPC. Orzekając o istocie, zakresie i obowiązku przestrzegania prawa do prywatności, sądy szwajcarskie opierają się niejednokrotnie na dorobku orzeczniczym ETPCz.⁶⁴ Za źródło prawa do prywatności uznają „prawo osobowości”, które przysługuje każdemu człowiekowi.⁶⁵

W doktrynie szwajcarskiej podnosi się, że prywatność obejmuje informacje znane ograniczonemu kręgowi osób lub objęte poufnością⁶⁶. Nie budzi przy tym wątpliwości fakt, że do danych prywatnych należą również te, dotyczące sfery finansowej⁶⁷, a więc – niejednokrotnie – objęte tajemnicą bankową. Co istotne, tak rozumiana prywatność nie jest domeną wyłącznie osób fizycznych – prawo do niej mają również inne podmioty, w tym osoby prawne.

Prywatność dzieli się na dwie sfery – prywatną w ogólności oraz poufną. Osoby publiczne podlegają pełnej ochronie przed ingerencją jedynie w drugą z nich. Należy przy tym podkreślić, że poprawne zakwalifikowanie konkretnej informacji do jednej ze sfer prywatności jest zadaniem niezwykle skomplikowanym.⁶⁸

W prawie szwajcarskim prywatność chroniona jest nie tylko na poziomie konstytucyjnym, ale również w ustawie *Zivilgesetzbuch* (dalej: Szwajcarski Kodeks Cywilny lub SKC)⁶⁹. Zastosowanie ma bowiem art. 28 SKC, który gwarantuje ochronę sądową każdej osobie poszkodowanej czymś bezprawnym działaniem. Ochrona ta jest skuteczna *erga omnes*, jest więc niezależna od istnienia stosunku obligacyjnego pomiędzy stronami.

⁶³ Konstytucja Konfederacji Szwajcarskiej z 18 kwietnia 1999 r. (*Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*), która zastąpiła poprzednio obowiązującą konstytucję z 1874 r. Konstytucja Konfederacji gwarantuje również każdej osobie prawo do ochrony danych osobowych.

⁶⁴ Szwajcaria ratyfikowała EKPC w 1974 r.

⁶⁵ Zob. M. Jungo: *Internet Commerce And the Protection Of Personality Under The Law of Switzerland*, artykuł dostępny na stronie <http://osaka.law.miami.edu/~fromkin/seminar/papers/jungo.htm>. Zob. również Decyzję Federalnego Sądu Najwyższego (FCD) 84 II 573.

⁶⁶ Zob. A. Bucher: *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, Basel 1995 r., s. 152-153

⁶⁷ Decyzja Trybunału Federalnego nr 64 (1938) II 162 (169).

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Ustawa z dnia 10 grudnia 1907 r., RS 210.

Na gruncie Szwajcarskiego Kodeksu Cywilnego, jedną z przesłanek wyłączających bezprawność naruszenia prywatności jest zgoda poszkodowanego. Może być ona odwołana w każdym (lecz oczywiście poprzedzającym naruszenie) momencie.⁷⁰

Bezprawność uchyla również przeważający interes prywatny. Na taki interes można powoływać się zupełnie wyjątkowo. Sądy szwajcarskie w skrupulatny sposób wąż bowiem interesy poszkodowanego i sprawcy naruszenia.⁷¹ Co więcej, interes prywatny musi opierać się na ogólnie przyjętych w społeczeństwie wartościach. Nie może być nią jednak zysk ekonomiczny.⁷²

Przesłankami wyłączającymi bezprawność naruszenia są również przeważający interes publiczny oraz wyłączenia ustawowe. Pierwsza z nich przywoływana jest często w dyskusji nad relacją pomiędzy wolnością prasy a sferą prywatną jednostki.⁷³ Co do zasady jednak wolność prasy nie usprawiedliwia naruszenia prywatności.⁷⁴ Ustawowe wyłączenia bezprawności są natomiast bardzo nieliczne.⁷⁵

3. Zakres tajemnicy bankowej w prawie szwajcarskim

Pojęcie i zakres tajemnicy bankowej w prawie szwajcarskim zostały uregulowane w trzech odrębnych aktach prawnych, a mianowicie w Szwajcarskim Kodeksie Cywilnym, w ustawie *Obligationenrecht* (dalej: Szwajcarski Kodeks Zobowiązań lub SKZ)⁷⁶ oraz w Federalnym Prawie Bankowym.

3.1. Szwajcarski Kodeks Cywilny

Szwajcarski Kodeks Cywilny nie reguluje problematyki tajemnicy bankowej wprost. Prawo do ochrony informacji poufnych jest interpretowane z przywołanego już przeze mnie art. 28 SKC.

W związku z faktem, iż sferą prywatności objęte są – zdaniem Trybunału Federalnego Szwajcarii – informacje związane z sytuacją finansową danej osoby⁷⁷, przyjmuje się, że tajemnica bankowa wywodzi się w istocie z prawa do pry-

⁷⁰ A. Bucher: *Natürliche Personen (...)*, *op. cit.*, s. 163.

⁷¹ Orzeczenie FCD 95 II 491 i nast.

⁷² A. Bucher, *Natürliche Personen (...)*, *op. cit.*, s. 167.

⁷³ Zob. M. Jungo: *Internet Commerce And the Protection Of Personality (...)*, *op. cit.*

⁷⁴ Zob. orzeczenie FCD 113 Ia 320.

⁷⁵ Do aktów prawnych, które – pod pewnymi warunkami – zezwalają na naruszenie prywatności należy zaliczyć przede wszystkim szwajcarską ustawę o ochronie danych osobowych z 19 czerwca 1992 r., RS 235.1.

⁷⁶ Ustawa z dnia 30 marca 1911 r., RS 220.

⁷⁷ Decyzja Trybunału Federalnego nr 64 (1938) II 162 (169).

watności i stanowi zarazem środek jego ochrony.⁷⁸ Innymi słowy, wszelkie tego typu dane powinny podlegać – jako dane prywatne – ochronie zagwarantowanej tajemnicy bankowej.⁷⁹

Niewątpliwie twierdzenie to znajduje uzasadnienie w samej historii rozwoju tajemnicy bankowej. Obowiązek poufności w zakresie spraw majątkowych klientów, któremu w XVII i XVIII wieku podlegali bankierzy, stanowił bowiem środek służący ochronie prywatności tych pierwszych przed ingerencją władzy feudalnej. W późniejszym okresie obowiązek ten miał na celu głównie zabezpieczenie klientów banków przed ingerencją władz państwa, w tym ze strony państw obcych.

Poufność w zakresie informacji majątkowych była i jest uważana za jedno z fundamentalnych praw w Szwajcarii.⁸⁰ Pogląd ten „wyrósł” nie tylko ze specyficznych uwarunkowań historycznych i kulturowych, które wpłynęły na rozwój prawa szwajcarskiego, ale również z filozofii politycznej leżącej u podstaw zasady, że państwo szwajcarskie ma służyć swoim obywatelom. W doktrynie wyrażono opinię⁸¹, że relacja pomiędzy państwem a obywatelami jest pochodną tego, w jaki sposób państwo traktuje dotyczące ich informacje finansowe. Relacja ta opiera się na wzajemnym zaufaniu.⁸² W konsekwencji, państwo szwajcarskie nie ingeruje w prywatną sferę majątkową obywatela, chyba że istnieją uzasadnione podstawy do twierdzenia, że obywatel naruszył to zaufanie (popewniając np. przestępstwo).⁸³

3.2. Szwajcarski Kodeks Zobowiązań

Podobnie jak SKC, Szwajcarski Kodeks Zobowiązań nie ustanawia w sposób bezpośredni obowiązku zachowania tajemnicy bankowej. Obowiązek ten wywodzi się z regulacji SKZ dotyczącej stosunków umownych, a w szczególności zlecenia⁸⁴. Istotne w tym względzie są przepisy, które określają rodzaj zobowiązań zleceniobiorcy (agenta) świadczącego usługi na rzecz zleceniodawcy oraz

⁷⁸ P. S. Grassi, D. Calvaresse: *Duty of Confidentiality of Banks in Switzerland: Where it stands and where it goes. Recent developments and experience*, „Pace International Law Review” z 1995 r., Vol. 7, s. 368.

⁷⁹ A. Bucher: *Personne physiques at protection de la personnalite*, ed. 1985 r., s. 127-128.

⁸⁰ D. Chaikin: *Policy and Fiscal Effects of Swiss Bank Secrecy*, „Revenue Law Journal” z 2005 r., nr 15, s. 84.

⁸¹ Zob. szerzej na ten temat F. Blankart, J. A. Bonna, M. Y. Derobert: *The Future of Financial Privacy*, 2000 r., s. 209.

⁸² Zob. D. Chaikin: *Policy and Fiscal Effects (...)*, *op. cit.*, s. 94.

⁸³ J. de Watteville: *The Swiss banking secrecy and the fight against financial crime* (wykład wygłoszony w ramach *International Wealth Management Executive MBA Programme* w Schloss-Hunigen, Szwajcaria, 18 kwietnia 2002 r.).

⁸⁴ BGE 100 II/53.

sposób ich wykonania.⁸⁵ Przepisy te przewidują, iż poprzez przyjęcie zlecenia zleceniobiorca zobowiązuje się zrealizować ustalone w umowie transakcje gospodarcze lub wykonać usługi⁸⁶ w sposób staranny i sumienny⁸⁷.

Z regulacji tych doktryna szwajcarska wywodzi zobowiązanie banku do zachowania w poufności powierzonych mu informacji.⁸⁸ Ujawnienie takich informacji narusza wspomniany obowiązek staranności oraz sumienności.

Istotny z punktu widzenia odpowiedzialności banku za naruszenie tajemnicy bankowej jest fakt, że stosunek zlecenia powstaje również w braku pisemnej umowy pomiędzy stronami. Zgodnie z przepisami SKZ, zlecenie uważa się za przyjęte, jeżeli jego zakres dotyczy czynności zwyczajowo wykonywanych przez zleceniobiorcę lub usług świadczonych przez niego w sposób zawodowy albo jeżeli zleceniobiorca publicznie oferuje wykonanie takich usług, chyba że niezwłocznie oświadczy, iż nie przyjmuje zlecenia.⁸⁹ W konsekwencji, pomiędzy bankiem a klientem niejednokrotnie powstanie stosunek zlecenia (pomimo braku jego formalnego potwierdzenia), w ramach którego bank jako zleceniobiorca zobowiązany jest do starannego i sumiennego świadczenia swych usług oraz do zachowania w poufności powierzonych mu w związku z realizacją tego zlecenia informacji.

W świetle zaprezentowanych już rozważań zauważyć należy, że niektóre z powstających pomiędzy bankami a ich klientami stosunków zobowiązaniowych nie zawierają charakterystycznych elementów umowy zlecenia, lecz stanowią innego typu umowy, na podstawie których banki świadczą swoje usługi (np. umowy kredytowe). Na tym tle powstaje pytanie, czy bank jest zobowiązany do zachowania tajemnicy bankowej, pomimo że umowa wiążąca strony (niezawierająca cech charakterystycznych umowy zlecenia) nie reguluje bezpośrednio tej kwestii? Zdaniem większości przedstawicieli doktryny szwajcarskiej⁹⁰, zobowiązanie do zachowania tajemnicy jest zwyczajowo przyjęte w odniesieniu do wszystkich umów bankowych, chyba że z natury transakcji wynika co inne-

⁸⁵ Szczególnie istotne w tym zakresie są art. 394 oraz art. 398 SKZ.

⁸⁶ Zob. art. 394 SKZ: „(1) Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen.”.

⁸⁷ Zob. art. 398 SKZ: „(...) (2) Er haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes.”.

⁸⁸ P. S. Grassi, D. Calvaresse: *Duty of Confidentiality (...)*, op. cit., s. 329-372.

⁸⁹ Zob. art. 395 SKZ: „Als angenommen gilt ein nicht sofort abgelehnter Auftrag, wenn er sich auf die Besorgung solcher Geschäfte bezieht, die der Beauftragte kraft obrigkeitlicher Bestellung oder gewerbsmässig betreibt oder zu deren Besorgung er sich öffentlich empfohlen hat.”.

⁹⁰ M. Aubert, P.A. Béguin, P. Bernasconi, J. G. Burg, R. Schwob, R. Treuilland: *Le secret bancaire suisse*, 3 wyd., 1995 r., s. 480-502 oraz B. Kleiner, R. Schwob [w:] Bodmer, Kleiner i Lutz: *Kommentar zum Schweizerischen Bankengesetz*, 13 wyd., 2002 r., art. 47.

go. Potwierdza to treść przepisów szwajcarskiego Federalnego Prawa Bankowego, które ustanawiają obowiązek poufności bez względu na to, jaki stosunek prawny leży u jego podstaw.

3.3. Federalne Prawo Bankowe

Podstawowa regulacja dotycząca zagadnienia tajemnicy bankowej w prawie szwajcarskim została ujęta w przepisach Federalnego Prawa Bankowego⁹¹. Nakłada ono na określoną grupę osób⁹² obowiązek ochrony informacji poufnych, przewidując jednocześnie sankcje karne w przypadku jego naruszenia (poprzez ujawnienie lub nakłanianie do ujawnienia informacji poufnych), tj. karę pozbawienia wolności do 3 lat lub karę pieniężną. Jeżeli do naruszenia dojdzie w wyniku niedbalstwa, karą będzie grzywna nieprzekraczająca 250.000 franków szwajcarskich. Stopień winy sprawcy naruszenia warunkuje więc jedynie rodzaj kary, nie zaś sam fakt odpowiedzialności z tytułu naruszenia. Co więcej, ściganie przestępstwa polegającego na naruszeniu lub nakłanianiu do naruszenia obowiązku poufności nie jest uzależnione od złożenia wniosku przez poszkodowanego, lecz następuje z urzędu.⁹³ Wszystkie te okoliczności świadczą o wysokiej randze, jaką szwajcarski ustawodawca nadał obowiązkowi zachowania tajemnicy bankowej.

W Federalnym Prawie Bankowym⁹⁴ zastrzeżono wprost, że naruszenia obowiązku poufności nie stanowi ujawnienie informacji na podstawie federalnych i kantonalnych przepisów dotyczących składania zeznań przez świadków oraz przekazywania informacji władzom rządowym. Oznacza to, że – pod pewnymi warunkami – istnieje możliwość zgodnego z prawem ujawnienia informacji konfidenacyjnych w ramach postępowań karnych.⁹⁵

3.4. Zakres przedmiotowy

Ustawodawca szwajcarski w sposób szeroki określił zakres przedmiotowy tajemnicy bankowej. Ochroną objęte są bowiem nie tylko informacje powierzone bankowi przez klienta, ale również informacje, o których bank dowiedział się w jakikolwiek sposób w czasie realizacji zawartej z klientem umowy. Informacje te mogą dotyczyć np. tożsamości klienta, jego stanu cywilnego, rodzaju łączącego

⁹¹ Zob. art. 47 Federalnego Prawa Bankowego.

⁹² Przepis nawiązuje wprost do przedstawiciela, pracownika, zleceniobiorcy, likwidatora lub pełnomocnika banku, jak również przedstawiciela lub pracownika spółki audytorskiej.

⁹³ Ustawodawca szwajcarski podobnie uregulował odpowiedzialność maklerów giełdowych oraz członków giełd w ustawie z 24 marca 1995 r. *Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel* (Federalnej Ustawie o Giełdach i Obrocie Papierami Wartościowymi).

⁹⁴ Zob. art. 47 ust. 5 Federalnego Prawa Bankowego.

⁹⁵ Szerzej o tym w pkt. 4.2. niniejszej części opracowania.

go z bankiem stosunku prawnego, rodzaju rachunku bankowego, przeprowadzanych w ramach tego rachunku transakcji.

3.5. Zakres podmiotowy

Obowiązkiem poufności objęte są osoby, które w toku sprawowanych obowiązków uzyskały dostęp do informacji poufnych dotyczących klientów banku. Ustawodawca szwajcarski wymienia tutaj przedstawicieli, pracowników, zleceńbioborców, likwidatorów i pełnomocników banku, jak również przedstawicieli oraz pracowników spółki audytorskiej. Natomiast osoby takie jak urzędnicy publiczni, członkowie i przedstawiciele Federalnej Komisji ds. Nadzoru nad Rynkami Finansowymi, przedstawiciele szwajcarskiego banku narodowego, urzędnicy skarbowi itp. zobowiązani są – w przypadku uzyskania informacji konfidencyjnych – do zachowania tajemnicy zgodnie z przepisami odnoszącymi się do pełnionych przez nie funkcji publicznych.⁹⁶

Przepisy te przewidują analogiczne sankcje karne jak przepisy szwajcarskiego Federalnego Prawa Bankowego.

W piśmiennictwie podkreśla się, że beneficjentami tajemnicy bankowej w Szwajcarii nie są wyłącznie klienci banku w ścisłym tego słowa znaczeniu, lecz również osoby trzecie, które zawarły z klientami banku umowy lub inne osoby, o których bank uzyskał poufne informacje w toku prowadzonej przez siebie działalności.⁹⁷

Zakres podmiotowy szwajcarskiej tajemnicy bankowej jest więc bez wątpienia szeroki.

3.6. Zakres czasowy

Obowiązek zachowania tajemnicy bankowej trwa dopóki jej beneficjent ma uzasadniony interes w tym, aby objęte nią informacje pozostały poufne.⁹⁸ Obowiązek poufności trwa więc niejednokrotnie nawet po zakończeniu umowy pomiędzy bankiem a klientem. Z uwagi na fakt, że pojęcie „uzasadnionego interesu” jest niedookreślone, w praktyce banki szwajcarskie utrzymują w tajemnicy wszelkie informacje dotyczące swoich klientów przez dziesiątki lat.

⁹⁶ Przykładowo, pracownicy oraz osoby pełniące funkcje organów Federalnej Komisji ds. Nadzoru nad Rynkami Finansowymi (*Eidgenössische Finanzmarktaufsicht* – odpowiednik polskiej Komisji Nadzoru Finansowego) są zobowiązani do przestrzegania tajemnicy bankowej w ramach spoczywającego na nich obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej na podstawie ustawy z dnia 22 czerwca 2007 r. - *Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht* (RS.956.1). Zob. również pkt 4.2. poniżej.

⁹⁷ S. Breitenstein: *Switzerland* [w:] Neate: *Bank confidentiality*, LexisNexis, c2003 Edition 3rd ed., general editor Gwendoline Griffiths, s. 594.

⁹⁸ *Ibid.*, s. 592.

Osoby, na które Federalne Prawo Bankowe nakłada obowiązek poufności⁹⁹ ponoszą odpowiedzialność karną za naruszenie tajemnicy zawodowej (tj. między innymi za ujawnienie informacji poufnych klienta banku) również po wygaśnięciu stosunku pracy lub zakończeniu wykonywania zawodu¹⁰⁰. Regulacja ta w istotnie zwiększa ochronę tajemnicy bankowej.

4. Odpowiedzialność za naruszenie tajemnicy bankowej

4.1. Odpowiedzialność cywilnoprawna

Jak wskazałam w części dotyczącej zakresu tajemnicy bankowej, sfera prywatności „rozciąga” się na informacje dotyczące sytuacji finansowej jednostki, w tym na dane objęte tajemnicą bankową. Zagrożenie lub naruszenie tajemnicy bankowej jest więc równoznaczne z zagrożeniem lub naruszeniem prywatności i – jako takie – może powodować powstanie po stronie jego sprawcy odpowiedzialności cywilnoprawnej.

Jeżeli beneficjent tajemnicy bankowej udowodni, że jego prawo do prywatności zostało bezprawnie naruszone lub istnieje groźba takiego naruszenia oraz że w wyniku naruszenia dozna(ł) poważnej szkody, może żądać zastosowania przez sąd określonych środków tymczasowych – np. zakazu dalszych naruszeń.¹⁰¹

Powodujące powstanie szkody naruszenie prawa do prywatności może być kwalifikowane jako czyn niedozwolony w rozumieniu Szwajcarskiego Kodeksu Zobowiązań. Będzie tak, jeżeli naruszenie było bezprawne i zawinione.¹⁰²

Podkreślić należy, że beneficjent, który w wyniku ujawnienia tajemnicy bankowej doznał strat moralnych, może domagać się stosownego zadośćuczynienia.¹⁰³ Podstawą rekompensaty szkody niemajątkowej jest naruszenie prywatności,

⁹⁹ Zob. pkt 3.5. powyżej.

¹⁰⁰ Zob. Art. 47 ust. 4: „Die Verletzung des Berufsgeheimnisses ist auch nach Beendigung des amtlichen oder dienstlichen Verhältnisses oder der Berufsausübung strafbar.”

¹⁰¹ Zob. art. 28a SKZ.

¹⁰² Przepis art. 41 ust. 1 SKZ stanowi bowiem, iż: „Ten kto wyrządza w sposób bezprawny szkodę drugiemu umyślnie, przez niedbalstwo lub nieostrożność, jest zobowiązany do jej naprawienia”. W oryginalnej wersji językowej: „Einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.”. SKZ nakłada obowiązek odszkodowawczy również na osobę, która umyślnie wyrządziła szkodę w wyniku czynu sprzecznego z obyczajami (art. 41 ust. 2 SKZ): „Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt.”

¹⁰³ Na podstawie art. 49 Szwajcarskiego Kodeksu Zobowiązań: „Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, hat Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wiedergutmacht worden ist.”

jako jednego z dóbr osobistych (*Persönlichkeit*). Wysokość rekompensaty uzależniona jest od stopnia doznanej krzywdy.¹⁰⁴ Roszczenie nie przysługuje, jeżeli sprawca zadośćuczynił krzywdzie w inny, w ocenie sądu satysfakcjonujący sposób.

Poza możliwością domagania się naprawienia szkody oraz żądania zadośćuczynienia, na podstawie SKZ beneficjent tajemnicy bankowej może żądać również wydania stosownego nakazu/zakazu sądowego (w szczególności zakazu ujawniania informacji konfidencjonalnych).

Na gruncie prawa szwajcarskiego możliwy jest zbieg odpowiedzialności odszkodowawczej banku – deliktowej i kontraktowej. Zbieg taki nastąpi wówczas, gdy – ujawniając poufne informacje swojego klienta – bank dopuści się deliktu¹⁰⁵ oraz jednocześnie naruszy obowiązek wynikający z zawartej umowy (np. umowy zlecenia). W takiej sytuacji klient będzie mógł dokonać wyboru podstawy roszczenia. W przypadku wskazania reżimu odpowiedzialności kontraktowej, beneficjent tajemnicy bankowej będzie mógł żądać (podobnie jak w przypadku odpowiedzialności deliktowej) wydania odpowiedniego nakazu/zakazu sądowego oraz zasądzenia odszkodowania. Powołując się na naruszenie dobra osobistego, jakim jest prywatność, będzie mógł również żądać zapłaty stosownego zadośćuczynienia.

4.2. Odpowiedzialność karna

W pkt. 3.3. powyżej wskazałam, że ujawnienie tajemnicy bankowej stanowi podstawę odpowiedzialności karnej sprawcy naruszenia. Sankcjami z tytułu naruszenia są kara pozbawienia wolności oraz kara grzywny.

Dla określenia pełnego zakresu odpowiedzialności karnej za naruszenie tajemnicy bankowej znaczenie ma również *Schweizerisches Strafgesetzbuch* (Szwajcarski Kodeks Karny, dalej: SKK)¹⁰⁶, który penalizuje czyn polegający na ujawnieniu „*informacji chronionych*” lub wykorzystaniu ich dla własnej korzyści lub korzyści osoby trzeciej. Informacjami chronionymi w tym znaczeniu są poufne informacje handlowe lub informacje objęte tajemnicą handlową, których ochrona wynika z ustawy lub umowy.¹⁰⁷ Mogą być nimi informacje uzyskane przez banki od klientów w związku z ich wzajemną współpracą, a więc informacje objęte ta-

¹⁰⁴ Sądy mają swobodę decyzyjną w określeniu wysokości zadośćuczynienia – zob. orzeczenie BGE 108 II 352.

¹⁰⁵ Ma to miejsce na podstawie art. 41 SKZ.

¹⁰⁶ Ustawa z dnia 21 grudnia 1937 r. [AS 54 757].

¹⁰⁷ Zob. art. 162 SKK: „*Verletzung des Fabrikations - oder Geschäftsgeheimnisses. Wer ein Fabrikations - oder Geschäftsgeheimnis, das er infolge einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht bewahren sollte, verrät, wer den Verrat für sich oder einen andern ausnützt, wird, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.*”

jemnicą bankową. Na mocy SKK ujawnienie takich informacji lub wykorzystanie ich dla własnej korzyści lub korzyści osoby trzeciej jest zagrożone karą grzywny lub pozbawienia wolności do lat trzech.

Odrębne normy mają zastosowanie do odpowiedzialności z tytułu naruszenia obowiązku poufności przez osoby pełniące funkcje publiczne (tj. przez przedstawicieli władzy publicznej lub urzędników publicznych). Sankcje są jednakże takie same.¹⁰⁸

Karą pozbawienia wolności lub grzywny jest również zagrożone naruszenie obowiązku poufności przez osoby, które uzyskały informacje konfidencyjne w związku ze sprawowaną praktyką zawodową lub zatrudnieniem. W przypadku Szwajcarii można więc mówić o karnej odpowiedzialności zawodowej za naruszenie tajemnicy bankowej.

5. Wyjątki

Analizując problematykę odpowiedzialności z tytułu naruszenia tajemnicy bankowej nie można pominąć przypadków, w których odpowiedzialność ta zostaje wyłączona. W prawie szwajcarskim przyjmuje się, że beneficjenci tajemnicy bankowej muszą mieć możliwość decydowania o zakresie przysługującej im ochrony. W konsekwencji, mogą zwolnić bank z obowiązku przestrzegania tajemnicy bankowej, uchylając tym samym odpowiedzialność z tytułu jej naruszenia. Dla swojej skuteczności, zgoda na ujawnienie informacji konfidencyjnych musi być udzielona w sposób niebudzący wątpliwości. Pozostałe wyjątki od powinności milczenia nie są zarysowane szeroko. Dotyczą obowiązku ujawnienia w toku sporów sądowych lub postępowań karnych, w ramach międzynarodowej współpracy w sprawach cywilnych, nadzoru skonsolidowanego międzynarodowych grup bankowych, międzynarodowej współpracy w sprawach karnych oraz nadzoru administracyjnego (Federalnej Komisji ds. Nadzoru nad Rynkami Finansowymi). Pewien, stosunkowo nieznaczny dostęp do informacji poufnych jest zagwarantowany również w przepisach prawa podatkowego.

6. Wnioski

Regulacja obowiązku przestrzegania tajemnicy bankowej w Szwajcarii należy do jednej z najbardziej restrykcyjnych w Europie. U jej podstaw leży przede wszystkim konieczność ochrony interesów majątkowych jej beneficjentów, jako składnika prywatności.

¹⁰⁸ Zob. art. 320 SKK.

Zasadnicze znaczenie dla określenia rzeczywistego źródła tajemnicy bankowej ma orzeczenie Trybunału Federalnego z 1938 r.¹⁰⁹, w którym stwierdzono, że prawo do prywatności obejmuje informacje związane z sytuacją finansową danej osoby. Doniosłość tego orzeczenia jest tym większa, że dotyczyło ono zarówno osób fizycznych, jak i osób prawnych. Co więcej, przedstawiciele doktryny szwajcarskiej wywiedli z niego, że źródłem tajemnicy bankowej jest prawo do prywatności, a tajemnica bankowa stanowi jednocześnie instrument ochrony tego prawa. Pogląd ten wpłynął na postrzeganie stosunku prawnego istniejącego pomiędzy bankiem a klientem. Stosunek ten uznano za opartą na prawie do prywatności relację, której charakteru ani szczegółów nie można bez zgody klienta ujawniać osobom trzecim, zaś informacje dotyczące tego stosunku zaczęto uważać za tzw. informacje zastrzeżone. Wyjątki od obowiązku poufności są nieliczne i precyzyjne, a ich zastosowanie – w zdecydowanej większości przypadków – uzależnione jest od decyzji sądu. Kierunek ten jest zgodny z dokonaną przez ETPCz interpretacją pojęcia „życia prywatnego”.

Co więcej, sferą prywatności obejmuje się w prawie szwajcarskim dane osobowe – w tym zarówno dotyczące osób fizycznych, jak i osób prawnych.

Uznanie prawa do prywatności za źródło obowiązku poufności wpłynęło na sposób regulacji zasad odpowiedzialności za jego naruszenie. Beneficjent tajemnicy bankowej może oprzeć swoje roszczenia z tytułu naruszenia tajemnicy bankowej na przepisach Szwajcarskiego Kodeksu Cywilnego dotyczących deliktowej odpowiedzialności odszkodowawczej, w tym żądać zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. Istnieje również możliwość pociągnięcia osoby winnej naruszenia do odpowiedzialności karnej. Dostrzegając znaczenie dobra osobistego, jakim jest prywatność, ustawodawca szwajcarski nie uzależnił ścigania przestępstwa naruszenia tajemnicy bankowej od wniosku poszkodowanego. Przestępstwo to jest ścigane z urzędu, zaś sam stopień winy sprawcy warunkuje jedynie rodzaj kary. Obok odpowiedzialności cywilnej i karnej prawo szwajcarskie przewiduje również sankcje administracyjne z tytułu naruszenia obowiązku poufności.

Przyznanie tajemnicy bankowej tak silnej ochrony wynika zapewne z uznania prawa do zachowania w tajemnicy informacji dotyczących majątku obywatela za jedno z fundamentalnych praw w Szwajcarii.¹¹⁰ Jest to związane nie tylko z czynnikami historyczno-kulturowymi, ale również z przyjętą w Szwajcarii filozofią polityczną, zgodnie z którą państwo ma służyć i ufać swoim obywatelom.

Przykład Szwajcarii potwierdza tezę, że w jurysdykcjach, w których jako źródło tajemnicy bankowej wskazuje się konieczność poszanowania dóbr osobistych

¹⁰⁹ Decyzja Trybunału Federalnego nr 64 (1938) II 162 (169).

¹¹⁰ D. Chaikin: *Policy and Fiscal Effects (...)*, *op. cit.*, s. 84.

beneficjentów oraz konieczność ochrony interesów ekonomicznych banków i ich klientów, obowiązek poufności jest restrykcyjny, zagrożony sankcjami karnymi, a cywilnoprawna odpowiedzialność odszkodowawcza oparta jest na reżimie deliktowym (co nie wyklucza zbiegu odpowiedzialności kontraktowej i deliktowej).

VI. Anglia

1. Wiadomości ogólne

W prawie angielskim obowiązek zachowania tajemnicy bankowej został ukształtowany przez orzecznictwo sądowe w ramach systemu *common law*. Orzecznictwo nie wiąże tego obowiązku z prawem do prywatności. W konsekwencji, prawna ochrona tajemnicy bankowej nie jest silna, opiera się na reżimie odpowiedzialności kontraktowej, a beneficjent tej tajemnicy nie jest uprawniony do dochodzenia zadośćuczynienia za doznaną krzywdę.

Obowiązek zachowania tajemnicy bankowej nie ma charakteru absolutnego. Jego zakres ograniczony jest licznymi wyjątkami, które – pomimo wysiłków ustawodawstwa oraz judykatury – nie zostały sprecyzowane. Jak podkreśla się w piśmiennictwie angielskim¹¹¹, z uwagi na fakt, że zarówno zakres tajemnicy bankowej, jak i wyjątki od obowiązku jej zachowania następczą wiele problemów interpretacyjnych, zadaniem skomplikowanym jest również określenie zasad odpowiedzialności za naruszenie powinności milczenia.

W 1989 r. podjęto próbę rozwiązania tych problemów poświęcając zagadnieniu tajemnicy bankowej obszerną część tzw. *Jack Committee Report on Banking Services Law*. Zawarte w omawianym raporcie rekomendacje dotyczące skodyfikowania w jednej ustawie wyjątków od obowiązku poufności nie znalazły uznania strony rządowej.¹¹²

Rekomendacje te zostały natomiast w pewnym stopniu uwzględnione w *Code of Banking Practice* (Kodeks Praktyk Bankowych), tj. w dobrowolnym zbiorze zasad i praktyk bankowych, którego autorami są *British Bankers Association* (Brytyjskie Stowarzyszenie Bankierów), *Building Societies Association* (Zrzeszenie Kas Mieszkaniowych) oraz *Association for Payment Clearing Services* (Stowarzyszenie Podmiotów Świadczących Usługi Rozliczeniowe; tzw. „APACS”). Kodeks Praktyk Bankowych dotyczy klientów indywidualnych i przyjęty został przez większość banków w Wielkiej Brytanii. Jego odpowiednikiem

¹¹¹ Zob. G. Griffiths: *England* [w:] Neate: *Bank confidentiality*, LexisNexis, 2003 3rd ed., general editor Gwendoline Griffiths, s. 221.

¹¹² *Banking Services: Law and Practice, Report by the Review Committee* (Chairman: Professor R.B. Jack), luty 1989 r., Cm. 622.

dla klientów biznesowych jest *Business Banking Code* (Kodeks Bankowości Biznesowej).¹¹³

Chociaż oba kodeksy w dużym stopniu odpowiadają potrzebom współczesnego obrotu bankowego, ramy prawnej regulacji tajemnicy bankowej są wciąż nieprecyzyjne. W konsekwencji, zasadnicze znaczenie w procesie ustalania zasad odpowiedzialności za naruszenie tajemnicy bankowej ma orzecznictwo angielskie.

2. Prawo do prywatności

Kwestia prywatności oraz prawa do prywatności była i jest przedmiotem licznych wypowiedzi przedstawicieli doktryny oraz sądów angielskich.¹¹⁴

Do 2000 r. motywem przewodnim był w tym zakresie historycznie zakorzeniony pogląd, wielokrotnie zresztą wyrażany w orzecznictwie, że w ramach angielskiego systemu *common law* nie funkcjonuje samoistne prawo do prywatności, a – w konsekwencji – prawo to samo w sobie nie może być przedmiotem ochrony.¹¹⁵ Można przypuszczać, że właśnie z tego względu w prawie angielskim nie opiera się ochrony informacji objętych tajemnicą bankową na twierdzeniu o naruszeniu sfery prywatnej jednostki.

Odnosząc się do pojęcia prywatności, przedstawiciele angielskiej doktryny nawiązują do amerykańskiej koncepcji „*right to be let alone*”. Prywatność ujmuje się jako stan „*pożądaney niedostępności*” lub „*wolności od niechcianego dostępu*” innych osób.¹¹⁶ Takie podejście ustanawia subiektywne kryterium podziału na sferę osobistą i publiczną. Aby uznać, że informacja ma charakter prywatny, musi bowiem istnieć wola zachowania jej w poufności.¹¹⁷

Doktryna angielska dzieli prywatność na cztery zakazy, tj.: ingerencji w fizyczne odosobnienie człowieka, publikowania fałszywych informacji o osobie,

¹¹³ Kwestia obowiązku poufności została uregulowana w sposób analogiczny w obydwu tych kodeksach.

¹¹⁴ Zob. raport Sir Kenneth Younger’a pt. *Committee’s Report on Privacy* opublikowany w 1972 r. (Cmnd 5012), s. 25.

¹¹⁵ W raporcie Sir Kenneth Younger’a pt. *Committee’s Report on Privacy* stwierdzono, że „(...) *nie ma w prawie Anglii i Walii prawa do prywatności*”. Zob. również sprawę *Kaye v. Robertson and Another* [1991] FSR 62, at 66, w której sędzia Glidewell L. J. potwierdził że: „(...) *W angielskim prawie dobrze znany jest pogląd, iż nie istnieje prawo do prywatności i że w konsekwencji nie istnieje też środek prawnej ochrony prywatności*”. Tak również J. Michael: *Privacy and Human Rights; An International and Comparative Study*, Dartmouth 1994 r., s. 15.

¹¹⁶ N. A. Moreham: *Privacy in the common law: a doctrinal and theoretical analysis*, „*Law Quarterly Review*” z 2005 r., 121(Oct), s. 636.

¹¹⁷ *Ibid.*

nieautoryzowanego używania nazwiska lub wizerunku jednostki oraz publicznego ujawniania prywatnych faktów.¹¹⁸

Wydarzeniem przełomowym dla znaczenia prawa do prywatności było wejście w życie w 2000 r. *the Human Rights Act* (dalej: „HRA”). Ustawa ta odwołuje się do praw i wolności proklamowanych w EKPC. Stanowi, iż „działanie władz publicznych, które pozostaje w sprzeczności z prawem Konwencji jest bezprawne”¹¹⁹. Co szczególnie istotne, ustawa wymienia wprost prawo do życia prywatnego i rodzinnego, jako jedno z praw podlegających ochronie prawnej.¹²⁰ Choć HRA nie wskazuje konkretnych środków tej ochrony, stanowi dla doktryny i orzecznictwa impuls do ich poszukiwania.

Jedną z zaproponowanych w tym zakresie koncepcji było uznanie istnienia deliktu, polegającego na naruszeniu prawa do prywatności.¹²¹ Stanowisko to zostało odrzucone pomimo licznych, wyrażonych w trakcie debaty naukowej argumentów na jego poparcie. Ostatecznie ugruntował się pogląd, że wystarczającą ochronę w tym zakresie zapewnia powództwo o naruszenie poufności (*equitable action for breach of confidence*)¹²².

Powództwo to jest obecnie głównym środkiem prawnej ochrony prywatności. Podstawową okolicznością, którą należy wykazać jest naruszenie relacji poufności. W orzecznictwie angielskim przyjmuje się, że relacja ta istnieje, jeżeli – oceniając sprawę rozsądnie – można wierzyć, że przekazane informacje mają charakter poufny,

¹¹⁸ M. Lewis, Ch. Hinton, H. Beverley-Smith, G. Hussey: *Review of the law of privacy*, „*Entertainment Law Review*” z 2005 r., 16(7), s. 174.

¹¹⁹ Section 6(1) HRA „*It is unlawful for a public authority to act in a way that is incompatible with a Convention right*”.

¹²⁰ Schedule 1 HRA. Warto zauważyć, że przepisy HRA są skierowane do władz publicznych; mają zatem zastosowanie w ujęciu wertykalnym (w układzie państwo – jednostka). Kwestia czy HRA ma również zastosowanie pośrednie, tj. w ujęciu horyzontalnym (w układzie jednostka – jednostka) była szeroko dyskutowana w doktrynie. Większość jej przedstawicieli opowiedziała się za tezą, że prawa człowieka (w tym prywatność) istnieją na gruncie prawa prywatnego, w szczególności w zakresie prawa umów, prawa deliktów (*tort law*) oraz prawa rzeczowego. Zob. G. Phillipson: *Transforming Breach of Confidence? Towards a Common Law Right of Privacy under the Human Rights Act*, „*Modern Law Review*” z 2003 r., (66), 726; H. Beale, N. Pittam: *The Impact of the Human Rights Act 1998 on English Tort and Contract Law* [w:] *Human Rights in Private Law*, pod red. D. Friedmann and D. Barak-Erez (eds), 2001, s. 131; sprawa *Campbell v. MGN Ltd*, [2004] All ER (D) 67 (May).

¹²¹ Zob. dyskusję na ten temat [w:] B. Markesinis, C. O’Cinneide, J. Fedtke and M. Hunter-Henin: *Concerns and Ideas about the Developing English Law of Privacy (and how knowledge of foreign law might be of help) A research project undertaken by the Institute of Global Law*, dostępny na http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law/publications/institute/docs/privacy_100804.pdf. Sprawa *A v. B* (*Flitcroft v. The People*) [2002] EWCA (Civ) 337.

¹²² D. Friedmann: *The protection of entitlements via the law of restitution - expectations and privacy*, „*Law Quarterly Review*” z 2005 r., 121(Jul), s. 416

a ich ujawnienie może spowodować powstanie szkody lub przysporzyć korzyść innemu podmiotowi.¹²³ Co więcej, informacje te muszą być przekazane w okolicznościach, które wskazują na istnienie obowiązku zachowania ich w tajemnicy.¹²⁴

Anglia nie tylko jest stroną EKPC, ale również wprowadziła zobowiązanie ustawowe do przestrzegania obowiązków wynikających z tej umowy międzynarodowej. Uchwalenie HRA umożliwiło bezpośrednie powoływanie się na przepisy EKPC przed sądami angielskimi. Na gruncie prawa angielskiego sfera prywatności powinna być więc postrzegana zgodnie z wytycznymi ETPCz¹²⁵, co wiąże się z uznaniem, że należą do niej informacje związane z działalnością zawodową lub biznesową jednostek, w tym dane objęte tajemnicą bankową. Ponadto wyjątki od obowiązku przestrzegania prawa do prywatności powinny odpowiadać wynikającej z art. 8 ust. 2 EKPC zasadzie proporcjonalności. Można mieć wątpliwości, czy prawo angielskie spełnia te wymogi.¹²⁶

3. Zakres tajemnicy bankowej

Obowiązek zachowania tajemnicy bankowej uznawany jest w Anglii za do rozumiane postanowienie umowne pomiędzy bankiem a klientem. Nie jest to więc powinność uniwersalna, ciężąca w danej sytuacji na każdym. W konsekwencji, naruszenie obowiązku poufności nie skutkuje odpowiedzialnością deliktową banku, lecz odpowiedzialnością umowną, *ex contractu*.

Powinność zachowania tajemnicy bankowej nie ma charakteru absolutnego, lecz warunkowy – istnieje, jeżeli nie zachodzą w danym przypadku przesłanki, po spełnieniu których bank na mocy prawa może ujawnić osobom trzecim informacje poufne. „Kontraktowy” charakter tajemnicy bankowej pozwala ponadto na indywidualne ustalanie przez strony (bezpośrednio w treści umowy) zakresu odpowiedzialności za jej naruszenie.

Wnioski te wynikają z wydanego przez Sąd Apelacyjny w latach 20-tych XX wieku orzeczenia w sprawie *Tournier v. National Provincial Union Bank of England*¹²⁷.

¹²³ Sprawa *Thomas Marshall v. Guinle* [1978] FSR 143.

¹²⁴ Sprawa *Coco v. AN Clark (Engineers) Ltd* [1969] PRC 41.

¹²⁵ Zob. przywołane już wyroki ETPCz w sprawie *Niemietz przeciwko Niemcom* oraz w sprawie *Rotaru przeciwko Rumunii*.

¹²⁶ Zob. R. Stokes: *The banker's duty of confidentiality, money laundering and the Human Rights Act*, „*Journal of Business Law*” z 2007 r., Aug., s. 508 – 513.

¹²⁷ [1924] 1 KB 461. Powód był klientem pozwanego banku. Na rzecz powoda został wystawiony czek. Wystawcą tego czeku był inny klient pozwanego banku. Powód indosował otrzymany czek na kolejną osobę – swojego bookmachera. Menadżer banku poinformował o tym fakcie pracodawcę powoda, co zostało uznane przez Sąd Apelacyjny za naruszenie obowiązku zachowania tajemnicy bankowej.

Poszukiwanie źródeł obowiązku poufności w dorozumianej umowie wynika – zdaniem przedstawicieli angielskiej doktryny – z konstatacji, że klient nie zleciłby bankowi wykonania czynności bankowej, gdyby nie był przekonany, iż obowiązek ten spoczywa na jego kontrahencie.¹²⁸ Informacjom konfidencyjnym musi być zapewniona ochrona prawna nawet wtedy, gdy obowiązek zachowania tajemnicy bankowej nie został wprost uzgodniony pomiędzy stronami. Należy odnotować, że analogiczny skutek zostałby osiągnięty, gdyby obowiązek ten był postrzegany jako powinność uniwersalna, skuteczna *erga omnes*.

3.1. Zakres przedmiotowy

Według sędziego orzekającego w sprawie Tournier (Atkina L.J.), tajemnicą bankową objęte są nie tylko informacje dotyczące stanu rachunku klienta, tj. „tego, czy na rachunku znajdują się wolne środki, czy też nie oraz jaka jest ich wysockość”. Obowiązek zachowania tajemnicy bankowej „powinien rozciągać się na wszelkie transakcje związane z rachunkiem, jak również na wszelkie zabezpieczenia ustanowione na tym rachunku”. Zamknięcie rachunku bankowego lub fakt, że jest on nieaktywny nie powoduje wygaśnięcia tego obowiązku. „Obowiązek ten obejmuje również informacje uzyskane z innych źródeł aniżeli bieżący rachunek klienta, jeśli otrzymano je w ramach relacji pomiędzy bankiem a jego klientem – np. w celu umożliwienia bankowi podjęcia decyzji w sprawie sposobu obsługi klienta (...) W takim przypadku obowiązek [poufności] nie powinien jednakże obejmować informacji dotyczących klienta, które zostały uzyskane po tym, jak przestał on być klientem danego banku.”¹²⁹ Co istotne, ochronie podlegają nie tylko dane, których poufność została zastrzeżona pomiędzy stronami, ale również wszelkie inne, uzyskane w okresie, gdy bank prowadził rachunek klienta. Tajemnicą bankową nie są natomiast objęte informacje, co do których bank ma powody sądzić, że są znane osobie, której mają być udostępnione.¹³⁰ Podobne stanowisko zostało zajęte w sprawie Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.¹³¹

Orzecznictwo angielskie uznaje więc istnienie dwóch zasadniczych czynników ograniczających zakres przedmiotowy obowiązku poufności.

Przede wszystkim ochronie nie podlegają informacje uzyskane po wygaśnięciu relacji typu bank – klient. Jest to dowód na niepostrzeganie tajemnicy bankowej jako środka ochrony prywatności. Uznanie istnienia bezpośredniego związku pomiędzy obowiązkiem poufności a sferą prywatną jednostki wiąże się z przyjęciem,

¹²⁸ Zob. G. Griffiths: *England* [w:] Neate: *Bank confidentiality* (...), *op. cit.*, s. 222.

¹²⁹ Sprawa Tournier v. National Provincial Union Bank of England, [1924] 1 KB 461.

¹³⁰ Sprawa Christofi v. Barclays Bank plc., [1998] 2 All ER 461.

¹³¹ [1989] 1 WLR 1340.

że obowiązek ten pozostaje aktualny także wobec informacji przekazanych bankowi po rozwiązaniu umowy bankowej. Prawo do prywatności – jako prawo „przyrodzone” – przysługuje bowiem niezależnie od tego, czy jego podmiot jest nadal klientem banku.

Zakres przedmiotowy tajemnicy bankowej ograniczony został ponadto poprzez przyjęcie, że nie są nią objęte informacje, co do których bank ma podstawy sądzić, iż są znane osobie, której mają być ujawnione. Ingerencja w sferę prywatności nie może być tymczasem oparta jedynie na przypuszczeniu (nawet tym uzasadnionym) jej legalności.

3.2. Zakres podmiotowy

Odnosząc się do zakresu podmiotowego obowiązku zachowania tajemnicy bankowej należy określić zarówno krąg podmiotów zobowiązanych do nieujawniania informacji chronionych, jak i tych, wobec których obowiązek poufności powinien być zachowany.

W orzecznictwie angielskim wskazuje się, że podmiotem zobowiązanym do zachowania tajemnicy bankowej oraz odpowiedzialnym za jej naruszenie jest bank.¹³²

Aż do lat 80 – tych XX wieku dominował pogląd, że banki wchodzące w skład tej samej grupy kapitałowej stanowią w istocie jeden podmiot gospodarczy, w ramach którego możliwe jest swobodne (tj. bez naruszania tajemnicy bankowej) przekazywanie informacji dotyczących klientów. Po wydaniu orzeczenia w sprawie *Bank of Tokyo v. Karoon*¹³³, każdy podmiot gospodarczy wchodzący w skład bankowej grupy kapitałowej zaczął być uznawany dla tych celów za odrębny podmiot. W konsekwencji, na każdym członku bankowej grupy kapitałowej spoczywa indywidualny obowiązek zachowania tajemnicy bankowej. Banki wchodzące w skład tej samej grupy kapitałowej przestały być upoważnione do wzajemnego przekazywania sobie – bez indywidualnej zgody klienta – informacji konfidencjonalnych.

Wnioski płynące z orzeczenia w sprawie *Bank of Tokyo v. Karoon* zostały uwzględnione w opracowanym w 1992 r. Kodeksie Praktyk Bankowych.¹³⁴

W piśmiennictwie angielskim zaznacza się, że tajemnicą bankową objęte są informacje dotyczące każdej osoby będącej klientem banku.¹³⁵ Beneficjen-

¹³² *Tournier v. National Provincial Union Bank of England* [1924] 1 KB 461.

¹³³ [1987] 1 AC 45.

¹³⁴ Zgodnie z treścią tego kodeksu: „*Na Bankach i Bankach Spółdzielczych ciąży ścisła powinność zachowania w tajemnicy osobistych interesów ich klientów (także byłych klientów). Podmioty te nie mogą ujawniać danych dotyczących kont swoich klientów, jak również nazwisk/firm klientów i ich adresów stronie trzeciej, w tym innym spółkom z tej samej grupy*”.

¹³⁵ G. Griffiths: *England* [w:] Neate: *Bank confidentiality* (...), op. cit., s. 220.

tem tajemnicy bankowej nie jest więc np. niebędący klientem banku małżonek posiadacza rachunku bankowego, ani żaden inny podmiot, któremu nie przysuguje status klienta.

Kolejne ograniczenie obowiązku poufności wynika z wąskiej interpretacji pojęcia „klient” w prawie angielskim. Osoba staje się klientem, gdy bank wyraża zgodę przede wszystkim na otwarcie w jej imieniu rachunku bankowego.¹³⁶ Wyrażenie takiej zgody jest równoznaczne ze zgodą na powstanie stałych stosunków gospodarczych¹³⁷ pomiędzy bankiem a klientem, które to stosunki obejmują między innymi: obowiązek realizowania transakcji pieniężnych klienta, akceptowanie czeków oraz dokonywanie płatności w imieniu klienta.¹³⁸ W orzecznictwie wskazuje się, że regularność świadczenia przez bank pewnych zwyczajowo i powszechnie realizowanych usług (takich jak np. spieniężenie czeku) nie powoduje, iż osoba, na rzecz której tego typu usługi zostały wykonane staje się klientem banku¹³⁹. Dla uznania, że dana osoba jest klientem banku nie ma również znaczenia czas trwania jej relacji z bankiem.¹⁴⁰ W tym zakresie istotne jest wyłącznie powstanie pomiędzy bankiem a podmiotem korzystającym z jego usług stosunku prawnego typu „bank – klient”. O powstaniu tego stosunku decyduje natomiast wola obydwu stron.¹⁴¹

4. Odpowiedzialność za naruszenie tajemnicy bankowej

Co charakterystyczne, w prawie angielskim nie przewidziano (jak ma to miejsce w przypadku Szwajcarii) odpowiedzialności karnej za naruszenie obowiązku poufności. Odpowiedzialność cywilnoprawna jest natomiast odpowiedzialnością natury kontraktowej, a więc (w uproszczeniu) odpowiedzialnością za naruszenie umowy.¹⁴²

Pojęcie „*naruszenia umowy*” zostało zdefiniowane przez G. H. Treitel’a jako sytuacja, w której „*strona umowy bez prawnego usprawiedliwienia (lawful excuse) nie spełnia lub odmawia spełnienia tego, co jest od niej wymagane na podstawie tej*

¹³⁶ Landbroke & Co. v. Todd [1914] 39 TLR 433; Woods v. Martins Bank Ltd. [1959] 1 QB 55.

¹³⁷ W piśmiennictwie podkreśla się, że sam fakt otwarcia rachunku w imieniu danej osoby nie kreuje jeszcze pomiędzy stronami stosunku prawnego typu „bank – klient”. Do powstania tego stosunku potrzebna jest bowiem wola stron, nie wystarcza natomiast sama czynność techniczna – zob. E. P. Elinger, E. Lomnicka, R. J. A. Hooley: *Modern Banking Law*, Oxford University Press, Third Ed., s. 89.

¹³⁸ Stoney Stanton Supplies (Coventry) Ltd. v. Midland Bank Ltd. [1966] 2 Lloyd’s Rep. 373.

¹³⁹ Great Western Railway Co. v. London and County Banking Co. Ltd. [1901] AC 414.

¹⁴⁰ E. P. Elinger, E. Lomnicka, R. J. A. Hooley: *Modern Banking Law* (...), *op. cit.*, s. 89.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² G. Griffiths: *England* [w:] Neate: *Bank confidentiality* (...), *op. cit.*, s. 220.

umowy lub spełnia to, co jest od niej wymagane w sposób nieprawidłowy lub doprowadza do stanu uniemożliwiającego spełnienie przez nią świadczenia.”¹⁴³

Na banku spoczywa przede wszystkim obowiązek nieczynienia, tj. nieujawniania informacji poufnych dotyczących klienta. Ujawnienie takich informacji „bez prawnego usprawiedliwienia” będzie więc stanowić niewykonanie zobowiązania umownego.

Bank zobowiązany jest ponadto do podejmowania działań uniemożliwiających wejście osób nieuprawnionych w posiadanie informacji konfidenalnych. Realizacja tego obowiązku może w szczególności polegać na opracowaniu specjalnych procedur wewnętrznych w zakresie przekazywania informacji oraz na wprowadzeniu technicznych środków utrudniających osobom nieuprawnionym dostęp do poufnych danych (zwłaszcza w odniesieniu do bankowości elektronicznej)¹⁴⁴. Jeżeli procedury te okażą się nieskuteczne lub wprowadzone środki niewystarczające, bank w sposób nienależyty wykona swoje zobowiązanie umowne wobec klienta.

Jeżeli bank ujawnia informacje konfidenalne w okolicznościach, w których jego odpowiedzialność nie jest wyłączona (tj. w przypadku ujawnienia „bez prawnego usprawiedliwienia”), odpowiada za skutki naruszenia bez względu na to, czy ujawnienie było celowe, czy jedynie przypadkowe.¹⁴⁵

Naruszenie umowy ma miejsce wtedy, gdy brak jest prawnego usprawiedliwienia dla niewykonania lub nienależytego jej wykonania. *A contrario* należy więc przyjąć, iż usprawiedliwione niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy przesądza o braku jej naruszenia, a tym samym o braku odpowiedzialności banku. Okoliczności usprawiedliwiające mogą mieć dwojaki skutek: albo doprowadzić do modyfikacji obowiązków obydwu stron, albo do wygaśnięcia tych zobowiązań.¹⁴⁶

Rozpatrując kwestię przesłanek odpowiedzialności za naruszenie tajemnicy bankowej należy stwierdzić, iż dla celów orzekania o odpowiedzialności banku nie jest istotna wina w naruszeniu. Wina i jej postaci nie mają bowiem znaczenia

¹⁴³ E. McKendrick: *Contract law*, 4th Ed. 2000 r. *Palgrave Law Masters*, s. 381.

¹⁴⁴ A. Azzouni: *Internet Banking And The Law: A Critical Examination Of The Legal Controls Over Internet Banking In The UK And Their Ability To Frame, Regulate And Secure Banking On The Net*, „*Journal of International Banking Law and Regulation*” z 2003 r., 18(9), s. 351-362.

¹⁴⁵ Według opracowania „*Banker’s duty of confidentiality to the customer*”, dostępnego na stronie internetowej brytyjskiego ombudsmana http://www.financial-ombudsman.org.uk/publications/ombudsman-news/45/45_bankers_duty.htm.

¹⁴⁶ M. Pecyna: *Naruszenie zobowiązania w świetle harmonizacji prawa zobowiązań: studium prawnoporównawcze*, Oficyna Wolters Kluwer business, Warszawa 2009 r., s. 289. W zakresie skutku polegającego na wygaśnięciu zobowiązania zobacz w szczególności analizę koncepcji „*frustration of contract*” [w:] E. McKendrick: *Contract law* (...), *op. cit.*, s. 301-319.

dla odpowiedzialności kontraktowej w systemie prawa angielskiego. W celu pociągnięcia banku do odpowiedzialności odszkodowawczej za naruszenie tajemnicy bankowej, klient musi natomiast wykazać szkodę oraz związek przyczynowy pomiędzy doznaną szkodą a działaniem banku.¹⁴⁷

4.1. Przysługujące środki prawne

Przysługujące w sytuacji naruszenia przez bank tajemnicy bankowej środki prawne uzależnione są od indywidualnego przypadku.

Samo naruszenie nie powoduje automatycznie skutku w postaci rozwiązania umowy pomiędzy bankiem a jego klientem; często nie leżałoby to również w interesie samego klienta. O ile strony nie uregulują tego odmiennie w treści umowy, naruszenie tajemnicy bankowej nie upoważni klienta do odstąpienia od niej.

W sytuacji realnego zagrożenia naruszenia tajemnicy bankowej, jak również w sytuacji, gdy do takiego naruszenia już doszło, klientowi banku przysługuje odpowiednio – roszczenie o wydanie zakazu ujawniania przez bank informacji poufnych albo nakazu zaprzestania dalszych naruszeń (*injunction*) oraz o odszkodowanie.¹⁴⁸

W przypadku, gdy nie doszło jeszcze do ujawnienia informacji poufnych, sąd najczęściej wydaje zakaz ich ujawniania w celu zapobieżenia naruszeniu praw klienta banku. Podstawą wydania zakazu są przedstawione przez klienta dowody wskazujące na wysokie prawdopodobieństwo ujawnienia chronionych informacji i powstania konsekwencji takiego ujawnienia w postaci szkody. Naruszenie przez bank wydanego zakazu sądowego stanowi przypadek obrazy sądu (tzw. *contempt of court*).

Odszkodowanie z tytułu ujawnienia tajemnicy bankowej ma co do zasady pełnić funkcję kompensacyjną – nie ma więc służyć ukaraniu banku, lecz jedynie naprawieniu powstałej szkody. W konsekwencji, sądy angielskie zasadniczo nie nakładają na banki obowiązku wypłaty odszkodowania retorsyjnego (tzw. *punitive damages*)¹⁴⁹.

4.2. Odszkodowanie

Problematyka odszkodowania za naruszenie tajemnicy bankowej została poruszona w sprawie *Jackson v Royal Bank of Scotland*¹⁵⁰.

¹⁴⁷ E. McKendrick: *Contract law* (...), *op. cit.*, s. 418-419.

¹⁴⁸ G. Griffiths: *England* [w:] Neate: *Bank confidentiality* (...), *op. cit.*, s. 220.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ Sprawa o sygn. (2005) UKHL3, [2005] A ER(d)280. Powód zawarł umowę ze spółką Economy Bag, na podstawie której zobowiązał się pośredniczyć w dostawie tajlandzkiej karmy dla zwierząt. Płatności z tytułu każdorazowej dostawy realizowane były przy uży-

W sprawie tej sąd pierwszej instancji stwierdził, że naruszenie przez pozwany bank tajemnicy bankowej skutkowało zakończeniem współpracy gospodarczej z powodem przez spółkę Economy Bag. W konsekwencji orzekł, iż powód jest uprawniony do odszkodowania za utratę dochodu, który uzyskałby w okresie czterech kolejnych lat takiej współpracy. Sąd Apelacyjny (*Court of Appeal*) uchylił tę decyzję i stwierdził, iż wysokość odszkodowania powinna obejmować utratę zysku w okresie nieprzekraczającym jednego roku od dnia naruszenia przez pozwanego tajemnicy bankowej. Obydwie strony odwołały się od tego wyroku do Sądu Najwyższego (*House of Lords*), przy czym powód twierdził, że jego szkoda obejmowała zysk, który mógł osiągnąć w okresie dłuższym niż okres czterech lat określony pierwotnie przez sąd pierwszej instancji, zaś pozwany argumentował, że próba oszacowania szkody w kategoriach potencjalnego, przyszłego zysku jest zbyt spekulacyjna i że ewentualne odszkodowanie powinno obejmować wyłącznie poniesioną stratę (*general damages*).

Sąd Najwyższy skrytykował przeprowadzoną przez Sąd Apelacyjny analizę zasad ustalania odszkodowania.¹⁵¹ Stwierdził, że przede wszystkim należy ocenić, jakie skutki naruszenia tajemnicy były przewidywane – w rozsądnej ocenie banku – w chwili zawierania umowy z powodem, a nie (jak orzekł Sąd Apelacyjny) w chwili dopuszczenia się naruszenia. Sędziowie Sądu Najwyższego odrzucili konkluzję Sądu Apelacyjnego, zgodnie z którą bank rozsądnie oceniał, że jego odpowiedzialność za szkodę będzie ograniczona czasowo (w tym przypadku do okresu jednego roku). Zaznaczyli ponadto, że bank nie zawarł w umowie z powodem żadnych postanowień ograniczających w czasie jego odpowiedzialność za szkodę spowodowaną utratą możliwości prowadzenia działalności gospodarczej przez tego ostatniego. Tymczasem – jak stwierdził Sąd Najwyższy – odszkodowanie powinno przysługiwać za okres ustalony „na podstawie faktów”. Oce-

ciu akredytywy otwartej na zlecenie Economy Bag w banku Royal Bank of Scotland. Beneficjentem tej akredytywy był powód. Zgodnie z warunkami akredytywy, bank zobowiązany był dokonać zapłaty po okazaniu dokumentów ubezpieczenia towaru oraz faktury dotyczącej towaru. Faktura ta zawierała informację o różnicy pomiędzy ceną, za którą powód nabywał towary od tajlandzkiego producenta oraz ceną, za którą były one sprzedawane spółce Economy Bag. Chociaż Economy Bag знала nazwę producenta, od którego powód nabywał towar, nie знала wysokości stosowanej przez powoda marży cenowej. Po upływie 3 lat stałej współpracy pomiędzy powodem a spółką Economy Bag pozwany bank przez pomyłkę przesłał fakturę tajlandzkiego producenta do Economy Bag zamiast do powoda, w wyniku czego Economy Bag dowiedziała się o stosowanej przez powoda marży cenowej. W konsekwencji, Economy Bag przerwała współpracę z powodem i nawiązała bezpośrednie stosunki handlowe z dostawcą tajlandzkim. Powód zażądał od banku zapłaty odszkodowania za utratę przyszłego dochodu.

¹⁵¹ Ocena Sądu Apelacyjnego opierała się na orzeczeniu wydanym w sprawie *Hadley v. Baxendale* [1843-60] All ER Rep 461.

na wysokości odszkodowania oraz długości okresu, za który ono przysługuje nie może być oparta na spekulacjach.

Analizowana sprawa stanowi ilustrację obowiązującej w angielskim prawie kontraktowym doktryny „*remoteness*”, zwanej również teorią przewidywalności. Doktryna ta ogranicza prawo do uzyskania odszkodowania od podmiotu, który dopuścił się naruszenia umowy. Opiera się na tezie, że niesprawiedliwe byłoby nakładanie na taki podmiot odpowiedzialności za wszelkie rodzaje szkody wynikłe z tego naruszenia, bez względu na ich rozmiar oraz możliwość ich przewidzenia.¹⁵² Testem, który angielskie sądy stosują rozpatrując kwestię „*remoteness of damage*” jest to, czy w chwili zawierania umowy strony rozsądnie oceniały (lub powinny były oceniać), iż dana szkoda może powstać.¹⁵³ Jeśli w rozsądnej ocenie stron rozmiar danej szkody lub jej powstanie nie było brane pod uwagę, wówczas odszkodowanie przysługuje jedynie za szkodę, którą można uznać za powstałą w sposób naturalny (tj. szkodę będącą naturalnym następstwem naruszenia).¹⁵⁴

Należy ponadto zwrócić uwagę, że – zgodnie z orzecznictwem sądów angielskich – w ramach reżimu odpowiedzialności kontraktowej co do zasady nie jest możliwe dochodzenie kompensaty szkody niemajątkowej.¹⁵⁵ Zważywszy że w świetle prawa angielskiego pomiędzy bankiem a klientem dochodzi w sposób dorozumiany do powstania więzi kontraktowej, w razie naruszenia tejże więzi poprzez bezprawne ujawnienie informacji poufnych, klient nie będzie mógł dochodzić naprawienia krzywdy.

¹⁵² E. McKendrick: *Contract law* (...), *op. cit.*, s. 415.

¹⁵³ Analogiczny test rozsądnej (obiektywnej) przewidywalności jest przeprowadzany na gruncie PECL. Porównuje się okoliczności, w jakich znalazł się dłużnik z typową sytuacją rozsądnej osoby trzeciej o przeciętnej wiedzy i zdolnościach poznawczych, będącej w takim samym jak on położeniu i działającej w podobnych warunkach. Zob. W. J. Kocot: *Odpowiedzialność z tytułu niewykonania zobowiązania w świetle zasad europejskiego prawa kontraktów oraz zasad międzynarodowych kontraktów handlowych UNIDROIT*, „*Studia Iuridica XLVII/2007*”, s. 155.

¹⁵⁴ Zob. Sędzia Alderson w sprawie *Hadley v. Baxendale*, przypis 14 – „(...) *Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e. according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it. (...)*”. W odniesieniu do doktryny „*remoteness*” - zob. również sprawę *Koufos v. C. Czernikow Ltd. (The Heron II)*, [1969] 1 AC 350 oraz sprawę *Fletcher v. Tayleur* ([1855], 17 CB 21).

¹⁵⁵ Zob. np. sprawę *Addis v. Gramophone Co Ltd.* ([1909] AC 448).

5. Wyjątki ograniczające zakres odpowiedzialności banku

W prawie angielskim nie określono w sposób precyzyjny i konkretny sytuacji, w których władze publiczne mogą domagać się ujawnienia informacji konfidencjonalnych. Daje to możliwość szerokiej ingerencji w sferę autonomii informacyjnej obywateli.

W sprawie Tournier podkreślono, że nie jest możliwe stworzenie pełnej definicji zakresu obowiązku zachowania tajemnicy bankowej. W konsekwencji, w prawie angielskim sklasyfikowano ogólne i szeroko rozumiane wyjątki od tego obowiązku i starano się im nadać określone granice.¹⁵⁶

W sprawie Tournier stworzono cztery zasadnicze grupy takich wyjątków: ujawnienie informacji konfidencjonalnych za wyraźną lub dorozumianą zgodą klienta, ze względu na interes publiczny, gdy wymaga tego interes banku lub w sytuacji, gdy udostępnienie informacji następuje pod przymusem prawa (np. w związku z upoważnieniem sądowym do wglądu w pozycje rachunkowe (ewidencyjne) ksiąg bankowych lub do sporządzenia kopii z tych ksiąg).

6. Wnioski

Obowiązek zachowania tajemnicy bankowej w Anglii został ukształtowany przez orzecznictwo sądowe. Orzecznictwo to nie łączy w sposób bezpośredni instytucji tajemnicy bankowej z prawem do prywatności. Nie dostrzega się, że dotyczące sfery majątkowej informacje konfidencjonalne stanowią element życia prywatnego jednostki, co nie jest zgodne z zaprezentowanym już stanowiskiem ETPCz. W konsekwencji, odpowiedzialność za naruszenie obowiązku poufności nie jest odpowiedzialnością deliktową, lecz kontraktową, opartą na dorozumianej umowie zawartej pomiędzy bankiem a jego klientem.

Obowiązek zachowania tajemnicy bankowej jest warunkowy, tj. uzależniony od tego, czy w danym przypadku nie zachodzą przesłanki, na mocy których bank może ujawnić powierzone mu informacje. Oprócz tych najczęściej spotykanych w regulacjach obowiązujących w innych państwach (np. zgoda klienta, przeciwdziałanie terroryzmowi i praniu pieniędzy), prawo angielskie przewiduje nieuregulowane ustawowo, ogólne przesłanki, tj. interes banku i interes publiczny. Przesłanka interesu banku pozostawia bankom dość dużą swobodę decyzyjną i interpretacyjną co do uchylecia tajemnicy.¹⁵⁷ Przesłanka interesu publicznego jest

¹⁵⁶ Sędzia Bankes L. J. w taki sposób podsumował charakter tajemnicy bankowej: „*The duty is a legal one arising out of contract (...) it is not absolute but qualified. It is not possible to frame any exhaustive definition of the duty. The most that can be done is to classify the qualifications and to indicate its limits*”.

¹⁵⁷ J. Gliniecka: *Tajemnica bankowa w ujęciu prawnym*, Wydawnictwo Prawnicze “LEX”, Sopot 1997 r., s. 75.

natomiast konsekwencją propagowanego przez władzę publiczną prymatu ogółu nad jednostką. Wskazane wyjątki od obowiązku poufności nie spełniają wymogów określonych w art. 8 ust. 2 EKPC, w tym w szczególności wymogu precyzyjności.

Poziom ochrony tajemnicy bankowej w Anglii jest stosunkowo niski. Przykład regulacji angielskiej dowodzi tego, iż akcentowanie nadrzędności interesu publicznego nad prywatnym i zwracanie mniejszej uwagi na związek pomiędzy tajemnicą bankową a sferą prywatności prowadzi do przyjęcia kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej za naruszenie obowiązku poufności, do powstania „nieostrych” wyjątków od tego obowiązku oraz do szerokiego dostępu władzy publicznej do informacji konfidencyjnych. Nie budzi to zdziwienia, zważywszy że do 2000 r. (tj. do dnia wejścia w życie HRA) prawo angielskie odmawiało uznania prywatności za dobro samoistne i niezależne.

Podsumowanie

Zaprezentowane przeze mnie rozważania potwierdzają tezę, że tajemnica bankowa jest strażnikiem prywatności. Zasadniczym celem obowiązku poufności jest bowiem ochrona autonomii informacyjnej jednostki, którą objęte są nie tylko kwestie intymne, dotyczące sfery uczuć i przeżyć wewnętrznych podmiotu ochrony, lecz również informacje dotyczące jego majątku, działalności zawodowej i gospodarczej oraz dane osobowe.

Można zaobserwować zjawisko stopniowego ograniczania sfery prywatności, w tym „rozluźniania” tajemnicy bankowej. Źródeł „osłabiania” tej tajemnicy można w mojej ocenie szukać z jednej strony w niedostrzeganiu lub nieakcentowaniu związku pomiędzy tą tajemnicą a prawem do prywatności (jak to ma miejsce w prawie angielskim), a z drugiej – w zbyt mało skrupulatnym stosowaniu ustanowionej między innymi w EKPC oraz Kartie zasady proporcjonalności wobec wyjątków od tego prawa (czego doskonałym przykładem jest prawo angielskie).

Istnieje tendencja do uznawania obowiązku poufności za dorozumiane postanowienie umowne. Kierunek ten jest charakterystyczny dla Anglii. Na marginesie należy podkreślić, że zbliża się do niego również niemiecka regulacja tajemnicy bankowej, odchodząc tym samym od opierania roszczeń w związku z naruszeniem powinności milczenia na reżimie odpowiedzialności deliktowej i akcentowania związku pomiędzy ochroną informacji konfidencyjnych a prawem do prywatności.¹⁵⁸ W konsekwencji, we wskazanych porządkach prawnych

¹⁵⁸ S. Sichtermann: *Bankgeheimnis und Bankauskunft*, 3. Aufl., 1984 r., s. 697 i nast.; zobacz również C.W. Canaris: *Bankvertragsrecht*, 1988 r., W. Gruyter, Berlin, New York, Rdnr 37 oraz F. Häuser: *Girverhältnis* [w:] *Gutachten und Vorschläge zur Überbeurteilung des Schuldrechts*, t. 2, Kolonia, s. 1339-1340.

odpowiedzialność za naruszenie tajemnicy bankowej ma charakter kontraktowy, co może uniemożliwić beneficjentowi tej tajemnicy dochodzenie zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową¹⁵⁹, a – tym samym – nie pozwolić na pełną kompensatę uszczerbków immanentnie związanych z naruszeniem dobra osobistego, jakim jest prywatność. Z drugiej strony, można mieć wątpliwości co do zgodności takiego wniosku z wykładnią proeuropejską, ukierunkowaną na szerokie definiowanie szkody, jako obejmującej uszczerbek zarówno majątkowy, jak i niemajątkowy, niezależnie od mającego zastosowanie reżimu odpowiedzialności odszkodowawczej, nazywana również tendencją do unifikacji zasad odpowiedzialności *ex delicto* i *ex contractu*.¹⁶⁰ Nie uważam jednak, aby kierunek ten zagrażał utrzymaniu się podziału na wskazane dwa reżimy odpowiedzialności. Podział ten sięga korzeniami prawa rzymskiego, z którego „wyrośla” europejska kultura prawna. Jego zasadniczym celem jest rozróżnienie dwóch typów podstaw odpowiedzialności, tj. wynikającej z niewykonania obowiązku ciążącego w danych okolicznościach na każdej osobie (czyli powinności bezwzględnej, uniwersalnej, uznanej za istniejącą – co do zasady – niezależnie od uzgodnień pomiędzy stronami) od opartej na niewykonaniu obowiązku umownego, skutecznego wyłącznie *inter partes*. Reżim odpowiedzialności *ex delicto* dotyczy więc naruszeń powszechnie niewłaściwych, tj. uznanych za naganne przez ustawodawcę oraz przez społeczeństwo. Oczywiście, taki właśnie charakter ma naruszenie praw człowieka (w tym prawa do prywatności), czy też dóbr osobistych (takich jak prywatność).

W związku z faktem, że wyjątki od powinności milczenia zasadniczo nie są w Anglii postrzegane jako przypadki wkroczenia w sferę prywatną, niejednokrotnie nie spełniają wywiedzionego między innymi z EKPC oraz z Karty wymogu proporcjonalności.

¹⁵⁹ Orzecznictwo angielskie (co do zasady) nie zezwala na kompensatę szkody niemajątkowej w ramach reżimu odpowiedzialności kontraktowej – zob. orzeczenie Izby Lordów w sprawie *Addis v. Gramophone Co Ltd.* [1909] AC 448 oraz U. Walczak: *Zasady odpowiedzialności za szkodę niemajątkową w prawie umów – postulaty de lege ferenda*, „*Transformacje Prawa Prywatnego*” z 2007 r., nr 2, s. 96. Na gruncie prawa niemieckiego dyskusyjna jest możliwość dochodzenia zadośćuczynienia w przypadku naruszenia tajemnicy bankowej – zob. H. Bruchner [w:] Schimansky, Bunte, Lwowski: *Bankrechts-Handbuch*, 2-ga edycja, 2001 r., s. 784.

¹⁶⁰ Wykładnia ta została zapoczątkowana przez wyrok ETS w sprawie *Simone Leitner przeciwko TUI* (wyrok z 12 marca 2002 r., C-168/00, 62000J0168). W mojej ocenie nie musi on jednak świadczyć o „zacieraniu” się różnic pomiędzy reżimem kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej a reżimem odpowiedzialności *ex delicto*. ETS nie odniósł się w ogóle do odpowiedzialności deliktowej. Analiza treści uzasadnienia wyroku skłania do wniosku, że konieczność rekompensaty szkody niemajątkowej wynikała – zdaniem ETS – ze specyfiki badanego przypadku (niewykonanie lub nienależytego wykonania umowy o organizację imprezy turystycznej).

W Anglii podnosi się, że uznanie obowiązku poufności za dorozumiane postanowienie umowne wynika z relacji szczególnego zaufania pomiędzy bankiem a jego klientami. Kwestia ta jest dyskusyjna, zważywszy że w dzisiejszych czasach banki nie są instytucjami zaufania publicznego, lecz prywatnymi przedsiębiorcami, wobec których może zostać ogłoszona upadłość. Należy ponadto zauważyć, że obowiązek zachowania tajemnicy bankowej nie może być postrzegany jako *essentialia negotii* umów bankowych. Nawet jeżeli beneficjent tej tajemnicy wyrazi zgodę na ujawnienie informacji konfidencjonalnych bardzo szerokiej grupie osób trzecich, umowa bankowa i tak zostanie skutecznie zawarta. Wynika to chociażby z faktu, że przesłanką wyłączającą bezprawność ujawnienia informacji konfidencjonalnych na gruncie prawa angielskiego jest zgoda beneficjenta tajemnicy bankowej.

Z drugiej strony, w Szwajcarii za źródło tajemnicy bankowej uznaje się konieczność poszanowania dóbr osobistych jej beneficjentów. W konsekwencji, obowiązek poufności jest restrykcyjny (w tym obwarowany sankcjami karnymi), istnieją ustawowe i – co do zasady – precyzyjne wyjątki od powinności milczenia, roszczenia odszkodowawcze oparte są na skutecznym *erga omnes* reżimie odpowiedzialności deliktowej, wraz z możliwością dochodzenia kompensaty szkody niemajątkowej.

Uznanie tajemnicy bankowej za środek ochrony dobra osobistego, jakim jest prywatność skutkuje ponadto zastosowaniem do niej nie tylko konstytucyjnych, ale również międzynarodowych gwarancji ochrony, co wiąże się z uznaniem za niedopuszczalną rozszerzającą interpretację wyjątków od reguły poufności oraz wymogiem ich proporcjonalności do celów, dla których zostały wprowadzone.

Bazując na wywiedzionej między innymi z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz Karty zasady proporcjonalności, w niniejszym opracowaniu podjęłam próbę określenia warunków, które powinny spełniać wyjątki od obowiązku zachowania tajemnicy bankowej, stanowiącej instrument ochrony prywatności. Doszłam do wniosku, że ingerencja w tajemnicę bankową, a tym samym w prywatność jednostki, może mieć miejsce zupełnie wyjątkowo. Ewentualne ograniczenie obowiązku poufności musi być uzasadnione realnym, udokumentowanym, istotnym i precyzyjnie określonym interesem ogółu. Interes ten musi być ponadto podstawowy i akceptowany przez większą część społeczeństwa. Ograniczenie powinności milczenia musi być konieczne dla osiągnięcia zamierzonego celu. Wszelkie wyjątki od tajemnicy bankowej są bowiem dopuszczalne tylko wtedy, gdy nie jest możliwe osiągnięcie takiego samego lub zbliżonego rezultatu przy użyciu środków nieingerujących w sferę prywatności. Ponadto wyjątki od obowiązku poufności muszą być precyzyjne, konkretne oraz przewidziane w ustawie, a ich stosowanie winno odbywać się pod nadzorem sądu.

BANK SECRECY AND PRIVACY – CASES OF SWITZERLAND AND ENGLAND

Although banking secrecy has been rooted in the European legal culture for a long time, its legal regulations have constantly evolved together with the development of information technology, changes in social perception and the approach to privacy issues within the society. Recently, there has been a growing tendency to “soften” the banking secrecy obligation, multiply exceptions from this obligation and to perceive its breach as a non-performance or improper performance of a banking contract.

The aim of this article is to examine the relation between banking secrecy and privacy. The author attempts to show that the level of protection afforded to banking secrecy depends on whether, in a given jurisdiction, a link is seen between the said secrecy and the protection of an individual’s privacy. In the article it is observed that the tendency to limit the scope of banking secrecy results from a greater limitation on personal privacy. Such observation is connected with the fact that the sphere of privacy encompasses information protected by banking secrecy. Accordingly, this article contains an analysis of relations between the banking secrecy obligation and the private sphere in the light of the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms as well as the Charter of Fundamental Rights of the European Union under laws of Switzerland and England – which went in two opposite directions in the legal approach to the subject matter.

The author looks at banking secrecy as an instrument of protecting individual’s privacy. The right to privacy is a fundamental human right and is protected by local and international legal measures. This entails the necessity to apply to banking secrecy not only the constitutional norms but also international standards of protection. It also requires that each exception from the confidentiality obligation be tested against the rule of proportionality and not be interpreted extensively.

Switzerland, where the legal regulation of banking secrecy appears to be among the most restrictive ones in Europe, acknowledged that the right to privacy constitutes a source of the banking secrecy obligation, which was confirmed by the notable judgment of the Federal Tribunal of 1938. The example of Switzerland confirms that in jurisdictions where respect for personal rights is seen as a source of banking secrecy, the secrecy obligation is strict. In principle, in such jurisdictions the secrecy obligation is linked with delictual liability (which does not exclude a claim based on a contract), and its breach can be subject to criminal sanctions.

On the other hand, England is an example of a jurisdiction where greater attention appears to be given to the public interest than to the individual’s, and

where less attention is given to the link between disclosing confidential information and a breach of privacy. In this jurisdiction a tendency to attach contractual liability to the breach of secrecy can be observed. This is due to that fact that banking secrecy in England is treated as an implied contractual term between a bank and its client and results from a special relationship of trust between them. In consequence, liability for breaching the banking secrecy obligation is contractual in nature which can make it difficult or impossible for a banking secrecy beneficiary to obtain compensation for moral injury. In England, the scope of exceptions from banking secrecy obligations is less precise as compared to Switzerland and public authorities have easier access to confidential information.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3(185) 2010
Warszawa 2010

Izabela Makowska ■

Wstęp

Zagadnienie obiektywizacji odpowiedzialności kontraktowej znajduje się w nurcie rozważań nad nowoczesnymi tendencjami rozwoju prawa cywilnego, w szczególności w perspektywie trwających przygotowań do gruntownej reformy Kodeksu cywilnego. Analiza wspomnianych tendencji wydaje się być konieczna dla określenia, w jakim zakresie dotychczasowe regulacje miałyby zostać poddane rewizji i w jakim kierunku powinien ewoluować istniejący model odpowiedzialności kontraktowej. Dotyczy to w szczególności samego ujęcia niewykonania zobowiązania, systemu środków prawnych na wypadek niewykonania zobowiązania i ewentualnego oparcia go na jednolitej koncepcji niewykonania zobowiązania.

Reforma prawa cywilnego nie odbędzie się też bez refleksji nad fundamentami cywilistyki – myślę tu o podstawach odpowiedzialności kontraktowej. Wymaga rozważań, na ile i czy w ogóle uzasadnione jest utrzymywanie naczelnego znaczenia winy jako zasady odpowiedzialności kontraktowej w szczególności odszkodowawczej. Czy zastosowanie niektórych środków prawnych w ramach projektowanego systemu środków prawnych na wypadek niewykonania zobowiązania można w całości uniezależnić od winy, czy też w przypadku środków szczególnie dolegliwych dla dłużnika, jak choćby obowiązek zapłaty odszkodowania, pełne odejście od przesłanki winy nie może zostać zaakceptowane.

Wreszcie rozważyć warto, czy zasada ryzyka przy odpowiedzialności odszkodowawczej *ex contractu* jest rozsądną alternatywą dla obiektywizacji winy w oparciu o wzorce należytej staranności i niekończących się sporów o naturę braku należytej staranności, a także związanych z nią trudności dowodowych. To z kolei implikuje pytanie o przesłanki egzoneracyjne zwalniające z odpowiedzialności, które istnieją w każdym systemie prawnym i zawierają co najmniej przypadki działania siły wyższej – ich dobór musi uwzględniać zarówno uwzględnienie interesu wierzyciela, jak i ochronę dłużnika.

W swoim opracowaniu pragnę wskazać na ewolucję odpowiedzialności kontraktowej w formule zaproponowanej w ramach regulacji modelowych w stosunku do powszechnie akceptowanego modelu kontynentalnego opartego zasadniczo na przesłance winy, a także zasygnalizować wpływy systemów *common law* na zaprojektowane regulacje modelowe. Celem moim jest wskazanie tendencji obiektywizacyjnych w reżimie odpowiedzialności kontraktowej i ich analiza dla potrzeb ewentualnej reformy polskich rozwiązań.

Na wstępie chcę zasygnalizować, że będę posługiwała się pojęciem regulacji modelowej dla określenia następujących regulacji:

- *Principles of European Contract Law* (PECL) – Zasady Europejskiego Prawa Umów opracowane w latach 1982–2001 przez Komisję ds. Europejskiego Prawa Umów pod przewodnictwem prof. Ole Lando, zwanej stąd Komisją Lando¹;
- Zasady Międzynarodowych Kontraktów Handlowych UNIDROIT (Zasady UNIDROIT) – opracowane przez Grupę Roboczą powołaną przez Międzynarodowy Instytut Unifikacji Prawa Prywatnego;
- *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) – Wspólny System Odniesienia opracowany przez Grupę Studyjną ds. Europejskiego Kodeksu Cywilnego (*Study Group on European Civil Code*)² pracującą pod przewodnictwem prof. Christiana von Bara. Tekst DCFR w części dotyczącej umów oparty jest w większości na regulacjach zaprojektowanych w ramach PECL, poszerzony jednak o dodatkowe zagadnienia i nieograniczający się wyłącznie do zagadnienia umów (dla potrzeb opracowania wystarczająca będzie zasadniczo analiza Księgi III dotyczącej zobowiązań – *Obligations and corresponding rights*).

Ze względu natomiast na odmienny charakter *Acquis Principles on EC Existing Private Law* opracowanych przez *Research Group on EC Private Law* – *Acqui-*

¹ Tekst PECL dostępny jest na stronie http://FrontPage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law, Tekst PECL przetłumaczony na język polski przez A.M. Zacharsiewicz oraz J. Bełdowskiego opublikowany w był w „Kwartalniku Prawa Prywatnego” 2004, nr 3, str. 815.

Na temat genezy, treści i znaczenia PECL por. m.in. R. Stefanicki, *Zasady Europejskiego Prawa Umów (PECL)*, „Studia Prawnicze” 2005, nr 3, str. 109 i n.

² Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Interim Outline Edition, prepared by Study Group on European Civil Code and The Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Based on a revised version of the Principles of European Contract Law Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nolke, Sellier European Law Publishers 2009, obszerny komentarz do: Ch. Von Bar (red.), E. Clive (red.), *DCFR Principles, Definitions and model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, t. I–VI, Monachium 2009.

is Group³ – Grupę Badawczą ds. Wspólnotowego Prawa Prywatnego – będą one przywoływane jako *Acquis Principles* i nie będą wchodziły w zakres znaczeniowy użytego dla celów tego opracowania pojęcia regulacje modelowe. Zasady *Acquis*, które zostały opracowane na podstawie analizy *acquis communautaire* z uwzględnieniem systemów krajowych państw członkowskich UE, zawierają zasadniczo reguły, które dało się wyinterpretować z dorobku prawnego wspólnot europejskich. O ile rozwiązania zaprojektowane w ramach regulacji modelowych, na zasadzie wyboru rozwiązań uznawanych za optymalne, są w wysokim stopniu zbieżne, o tyle *Zasady Acquis*, powstałe na gruncie odmiennego podejścia badawczego i mające nieco odmienny cel, nie dają się z nimi w prosty sposób zestawić.

Wymienione prace należy widzieć w perspektywie prac nad unifikacją prawa umów w Europie, które początkowo miały charakter prywatny – zajmowali się nimi prawnicy specjaliści (Komisja ds. Europejskiego Prawa Umów pod przewodnictwem Ole Lando, wynikiem prac był tekst PECL). Kolejno problemem unifikacji prawa prywatnego zainteresowały się instytucje Unii Europejskiej⁴, w szczególności Parlament Europejski oraz przynaglana przezeń Komisja Europejska, w związku z czym dalsze prace prowadzone były częściowo pod auspicjami Unii. Opublikowanie *Draft Common Frame of Reference*⁵ należy uznać za zwrotny moment dla wysiłków na rzecz unifikacji prawa prywatnego Unii Europejskiej, choć w jego ramach jedynie kompetencja do unifikacji prawa umów jest kwestią najmniej kontrowersyjną. Ostatnim istotnym aktem w tej sprawie była opublikowana 1 lipca 2010 r. Zielona Księga Komisji Europejskiej w sprawie możliwości politycznych w zakresie postępów w kierunku ustanowienia europejskiego prawa umów dla konsumentów i przedsiębiorców⁶.

³ Sam tekst dostępny na stronie internetowej Acquis Group (www.acquis-group.org), tekst wraz z komentarzami: *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) Contract I prepared by Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*, Sellier, European Law Publishers 2007 – nie zawiera jednak komentarza do rozdziału 8. Środki ochrony prawnej [w razie niewykonania zobowiązania].

⁴ Należy wymienić w szczególności: Uchwałę Parlamentu Europejskiego z 26.05.1989 r. w sprawie zbliżenia przepisów prawnych państw członkowskich (Dz. Urz. WE C 158 z 28.06.1989 r.), Uchwałę Parlamentu Europejskiego z 6.05.1994 r. (Dz. Urz. WE C 205 z 25.07.1994 r.), komunikat Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego w sprawie europejskiego prawa umów z 11.07.2001 r. (COM 2001 398, Dz. Urz. WE C 255 z 13.09.2001 r.), komunikat Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego z 11.10.2004 r. (COM 2004 651) tzw. Action Plan (Dz. Urz. WE C 14 z 20.01.2005 r.).

⁵ Ch. von Bar (red.), E. Clive (red.), *Principles, Definitions and model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, Monachium 2009.

⁶ Szerzej: K. Osajda, *Perspektywy europejskiego prawa umów: Zielona Księga Komisji Europejskiej o Europejskim Prawie Kontraktów*, PPH 2010, nr 11, str. 19 i n.

Rozwój odpowiedzialności cywilnej – krótki rys historyczny

Właściwą analizę zagadnienia odpowiedzialności kontraktowej warto poprzedzić krótkim rysem historycznym kształtowania się zasad odpowiedzialności cywilnej celem uświadomienia, że pomimo wielowiekowej już dominacji zasady winy i jej rzymskich korzeni kształtowanie zasad odpowiedzialności powinno być widziane jako proces podlegający ewolucji, zmianom i adaptacji do pojawiających się wyzwań czasów bardziej niż odwieczna reguła. Wyzwania, przed którymi stają społeczeństwa, wpływają na postrzeganie funkcji odpowiedzialności odszkodowawczej, a te determinują przyjęcie określonych zasad odpowiedzialności.

Odpowiedzialność odszkodowawcza stanowiąca trzon odpowiedzialności cywilnej ma swoje źródło w represji karnej najwcześniejszego etapu rozwoju prawa, wywodząc się z idei zemsty i odpłaty. Powiązanie obyczajowe pojęć naprawienia szkody i kary nie pozwalało na ich rozróżnienie ze względu na pierwotny brak rozróżnienia funkcji prawa karnego i cywilnego. Idea zemsty i odpłaty kierowała początkowo odpowiedzialność w kierunku osoby sprawcy, przy czym wywodzące się z Biblii *ius talionis*, stanowiło postępek poprzez wprowadzenie zasady proporcjonalności odpłaty.

Następnie ukształtowała się instytucja okupu pieniężnego, dzięki któremu następowała eliminacja odpowiedzialności osobistej i skierowanie jej ku majątkowi sprawcy. Odpowiedzialność na początkowych etapach rozwoju była nie tylko niezależna od winy, pełniła funkcje represyjne, ale także nie znała spójnej koncepcji związku przyczynowego, była odpowiedzialnością i absolutną, i irracjonalną.

Genialne osiągnięcia prawa rzymskiego „pchnęły” rozwój odpowiedzialności cywilnej w kierunku zasady winy, która do dziś dominuje jako jej podstawa. Istotnym momentem w historycznym rozwoju odpowiedzialności cywilnej było *Lex Aquilia* (287 p.n.e.) – przyjęto wówczas zasadę winy jako podstawy odpowiedzialności i wymiaru odszkodowania. Ustawa Akwiliańska stała się dla jurysprudence podstawą rozwinięcia zakresu pojęcia winy (*culpa*) jako niedbalstwa, a nawet nieumiejętności, a także związku przyczynowego, sprecyzowano wówczas takie pojęcia, jak *dolus*, *culpa* i *casus*, którymi do dziś posługuje się cywilistyka. Odszkodowania, którego wysokość uzależniona jest od winy, zaczyna pełnić funkcje represyjne i kompensacyjne.

Odejście od zasady odpowiedzialności osobą sprawcy ograniczyło przedmiot odpowiedzialności do majątku dłużnika i choć wciąż odpowiedzialność odszkodowawcza pełniła obok funkcji kompensacyjnej także funkcje represyjne to jednak a z czasem ukształtowała się zasada restytucji. W prawie pospolitym na kształ-

towanie funkcji kompensacyjnej⁷ wpływały układy pomiędzy sprawcą a poszkodowanym, które początkowo miały charakter dobrowolny a później przymusowy.

W prawie europejskim rozdzielenie prawa cywilnego i karnego następuje dopiero w pierwszych kodyfikacjach europejskich w wieku XVIII. Wina, podobnie jak w rzymskiej *Lex Aquilia*, uznana zostaje wówczas jako podstawa przypisania i zakresu odpowiedzialności z zachowaniem jednak zasady restytucji.⁸ Należy jednak odnotować poza subiektywizacją odpowiedzialności, czyli oparciem jej na zasadzie winy, także i pewien aspekt obiektywizacyjny. Samo już tworzenie kodyfikacji poprzez rezygnację z rozstrzygania sporów na drodze bezrefleksyjnej kazuistyki i przyjęcie ogólnych reguł odpowiedzialności siłą rzeczy prowadzi do uogólnień w sferze treści prawa i podstaw odpowiedzialności, a zatem pewnej obiektywizacji odpowiedzialności. Choć następuje wyodrębnienie prawa cywilnego i karnego, to jednak w takich kodyfikacjach, jak Landrecht Pruski czy Kodeks cywilny austriacki, w zakresie odpowiedzialności cywilnej odszkodowawczej widoczna jest dominacja funkcji represyjnej, gdyż ustalenie winy nie tylko służy przypisaniu odpowiedzialności, ale także stopień winy wpływa na rozmiar obowiązku odszkodowawczego.

Kolejny etap rozwoju odpowiedzialności odszkodowawczej w nowożytnych kodyfikacjach powstałych po Wielkiej Rewolucji Francuskiej wiąże się z wyeksponowaniem winy jako podstawowej zasady odpowiedzialności i jednocześnie obiektywizacji zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej poprzez powiązanie go nie z winą, ale z poniesioną szkodą. W szczególności proklamacją zasady winy był art. 1382 Kodeksu Napoleona – „*Każdy jakikolwiek czyn człowieka wyrządzający drugiemu szkodę, obowiązuje tego, z czyjej winy szkoda nastąpiła, do jej naprawienia*”. W kodeksie tym odrębnie uregulowano zasady odpowiedzialności cywilnej z umów i deliktów. Dla odpowiedzialności z zawartych umów zasada winy miała także istotne znaczenie, bowiem art. 1146 do niej się odwoływał.⁹ Charakter tej odpowiedzialności był jednak surowy¹⁰, wyłączono natomiast wyraźnie

⁷ W. Warkało, *Odpowiedzialność odszkodowawcza: funkcje, rodzaje, granice*, Warszawa 1962, str. 16.

⁸ Zasada restytucji wyraża się w zakazie wzbogacania poszkodowanego przez świadczenie odszkodowawcze. Wyraża to premia *Ne quis ex damno suo lucrum faciat*.

⁹ Art. 1146. **Wtenczas tylko wynagrodzenie szkód wszelakich należy się, gdy dłużnik staie się winnym spóźnienia, w dopełnieniu zobowiązania swego**, wyjąwszy jednak, gdy rzecz, którą dłużnik zobowiązał się dać, albo uczynić w pewnym tylko czasie, mogła być daną, lub uczynioną, a dozwolił, aby ten czas upłynął.”

¹⁰ Por. art. 1147. **Skazany jest dłużnik, jeżeli to wypada na zapłacenie szkód wszelakich**, bądź z powodu nie wykonanego zobowiązania, bądź z powodu opóźnienia w wykonaniu w każdym razie, gdy się nie usprawiedliwia, że niewykonanie pochodzi z obcej przyczyny, która przyczyną mu być nie może, choćby nawet zła wiara ze strony jego bynajmniej nie zachodziła.

odpowiedzialność za przypadki siły wyższej i losowych przypadków¹¹. Odpowiedzialność odszkodowawcza została zobiektywizowana w tym sensie, że zakres obowiązku naprawienia szkody determinuje sama szkoda (kryterium obiektywne), a nie stopień winy dłużnika¹². Wprowadzał także przesłankę przewidywalności szkody jako determinującą zakres odpowiedzialności, która pozostała już na stałe charakterystyczna dla rozwiązań francuskich i pojawia się w regulacjach modelowych jako wyraz indywidualizacji odpowiedzialności dłużnika.¹³

W nowożytnych porządkach prawnych вина przyjmowana jest powszechnie w prawodawstwach kontynentalnych jako podstawowa zasada odpowiedzialności w ramach reżimów odpowiedzialności *ex contractu i ex delicto*¹⁴. Uznawana jest jako podstawowa i normalna przesłanka odpowiedzialności ze względu na podstawy etyczne, jednak zakres odpowiedzialności zostaje zobiektywizowany poprzez odwołanie do obowiązku naprawienia szkody w zakresie następstw objętych adekwatnym związkiem przyczynowym¹⁵ czy też normalnych następstw limitowanych kryterium przewidywalności¹⁶, w czym przejawia się umocnienie funkcji kompensacyjnej. Trzeba też zaznaczyć, że nie została zaakceptowana w prawie anglosaskim, które tradycyjnie odwoływało się do zasady ryzyka, polegającej na określeniu sfer odpowiedzialności (ryzyka) kontrahentów.

Jednocześnie jednak z przyjęciem wspomnianych zasad doszło do ekspansji odpowiedzialności obiektywnej w reżimie odpowiedzialności deliktowej pod postaciami zasad ryzyka i odpowiedzialności absolutnej. **Uzasadnieniem dla oderwania odpowiedzialności od zasady winy, która ma głębokie uzasadnienie etyczne, była zasada słuszności.** Wiązało się to z dynamicznym

¹¹ Art. 1148. **Nie masz miejsca do rachowania szkód wszelakich, skoro dłużnik przez skutek większej mocy, albo losowego przypadku przeszkodzony był do dania, albo uczynienia tego, do czego się zobowiązał, albo to uczynił, co mu zabronione było.**

¹² Art. 1149. Szkody wszelakie należące się wierzycielowi, są w ogólności, strata, którą poniósł, i zysk, którego pozbawiony, oprócz poniższych wyjątków i ograniczeń.

¹³ Art. 1150. **Takich tylko szkód należą się wynagrodzenia od dłużnika, które przewidziane były, albo mogły być przewidziane, w czasie kontraktu, i skoro niewykonanie zobowiązania nie pochodzi z podstępów jego.**

¹⁴ M. Kaliński [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego, Prawo zobowiązań – część ogólna*, tom 6, C.H. Beck INP PAN 2009, str. 50.

¹⁵ Teoria adekwatnego związku przyczynowego jest charakterystyczna dla doktryny germańskiej, stąd występuje w tych systemach prawnych, które inspirowane były przez BGB, w tym w systemie polskim.

¹⁶ Przewidywalność następstw w reżimie odpowiedzialności kontraktowej jest charakterystyczna dla rozwiązań francuskich, stąd występuje w systemach prawnych inspirowanych przez Code Civil, ponadto jest charakterystyczna dla *common law*, w szczególności prawa angielskiego, gdzie regułą przewidywalności szkody jako warunku odpowiedzialności kontraktowej skonstruowano w roku 1854 w sprawie *Hardley v. Baxendale*.

rozwojem przemysłu, mechanicznych środków produkcji oraz transportu w wieku XIX. Wprowadzenie do systemu odpowiedzialności zasady ryzyka stanowiło alternatywę dla zbyt sztywnych ram odpowiedzialności deliktowej za czyn własny na zasadzie winy i związanych z nią trudności dowodowych. Klasyczna odpowiedzialność deliktowa na zasadzie winy dotyczy odpowiedzialności za czyn osoby, tymczasem dynamiczny rozwój przemysłu i transportu powodował szkody, które albo niekoniecznie dawały się zakwalifikować jako wynikające z bezprawnego działania określonej osoby, albo istniałyby trudności dowodowe z przypisaniem określonej osobie odpowiedzialności. Tymczasem sprawiedliwość wymagała zapewnienia kompensaty szkód doznanych w wyniku działania środków transportu i przemysłu. Równie ważny był motyw zysku z danej działalności, który skłaniał do poglądu, że ten, kto czerpie zysk, powinien ponosić ujemne skutki, które przy jego wypracowywaniu powstają (*cuius commodum eius damnum*). Na plan pierwszy wysuwa się konsekwentnie funkcja kompensacyjna odszkodowania. Wówczas właśnie odpowiedzialność odszkodowawczą zaczęto łączyć konsekwentnie ze szkodą, a nie z winą. Proces obiektywizacji odpowiedzialności należy zatem wiązać z postępem cywilizacyjnym.

Kolejnym czynnikiem wpływającym na obiektywizację odpowiedzialności odszkodowawczej był rozwój ubezpieczeń, gdzie odpowiedzialność ma charakter absolutny. Ich rozwój był wynikiem nagłego i znaczącego wzrostu liczby szkód w wyniku rozwoju przemysłu i transportu, okazało się bowiem, że ich ciężaru nie były w stanie dźwigać wyłącznie podmioty produkcyjne czy transportowe. Doprowadziło to w efekcie do rozwoju ubezpieczeń od odpowiedzialności cywilnej. Rozwój ubezpieczeń opartych zasadniczo na odpowiedzialności absolutnej spowodował nawet wysunięcie tezy o zastępowaniu odpowiedzialności sprawczej poprzez zastąpienie jej odpowiedzialnością ubezpieczeniową.¹⁷

Rozwój ubezpieczeń sprzyjał realizacji funkcji kompensacyjnej odpowiedzialności odszkodowawczej, ale także funkcji repatriacyjnej związanej z przenoszeniem ciężaru odpowiedzialności na inne podmioty celem umożliwienia kompensaty szkód, których sam sprawca nie byłby w stanie z powodów majątkowych pokryć.

W wieku XX w ramach odpowiedzialności sprawczej opartej na zasadzie winy zarówno w ramach odpowiedzialności kontraktowej, jak i deliktowej zachodzi proces obiektywizacji winy. Dla ustalenia winy jako podstawy przypisania odpowiedzialności cywilnej wystarcza zasadniczo najbliższy stopień winy (*culpa levissima*) w postaci niedbalstwa polegającego na niedołożeniu należytej staranności. Kluczowe w związku z tym dla ustalenia przesłanki winy staje się nie ustalenie

¹⁷ W. Warkało, *Odpowiedzialność odszkodowawcza*, Warszawa 1972, str. 315.

nagannego stosunku sprawcy do czynu (wina w znaczeniu psychologicznym), ale to, czy obiektywnie zachowanie sprawcy można uznać za prawidłowe, czy nie (czy dołożył należytej staranności). Obiektywizacja winy ma związek z budowaniem wzorców należytej staranności dla określonych stanów faktycznych celem odpowiedzi na pytanie, jak należało się zachować i czy można określonej osobie w związku z tym uczynić zarzut. Zachowanie sprzeczne z normatywnym wzorcem jako obiektywnie nieprawidłowe stanowi podstawę przypisania odpowiedzialności, w ten sposób niezachowanie należytej staranności staje się bardziej obiektywnym zarzutem wobec postępowania podmiotu ponoszącego odpowiedzialność niż ustaleniem jego winy. Dodatkowo obiektywizacji winy sprzyja profesjonalizacja życia, w związku tym zjawiskiem wzorce należytej staranności ulegają dalszej obiektywizacji na skutek zastosowania wzorca zawodowej staranności.

Na obecnym etapie rozwoju odpowiedzialności cywilnej w systemach prawnych Europy kontynentalnej, gdzie jest ona oparta w większości na zasadzie winy, rodzi się naturalne pytanie, czy вина jako podstawa odpowiedzialności kontraktowej, a raczej zarzut niedołożenia należytej staranności, najlepiej służy realizacji zakładanych na obecnym etapie rozwoju społeczno-ekonomicznego funkcji odpowiedzialności kontraktowej.

Odpowiedzialność kontraktowa w prawie polskim

Na gruncie obowiązującego prawa polskiego określenie odpowiedzialność kontraktowa (*ex contractu*) nie jest ściśle, gdyż obejmuje ona nie tylko zobowiązania wynikające z umów¹⁸, lecz wszelkie w ogóle przypadki, w których zobowiązanie pomiędzy stronami już istnieje¹⁹. Odpowiedzialność kontraktowa w prawie polskim oparta jest w powszechnym rozumieniu na zasadzie winy²⁰. System odpowiedzialności kontraktowej zbudowany jest w większości z norm o charakterze dyspozytywnym.

Zasadniczym dla odpowiedzialności kontraktowej przepisem jest art. 471 k.c., który stanowi, że dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Brzmienie art. 471 k.c. zdaje się sugerować przy-

¹⁸ Specyfika zobowiązań wynikających z umów skłoniła jednak ustawodawcę do wyodrębnienia osobno w Dziale III Tytułu VII księgi III k.c. przepisów dotyczących niewykonania zobowiązań z umów wzajemnych.

¹⁹ W. Czachórski, *Zobowiązania, Zarys Wykładu*, Warszawa 1996, str. 22 – zobowiązanie może wynikać także z przepisów prawa (powstałe *ex lege*) albo z mocy aktu administracyjnego – chodzi bowiem o odpowiedzialność wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania istniejącego uprzednio zobowiązania.

²⁰ Odwołuję się tutaj do sporu o naturę należytej staranności.

jęcie jednolitej koncepcji naruszenia zobowiązania (jakikolwiek niewykonanie czy też nienależyte wykonanie), jednak system środków prawnych przewidziany w kodeksie oparty jest już na typologii naruszeń i przypisaniu określonego środka prawnego do kazuistycznie zdefiniowanego naruszenia zobowiązania. Przepis ten jest też uzasadnieniem dla tezy o centralnej roli odszkodowania w polskim systemie odpowiedzialności kontraktowej obok roszczenia o wykonanie w naturze²¹.

Analiza wskazuje jednak, że obok centralnego roszczenia odszkodowawczego występują jeszcze inne środki prawne na wypadek niewykonania²² uregulowane jednak kazuistycznie. Kluczowe znaczenie dla systemu odpowiedzialności kontraktowej ma pojęcie zwłoki **jako stanu zawinionego opóźnienia**, bowiem większość przyznanych środków prawnych odwołuje się do tej kategorii naruszenia. Stan zwłoki uzasadnia zastosowanie większości opisanych w tych przepisach środków prawnych, w tym m.in.: odmowa przyjęcia świadczenia (art. 477 § 2 k.c.), odpowiedzialność za *casus mixtus* (art. 478 k.c.), uprawnienie do wykonania zastępczego (art. 479 oraz 480 k.c.), wyznaczenie dodatkowego terminu na spełnienie świadczenia (art. 491 k.c.), żądanie wykonania zobowiązania (491 § 1 k.c.), prawo odstąpienia od umowy (art. 491 i 492 k.c.). Kolejny typ niewykonania zobowiązania, tj. niemożność świadczenia, wywiera także różne skutki w zależności od tego, czy można przypisać dłużnikowi odpowiedzialność za okoliczności, które tę niemożność wywołały (winę), czy też nie. Jeśli bowiem niemożność jest skutkiem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, wówczas wierzyciel jest uprawniony do wykonania odstąpienia od umowy lub zapłaty odszkodowania (art. 493 k.c.), jeśli nie ponosi odpowiedzialności roszczenia mają charakter restytucyjny (art. 495 k.c.). Także i kara umowna jako rodzaj ryczałtowego odszkodowania przy całej swej konstrukcji ukierunkowanej na uproszczenie dochodzenia roszczeń na wypadek niewykonania uzależniona jest od wystąpienia po stronie dłużnika podstawowej przesłanki winy.

Natomiast obiektywny charakter, niezależny od winy, mają takie środki prawne, jak prawo żądania odsetek w razie opóźnienia w spełnieniu świadczenia pieniężnego (art. 481 k.c.), prawo powstrzymania się ze spełnieniem świadczenia wzajemnego (488 i 490 k.c.), prawo żądania dostarczenia rzeczy wolnej od wad w razie świadczenia rzeczy niewłaściwej jakości oraz prawo odstąpienia od umowy, gdy świadczenie stało się częściowo niemożliwe na skutek okoliczności,

²¹ T. Wiśniewski, *Komentarz do Kodeksu cywilnego, księga III Zobowiązania*, Warszawa 2003, str. 281.

²² Środki prawne na wypadek niewykonania zobowiązania uregulowane są zasadniczo w Księdze III k.c. w tytule VII. Wykonanie zobowiązań i skutki ich niewykonania w Dziale II. Skutki niewykonania zobowiązań (art. 471–486 k.c.) oraz w Dziale III. Wykonanie i skutki niewykonania zobowiązań z umów wzajemnych (art. 487–497 k.c.).

za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, w sytuacji gdy częściowe świadczenie nie miałyoby dla wierzyciela znaczenia ze względu na zamierzony cel umowy wiadomy stronie, której świadczenie stało się częściowo niemożliwe. W tym ostatnim przypadku zwraca uwagę odwołanie się do stanu świadomości dłużnika (przewidywalność), rzadko występujące w polskim systemie odpowiedzialności kontraktowej, a charakterystyczne dla regulacji modelowych.

Skoro większość zdefiniowanych środków prawnych jest uzależniona od przesłanki winy dłużnika lub jest dostępna tylko w razie zwłoki dłużnika (a zatem zawnionego opóźnienia) to oznacza, że polski system odpowiedzialności kontraktowej jest oparty na przesłance subiektywnej, jaką jest wina rozumiana jako co najmniej niezachowanie należytej staranności. Wina jest przesłanką nie tylko odpowiedzialności odszkodowawczej, ale i zastosowania większości innych sankcji na wypadek niewykonania zobowiązania.

Normą ogólną przypisania dłużnikowi odpowiedzialności kontraktowej jest art. 472 k.c., który stanowi, że **dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności**. Stosownie do art. 355 k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność), a należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Niezachowanie należytej staranności określa się jako winę nieumyślną w postaci niedbalstwa²³ i właśnie zasada „winy kontraktowej”, jak powszechnie się uznaje, jest podstawową obecnie przesłanką odpowiedzialności odszkodowawczej z wyjątkami na rzecz zasady ryzyka. Co prawda, termin „wina” nie został użyty ani w art. 471 k.c., ani w art. 472 k.c., jednak ten ostatni odwołuje się do niezachowania należytej staranności jako podstawy przypisania odpowiedzialności odszkodowawczej, co „naprowadza”²⁴ nas na zasadę winy²⁵. Niektórzy przyjmują, że niezachowanie należytej staranności, o którym mowa w art. 472 k.c., jako podstawy odpowiedzialności kontraktowej oznacza zarówno winę umyślną, jak i nieumyślną²⁶.

Przyjęcie zasady winy jako podstawy odpowiedzialności powoduje konieczność jej doprecyzowania.²⁷ Należy też uwzględnić, że przepisy k.c. odwołują się

²³ T. Wiśniewski [w:] G. Bieniek, *Komentarz*, tom I, 2007, str. 603.

²⁴ W. Czachórski, *Zobowiązania, Zarys Wykładu*, Warszawa 1994, str. 231.

²⁵ Warto podkreślić, że wina nie jest tutaj tak ewidentnie wyeksponowana jako przesłanka odpowiedzialności, jak w art. 415 k.c. stanowiącym najogólniejszą podstawę przypisania odpowiedzialności odszkodowawczej *ex delicto* – „Kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, zobowiązany jest do jej naprawienia”.

²⁶ M.in. M. Piekarski [w:] Z. Resich, J. Ignatowicz, J. Pietrzykowski, I. Bielski (red.), *Komentarz do Kodeksu cywilnego*, Warszawa 1972, tom 2, str. 1163, T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika*, str. 161.

²⁷ Z. Banaszczyk, *O istocie należytej staranności*, „Palestra” 2002, z. 7–8, str. 12.

w wielu wypadkach do kategorii winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa, np. zawężając podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej do tych stopni winy w art. 777§ 1, 801 § 1 i 849 § 2 k.c. Nadto samo niezachowanie należytej staranności utożsamiane jest powszechnie z winą nieumyślną, z najlżejszym stopniem winy (*culpa levissima*) – niedbalstwem. Należy też wskazać na obowiązującą zasadę bezwzględnej odpowiedzialności za winę umyślną wyrażoną w art. 473 § 2 k.c., nadto przesłanki odpowiedzialności mogą zostać zmodyfikowane umownie w zakresie wymaganego stopnia winy, stąd też istotne jest określenie, zarówno czym jest wina, jak również sprecyzowanie jej różnych postaci. Zasadniczy podział dotyczy postaci winy umyślnej²⁸ i nieumyślnej²⁹. W określeniu winy jako przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej cywilnej wciąż konieczne jest stosowanie pomocniczo osiągnięć nauki prawa karnego, gdzie wina jest podstawową przesłanką przypisania odpowiedzialności karnej. Na gruncie bowiem prawa cywilnego wina, a w szczególności różne jej postaci, nie zostały zdefiniowane, rodzi się więc pytanie o naturę winy – czym ona jest, aby można było ją przypisać podmiotowi odpowiedzialnemu.

Z dowodowego punktu widzenia ustalenie winy w znaczeniu psychologicznym³⁰ nie jest proste, a nadto należy pamiętać, że w przypadku winy nieumyślnej, która nawet w najlżejszej postaci uzasadnia przypisanie odpowiedzialności

²⁸ Wina umyślna może mieć postać zamiaru bezpośredniego, gdy sprawca chce popełnienia czynu (*dolus directus*) lub zamiaru ewentualnego, gdy tylko przewiduje możliwość popełnienia tego czynu i na niego się godzi (*dolus eventualis*).

²⁹ Winę nieumyślną w prawie cywilnym określa się najczęściej jako niedbalstwo – sprawca przewiduje możliwość popełnienia czynu, jednakże bezpodstawnie przypuszcza, że tego uniknie (co w ramach prawa karnego zwane jest lekkomyślnością), bądź też możliwości popełnienia czynu w ogóle nie przewiduje, choć powinien był przewidzieć (jest to niedbalstwo *sensu stricte*). Częstokroć **na gruncie prawa cywilnego niedbalstwo określa się jako niedołożenie przez sprawcę należytej staranności** i jest to właśnie sedno winy nieumyślnej. Niekiedy normy prawa cywilnego wiążą odpowiedzialność cywilną z tzw. rażącym niedbalstwem (*culpa lata*) – jest to cięższa postać niedbalstwa, w której mieści się zarówno lekkomyślność, jak i cięższe przypadki niedbalstwa.

³⁰ Wina według teorii psychologicznej polega na wadliwym stosunku psychicznym osoby do podjętego działania, kładzie zatem nacisk na stosunek psychiczny sprawcy do czynu. W ramach nawet i tej jednej teorii reprezentowane są dwie koncepcje – woli i wyobrażenia. Według teorii woli skutek, za który sprawca ponosi odpowiedzialność, powinien być objęty świadomością i wolą sprawcy polegającą na chceniu, godzeniu się na jego wystąpienie, przewidywaniu lub braku przewidywania, pomimo możliwości przewidzenia. Zgodnie z teorią wyobrażenia wola wywołania skutku nie jest konieczna do przypisania winy, wystarczy wyobrażenie i świadomość sprawcy co do związku przyczynowego pomiędzy czynem a skutkiem. Teorie psychologiczne winy zdają się być szczególnie nieprzydatne na gruncie prawa cywilnego, odmiennie do prawa karnego, dla którego w związku z wymiarem kary fundamentalne znaczenie ma określenie stopnia winy w znaczeniu psychologicznym, tj. stosunku sprawcy do czynu.

cywilnej niekiedy w ogóle nie mamy do czynienia ze stosunkiem sprawcy do czynu. Odpowiedzią na niedomagania psychologicznej teorii winy było powstanie tzw. normatywnej teorii winy znajdującej szeroką akceptację na gruncie prawa cywilnego³¹. Jej istotą jest możliwość uczynienia sprawcy obiektywnego zarzutu niewłaściwego zachowania, które doprowadziło do powstania szkody.³² W ramach teorii normatywnej następuje obiektywizacja winy, nie jest tu tak istotny stosunek sprawcy do czynu, a raczej obiektywna nieprawidłowość jego działania.

Odwołanie się przez ustawodawcę wyłącznie do kryterium niezachowania należytej staranności jako pozwalającego przypisać odpowiedzialność odszkodowawczą stronie, która nie wykonała lub nienależycie wykonała zobowiązania, spowodowało, że niektórzy stawiają w wątpliwość naczelne znaczenie winy jako podstawy odpowiedzialności *ex contractu*. W szczególności podniesiono, że należyta staranność jest pojęciem odnoszącym się do zewnętrznego zachowania człowieka, a nie jego przeżyć psychicznych. Skoro bowiem na stronę zostaje nałożony obowiązek zachowania należytej staranności i jest on analizowany w sposób zobiektywizowany i zasadniczo oderwany od kryteriów subiektywnych (ustaleniu podlega, jak należało się zachować obiektywnie), to postępowanie człowieka sprzeczne z odpowiednim miernikiem należy uznać za bezprawne. Powiązanie niezachowania należytej staranności z bezprawnością uzasadniałoby tezę, że art. 472 k.c. nie daje podstaw do twierdzenia, jakoby wina była naczelną zasadą odpowiedzialności *ex contractu*. Podstawową zasadą odpowiedzialności kontraktowej byłaby nie wina dłużnika, tylko jego bezprawne zachowanie przybierające postać niedochowania należytej staranności³³ – zachowanie różne od przyjętego poziomu wymagań.

Większość jednak doktryny widzi w podstawach odpowiedzialności kontraktowej winę, rozumianą jako możliwość uczynienia sprawcy (dłużnikowi) zarzutu z powodu bezprawnego zachowania³⁴. Elementem subiektywnym winy jest

³¹ Por. J. Dąbrowa [w:] *System*, tom III cz. 1, op. cit., str. 768, M. Sośniak, *Należyta staranność*, Katowice 1980, str. 114, T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika...*, op. cit., str. 177.

³² Por. W. Czachórski, *Zbieg odpowiedzialności cywilnej według kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1960, str. 54, B. Lewaszkiewicz, *Zakres niedbalstwa jako podstawy odpowiedzialności cywilnej*, NP. 1956, nr 3, str. 60.

³³ M. Krajewski, *Niezachowanie należytej staranności – problem bezprawności czy winy*, PiP 1997, nr 10, str. 32.

³⁴ Tak: T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982, str. 177. Bezprawność wynika z samego faktu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania tak: W. Warkała, *Gradacja winy a obowiązek naprawienia szkody w świetle przepisów kodeksu cywilnego*, St. Prawn. 1970, z. 26–27, str. 299 – wskazuje się, że jest to element obiektywny polegający na naruszeniu prawa podmiotowego wierzyciela do uzyskania świadczenia dłużnika, jest to więc naruszenie więzi względnej – W. Czachórski, *Zobowiązania, Zarys wykładu*, str. 232–233.

wadliwość postępowania, która wyraża się w podjęciu i przeprowadzeniu przez dłużnika decyzji, którą uznajemy za niewłaściwą, lub w ogóle braku podjęcia i przeprowadzenia decyzji, która w danych okolicznościach powinna nastąpić.

Problem winy przy odpowiedzialności odszkodowawczej dotyczy także **zagadnienia stosunku winy do szkody**. Chodzi o to, czy **wina sprawcy ma za swój przedmiot wyłącznie zdarzenie szkodzące, czy także jego szkodowe następstwa**. Jeśli bowiem wina ma dotyczyć także skutków w postaci samej szkody, to nie wystarczy wykazanie winy co do zachowania sprawczego i konieczne byłoby dodatkowo wykazanie, że co najmniej następstwa zdarzenia szkodzącego, a może nawet i sama szkoda, musiały być zawinione w tym znaczeniu, że sprawca pragnął ich lub przewidywał je, lub też powinien je być przewidzieć. Trudności dowodowe zaznaczające się przy winie uległyby zwielokrotnieniu, nie ułatwiając poszkodowanemu uzyskania kompensacji szkód. Według przeważającego stanowiska wina ma dotyczyć tylko zdarzenia sprawczego, zarzut winy dotyczy zatem tylko zachowania ludzkiego, a nie jego następstw³⁵. Krąg następstw, za jakie poniesie on odpowiedzialność, zostanie ustalony nie z punktu widzenia zawinienia skutków tylko z punktu widzenia związku przyczynowego. Oznacza to, że wina ma obejmować zachowanie, a przewidywanie przez sprawcę wywołanych tym zachowaniem skutków jest irrelewantne. Sprawca ponosi odpowiedzialność także za nieobjęte winą następstwa, pomimo że nie był w stanie ich przewidzieć, jeśli pozostają one w adekwatnym związku przyczynowym z zachowaniem sprawczym. Istnieją jednak i zwolennicy drugiej koncepcji opowiadający się za koniecznością ustalenia winy także w stosunku do skutków zdarzenia szkodzącego, a zatem w przypadku winy umyślnej, że sprawca chciał je spowodować, a w przypadku winy nieumyślnej, że co najmniej mógł przewidzieć wystąpienie takich następstw³⁶. Warto pamiętać, że przesłanka przewidywalności szkody jako warunku objęcia odpowiedzialnością odszkodowawczą występuje w wielu prawodawstwach, w tym w prawie francuskim, oraz jest charakterystyczna dla systemu *common law*.

Nie można odmówić jednak racji i tym, którzy w niewykonaniu zobowiązania widzą dokładnie taką samą bezprawność, jak w przypadku odpowiedzialności *ex delicto* – naruszenie normy bezwzględnie obowiązującej, jaką jest obowiązek wykonywania ciężących na podmiocie zobowiązań tak: J. M. Kondek, *Jedność czy wielość reżimów odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie polskim – przyczynek do dyskusji de lege ferenda*, „Studia Iuridica” XLVII /2007, str. 169 (tutaj zresztą natrafimy na spór, czy w polskim prawie istnieje norma prawna nakazująca wykonanie zobowiązań, czy jest to nakaz wynikający z obyczajów i zasad współżycia społecznego, których złamanie zgodnie z orzeczeniami judykatury jest uważane także za bezprawie cywilne).

³⁵ T. Dybowski [w:] *System Prawa Prywatnego*, tom III, cz. 1, str. 250.

³⁶ J. Dąbrowa, *Wina jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej*, Wrocław 1968, str. 189; szerzej w: A. Koch, *Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie cywilnym*, Warszawa 1975, str. 186.

W nawiązaniu do podziału na szkodę zawinioną i niezawinioną wyrażono pogląd zbieżny z nowoczesnymi tendencjami obserwowanymi w regulacjach modelowych jakoby w stosunkach umownych odpowiedzialność odszkodowawcza ograniczała się do szkód możliwych do przewidzenia w chwili zawarcia umowy. Takie zapatrywanie zostało jednak póki co poddane krytyce.³⁷

Z punktu widzenia rozmiaru obowiązku odszkodowawczego stopień winy jest zasadniczo bez znaczenia, co uzasadnia tezę, że w przypadku prawa cywilnego podział na winę umyślną i nieumyślną oraz gradacja stopni winy nie ma tak doniosłego znaczenia jak w prawie karnym, gdzie wpływa on bezpośrednio na wymiar kary. Wystarcza udowodnienie najlżejszego stopnia winy, aby nastąpiło przypisanie odpowiedzialności odszkodowawczej, co więcej, w przypadku istnienia odpowiedzialności stopień winy nie wpływa zasadniczo na wysokość odszkodowania. Po przypisaniu odpowiedzialności na skutek stwierdzenia winy dłużnika można powiedzieć, że rola winy i czynników subiektywnych kończy się zasadniczo. Rozmiar obowiązku naprawienia szkody jest zobiektywizowany, uzależniony nie od stopnia winy, ale od tego, czy następstwo pozostaje w normalnym związku przyczynowym ze zdarzeniem, które je wywołało.³⁸ Podstawą dla formułowania wymogu adekwatnego związku przyczynowego jest art. 361 § 2 k.c., który stanowi, że odpowiedzialność odszkodowawcza dotyczy tylko „normalnych następstw” zdarzenia, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Przy ustalaniu, które następstwa należy uznać za normalne – czy mamy do czynienia ze związkiem przyczynowym, o którym mowa w art. 361 § 2 k.c., zarówno doświadczenie życiowe, jak i osiągnięcia nauki są brane pod uwagę. Przewidywanie przez dłużnika skutków niewykonania zobowiązania jest bez znaczenia dla odpowiedzialności odszkodowawczej.

Nowożytnie systemy prawne po Wielkiej Rewolucji Francuskiej zrywają bowiem z powiązaniem winy z wysokością odszkodowania, jako że prawo cywilne i karne zostają oddzielone ze względu na funkcje. Odszkodowanie cywilne nie ma pełnić zasadniczo funkcji represyjnych, a przede wszystkim funkcje kompensacyjne. **Oderwanie rozmiaru szkody podlegającej na naprawieniu od stopnia winy jest zatem uzasadnione tym, że istnienie i stopień winy nie wpływają na stopień uszczerbku** – szkody podlegającej naprawieniu. Podobnie brak winy nie wyłącza uszczerbku. Trzeba jednak zaznaczyć, że poważniejsze stopnie winy jako szczególnie naganne moralnie uznaje się niekiedy za uzasadniające rozszerzenie zakresu odpowiedzialności na szkody, które w normalnym toku

³⁷ L. Stecki, *Problematyka odpowiedzialności za szkodę pośrednią*, [w:] S. Sołtysiński (red.), *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego (studia i rozprawy)*, Poznań 1990, str. 292.

³⁸ M. Kaliński [w:] *System Prawa Prywatnego, Prawo zobowiązań – część ogólna*, tom 6, C.H. Beck INP PAN 2009, str. 128.

nie podlegają kompensacji. W prawie polskim takie zaostrożenie odpowiedzialności występuje np. w art. 777 § 1 k.c. w zakresie odpowiedzialności przewoźnika za bagaż, który podróżny przewozi ze sobą – odpowiedzialność za jego utratę będzie wchodziła w grę tylko w razie winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa. Podobnie wina umyślna i rażące niedbalstwo zaostrażają odpowiedzialność przewoźnika w art. 788 § 1 i § 3 k.c. oraz 791 § 1 i 2 k.c., podobnie odpowiedzialność spedytora z art. 801 § 1 i § 3 k.c. Taka reguła natury ogólnej zaostrażająca odpowiedzialność odszkodowawczą w przypadku umyślności oraz rażącego niedbalstwa poza granice przewidywalnych szkód znajduje się w PECL i DCFR³⁹, o czym jeszcze będzie mowa poniżej.

Zastosowanie ogólnych reguł odpowiedzialności *ex contractu* wynikających art. 471 k.c. będzie wchodziło w grę wobec braku postanowień szczególnych odnoszących się do danej dziedziny stosunków umownych bądź odmiennego ujęcia odpowiedzialności w postanowieniach umowy. W zakresie klauzul modyfikujących zasady odpowiedzialności daje się zaobserwować tendencja do kształtowania kar umownych jako niezależnych od przesłanki winy. *De lege lata* należy uznać, że obowiązek zapłaty kary umownej powiązany jest z przesłankami odpowiedzialności *ex contractu*. Co do zasady dłużnik mógłby uwolnić się od zapłaty kary umownej, jeśli udowodni, że niewykonanie jest rezultatem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności⁴⁰. Celem wzmocnienia pewności realizacji zawartej umowy w obrocie gospodarczym istnieją jednak klauzule nakładające obowiązek zapłaty kary pieniężnej na dłużnika w przypadku niewykonania przez niego zobowiązania bez względu na okoliczności, z których to niewykonanie wynika. Są to swoiste sankcje kontraktowe, których wykładnia wymaga dużej ostrożności ze szczególnym uwzględnieniem rzeczywistego zamiaru stron. Można ją bowiem interpretować jako modyfikację ogólnych zasad odpowiedzialności kontraktowej i ukształtowanie jej jako odpowiedzialności gwarancyjnej.⁴¹ Orzecznictwo dopuszcza możliwość rozszerzenia kręgu okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność także na okoliczności niezawinione przez dłużnika i wynika to wprost z art. 473 § 1 k.c.⁴²

Klauzule modyfikujące zasady odpowiedzialności kontraktowej wskazują na postępującą dywersyfikację odpowiedzialności odszkodowawczej w obrocie obrotu handlowego⁴³. W obrocie profesjonalnym można zaobserwować

³⁹ Art. III - 3:705 DCFR oraz 9.503 PECL.

⁴⁰ Zob. wyrok SN z dnia 31.03.2004 r. III CKN446/02.

⁴¹ M. Safjan, K. Zaradkiewicz [w:] Józef Okolski (red.), *Prawo handlowe*, wyd. 2, Oficyna Wolters Kluwers Business 2008, str. 636.

⁴² Zob. wyrok SN z dnia 27 czerwca 2003 r. IV CKN 300/01, Legalis.

⁴³ M. Safjan, K. Zaradkiewicz [w:] Józef Okolski (red.), *Prawo handlowe*, op. cit., str. 638.

tendencję do opierania odpowiedzialności na zasadzie ryzyka z wyjątkami na rzecz działania siły wyższej lub niewykonania na skutek działania osoby trzeciej, za którą dłużnik nie ponosi odpowiedzialności oraz z wyłącznej winy wierzyciela. Występowanie takich klauzul wskazuje na preferencje uczestników obrotu w zakresie podstaw odpowiedzialności kontraktowej, co oznacza, że zasada winy uznawana jest za nieefektywną z punktu widzenia zabezpieczenia interesów wierzyciela oraz kłopotliwą z punktu widzenia dowodowego. Szybkość obrotu i jego bezpieczeństwo wymaga, aby strony mogły w jak najszerszym zakresie bazować na faktach dla nich dostępnych – skoro nastąpiło niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wierzyciel byłby uprawniony do ochrony swojego interesu bez szczegółowej analizy, co legło u podstaw tego stanu rzeczy. Powinien mieć możliwość wykonania środków prawnych z samego powodu, że niewykonanie nastąpiło, a взгляд na ochronę dłużnika nakazuje postawić temu rozsądne granice. Na podobną motywację może też wskazywać fakt preferowania w transakcjach międzynarodowych, w szczególności częstego wybierania przez strony jako prawa właściwego dla umowy, prawa angielskiego, gdzie odpowiedzialność kontraktowa jest odpowiedzialnością surową, bazującą na zasadzie ryzyka.

Aspekt świadomości dłużnika, ew. przewidywania skutków niewykonania zobowiązania, pojawia się w przypadku wykonywania prawa odstąpienia przez wierzyciela, w sytuacji gdy wykonanie częściowe lub wykonanie po terminie **nie miałyby dla wierzyciela znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania lub cel umowy wiadomy dłużnikowi** (491 § 2 k.c. – opóźnienie co do części świadczenia, art. 492 k.c. – odstąpienie przy terminie wykonania zobowiązania ściśle oznaczonym, 493 § 2 k.c. – częściowa niemożność świadczenia). W tym miejscu polskie rozwiązania wykazują pewną zbieżność z rozwiązaniami zaprojektowanymi w regulacjach modelowych. Po pierwsze, ze względu na odwoływanie się do stanu świadomości dłużnika tyle tylko, że tu dłużnikowi pewne fakty miały być wiadome, a w regulacjach modelowych dodatkowo uwzględnia się, czy rozsądnie rzecz ujmując, dłużnik powinien daną okoliczność przewidzieć. Po drugie, ze względu na aspekt utraty znaczenia wykonania zobowiązania dla wierzyciela ze względu na właściwość zobowiązania albo ze względu na zamierzony cel umowy [wiadomy stronie będącej w zwłoce]. Ten drugi aspekt upoważniający do odstąpienia w prawie polskim wykazuje duże podobieństwo do pojęcia *fundamental non-performance* w regulacjach modelowych, czyli istotnego niewykonania umowy. Art. III 3:502 (2 a) DCFR stanowi, że niewykonanie jest istotne, jeśli w znaczącym stopniu pozbawia wierzyciela tego, czego zgodnie z umową mógł oczekiwać, chyba że strona zobowiązana nie przewidziała i rozsądnie rzecz ujmując, nie mogła przewidzieć takiego rezultatu. Podobnie art. 8.103 lit b) PECL.

Tak skonstruowany system odpowiedzialności kontraktowej jest zorientowany na ochronę praw dłużnika, jeśli zatem nie można mu przypisać winy, wierzyciel nie może skorzystać z większości środków prawnych na wypadek niewykonania zobowiązania. System ten jest jednak niefunkcjonalny i mało efektywny z punktu widzenia wierzyciela. Nie dysponuje on wiązką uprawnień na wypadek niewykonania zobowiązania zdolną ochronić jego interes, naruszony przez obiektywny fakt niewykonania zobowiązania. Koncentruje się on wokół ochrony dłużnika, zasadniczo tylko wtedy wierzyciel może podjąć środki prawne na wypadek niewykonania, jeśli dłużnikowi można postawić zarzut, choć uszczerbek w interesach wierzyciela jest zasadniczo niezależny od kwestii winy dłużnika. Należy dodatkowo uwzględnić, że oparty na typologii naruszeń system ochrony kontraktowej (zwłoka, niemożność świadczenia i świadczenie nienależytej jakości) nie wyczerpuje możliwych przypadków nienależytego wykonania zobowiązania, tymczasem poza roszczeniem odszkodowawczym z art. 471 k.c. nie jest uregulowane, jakie środki prawne mógłby zastosować wierzyciel w przypadku innych typów niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niż te określone w Kodeksie cywilnym.

Europejskie regulacje modelowe

Regulacje modelowe zdefiniowane we wstępnej części opracowania wychodzą z odmiennej filozofii odpowiedzialności kontraktowej. Podstawowym dla zaprojektowania systemu środków prawnych na wypadek niewykonania zobowiązania, a zatem odpowiedzialności kontraktowej, pojęciem jest obiektywnie ujmowany fakt niewykonania zobowiązania (*non-performance*). Pojęcie to nie jest związane z przyczynami, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, tylko z samym faktem niewykonania. Niewykonanie zobowiązania ujmowane jest w jednolitej i ogólnej formule bez wyróżniania poszczególnych typów naruszenia (np. zwłoki, niemożności świadczenia, świadczenia nienależytej jakości) i przyporządkowywania im określonych sankcji. System sankcji jest powiązany z jednolicie rozumianym pojęciem niewykonania zobowiązania, niezależnym od przyczyn niewykonania i rodzajów⁴⁴, ewentualnie pojawia się jako szczególnie dolegliwe z punktu widzenia wierzyciela istotne niewykonanie (*fundamental non-performance*). Część środków prawnych na wypadek niewykonania zobowiązania dostępnych jest z samego faktu mającego miejsce niewykonania

⁴⁴ Por. O. Lando, H. Beale, *Principles of European Contract Law Parts I and II prepared by the Commission on European Contract Law*, Kluwer Law International, Hague, London, Boston 2000, str. 361.

zobowiązania, nawet gdy jest ono usprawiedliwione⁴⁵, a zatem w tym zakresie jest to odpowiedzialność kontraktowa absolutna, natomiast odpowiedzialność odszkodowawcza oparta zostaje na zasadzie ryzyka.

Warto uwzględnić, że wszystkie grupy robocze, które wiele lat pracowały nad regulacjami modelowymi, bazując, co prawda, na analizie rozwiązań krajowych zarówno systemu kontynentalnej Europy, jak i systemu *common law*, projektując rozwiązania starały się sformułować reguły najbardziej odpowiednie w opinii członków grupy, najlepiej sprzyjające obrotowi, a nie wyłącznie najczęściej reprezentowane w porządkach krajowych⁴⁶. Już sam ten fakt w dużym stopniu uwiarygodnia przyjęte rozwiązania, zwłaszcza traktowaną z dużą nieufnością zasadę ryzyka przy odpowiedzialności kontraktowej. Stanowi ona wynik uwzględnienia rozwiązań systemu *common law*, w szczególności inspiracji wynikających z prawa angielskiego, które zyskało uznanie jako szczególnie efektywny system prawny w zakresie prawa umów.

Inspiracje prawa angielskiego widoczne są w wielu aspektach zaprojektowanych rozwiązań w ramach regulacji modelowych. Po pierwsze, w samej koncepcji niewykonania zobowiązania (*non-performance*) ujmowanego jednolicie widoczne są wpływy koncepcji *breach of contract*,⁴⁷ choć w prawie angielskim pojęcie to wiąże się tylko z takim naruszeniem, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą⁴⁸, koncepcja *fundamental non-performance* znajduje także swój anglosaski odpowiednik w postaci *serious/ fundamental breach of contract*⁴⁹ dającego w prawie angielskim prawo odstąpienia od umowy. Regula-

⁴⁵ Ibidem, str. 360.

⁴⁶ Na temat metod badawczych i celów Study Group on European Civil Code, która zredagowała tekst Draft Common Frame of Reference na stronie <http://www.sgecc.net/pages/en/introduction/100.aims.htm>.

⁴⁷ Pojęcie naruszenia umowy w prawie angielskim odnieść trzeba do innej filozofii prawa kontraktów, będzie ono obejmowało naruszenie któregośkolwiek z warunków umownych o charakterze *condition*, *innominate term* lub *warranties*.

⁴⁸ O. Lando, H. Beale, *Principles...*, op. cit., str. 361.

⁴⁹ Por. J. O'Sullivan, J. Hillard, *The Law of Contract*, Oxford University Press, 2009, str. 380. Występująca w systemie *common law* instytucja *fundamental breach of contract* pomimo podobieństw osadzona jest w odmiennej filozofii prawa kontraktów. *Fundamental breach of contract* oznacza złamanie postanowień umowy, które mają charakter warunku umownego – *condition*, ocenie podlega, czy złamane postanowienie ma w świetle kontraktu i innych norm prawnych charakter *condition*, czy nie. Jeśli złamano postanowienie o charakterze *condition*, prawo do odstąpienia zawsze przysługuje. Inne postanowienia umowy można zaliczyć do pozostałych dwóch kategorii – *innominate term* oraz *warranties*. Jeśli złamane zostało postanowienie umowy o charakterze *innominate term*, strona pokrzywdzona może domagać się odszkodowania i może również odstąpić od umowy, ale tylko o tyle, o ile konsekwencje naruszenia są dosta-

cje dotyczące zwolnienia z powodu przeszkody (*excuse due to impediment*) wykazują pewną zbieżność z rozwiązaniami prawa angielskiego dotyczącymi instytucji *frustration of contract*⁵⁰. W przypadku, gdy zajdą okoliczności je uzasadniające, dłużnik zostanie zwolniony z odpowiedzialności odszkodowawczej, a we wszystkich innych przypadkach ją ponosi. Analogicznie do prawa angielskiego granice odpowiedzialności odszkodowawczej wyznacza reguła przewidywalności szkody (*foreseeability*) rozumiana zbieżnie z prawem angielskim, gdzie wyróżnia się dwie gałęzie przewidywalności⁵¹ – a zatem to, czy dłużnik przewidywał skutki swojego niewykonania w świetle jego aktualnej wiedzy, ale także, rozsądnie rzecz ujmując, czy powinien był przewidzieć w chwili zawierania umowy. Szczegółowa analiza wpływów rozwiązań charakterystycznych dla systemu *common law*, w szczególności prawa angielskiego, na regulacje modelowe nie jest przedmiotem niniejszego opracowania, warto jednak je zasygnalizować.

Zwraca uwagę, że ochrona interesu wierzyciela pokrzywdzonego niewykonaniem zobowiązania stanowi punkt wyjścia i niejako oś konstrukcyjną systemu środków prawnych na wypadek niewykonania zobowiązania. Trzeba jednak podkreślić, że regulacje modelowe realizują też potrzebę ochrony dłużnika, uzależniając szczególnie dotkliwe środki prawne od dodatkowych warunków. Wykonanie prawa odstąpienia uprawnione jest zasadniczo tylko w sytuacji, gdy niewykonanie ma charakter istotny (*fundamental non-performance*), a roszczenia odszkodowawcze oraz o realne wykonanie zobowiązania są wykluczone, gdy niewykonaniem charakter usprawiedliwiony.

Nadto dłużnikowi przyznano prawo zaoferowania poprawionego świadczenia (*cure by debtor of non-conforming performance*)⁵². Nie można też pominąć generalnego wymogu regulacji modelowych działania zgodnie z zasadami dobrej wiary i uczciwego obrotu także w zakresie stosowania środków prawnych na wypadek niewykonania zobowiązania oraz wykonywania prawa do odstąpienia od umowy.⁵³

teczenie poważne. Natomiast złamanie postanowienia o charakterze *warranties* nigdy nie daje stronie pokrzywdzonej prawa odstąpienia, a jedynie prawo żądania odszkodowania.

⁵⁰ Jest to instytucja, na mocy której strona może zostać zwolniona z zobowiązania, uregulowana w Law Reform (Frustrated Contracts) Act z 1943 r.

⁵¹ J. O'Sullivan, J. Hillard, *The Law of Contract*, Oxford University Press, 2009, str. 416.

⁵² Art. 8.104 PECL, oraz art. 3:201-3:204 DCFR (Cure by debtor of non-conforming performance).

⁵³ Art. III 1:103 (1) DCFR: *A person has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing in performing an obligation, in exercising a right to performance, in pursuing or defending a remedy for non-performance or in exercising a right to terminate the obligation or contractual relationship.*

Poziomy obiektywizacji

Regulacje modelowe w konstruowaniu systemu odpowiedzialności kontraktowej odchodzą od bazowego w tradycji kontynentalnej pojęcia winy jako podstawy odpowiedzialności kontraktowej, w tym głównie odpowiedzialności odszkodowawczej. Odejście to jest całkowite (odmiennie w *Acquis Principles*)⁵⁴ w warstwie zasady odpowiedzialności – wykazanie braku winy nie zwolni dłużnika z odpowiedzialności, gdyż oparta jest ona na zasadzie ryzyka⁵⁵. Nie oznacza to jednak, że wina nie znajduje swojej wyceny w ramach przyjętego systemu odpowiedzialności. Wina pojawia się pod postaciami winy umyślnej i rażącego niedbalstwa jako przesłanka zwiększająca zakres odpowiedzialności odszkodowawczej poza granice przewidywalnych skutków niewykonania zobowiązania wynikającego umowy⁵⁶ (z wyjątkiem Zasad UNIDROIT). Pojawia się także jako cecha pozwalająca zaklasyfikować niewykonanie jako istotne⁵⁷.

Przyjęcie zasady ryzyka jako zasady odpowiedzialności kontraktowej uprawnia do stwierdzenia, że historyczny proces ciągłej subiektywizacji odpowiedzialności odszkodowawczej poprzez jej powiązanie z przesłanką winy znalazł się w zdecydowanym odwrocie. Obiektywizacja odpowiedzialności na gruncie regulacji modelowych może być widziana jednak na kilku płaszczyznach, nie tylko na tle obiektywizacji podstaw odpowiedzialności odszkodowawczej.

Pierwszą płaszczyzną, która składa się na cały proces obiektywizacji, jest płaszczyzna pojęciowa. Pojęcie niewykonania umowy (zobowiązania) jako bazo-

⁵⁴ W *Acquis Principles* odejście od zasady winy jest częściowe, bowiem przy definiowaniu usprawiedliwionego niewykonania zobowiązania autorzy odwołują się do pojęcia dochowania należytej staranności:

Artykuł 8:401: Uprawnienie do odszkodowania:

- ¹⁾ Wierzyciel jest uprawniony do dochodzenia odszkodowania za szkodę wynikłą z niewykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie jest usprawiedliwione.
- ²⁾ **Niewykonanie zobowiązania jest usprawiedliwione, jeżeli** nastąpiło z powodu okoliczności pozostających poza kontrolą dłużnika i jakiegokolwiek osoby zaangażowanej przez dłużnika w wykonanie zobowiązania, a skutków tych okoliczności nie można było uniknąć, nawet przy dochowaniu należytej staranności.

⁵⁵ Por. O. Lando, H. Beale, *Principles of European Contract Law Parts I and II prepared by the Commission on European Contract Law*, Kluwe Law International, Hague, London, Boston 2000, str. 434.

⁵⁶ Art. III 3: 703 in fine DCFR: “unless the non-performance was intentional, reckless or grossly negligent”, art. 5:503 in fine PECL “unless the non-performance was intentional or grossly negligent”.

⁵⁷ Art. III 3: 502 (2b) DCFR, który stanowi, że niewykonanie ma charakter istotny, m.in. gdy jest umyślne lub lekkomyślne i daje wierzycielowi podstawy do przypuszczenia, że nie może polegać na przyszłym świadczeniu dłużnika (wykonaniu zobowiązania), podobnie art. 8.103 PECL odwołujący się jednak wyłącznie do umyślności.

we dla konstrukcji środków prawnych na wypadek niewykonania odwołuje się wyłącznie do obiektywnego faktu niewykonania zobowiązania⁵⁸. W polskim systemie prawnym, jak już wyżej wskazywano, co prawda, w art. 471 k.c. występuje neutralne i ogólne pojęcie niewykonania zobowiązania, jednak większość środków prawnych związana jest z tego typu naruszeniem, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, w szczególności ze zwłoką.

Drugą płaszczyzną, na której może być rozważane zjawisko obiektywizacji odpowiedzialności, jest powiązanie systemu odpowiedzialności kontraktowej z samym obiektywnym faktem niewykonania zobowiązania i przyznanie wierzycielowi większości środków prawnych na wypadek niewykonania zobowiązania bez względu na fakt, czy niewykonanie zobowiązania można uznać za usprawiedliwione, czy nie⁵⁹. Usprawiedliwiony lub nieusprawiedliwiony charakter niewykonania przesądza jedynie o dostępności szczególnie dolegliwych środków, jak dochodzenie wykonania zobowiązania zgodnie z treścią i dochodzenie odszkodowania za niewykonanie zobowiązania. Wszelkie środki prawne są jednak niezależne od przesłanki winy. Na płaszczyźnie pozostałych środków prawnych odpowiedzialność kontraktowa będzie więc miała charakter obiektywny.

Trzecia płaszczyzna obiektywizacji dotyczy podstaw odpowiedzialności odszkodowawczej poprzez odejście od zasady winy będącej podstawową, normalną przesłanką odpowiedzialności odszkodowawczej w kontynentalnych systemach prawnych. Odpowiedzialność prawna, a w szczególności odszkodowawcza, ma służyć realizacji idei sprawiedliwości, w związku z czym przyjęta zasada odpowiedzialności odszkodowawczej powinna odpowiadać temu, co uznaje się za słuszne. Obiektywne niewykonanie zobowiązania, nawet jeśli ma charakter istotny, nie usprawiedliwia jednak w powszechnym odczuciu tak dalekiego uprzywilejowania wierzyciela, aby dostępne były dla niego wszelkie środki prawne łącznie z roszczeniem odszkodowawczym⁶⁰, które bardzo mocno ingeruje w majątek dłużnika⁶¹. Istnieją bowiem przypadki, w których niewykonanie następuje na skutek zdarzeń, na które dłużnik nie ma żadnego wpływu i które są poza jego kontrolą, w związku z czym obarczanie go odpowiedzialnością odszkodowawczą uznane musiałoby być za niesłuszne i niesprawiedliwe. Całkowita obiektywizacja odpowiedzialności odszkodowawczej nie jest więc możliwa. Jednak właśnie na tej płaszczyźnie

⁵⁸ Por. O. Lando, H. Beale, *Principles of European Contract Law Parts I and II*, op. cit., str. 123.

⁵⁹ Ibidem, str. 360.

⁶⁰ Por. U. Walczak [w:] M. Pecyna (red.), *Wykonanie i skutki naruszenia zobowiązań*, Projekt z uzasadnieniem pod kierunkiem J. Pisulińskiego i F. Zolla, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2009, str. 430.

⁶¹ Ibidem, str. 434.

ujawnia się kolejny aspekt obiektywizacji odpowiedzialności kontraktowej. Następuje bowiem odejście od zasady winy jako podstawy odpowiedzialności kontraktowej na rzecz zasady ryzyka. Kluczowym z tego punktu widzenia staje się pojęcie usprawiedliwionego niewykonania zobowiązania czy też zwolnienia z powodu przeszkody (*excuse due to impediment*). Jeśli niewykonanie zostanie uznane za usprawiedliwione, roszczenie odszkodowawcze nie przysługuje. Zakres odpowiedzialności odszkodowawczej zostaje jednak skorelowany ze stanem świadomości dłużnika – odpowiada on za te szkody, które mógł przewidzieć jako skutek swojego niewykonania. Odpowiedzialność podlega więc indywidualizacji.

Obiektywizacja na płaszczyźnie pojęcia niewykonania zobowiązania

W ramach DCFR zdefiniowano kluczowe pojęcia, wśród nich właśnie pojęcie wykonania zobowiązania i niewykonania zobowiązania. Wykonaniem zobowiązania jest spełnienie przez dłużnika tego, co zgodnie z treścią zobowiązania powinno być wykonane oraz zaniechanie tego, czego należało zaniechać⁶². **Niewykonaniem zobowiązania jest każde uchybienie w wykonaniu zobowiązania usprawiedliwione czy też nieusprawiedliwione i zawiera także opóźnione wykonanie oraz każde inne wykonanie, które nie jest zgodne z treścią zobowiązania**⁶³. W świetle Zasad PECL (art. 1:301 pkt 4) pojęcie „niewykonanie” oznacza każde niewypełnienie obowiązku wynikającego umowy, bez względu na to, czy dłużnik ponosi za nie odpowiedzialność i obejmuje opóźnione wykonanie, wykonanie wadliwe, jak również brak współdziałania w celu nadania umowie pełnej skuteczności. *Zasady Acquis* (art. 8:101) ujmują niewykonanie zobowiązania jako każde naruszenie zobowiązania, w tym opóźnione lub wadliwe wykonanie i naruszenie obowiązku współpracy dla osiągnięcia pełnego skutku zobowiązania. Definicje te formułują więc przykłady niewykonania zobowiązania, natomiast Zasady UNIDROIT (art. 7.1.1.) odwołują się najogólniej do **jakiegokolwiek uchybienia obowiązkowi wykonania kontraktu zgodnie z jego treścią bez względu na to, czy takie uchybienie można uznać za usprawiedliwione, czy nie**.

Ostatecznie wszystkie te definicje są wysoce zbieżne, oparte na jednolitej koncepcji niewykonania zobowiązania z tym, że DCFR dokonują adaptacji treści, PECL pominął wymienione tam przykładowo (podobnie jak w *Acquis Principles*) naruszenie obowiązku współdziałania. Poszczególne typy naruszeń pojawiają się

⁶² III. 1:101 (2) DCFR.

⁶³ III 1:101 (3) DCFR.

tam tylko przykładowo. Jednolita koncepcja naruszenia zobowiązania legła też u podstaw systemu ochrony wierzyciela w Konwencji Wiedeńskiej o międzynarodowej sprzedaży towarów (*breach of contract*), jako koncepcja naruszenia umowy⁶⁴. Niewykonanie zobowiązania (kontraktu), które pojawia się w regulacjach modelowych, jest pojęciem nieco odmiennym od użytego w Konwencji Wiedeńskiej pojęcia naruszenia kontraktu. Zastąpienie pojęcia „naruszenie kontraktu” (*breach of contract*) pojęciem „niewykonanie kontraktu” (*non-performance*) pozwala wyraźniej zaakcentować, że odpowiedzialność dłużnika ma charakter obiektywny, niezależny od przyczyn.

Odpowiednikiem pojęcia niewykonanie zobowiązania (*non-performance*) w prawie angielskim, którego znaczące wpływy są widoczne w zaprojektowanych rozwiązaniach, jest pojęcie *breach of contract* z tym, że jest ono zasadniczo związane z tego typu naruszeniem, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, w tym odpowiedzialność odszkodowawczą. W związku z faktem, że odpowiedzialność kontraktowa jest w prawie angielskim bardzo surowa, oparta na zasadzie ryzyka, pojęcie to obejmuje większość przypadków niewykonania. Poza pojęciem *breach of contract* znajdują się sytuacje, które uzasadniałyby unieważnienie zobowiązań umownych na podstawie instytucji *frustration of contract*. Pojęcie to jest zobiektywizowane w tym sensie, że wina dłużnika jest bez znaczenia. Na gruncie regulacji modelowych następuje dalsza obiektywizacja tego pojęcia – niewykonanie zobowiązania ma znaczenie obiektywne i odnosi się do samego faktu, że nie nastąpiło prawidłowe wykonanie zobowiązania bez względu na fakt, czy jest ono usprawiedliwione, czy nie. Zwraca uwagę odejście od pojęcia *breach of contract*, które jest nacechowane negatywnie, na rzecz pojęcia niewykonanie zobowiązania (*non-performance*), które odnosi się do faktów.

Niewykonaniem jest zarówno całkowite zaniechanie wykonania, jak również każde uchybienie, także najdrobniejsze przekroczenie obowiązków kontraktowych, w tym także niewykonanie obowiązków ubocznych, jak choćby zachowanie tajemnicy handlowej⁶⁵. Nadto dla zakwalifikowania danego działania jako niewykonanie nie ma znaczenia, czy jest ono usprawiedliwione, czy nie, co wynika już samej definicji niewykonania. Prowadzi to do wniosku, że dłużnik ponosi z zasady odpowiedzialność za okoliczności, z których wynika niewykonanie, natomiast natura i charakter tych okoliczności mogą najwyżej decydować o zakresie ochrony wierzyciela⁶⁶.

⁶⁴ Jednolitą koncepcję naruszenia przyjęto także w prawie wspólnotowym, w Dyrektywie o sprzedaży konsumenckiej oraz Dyrektywie o podróży za cenę zryczałtowaną.

⁶⁵ O. Lando, H. Beale, *Principles...*, op. cit., str. 359.

⁶⁶ W. Kocot, *Odpowiedzialność z tytułu niewykonania zobowiązania w świetle zasad Europejskiego Prawa Kontraktów oraz Zasad Międzynarodowych Kontraktów handlowych UNIDROIT*, „Studia Iuridica” XLVII/2007, str. 137.

Obiektywizacja odpowiedzialności kontraktowej na płaszczyźnie systemu środków prawnych na wypadek niewykonania zobowiązania

Prawa modelowe, opierając się na jednolitej koncepcji niewykonania zobowiązania (w tym nienależytego wykonania), przyjmują jednolitą i spójną regulację problematyki niewykonania i skutków niewykonania zobowiązań kontraktowych i opierają na niej konstrukcję środków prawnych na wypadek niewykonania zobowiązania. Cały system ochrony wierzyciela jest skonstruowany wokół centralnej kategorii niewykonania zobowiązania (*non-performance*), a nie wokół pojęcia szkody. Odpowiedzialność kontraktowa jest tu rozumiana szeroko jako zespół sankcji mających na celu usunięcie wszelkich następstw niewykonania zobowiązania, a nie tylko naprawienie szkody majątkowej⁶⁷.

Generalnie odpowiedzialność dłużnika może opierać się na zasadzie winy bądź ryzyka, a może też być w zakresie niektórych środków prawnych odpowiedzialnością absolutną – za sam fakt niewykonania. Regulacje modelowe przyjmują to właśnie rozwiązanie – dla większości zaprojektowanych środków prawnych, innych niż odszkodowanie i domaganie się realnego spełnienia świadczenia (*specific performance*) odpowiedzialność ma charakter obiektywny. Na plan pierwszy wysuwa się element ochrony interesu wierzyciela, niezrealizowanego na skutek mającego miejsce niewykonania zobowiązania. Na system środków prawnych na wypadek niewykonania zobowiązania składają się następujące uprawnienia wierzyciela:

- Prawo dochodzenia wykonania zobowiązania (*Right to enforce performance*)⁶⁸, jak już wspomniano, generalnie nie przysługuje ono w przypadku zwolnienia z powodu przeszkody, czyli usprawiedliwionego niewykonania zobowiązania. Regulacje wprowadzają też szereg innych typowych ograniczeń, takich jak sprzeczność z prawem czy osobisty charakter świadczenia, ale nadto wyłączenia związane z nierozsądnym obstawianiem przy świadczeniu⁶⁹. Regulacja w tym zakresie stanowi kompromis pomiędzy systemem kontynentalnym, w którym dominuje zasada realnego wykonania zobowiązań, a systemem *common law*,

⁶⁷ Ibidem, str. 133.

⁶⁸ DCFR: Chapter 3. Remedies for non-performance, Section 3. Right to enforce performance art. III 3: 301– 3:303, PECL Chapter 9. Particular remedies for non-performance, Section 1. Right To Performance, art. 9:101–9:103; Zasady UNIDROIT art. 7.2.1.–7.2.5.

⁶⁹ Art. 7.2.2. Zasady UNIDROIT (pkt c – gdy wierzyciel może bez trudu otrzymać świadczenie z innego źródła, albo gdy nie żąda wykonania w rozsądnym czasie od chwili, gdy dowiedział się o niewykonaniu), art. 9.101 pkt 2 oraz art. 9.102 pkt 2 b i d PECL oraz DCFR: art. III 3:301 (2) w zakresie zobowiązań pieniężnych oraz III 3:302 (3) b oraz (4) w zakresie zobowiązań niepieniężnych.

w którym co do zasady sankcją za niewykonanie zobowiązania jest wyłącznie odszkodowanie, a prawo domagania się spełnienia świadczenia (*specific performance*) stanowi wyjątek⁷⁰;

- Prawo powstrzymania się ze spełnieniem świadczenia wzajemnego (*Withholding performance*)⁷¹;
- Prawo odstąpienia od umowy (*Termination*)⁷² i w jego ramach zwrot świadczeń i wzajemne rozliczenia (*Restitution*);
- Prawo żądania obniżenia ceny (*Price reduction*)⁷³;
- Odszkodowanie oraz odsetki (*Damages and interest*)⁷⁴ i kara umowna (*Stipulated payment for non-performance*)⁷⁵. Prawo żądania odszkodowania jest wyłączone w przypadku, gdy niewykonanie ma charakter usprawiedliwiony.

Prawa modelowe stoją na stanowisku, że jeżeli zobowiązanie nie jest wykonywane przez dłużnika, a jego niewykonanie nie jest usprawiedliwione, wierzyciel może skorzystać z każdego z przewidzianych środków prawnych. Jeśli natomiast niewykonanie dłużnika jest usprawiedliwione, wierzyciel może skorzystać z każdego ze środków z wyjątkiem domagania się realnego spełnienia świadczenia oraz zapłaty odszkodowania⁷⁶. Zakres dostępnych środków jest więc zależny od

⁷⁰ Por. I. Karasek, *Dochodzenie wykonania zobowiązania niepieniężnego*, [w:] *Wykonanie i skutki naruszenia zobowiązań...*, op. cit., str. 275; J. O'Sullivan, J. Hillard, *The Law of Contract*, Oxford University Press, 2009, str. 437 – *specific performance* przyznawano początkowo tylko w sytuacji, gdy wykazano, że odszkodowanie nie może zadośćuczynić interesowi wierzyciela.

⁷¹ DCFR: Chapter 3. Remedies for non-performance, Section 4. Withholding performance art. III 3:401; PECL Chapter 9. Particular remedies for non-performance, Section 2. Withholding Performance art. 9:201; Zasady UNIDROIT art. 7.1.3.

⁷² DCFR: Chapter 3. Remedies for non-performance, Section 5. Termination, Subsection 4. Restitution (art. III 3:501–3:515), PECL: PECL Chapter 9. Particular remedies for non-performance, Section 3. Termination of Contract art. 9:301–9:309, Zasady UNIDROIT 7.3.1.–7.3.6.

⁷³ DCFR Chapter 3. Remedies for non-performance, Section 6. Price reduction, III - 3: 601; PECL Chapter 9. Particular Remedies for Non-Performance, Section 4. Price Reduction, art. 9:401 Right to Reduce Price.

⁷⁴ DCFR Chapter 3. Remedies for non-performance, Section 7. Damages and interest III; 3:701-3:713, PECL Chapter 9. Section 5. Damages and Interest, art. 9:501 – 9:510, art. 7.4.1.–7.4.13. Zasad UNIDROIT.

⁷⁵ DCFR art. III – 3:712 Stipulated payment for non-performance, PECL art. 9:509 Agreed Payment for Non-Performance, art. 7.4.13 Zasad UNIDROIT;

⁷⁶ Art. III – 3:101 DCFR Remedies Available:

(1) If an obligation is not performed by the debtor and the non-performance is not excused, the creditor may resort to any of the remedies set out in this Chapter.

(2) If the debtor's non performance is excused the creditor may resort to any of

tego, czy niewykonanie ma charakter usprawiedliwiony, czy nie, jest jednak niezależny od winy. Regulacje modelowe są w tym aspekcie wysoce zbieżne.⁷⁷ Szerzej o kategorii usprawiedliwionego niewykonania zobowiązania będzie mowa poniżej przy omawianiu obiektywizacji odpowiedzialności odszkodowawczej. W zakresie, w jakim wierzyciel spowodował niewykonanie zobowiązania przez dłużnika, nie może on skorzystać z żadnego z tych środków⁷⁸, co odpowiada przesłance przyczyn po stronie wierzyciela stanowiącej obok przypadków siły wyższej przesłankę wyłączenia odpowiedzialności na zasadzie ryzyka.

Ze względu na odejście od typologii naruszeń zobowiązania i konieczność uregulowania dostępnych środków prawnych koniecznym stało się znalezienie innego kryterium naruszenia niż rodzaj (np. zwłoka, niemożność świadczenia, świadczenie nieodpowiedniej jakości). Zastosowano więc **kryterium intensywności naruszenia, czy też wagi niewykonania zobowiązania**, które prowadzi do wyodrębnienia kategorii **istotnego naruszenia umowy** (*fundamental breach of contract*), a następnie poszerzenie znaczenia tego terminu poprzez koncepcję **istotnego niewykonania umowy czy zobowiązania** (*fundamental non-performance*).⁷⁹ W Zasadach PECL i UNIDROIT posłużono się konstrukcją istotnego niewykonania umowy (*fundamental non performance of contract*), która jest warunkiem skutecznego wykonania prawa odstąpienia, jest to instytucja zbliżona do funkcjonującego w Konwencji Wiedeńskiej (art. 25) pojęcia istotnego naruszenia kontraktu (*fundamental breach of contract*)⁸⁰, ale podkreśla obiek-

those remedies except enforcing specific performance and damages.

(3) The creditor may not resort to any of those remedies to the extent that the creditor caused the debtor's non performance.

⁷⁷ Zawarte w art. III – 3:101 DCFR *Remedies available*, art. 8.101 PECL oraz bardziej rozproszone postanowienia Zasad UNIDROIT głównie jednak art. 7.4.1. Prawo do odszkodowania.

⁷⁸ Art. III – 3:101 DCFR *Remedies Available*:

(1) If an obligation is not performed by the debtor and the non-performance is not excused, the creditor may resort to any of the remedies set out in this Chapter.

(2) If the debtor's non performance is excused the creditor may resort to any of those remedies except enforcing specific performance and damages.

(3) **The creditor may not resort to any of those remedies to the extent that the creditor caused the debtor's non performance.**

Podobnie 8.101 (3) PECL, art. 7.1.3. Zasad UNIDROIT.

⁷⁹ Trzeba pamiętać, że Zasady PECL dotyczą tylko umów, podobnie Zasady UNIDROIT, natomiast DCFR reguluje szerzej w Księdze III Zobowiązania i związane z nimi prawa.

⁸⁰ **Istotne naruszenie kontraktu jest kategorią, która, co prawda, została zdefiniowana w sposób ogólny w Konwencji Wiedeńskiej, jednakże bez bliższego wskazywania, które stany faktyczne stanowią istotne niewykonanie, stąd na tle poszczególnych stanów faktycznych zawsze będzie podlegało interpretacji, czy dane naruszenie jest istotnym naruszeniem, czy też nie. Zgodnie z art. 25 Konwencji Wiedeńskiej naru-**

tywny charakter faktu niewykonania zobowiązania. Z tą kategorią wiąże się silniejsza ochrona prawna wierzyciela, który może odmówić przyjęcia spóźnionego świadczenia, żądać udzielenia zabezpieczenia należytego spełnienia, a nawet od kontraktu odstąpić. Na równi z niewykonaniem zobowiązania zasady modelowe traktują też sytuację, w której jest niemal pewne, że druga strona nie wykona kontraktu w uzgodnionym terminie, czyli tzw. przewidywane niewykonanie kontraktu (*anticipatory non performance of contract*).⁸¹ Jeśli stanie się oczywiste, że nastąpi istotne niewykonanie (np. dłużnik zawiadamia, że nie wykona zobowiązania), to druga strona może od umowy odstąpić.⁸²

Pojęcie istotnego niewykonania ma mieć zasadniczo szersze znaczenie niż istotne naruszenie, nadto służy zaakcentowaniu, że zostaje ono zobiektywizowane. W ramach regulacji modelowych zdecydowano się na zamieszczenie obok definicji ogólnej przykładowego wyliczenia przesłanek wskazujących na istotny (fundamentalny) charakter niewykonania. Punktem wyjścia jest niezwykle silny środek ochrony, jakim jest prawo odstąpienia od umowy – strona może odstąpić od umowy, jeżeli niewykonanie zobowiązania drugiej strony stanowi fundamentalne niewykonanie zobowiązania⁸³. **Przy ustalaniu, czy niewykonanie ma fundamentalny (istotny) charakter, bierze się pod uwagę, w szczególności⁸⁴, czy niewykonanie pozbawia w sposób istotny wierzyciela tego, czego miał prawo oczekiwać po umowie, chyba że druga strona nie przewidywała, ani nie mogła, rozsądnie rzecz biorąc, przewidzieć takiego rezultatu⁸⁵, a także fakt, czy ściśle wywiązanie się z niewykonanego zobowiązania stanowi istotną cechę umowy⁸⁶, czy niewykonanie jest zamierzone albo rażąco zawinione, czy niewykonanie daje wierzycielowi podstawę do przekonania, że nie może liczyć w przyszłości na wykonanie zobowiązania przez drugą stronę.**

Zasady UNIDROIT wymagają jednak, aby wierzyciel brał pod uwagę, czy wykonanie przez niego prawa odstąpienia nie wyrządzi dłużnikowi nieproporcjonalnej szkody. Przepis ten stanowi emanację zasad dobrej wiary i uczciwego

szenie umowy przez jedną ze stron uważa się za istotne, jeżeli powoduje dla drugiej strony taki uszczerbek, który **w sposób zasadniczy pozbawia tę stronę tego, czego zgodnie z umową miała prawo oczekiwać**, chyba że strona naruszająca umowę nie przewidywała takiego skutku i osoba rozsądna tego samego rodzaju i w tych samych okolicznościach nie przewidziałaby takiego skutku.

⁸¹ Jak się wskazuje i ta koncepcja ma swoje korzenie w *common law* – por. O. Lando, H. Beale, *Principles of...*, op. cit., str. 418.

⁸² Art. 9:304 PECL *Anticipated non-performance* oraz III-3:504 DCFR *Termination for anticipated non-performance*.

⁸³ III-3:502 (1) DCFR oraz art. 9.301 PECL.

⁸⁴ Art. III. 502 (2) DCFR oraz art. 8.103 PECL, art. 7.3.1. Zasad UNIDROIT.

⁸⁵ Ta przesłanka występuje we wszystkich regulacjach.

⁸⁶ Cechę tę pominięto w DCFR jako mieszczącą się w przesłance pierwszej.

obrotu przy wykonywaniu uprawnień na wypadek niewykonania zobowiązania. Pomimo braku analogicznego przepisu w pozostałych regulacjach – PECL i DCFR – obowiązywanie tej zasady nie może budzić wątpliwości w świetle obowiązywania zasady dobrej wiary i uczciwego obrotu przy korzystaniu z środków prawnych na wypadek niewykonania zobowiązania oraz wykonywania prawa odstąpienia.⁸⁷

Przegląd dorobku prawnego w dziedzinie europejskiego prawa umów nie pozwolił na wyodrębnienie kategorii istotnego niewykonania umowy. W rozdziale 3 *Acquis Principles* *Odstąpienie od umowy i obniżenie świadczenia* art. 8:301, dotyczący podstaw odstąpienia i obniżenia świadczenia, stanowi, że **wierzyciel nie jest uprawniony do odstąpienia od umowy, jeżeli niewykonanie zobowiązania przez dłużnika jest nieistotne**. Wierzyciel jest uprawniony do odstąpienia od umowy z powodu niewykonania zobowiązania, jeżeli nie można od niego rozsądnie oczekiwać, że będzie związany umową, w szczególności ze względu na rodzaj niewykonania lub naturę zobowiązania. *Acquis Principles*, nie konstruując wprost definicji istotnego niewykonania umowy, zaproponowały więc najbardziej ogólne ujęcie tego, czym jest istotne niewykonanie.

Zwraca uwagę, że w określeniu istotnego niewykonania zobowiązania za dominujący uznaje się punkt widzenia wierzyciela, definicje nie usiłują odwoływać się do ściśle obiektywnych kryteriów – system odpowiedzialności kontraktowej ma bowiem służyć zabezpieczeniu interesu wierzyciela, który został zagrożony na skutek niewykonania. Ochrona dłużnika przed konsekwencjami tak jednostronnego podejścia realizuje się poprzez odwołanie do stanu świadomości dłużnika – tego, czy mógł i powinien był przewidzieć, że niewykonanie ma charakter istotny. Ujawni się tutaj znaczenie zasady współpracy⁸⁸ i wzajemnego informowania się o istotnych dla nich okolicznościach. Jeśli więc wierzyciel nie uświadomił dłużnika co do istotnych dla niego okoliczności i faktów, w rezultacie może zostać pozbawiony części środków prawnych.

⁸⁷ Art. III 1:103 (1) DCFR *Good faith and fair dealing*, wymaga działania zgodnie z zasadami dobrej wiary i uczciwego obrotu przy wykonywaniu zobowiązania, wykonywaniu prawa dochodzenia wykonania przez drugą stronę, stosowaniu środków prawnych na wypadek niewykonania i obrony przed nimi oraz przy wykonywaniu prawa do odstąpienia od umowy.

⁸⁸ Zasada współpracy znajduje się we wszystkich regulacjach modelowych oraz w Zasadach *Acquis* – art. III 1: 104 DCFR *Cooperation* wymaga, aby dłużnik i wierzyciel współpracowali ze sobą wówczas i w takim zakresie, w jakim można tego rozsądnie oczekiwać, po to, aby zobowiązanie zostało wykonane przez dłużnika. Podobnie art. 1:202 PECL *Duty to Co-operate*, podobnie art. 7:104 Zasad *Acquis*, z zasady współdziałania wynikają wzajemne obowiązki informacyjne częstokroć uregulowane dodatkowo oraz obwarowane sankcją odpowiedzialności odszkodowawczej za brak odpowiednich powiadomień.

Istotnym w systemie środków prawnych na wypadek niewykonania zobowiązania jest to, że tworzą one wiązkę uprawnień dostępnych dla wierzyciela, których może on używać zgodnie z jego uznaniem w sposób, w jaki w jego odczuciu mogą ochronić jego interes w sposób optymalny. Generalnym ograniczeniem jest zgodność wykonywania uprawnień z zasadami dobrej wiary i uczciwego obrotu. Środki prawne, które się nie wyłączają, mogą być kumulowane, w szczególności wierzyciel nie jest pozbawiony prawa do odszkodowania poprzez fakt zastosowania innego środka prawnego⁸⁹. Wierzyciel może też zmienić zdanie i w miejsce jednego z dostępnych środków zastosować inny. Zasada współpracy pomiędzy stronami⁹⁰ wymaga informowania, które odbywa się poprzez stosowne zawiadomienia drugiej strony o wszelkich okolicznościach mogących spowodować niewykonanie oraz podjętych środkach prawnych w związku z mającym miejsce niewykonaniem⁹¹. Brak stosownego zawiadomienia skutkuje obowiązkiem zapłaty odszkodowania za szkodę, którą strona poniosła na skutek braku wymaganej informacji.

Charakterystyczne jednak, że regulacje modelowe pomimo wyraźnej tendencji do obiektywizacji odpowiedzialności kontraktowej starają się zachować pewną równowagę w zakresie interesów wierzyciela i dłużnika. Odbywa się to zarówno dzięki koncepcji usprawiedliwionego niewykonania zobowiązania (wykluczającej roszczenia odszkodowawcze oraz o realne wykonanie zobowiązania), koncepcji istotnego niewykonania umowy (limitującej prawo odstąpienia od umowy), obowiązkowi stosowania środków prawnych zgodnie z zasadami dobrej wiary i uczciwego obrotu, ale nadto poprzez przyznanie dłużnikowi prawa do naprawienia nienależytego świadczenia (wykonania)⁹².

Prawo do naprawienia nienależytego świadczenia (*Cure by the debtor of non conforming performance*) ma umożliwić dłużnikowi ostateczne prawidłowe wyko-

⁸⁹ Art. III 3: 102 DCFR *Cumulation of remedies*, art 8.102 PECL.

⁹⁰ Art. III 1:104 The debtor and the creditor are obliged to co-operate with each other when and to the extent that this can be reasonably be expected for the performance of the debtor's obligation.

⁹¹ Przykładowo w DCFR: (art. III 3:103 *Notice fixing additional period for performance* – zawiadomienie o wyznaczeniu dodatkowego terminu na wykonanie zobowiązania), art. III – 3:107 *Notice relating to non-performance* – zawiadomienie dotyczące niewykonania zobowiązania.

⁹² Art. 8:104 PECL, *Cure by non-performing party*, DCFR Book III Chapter 3. Remedies for non-performance, Section 2. *Cure by debtor of non-conforming performance*, w DCFR w rozdziale 3. Środki prawne na wypadek niewykonania zobowiązania, po sekcji poświęconej zagadnieniom ogólnym, sekcja 2 (art. 3:201-3:204) poświęcona jest poprawie nienależytego świadczenia *Cure by the debtor of non conforming performance*, podobne uregulowanie zawierają Zasady UNIDROIT art. 7.1.4. (Naprawa niewykonania zobowiązania).

nanie zobowiązania. Zasadniczo naprawa świadczenia jest niejako uprawnieniem dłużnika, które tylko w określonych przypadkach podlega wyłączeniu – wierzyciel może nie zezwolić na naprawę, w szczególności gdy niewykonanie ma istotny charakter, gdy dłużnik wiedział o niezgodności, gdy wierzyciel ma powody podejrzewać, że naprawa nie będzie możliwa w rozsądnym czasie albo naprawa byłaby w danych okolicznościach nieadekwatna.⁹³ W pozostałych przypadkach, jeśli dłużnik podejmie się naprawy świadczenia, wierzycielowi przysługuje wyłącznie prawo powstrzymania się ze spełnieniem świadczenia wzajemnego, a ewentualne zawiadomienie o odstąpieniu od umowy nie wyklucza prawa do naprawy⁹⁴. Jeśli jednak w zakładanym rozsądnym czasie nie nastąpi naprawa, wierzyciel może skorzystać z wszelkich dostępnych środków prawnych, a w każdym przypadku odszkodowania za opóźnienie.

Obiektywizacja na płaszczyźnie podstaw odpowiedzialności odszkodowawczej *ex contractu*

Trzecią płaszczyzną, na której obserwować można proces obiektywizacji odpowiedzialności kontraktowej, jest uregulowanie odpowiedzialności odszkodowawczej. Jak już zaznaczono, pełna obiektywizacja odpowiedzialności odszkodowawczej nie jest możliwa do zaakceptowania, ponieważ stanowiłaby nieuzasadnioną (niesłuszną czy wręcz niesprawiedliwą) ingerencję w majątek dłużnika. Zgodnie z postanowieniami art. III 3:101 DCFR (*Remedies Available* – o dostępnych środkach ochrony na wypadek niewykonania), jeśli niewykonanie nie jest usprawiedliwione, wierzyciel może skorzystać z wszelkich dostępnych środków ochrony, a jeśli niewykonanie jest usprawiedliwione, wierzyciel może skorzystać ze wszelkich środków prawnych z wyjątkiem dochodzenia realnego spełnienia świadczenia i odszkodowania⁹⁵. Art. III – 3:701 Prawo do odszkodowania stanowi, że wierzyciel jest uprawniony do odszkodowania z powodu niewykonania zobowiązania przez dłużnika chyba, że niewykonanie jest usprawiedliwione⁹⁶. **Dłużnik, który nie wykonał zobowiązania, nie może zwolnić się z odpowiedzialności poprzez wykazanie swojej należytej staranności, cechą praw modelowych jest bowiem odejście od zasady winy kontraktowej.**

Kluczowe jest zatem określenie, czym jest usprawiedliwione niewykonanie, ponieważ dzięki temu będzie można określić krąg okoliczności, które usprawie-

⁹³ Art. III 3:203 DCFR (*When creditor need not allow debtor opportunity to cure*).

⁹⁴ Por. art. 7.1.4. (2) Zasad UNIDROIT.

⁹⁵ Podobnie art. 8.101 PECL *Remedies Available*.

⁹⁶ Podobnie art. 9.501 PECL (*Right to Damages*) oraz art. 7.4.1. Zasad UNIDROIT Prawo do odszkodowania.

dliwiają niewykonanie, w związku z czym dłużnik nie poniesie odpowiedzialności odszkodowawczej. W systemach kontynentalnych, gdzie odpowiedzialność oparta jest w większości na zasadzie winy, są to wszelkie naruszenia zobowiązań, które powstają pomimo, że dłużnik dochował należytej staranności przy wykonywaniu zobowiązania, a zatem te sytuacje, w których nie można mu zarzucić niedołożenia należytej staranności (niedbalstwa). Dłużnik może się więc ekskulpować, wykazując brak swojej winy. Na gruncie regulacji modelowych konieczne jest wykazanie, że niewykonanie ma charakter usprawiedliwiony poprzez wskazanie pewnych okoliczności egzoneracyjnych, ponieważ odpowiedzialność została oparta na zasadzie ryzyka.

Niewykonanie przez dłużnika zobowiązania jest usprawiedliwione zgodnie z przepisem 3:104 DCFR (*Excuse due to an impediment*), jeśli następuje na skutek **przyczyny, która jest poza kontrolą dłużnika i jeśli nie można, rozsądnie rzecz ujmując, oczekiwać od dłużnika, że tę przyczynę lub też jej konsekwencje ominie lub przezwycięży**. W przypadku zobowiązań wynikających z umów lub innych czynności prawnych niewykonanie nie jest usprawiedliwione, jeśli można było, rozsądnie rzecz ujmując, oczekiwać od dłużnika, **że weźmie tę przeszkodę pod uwagę w chwili, kiedy zobowiązanie podejmował**. Stanowi to zaostrożenie odpowiedzialności z umów w stosunku do zobowiązań z innych źródeł.⁹⁷ O ile bowiem przy innego typu zobowiązaniach wystarcza, że przeszkoda miała charakter siły wyższej, o tyle w zobowiązaniach umownych przyjmuje się, że przeszkoda, którą można było przewidzieć, wchodzi w zakres odpowiedzialności dłużnika.

Jeśli przyczyna uniemożliwiająca ma tylko przejściowy charakter, usprawiedliwienie jest skuteczne przez czas jej trwania, jednakże jeśli opóźnienie stanowi istotne niewykonanie umowy (*fundamental non-performance*), wierzyciel może je jako takie potraktować (a zatem może np. odstąpić od umowy). Jeśli usprawiedliwiona przyczyna niewykonania ma charakter stały, zobowiązanie wygasa, wszelkie zobowiązania wzajemne także wygasają. W takim przypadku w zobowiązaniach umownych następuje zwrot świadczeń na podstawie przepisów o zwrocie świadczeń (*Restitution*)⁹⁸.

⁹⁷ Podobnie już wyłącznie na gruncie zobowiązań umownych określa usprawiedliwione niewykonanie art. 8.108 PECL (*Excuse due to impediment* – zwolnienie z powodu przeszkody) oraz art. 7.1.7. Zasad UNIDROIT.

⁹⁸ Podobne uregulowanie zawiera polski k.c., który w art. 475 k.c. stanowi, że jeżeli świadczenie stało się niemożliwe skutkiem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, zobowiązanie wygasa. Jeżeli rzecz będąca przedmiotem świadczenia została zbyta, utracona lub uszkodzona, dłużnik obowiązany jest wydać wszystko, co uzyskał w zamian za tę rzecz albo jako naprawienie szkody. Oczywiście z zastrzeżeniem, że inne okoliczności w obu przypadkach leżą u podstaw stwierdzenia, kiedy dłużnik ponosi odpo-

Reguła sformułowana przez *Acquis Group* na bazie analizy istniejącego dorobku prawnego Unii Europejskiej zawarta w rozdziale 4 *Acquis Principles* różni się nieco od zawartych w regulacjach modelowych. W szczególności zwraca uwagę, że obiektywizacja pojęcia usprawiedliwionego niewykonania zobowiązania jest tylko częściowa – zerwanie z zasadą winy (odpowiedzialności za niedołożenie należytej staranności) jest tylko częściowe. Wierzyciel jest uprawniony do dochodzenia odszkodowania za szkodę wynikłą z niewykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie jest usprawiedliwione. W tym samym przepisie zdefiniowano, czym jest **usprawiedliwione niewykonanie zobowiązania** – jeżeli nastąpiło z powodu okoliczności pozostających poza kontrolą dłużnika i jakiegokolwiek osoby zaangażowanej przez dłużnika w wykonanie zobowiązania, a **skutków tych okoliczności nie można było uniknąć, nawet przy dochowaniu należytej staranności**. Widać tutaj pewne nawiązanie do elementów subiektywnych, związanych z winą – braku należytej staranności w zwalczaniu (unikaniu) skutków teźże przeskody. Propozycja *Acquis Group* nie akceptuje zatem całkowitej obiektywizacji.

W przypadku wystąpienia tego typu przeszkody, która usprawiedliwia niewykonanie, zaostrozony zostaje obowiązek współpracy w zakresie stosownych powiadomień. Dłużnik ma obowiązek upewnić się, że zawiadomienie (*notice*) o przeszkodzie i jej skutkach dla możliwości wykonania zobowiązań dotrze do wierzyciela w rozsądnym czasie po tym, jak dłużnik się dowiedział lub, rozsądnie rzecz ujmując, powinien był się dowiedzieć o tych okolicznościach. Wierzyciel może domagać się odszkodowania za wszelkie szkody wynikające z nieotrzymania takiego zawiadomienia⁹⁹. Takie obostrzenie w zakresie zawiadomień uzasadnione jest faktem, że usprawiedliwiony charakter niewykonania zobowiązania pozbawia wierzyciela kluczowych środków prawnych na wypadek niewykonania, tj. prawa domagania się wykonania zobowiązania i odszkodowania, jednak zasadne jest, aby umożliwić mu wykorzystanie wszelkich przysługujących mu środków, aby w zaistniałej sytuacji zabezpieczyć swój interes.

Przyjęcie w regulacjach modelowych zasady ryzyka jako podstawy odpowiedzialności kontraktowej służy w większym zakresie realizacji funkcji kompensacyjnej odszkodowania i zwiększa pewność indemnizacji szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania zobowiązania. Niesprawiedliwym skutkiem przypisania obowiązku naprawienia szkody przeciwdziałać ma natomiast następna zasada odpowiedzialności – zasada przewidywalności szkody przez dłużnika w chwili zawierania umowy.

wiedzialność, a kiedy nie ponosi – w polskim prawie jest to problem winy, a w regulacjach modelowych ryzyka.

⁹⁹ DCFR art. III – 3:104 (5).

Indywidualizacja odpowiedzialności odszkodowawczej – zasada przewidywalności szkody

Zasada ryzyka przyjęta dla odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu niewykonania umowy byłaby odpowiedzialnością niezwykle surową. Zakres przyczyn, które spowodowały niewykonanie zobowiązania umownego, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, jest znacznie szerszy niż w przypadku odpowiedzialności na zasadzie winy. Reżim odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązań z umów jest o tyle specyficzny, że dotyczy zobowiązań zaciągniętych na zasadzie swobody zawierania umów, doboru kontrahenta, a także kształtowania treści zobowiązania. Podnosi się, że w tego typu zobowiązaniach słusznym jest, aby po pierwsze, strony mogły określić swobodnie zasady odpowiedzialności, a nadto, aby dłużnik ponosił odpowiedzialność odszkodowawczą w sposób skorelowany z jego stanem świadomości z chwili, gdy zobowiązanie umowne podejmował,¹⁰⁰ czyli za skutki, które przewidział i powinien był przewidzieć. Przesłanka przewidywalności nie jest do końca subiektywna – chodzi o te okoliczności, które dłużnik faktycznie przewidywał (strony w stosunkach kontraktowych, jako zobowiązane do współpracy celem umożliwienia wykonania umowy, powinny udzielać sobie wyczerpujących informacji) oraz o te, które rozsądnie rzecz ujmując, powinien był przewidzieć (obiektywizacja przewidywalności). Wszystkie regulacje modelowe uznają w relacjach umownych stan świadomości dłużnika za kluczowy dla określenia zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej. W tym aspekcie może on zaostrzyć odpowiedzialność.

Po pierwsze korelacja ze stanem świadomości ujawnia się już w zakresie przyczyn zwalniających (*excuse due to impediment*)¹⁰¹, które czynią niewykonanie usprawiedliwionym. Przeszkody, o których mowa w regulacjach modelowych, można sprowadzić do przypadków siły wyższej¹⁰², ale w zakresie zobowiązań umownych nie wszystkie przeszkody o tym charakterze zwolnią dłużnika z odpowiedzialności, a to ze względu na kryterium przewidywalności przeszkody. Jeśli nawet przeszkoda miała charakter zjawiska siły wyższej, ale dłużnik ją przewidywał lub powinien był wziąć ją pod uwagę i nie wykluczył jej z zakresu swojej odpowiedzialności, to przyjmuje się, że ponosi za tę przeszkodę odpowiedzialność. W tym zakresie przewidywalność może działać w kierunku zaostrzenia odpowiedzialności.

¹⁰⁰ U. Walczak, *Przewidywalność szkody*, [w:] *Wykonanie i skutki niewykonania zobowiązań...*, op. cit., str. 448.

¹⁰¹ DCFR art. III 3:104 *Excuse due to impediment*.

¹⁰² Por. J. Pokrzywniak, *Klauzula siły wyższej*, MP. 2005, nr 6, str. 319–320.

Kluczowe znaczenie stanu świadomości z chwili zawierania umowy dla zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika pojawia się nadto w przesłance przewidywalności samej szkody, jednak w tym zakresie będzie przesłanką zdolną limitować zakres odpowiedzialności odszkodowawczej. Zgodnie z art. III – 3:703 DCFR (*Foreseeability*) w zobowiązaniach powstałych z umów i innych czynności prawnych dłużnik odpowiada wyłącznie za szkodę, jaką przewidział albo powinien był, rozsądnie rzecz ujmując, przewidzieć w czasie, gdy zobowiązanie podejmował jako prawdopodobny skutek swojego niewykonania [chyba że niewykonanie jest umyślne, lekkomyślne lub rażąco niedbałe].¹⁰³ Należy zaznaczyć, że w przypadku innych zobowiązań niż wynikające z umów lub innych czynności prawnych obowiązywałaby zasada odpowiedzialności za wszelkie normalne skutki niewykonania zobowiązania.¹⁰⁴

Przywołać też należy w tym miejscu omówiony już wyżej (przy omawianiu koncepcji *fundamental non-performance*) aspekt stanu świadomości dłużnika co do tego, czy niewykonanie przez niego zobowiązania można w okolicznościach danej umowy zaklasyfikować jako istotne, a zatem dające wierzycielowi uprawnienie do odstąpienia od umowy¹⁰⁵. Jest to kolejny aspekt, w którym przejawia się indywidualizacja odpowiedzialności kontraktowej. W tym zakresie świadomość dłużnika, ew. przewidywanie skutków niewykonania zobowiązania, pojawia się także w polskiej regulacji dotyczącej wykonywania prawa odstąpienia przez wierzyciela w sytuacji, gdy wykonanie częściowe lub wykonanie po terminie **nie miałyby dla wierzyciela znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania lub cel umowy wiadomy dłużnikowi** (491§ 2 k.c. – opóźnienie co do części świadczenia, art. 492 k.c. – odstąpienie przy terminie wykonania zobowiązania ściśle oznaczonym, 493 § 2 k.c. – częściowa niemożność świadczenia). W tym miejscu polskie rozwiązania wykazują pewną zbieżność z rozwiązaniami zaprojektowanymi w regulacjach modelowych. Po pierwsze, ze względu na odwoływanie się do stanu świadomości dłużnika tyle tylko, że tu dłużnikowi pewne fakty miały być wiadome, a w regulacjach modelowych dodatkowo uwzględnia się, czy rozsądnie rzecz ujmując, dłużnik powinien daną okoliczność przewidzieć. Po drugie, ze względu na aspekt utraty znaczenia wykonania zobowiązania dla wierzyciela ze względu na właściwość zobowiązania albo ze względu na zamierzony cel umowy [wiado-

¹⁰³ Podobnie art. 9:503 PECL (*Foreseeability*) oraz art. 7.4.4. Zasad UNIDROIT (te ostatnie z wyjątkiem zaostrożenia odpowiedzialności z powodu winy).

¹⁰⁴ Por. U. Walczak, *Przewidywalność szkody*, [w:] *Wykonanie i skutki*, op. cit., str. 446.

¹⁰⁵ Art. 8:103 PECL *Fundamental non-performance* odwołuje się w pkt. b do tego, czy dłużnik przewidywał lub mógł, rozsądnie rzecz ujmując, przewidzieć, że niewykonanie zobowiązania pozbawia wierzyciela w sposób istotny tego, czego mógł oczekiwać w związku z zawartą umową.

my stronie będącej w zwłoce]. Ten drugi aspekt upoważniający do odstąpienia w prawie polskim wykazuje duże podobieństwo do pojęcia *fundamental non-performance* w regulacjach modelowych, czyli istotnego niewykonania umowy. Art. III 3:502 (2 a) DCFR stanowi, że niewykonanie jest istotne, jeśli w znaczącym stopniu pozbawia wierzyciela tego, czego zgodnie z umową mógł oczekiwać, chyba że strona zobowiązana nie przewidywała i rozsądnie rzecz ujmując, nie mogła przewidzieć takiego rezultatu. Podobnie art. 8.103 lit b) PECL.

Znaczenie winy w zaostrożeniu zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej

Pomimo obiektywizacji systemu odpowiedzialności kontraktowej w ramach regulacji modelowych i odejścia od zasady winy jako podstawy tej odpowiedzialności pojęcie winy pojawia się w tekstach regulacji modelowych niejednokrotnie. Dotyczy to w większości przywołania winy umyślnej i rażącego niedbalstwa. Te dwa rodzaje winy jako szczególnie naganne wpływają na etyczną ocenę działań dłużnika i wywierają określone skutki prawne. Dogłębna analiza tego zagadnienia przekracza ramy tego opracowania, jednak warto zwrócić uwagę na dwa przynajmniej aspekty, w których wina umyślna i rażące niedbalstwo znajdują swoją etyczną wycenę w zakresie odpowiedzialności dłużnika.

Po pierwsze, definicja istotnego niewykonania zobowiązania (*fundamental non-performance*) jako jeden z przypadków tego typu określa sytuację, w której niewykonanie jest umyślne lub rażąco niedbałe (lekkomyślne) i daje wierzycielowi powody do przekonania, że nie może polegać na przyszłym świadczeniu dłużnika¹⁰⁶. Przesłanka ta odwołuje się do cięższych rodzajów winy, aczkolwiek zbiorczo można określić tę sytuację, jako utratę zaufania z powodu umyślnego lub lekkomyślnego niewykonania i należy podkreślić, że dominujący jest tutaj, jak w całym systemie odpowiedzialności kontraktowej uregulowanej w prawach modelowych, punkt widzenia wierzyciela, a nie sama wina dłużnika. Zawinione lub lekkomyślne niewykonanie mogą zatem być powodem rozszerzenia zakresu odpowiedzialności kontraktowej poprzez przyznanie wierzycielowi prawa do odstąpienia od umowy z powodu istotnego niewykonania zobowiązania. W tym zakresie wina wpłynie na zakres odpowiedzialności kontraktowej.

Następnie w regulacjach modelowych z wyjątkiem jednak zasad UNIDROIT cięższe kategorie winy uzasadniają rozszerzenie zakresu odpowiedzialności od-

¹⁰⁶ Art. III- 3:502 (2b) DCFR, art. 8.103 pkt c) PECL, art. 7.3.1. (2 cid) Zasad UNIDROIT.

szkodowawczej. Jak wyżej wskazano, podstawą jej przypisania jest, ogólnie rzecz ujmując, zasada ryzyka, jednak w zakresie kryterium limitującego zakres odpowiedzialności odszkodowawczej pojawia się odwołanie do przewidywalności szkody. Odpowiedzialność odszkodowawcza dłużnika w zobowiązaniach umownych jest bowiem ograniczona do szkód, które dłużnik przewidywał lub rozsądnie rzecz ujmując, powinien przewidzieć jako skutek swojego niewykonania (art. III – 3: 703 *Foreseeability*)¹⁰⁷, jednak zarówno DCFR, jak i Zasady PECL wykluczają to ograniczenie w sytuacji poważniejszych stopni winy. Jest to wynikiem przekonania, że w takiej sytuacji dłużnik nie zasługuje na łagodniejsze potraktowanie i winien ponieść odpowiedzialność za wszelkie szkody. Kwestia rozszerzenia granic odpowiedzialności odszkodowawczej w przypadku winy umyślnej, lekkomyślności i rażącego niedbalstwa poza szkody, które dłużnik przewidywał i mógł, rozsądnie rzecz ujmując, przewidzieć jako skutek swego niewykonania eksponuje dłużnika na niemożliwe do oszacowania ryzyko. Tego typu sankcja powinna motywować dłużnika do należytego wykonania zobowiązania (do dołożenia należytej staranności), można więc dopatrywać się w niej funkcji prewencyjnej, a także w sposób oczywisty funkcji represyjnej.

Takie ukształtowanie odpowiedzialności odszkodowawczej może mieć głębokie uzasadnienie etyczne, słusznym wydaje się obciążenie winnego dłużnika dodatkowymi konsekwencjami, jednak całościowa ocena wymaga uwzględnienia także i aspektów pragmatycznych. Dotyczy to stosunku do koncepcji efektywnego niewykonania zobowiązania (*effective breach of contract*), zgodnie z którą, jeśli z jakichkolwiek powodów dla dłużnika wykonanie zobowiązania stało się nieopłacalne, to z punktu widzenia całości gospodarki jest rzeczą lepszą, aby zobowiązanie nie zostało wykonane, należy jednak zrekompensować szkodę (w tym brak zysku) poniesioną przez wierzyciela¹⁰⁸. W pierwszym odczuciu teoria efektywnego niewykonania zobowiązania budzi opory zwłaszcza dla prawników kontynentalnych, dla których zasada *pacta sunt servanda* stanowi absolutną i podstawową zasadę prawa kontraktów. Niewywiązanie się z umowy postrzegane było zawsze jako nie tylko zachowanie nieetyczne, ale także złamanie prawa i rodziło konsekwencje w postaci prawa do wyegzekwowania świadczenia, w tym w postaci przymusu państwowego. Nieco inną optykę w tej kwestii reprezentuje system *common law*, w którym wykonanie podjętych przyrzeczeń jest sprawą etyki i honoru, a nie prawa, dopiero element *consideration* tworzy silną więź prawną. Na gruncie *common law* uważa się, że zasadniczo nikogo nie należy zmuszać do realnego wykonania zobowiązania, a podstawowym środkiem wierzyciela na wy-

¹⁰⁷ Podobnie art. 9.503 PECL oraz art. 7.4.4. Zasad UNIDROIT.

¹⁰⁸ Por. I. Karasek, *Dochodzenie wykonania zobowiązania pieniężnego*, [w:] *Wykonanie i skutki naruszenia...*, op. cit., str. 293.

padek niewykonania zobowiązania jest odszkodowanie. Jeśli strona umowy uzna, że bardziej opłaca jej się zapłacić odszkodowanie niż umowę wykonać, to decyduje się na takie niewykonanie. Jeśli zatem istniałaby zgoda co do dopuszczalności efektywnego niewykonania zobowiązania, jako koncepcji korzystnej z punktu widzenia całokształtu gospodarki, a dodatkowo uznalibyśmy, że interes wierzyciela jest dostatecznie chroniony poprzez fakt przyznania mu roszczenia odszkodowawczego, to wówczas wskazana byłaby całkowita rezygnacja z przesłanki winy.

Podsumowanie

Przyjęty w polskim systemie prawnym system odpowiedzialności kontraktowej, podobnie jak większość systemów kontynentalnych, oparty na zasadzie winy staje w pewnej konfrontacji z systemem zaproponowanym w regulacjach modelowych. Można wziąć pod uwagę zaplanowaną acz odległą perspektywę wdrożenia w Unii Europejskiej zunifikowanego prawa umów, a być może nawet szerzej prawa zobowiązań, na co wskazuje Zielona Księga Komisji Europejskiej o Europejskim Prawie Kontraktów¹⁰⁹, nie wspominając o licznych aktach Parlamentu Europejskiego i Komisji w sprawie unifikacji prawa umów¹¹⁰, a nawet ewentualnego wprowadzenia Europejskiego Kodeksu Cywilnego – wówczas mógłby się pojawić równoległy reżim do istniejącego prawa krajowego¹¹¹. Ważniejszy jednak aspekt dotyczy tzw. oddolnej konwergencji systemów krajowych państw członkowskich Unii Europejskiej, czyli przyjmowania jednolitej siatki pojęciowej, jednolicie rozumianych instytucji prawnych, zasad, a nawet całych rozwiązań zaprojektowanych jako optymalne przez grupy międzynarodowych ekspertów. Temu między innymi miały służyć Zasady Europejskiego Prawa Umów (PECL) opracowane przez Komisję Lando, a w większym jeszcze stopniu *Draft Common Frame of Reference* opracowane jako ewentualna podstawa do politycznego rozstrzygnięcia w sprawie wdrożenia jednolitych rozwiązań europejskich, a w przypadku braku takich działań narzędzie służące legislatorom, sędziom i wszystkim uczestnikom obrotu prawnego jako narzędzie oddolnej konwergencji systemów krajowych, a także tworzenia spójnych regulacji i rozstrzygnięć prawnych na poziomie europejskim. Jest zatem oczywiste, że Polska, będąc członkiem Wspólnot Europejskich

¹⁰⁹ Opublikowana 1.07.2010 r. Zielona Księga Komisji Europejskiej w sprawie możliwości politycznych w zakresie postępów w kierunku ustanowienia europejskiego prawa umów dla konsumentów i przedsiębiorców.

¹¹⁰ Wymienione szczegółowo we wstępnej części opracowania – por. przypis 4.

¹¹¹ Szerzej na temat wariantów wdrożenia wspólnego europejskiego prawa umów rozważanych w Zielonej Księdze w sprawie europejskiego prawa umów opublikowanej 1.07.2010 r.: K. Osajda, *Perspektywy europejskiego prawa umów: Zielona Księga Komisji Europejskiej o Europejskim Prawie Kontraktów*, PPH 2010, nr 11, str. 19 i n.

i podejmując wątek reformy prawa cywilnego, w tym prawa zobowiązań, powinna konfrontować projektowane rozwiązania z zaproponowanymi w ramach DCFR, jako odzwierciedlającymi wspólne europejskie rozumienie pojęć i instytucji prawnych, a także wskazujące pewne trendy rozwoju prawa. Jest to powód, dla którego w niniejszym opracowaniu odnoszę się głównie do rozwiązań zaprojektowanych w ramach DCFR oraz zbieżnych z nimi treściowo Zasad PECL i UNIDROIT.

Analiza zaproponowanego systemu odpowiedzialności kontraktowej w perspektywie planowanej reformy Kodeksu cywilnego i w tle pewnych niedomagań obecnych regulacji skłania do następujących refleksji.

Po pierwsze, reżim odpowiedzialności z tytułu zobowiązań umownych wymaga specyficznego uregulowania, co nie oznacza jednak konieczności całościowego wyodrębniania całego reżimu kontraktowego *sensu stricte* (w znaczeniu zobowiązań umownych) do osobnej jednostki redakcyjnej. Jak wskazuje przykład DCFR, możliwe jest zbiorcze uregulowanie zobowiązań z jednoczesnym zaprojektowaniem całego zespołu przepisów o charakterze *lex specialis* mających zastosowanie wyłącznie do zobowiązań umownych. Ich specyfika musi zostać jednak doceniona i znaleźć odzwierciedlenie w zaprojektowanych rozwiązaniach. Wynika ona głównie z zasady swobody umów, a zatem swobody samego zawarcia umowy, doboru kontrahenta, ukształtowania treści stosunku prawnego oraz ukształtowania zasad odpowiedzialności, w związku z czym aspekt woli stron oraz ich stanu świadomości powinien w większym stopniu zostać uwzględniony niż kwestia zawinienia.

Odpowiedzialność kontraktowa powinna zostać oparta na jednolitej koncepcji niewykonania zobowiązania, ponieważ pojęcie niewykonania zobowiązania i nienależytego wykonania zobowiązania ostatecznie jednak nie dają się sprowadzić do opóźnienia (zwłoki), niemożności świadczenia i świadczenia nienależytej jakości. W związku z tym lepszym rozwiązaniem jest oparcie systemu środków prawnych na jednolitej koncepcji niewykonania rozumianej jako każda sytuacja, gdy prawidłowe wykonanie nie nastąpiło, daje to pewność objęcia systemem odpowiedzialności kontraktowej absolutnie każdej sytuacji, w której prawidłowe i całościowe wykonanie zobowiązania nie nastąpiło.

Istnieje potrzeba przewartościowania w ramach podstaw odpowiedzialności kontraktowej z dominującej ochrony dłużnika na ochronę interesów wierzyciela naruszonych na skutek niewykonania zobowiązania, zwłaszcza w przypadku odpowiedzialności z umów, których celem wszak jest realizacja interesów stron. Jako że każde niewykonanie zobowiązania powoduje niezaspokojenie interesu wierzyciela niezależnie od przyczyn, które były przyczyną tego stanu rzeczy, system środków prawnych powinien zostać zbudowany wokół obiektywnie

rozumianego niewykonania zobowiązania¹¹² niezależnie od tego, czy dłużnik za nie odpowiada, czy nie. W każdym bowiem przypadku wierzyciel powinien dysponować środkami mającymi na celu ochronę swoich interesów, co nie musi oznaczać zgody na nieuzasadnioną ingerencję w majątek dłużnika. W obecnym stanie prawnym korzystanie z większości uprawnień przyznanych w k.c. jest uzależnione od winy dłużnika, a zatem obwarowane ryzykiem, czy istotnie ma miejsce zawinienie ze strony dłużnika i czy ostatecznie skorzystanie ze środków prawnych uznane zostanie za uzasadnione. Ochrona interesu wierzyciela wymaga uniezależnienia większości środków prawnych na wypadek niewykonania zobowiązania od przesłanki winy aż do granic, w których miałyby nastąpić nieuzasadnione naruszenie interesu dłużnika.

Uzasadnionym wydaje się choćby ograniczenie prawa odstąpienia od umowy do tych przypadków, gdy niewykonanie ma charakter istotny, bowiem na tle jednolitej koncepcji nawet najdrobniejsze uchybienie stanowiłoby przypadek niewykonania zobowiązania – wykonanie w tej sytuacji prawa odstąpienia byłoby nadużyciem. To prowadzi nas do stwierdzenia, że norma nakazująca korzystanie z przyznanych środków prawnych (w tym prawa odstąpienia) w sposób zgodny z zasadami dobrej wiary i uczciwego obrotu jest niezwykle ważnym elementem zachowania równowagi stron, a więc jednocześnie ochrony dłużnika. Występujący w polskim systemie przepis art. 5 k.c. nie jest w stanie odegrać tak silnie korygującej roli na gruncie zobowiązań umownych, jak regulacja art. III 1:103 DCFR.

Kolejno należy uwzględnić, że obiektywizacja ma swoje oczywiste granice w poczuciu sprawiedliwości i słuszności. Powstaje jednak pytanie, czy zasada winy, na której oparty jest system polski, jak i większość systemów kontynentalnych jest odpowiednią podstawą odpowiedzialności odszkodowawczej *ex contractu*. Czy w zobowiązaniach umownych, których celem jest wymiana dóbr i zaspokojenie obopólnych interesów, za kluczowe dla odpowiedzialności odszkodowawczej należy uznać kryterium należytej staranności (wina)? Czy też zasada winy stanowi pozostałość po wielowiekowym związku kary i naprawienia szkody, sprzyja funkcji prewencyjnej, pełni pewne funkcje represyjne, jednak czy w najlepszy z możliwych sposobów realizuje funkcję kompensacyjną odszkodowania? Czy w najlepszy z możliwych sposobów sprzyja kompensacji szkód wynikłych z niezaspokojenia interesu umownego? Wydaje się, że nie. W razie braku uregulowania umownego zasad odpowiedzialności kontraktowej o odpowiedzialności odszkodowawczej powinna rozstrzygać demarkacja stref ryzyka kontrahentów.

¹¹² Użyte w krakowskim projekcie określenie naruszenie zobowiązania jest leksykalnie lepsze (lepiej brzmi), choć niestety zabarwione negatywnie – nie ma wydźwięku obiektywnego.

A zatem wyłączenie odpowiedzialności za przypadki siły wyższej będące zdarzeniami poza kontrolą dłużnika, ale włączenie do odpowiedzialności także tych niezawinionych przyczyn, które znajdują się w powszechnym rozumieniu lub rozumieniu stron umowy w zakresie ryzyka dłużnika. Będą to te przypadki, które choć są poza kontrolą dłużnika mogły i powinny być przez niego przewidziane w chwili zawierania umowy jako mieszczące się w strefie jego ryzyka. Klarowności sytuacji prawnej stron i pewności indemnizacji szkody bardziej niż etyczna wycena zachowań dłużnika sprzyja jasne kryterium – kto za co odpowiada w świetle przyjętych zasad podziału ryzyka.

Uwzględnić należy też w większym stopniu niż ma to miejsce obecnie stan świadomości dłużnika, jako istotne kryterium wpływające na zakres odpowiedzialności kontraktowej *sensu stricte*, a zatem umów (ew. z innych czynności prawnych). Ujawnia się on już w powyżej opisanym objęciu odpowiedzialnością przeszkód będących poza kontrolą, które można było przewidzieć, jeśli były przewidywalne, a nie zostały wykluczone w drodze klauzuli umownej, co oznacza, że dłużnik przyjął za nie odpowiedzialność. Z drugiej strony, stan świadomości powinien wpływać na zakres szkód, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Strony, zawierając umowę, powinny kalkulować swoje ryzyko i mają do tego prawo, swoboda kontraktowania uzasadnia postulat dostosowania odpowiedzialności do szkód możliwych do przewidzenia w chwili zawarcia umowy. Teoria adekwatnej przyczynowości nakładająca odpowiedzialność za wszelkie normalne następstwa może być tutaj uznana za niesprawiedliwą w odniesieniu do dłużnika kontraktowego, który zawierając umowę być może nie obejmuje i nie jest w stanie w świetle okoliczności danego przypadku objąć świadomością wszystkich okoliczności i skutków niewykonania zobowiązania. Kluczowy w tym momencie jest aspekt współpracy i wzajemnego informowania się stron o wszelkich okolicznościach istotnych z punktu widzenia umowy. Zasada przewidywalności szkody może jednak i zaostriżyć odpowiedzialność dłużnika w sytuacji, gdy będąc dobrze poinformowany przez wierzyciela, ma świadomość okoliczności nietypowych i możliwych do powstania szkód, które niekoniecznie są typowymi następstwami niewykonania zobowiązania. Takie zaostrenie również należy uznać za uzasadnione.

Za zasadny należy też uznać związek pomiędzy stanem świadomości dłużnika co do faktu, że jego niewykonanie pozbawia w sposób istotny wierzyciela tego, czego mógł oczekiwać w związku z zawartą umową a uprawnieniem wierzyciela do wykonania prawa odstąpienia od umowy. Ostatecznie od poinformowania przez wierzyciela zależy w całości uznanie przewidywalności tego typu następstw niewykonania. Stan świadomości dłużnika, przesądzając w wielu kwestiach o zakresie odpowiedzialności kontraktowej, jest możliwy do kształtowa-

nia przez samego wierzyciela, stąd sprzyja indywidualizacji odpowiedzialności kontraktowej i urealnia dyspozytywny charakter regulacji prawa umów – wzajemne informowanie wpłynie na zakres odpowiedzialności i dostępnych środków prawnych.

Reasumując watek przewidywalności (stanu świadomości, a zatem tego, z czym strona umowy mogła się liczyć i czego mogła się spodziewać), wydaje się, że jego znaczenie dla odpowiedzialności kontraktowej jest bardziej doniosłe niż badanie, czy dłużnik dołożył należytej staranności (jak bardzo się starał – w czym tkwi etyczna ocena jego zachowania), a nadto, że słusznym jest skorelowanie zakresu odpowiedzialności ze stanem świadomości dłużnika, choćby ze względu na fakt, że wierzyciel poprzez właściwe poinformowanie dłużnika może wpływać na jej zakres, przez co dłużnik zakresem swojej odpowiedzialności umownej nie zostanie zaskoczony.

Zaproponowana w ramach Zasad *Acquis*¹¹³, a za nimi w ramach tzw. Projektu krakowskiego¹¹⁴ pośrednia zasada odpowiedzialności kontraktowej, w której za usprawiedliwione naruszenie (niewykonanie) zobowiązania uznaje się to, które nastąpiło na skutek przyczyny leżącej poza kontrolą dłużnika (zasada ryzyka), której skutkom nie mógł zapobiec nawet przy dochowaniu należytej staranności (zasada winy), może być rozważana jako alternatywa. Ta koncepcja wprowadza nas jednak na powrót w orbitę normatywnej teorii winy i wzorców należytej staranności – zamiast rozważać, czy dłużnik liczył się z danymi skutkami, czy je przewidywał (a zatem, czy je wkalkulował w ryzyko kontraktowe), nadal badaniu podlegałoby, na ile prawidłowo (w sposób należytej staranności) te skutki zwalczał lub im przeciwdziałiał, a zatem wracałaby ocena jego zachowania.

Ostatnią kwestią, którą należy rozważyć, w razie decyzji o akceptacji modelu odpowiedzialności opartego na zasadzie ryzyka jest wycena winy w systemie odpowiedzialności kontraktowej. Chodzi o to, czy jej najcięższe postacie powinny zaostrzać odpowiedzialność, realizując przy okazji funkcje prewencyjne i represyjne, czy też powinna ona być zupełnie obojętna¹¹⁵, co umożliwi efektywne

¹¹³ Art. 8:401 (2) Zasad *Acquis* – Niewykonanie zobowiązania jest usprawiedliwione, jeżeli nastąpiło z powodu okoliczności pozostających poza kontrolą dłużnika i jakiegokolwiek osoby zaangażowanej przez dłużnika w wykonanie zobowiązania, a skutków tych okoliczności nie można było uniknąć nawet przy dołożeniu należytej staranności.

¹¹⁴ Projekt krakowski: M. Pecyna (red.), *Wykonanie i skutki naruszenia zobowiązań*, Projekt z uzasadnieniem pod kierunkiem J. Pisulińskiego i F. Zolla, Kraków 2010, Art. II 18 Projektu *Naprawienie szkody*, Por. U. Walczak, rozdział *Naprawienie szkody* w ramach wskazanej pracy, str. 426–437.

¹¹⁵ Rozwiązanie, w którym wina nie zaostrza granic odpowiedzialności odszkodowawczej, zaproponowane zostało w tzw. Projekcie krakowskim – *Wykonanie i skutki naruszenia zobowiązań*, Projekt z uzasadnieniem pod kierunkiem J. Pisulińskiego i F. Zolla,

niewykonanie zobowiązania. Umożliwiłoby to zwolnienie się z odpowiedzialności przez zapłatę odszkodowania, które jednak, co istotne, będzie kompensować nie tylko stratę, ale i brak zysku stronie, która została dotknięta niewykonaniem. To zagadnienie ma jednak jeszcze głębokie konotacje etyczne – dotyczy stosunku do zasady *pacta sunt servanda* i odpowiedzi na pytanie, na ile system prawny powinien stać na straży zasady wykonania zobowiązań i czy koniecznie musi strzec realnego wykonania zobowiązań.

op. cit., por. str. 447, analogicznie do Zasad UNIDROIT.

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 zostałyby 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.accademiagiusprivatistieuropei.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 Następstwem 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 *ius civile* 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 dotyczącą 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 nierozzerwalne 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- 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 odstraszaająca 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 wyrządzo-no 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 szczególnie 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 dyskrejonalnej 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 słusznościowe.

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

Zapatrzywania 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 wchodzi 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 juredyczną 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 odmiennej 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 odpowiednie 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 podlegać 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 odstraszającej. 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.

Magdalena Dziędzic ■

CHARAKTER PRAWNY UMOWY DEWELOPERSKIEJ W PRAWIE HISZPAŃSKIM

1. Ogólna charakterystyka hiszpańskiego rynku nieruchomości

Hiszpański rynek nieruchomości wskutek światowego kryzysu gospodarczego odniósł najbardziej dotkliwe straty ze wszystkich krajów europejskich. Światowy kryzys gospodarczy rozpoczął się na amerykańskim rynku nieruchomości w sierpniu 2007 r., następnie przeniósł się na rynki europejskie. Spośród wszystkich krajów Europy właśnie Hiszpania najbardziej odczuła to gwałtowne załamanie koniunktury. Giełda hiszpańska (Ibex) odnotowała najwyższe spadki w Europie.¹

Wielu ekspertów, zarówno w Stanach Zjednoczonych, jak i w innych krajach, w tym europejskich, ostrzegało już od dłuższego czasu o niebezpieczeństwach związanych z hipotekami „*sub-prime*” tzw. wysokiego ryzyka, udzielanymi klientom, których wypłacalność/zdolność kredytowa była bardzo wątpliwa, a stopy oprocentowania ich kredytów były wyższe od przeciętnych, co z kolei pociągało za sobą duże prawdopodobieństwo, iż już znajdując się w niestabilnej sytuacji finansowej, nie będą oni w stanie spłacać również i tych kredytów.²

W 2007 r., po podwyższeniu stóp procentowych w Stanach Zjednoczonych, nastąpił znaczny wzrost tzw. niespłaconych kredytów. Wtedy również okazało się, że wiele banków oraz funduszy emerytalnych i inwestycyjnych zainwestowało znaczne środki finansowe w niepewne kredyty hipoteczne. W samym 2006 r. w Stanach Zjednoczonych miało miejsce 1,2 mln egzekucji z nieruchomości spowodowanych niespłaceniem kredytu.³

¹ www.elpais.com; 26 sierpnia 2010 r.

² www.elmundo.es; 30 lipca 2010 r.

³ www.elmundo.es; 30 lipca 2010 r.

Jest bardzo wiele przyczyn kryzysu na rynku nieruchomości. Główną jest jednak fakt, iż sektor nieruchomości zawsze uważany był przez inwestorów za inwestycję raczej pewną w czasach względnej niepewności, co skutkowało tym, iż wielu z nich lokowało swoje oszczędności właśnie na tym obszarze, co z kolei bardzo pobudzało koniunkturę, napędzało popyt na mieszkania, doprowadzało to do regularnego i raczej stałego wzrostu cen nieruchomości, co w końcowej fazie musiało, niestety, zakończyć się znacznym przeszacowaniem ich wartości. Według raportu przygotowanego przez Komisję Europejską, w 2010 r., trzy lata po kryzysie gospodarczym, ceny nieruchomości w Hiszpanii wciąż są przeszacowane o ok. 17% (na koniec 2008 r. było to 24%), przy średniej europejskiej na poziomie 3% (!), i jest ono najwyższe w Europie. Dla porównania w Stanach Zjednoczonych nieruchomości są obecnie wciąż przeszacowane o ok. 10% (przed kryzysem 15%).⁴

Podczas gdy kryzys dał się odczuć na całym świecie, w Hiszpanii był on szczególnie drastyczny w swych skutkach. Wynika to w dużej mierze z faktu, iż sektor budowlany odgrywa, a raczej odgrywał bardzo istotną rolę w PKB Hiszpanii. W 2007 r. dochody budżetu generowane przez firmy budowlane stanowiły 41% PKB, w 2009 r. – 34%, a w 2010 r. odnotowany został dalszy ich spadek. Przykładowo, według informacji Ministerstwa Rozwoju, w tym roku zbudowane zostanie w Hiszpanii 100 tys. mieszkań, co stanowi 1/8 (!) tego, co oddane zostało do użytku w 2006 r. Zatrudnienie w tym sektorze znajdowało bardzo wielu obywateli hiszpańskich, i nie tylko, a budżetowi państwa przynosiło to wysokie dochody. Dla przykładu, w 2006 r. 12 z 35 największych transakcji finansowych w Europie dokonanych zostało przez hiszpańskie firmy budowlane.⁵

W wyniku kryzysu, w ciągu ostatnich 2 lat, z rynku zniknęło 23% dużych firm budowlanych, oraz 170 tys. mniejszych, a niektóre z nich stanowiły największe bankructwa w historii kraju (firma Martinsa-Fadesa – największe bankructwo w historii kraju, z 3.500 mln niespłaconych długów, czy też firma Habitat – największa wówczas firma deweloperska w Hiszpanii). To właśnie likwidacja miejsc pracy w tym sektorze spowodowała tak gwałtowny wzrost stopy bezrobocia do poziomu ok. 23%, niemalże najwyższego w historii kraju.⁶

Na koniec należy jednak zauważyć pewne oznaki ożywienia na hiszpańskim rynku nieruchomości. Pomimo, niestety, stałego wciąż spadku cen metra kwadratowego mieszkań, obecnie utrzymującego się na poziomie 1 832 euro, co stanowi spadek o ok. 20% w stosunku do najwyższych cen w historii, do poziomu z 2005 r. (spadek ten jest oczywiście nierównomierny i zależny od regionu

⁴ www.elmundo.es; 7 października 2010 r.

⁵ www.elpais.com; 15 sierpnia 2010 r.

⁶ www.elmundo.es; 30 lipca 2010 r.

i miasta).⁷ Sprawę dodatkowo komplikuje fakt, iż na hiszpańskim rynku nieruchomości, według danych szacunkowych Ministerstwa Mieszkalnictwa, wciąż na właściciela czeka ok. 700 tys. mieszkań, dla porównania na początku kryzysu było to ok. miliona.⁸ Z drugiej strony, odnotować należy, iż w 2010 r. nastąpił pierwszy od początku wybuchu kryzysu stały wzrost transakcji sprzedaży mieszkań (30% wzrostu operacji w sierpniu 2010 r. w relacji do sierpnia 2009 r.), co pozwala niektórym być optymistycznym w stosunku do przyszłości.⁹

2. Umowy sprzedaży mieszkań – główny sektor występowania konfliktów z konsumentami

Według jurysprudencji hiszpańskiej, sektor budowlany jest głównym źródłem konfliktów między konsumentem a przedsiębiorcą. Statystyki dot. skarg składanych przez konsumentów poprzez organizacje konsumenckie w sprawie umów sprzedaży mieszkań pokazują, że każdego roku znajdują się one na niechlubnym pierwszym miejscu wszelkich składanych skarg. Liczba ta stanowi ok. 17% wszelkich wpływających do organizacji konsumenckich skarg¹⁰, po nich znajdują się usługi telefoniczne – ok. 12%, a na trzecim miejscu usługi finansowe – ok. 10%.¹¹

Dzieje się tak głównie z powodu występowania w sektorze budowlanym różnych nadużyć w stosunku do nabywcy nieruchomości.¹² Problemy te są w dużej mierze wynikiem zawierania w umowach dużej liczby postanowień niedozwolonych¹³, których treść jest niejasna i niezrozumiała, oraz które nie zapewniają

⁷ www.elmundo.es; 16 października 2010 r.

⁸ www.elpais.com; 15 października 2010 r.

⁹ www.elmundo.es; 14 października 2010 r.

¹⁰ *Balance de consultas y reclamaciones presentadas en las organizaciones de consumidores de ámbito nacional: Año 2005*, Instituto Nacional de Consumo, kwiecień 2006 r.

¹¹ Należy jednak zwrócić uwagę na ogólną poprawę poziomu świadczonych usług na rynku budowlanym poczynwszy od lat 90., kiedy to poziom skarg utrzymywał się poziomie blisko 30%. Ostatnie statystyki mówią nawet o dalszym spadku liczby składanych przez konsumentów skarg dot. umów kupna sprzedaży mieszkania do poziomu obecnie ok. 14%, co stawia te skargi obecnie na drugim miejscu wszystkich składanych skarg, po usługach telefonicznych. Dane te znajdują również potwierdzenie w liczbie spraw, które kończą się postępowaniem sądowym.

¹² Wskazuje na to bogate już orzecznictwo w tej materii; *Reclamaciones de Consumo*, str. 677.

¹³ Przykładowo są to wszelkie postanowienia dotyczące w szczególności ceny, opóźnienia w przekazaniu mieszkania, użycia innych materiałów niż były początkowo planowane, wad w konstrukcji, jakości odmiennej od oferowanej na początku procesu zawierania umowy, braku informacji dla konsumenta, prób przerzucania na nabywcę kosztów, które zobowiązany jest ponieść deweloper.

równorzędności stron.¹⁴ Niedozwolone postanowienia umowne zostaną bardziej szczegółowo omówione w dalszej części artykułu.

Dodatkowo, należy mieć również na uwadze fakt, iż w przypadku umów sprzedaży mieszkań jest to transakcja bardzo istotna z punktu widzenia zarówno prawnego, jak i ekonomicznego oraz ludzkiego¹⁵ – prawnego, ponieważ bardzo często towarzyszy mu powiązanie z innymi umowami (np. umową kredytu hipotecznego), poprzedzona jest zazwyczaj również podpisaniem np. umowy rezerwacyjnej lub umowy sprzedaży rzeczy przyszłej. Z punktu widzenia ekonomicznego, gdyż zazwyczaj jest to największy wydatek, jaki konsument w swoim życiu ponosi. W 2008 r. średnie obciążenie z tytułu kredytu hipotecznego stanowiło ok. 40% dochodu przeciętnego kredytobiorcy hiszpańskiego¹⁶. Z punktu ludzkiego wreszcie, gdyż będąc dobrem podstawowym jest miejscem, gdzie konsument i jego rodzina spędzają najwięcej czasu.

Mając na uwadze wszystkie te argumenty, należy wspomnieć o zachowaniach samego konsumenta, które zdaniem części przedstawicieli doktryny i środowisk prawników charakteryzuje się, niestety, dużą permissywnością i beczynnością.¹⁷ Sytuacja dużych nadużyć w tym sektorze jest tolerowana już od dłuższego czasu, co być może można wytłumaczyć następującymi faktami:

- a) wpływu sektora budowlanego na całą gospodarkę (na szczególną uwagę zasługuje tu wskaźnik posiadania mieszkań na własność, który w Hiszpanii wynosi 85%, przy średniej europejskiej na poziomie 61%);¹⁸
- b) asymetrię informacyjną: w celu wyrównania różnic w stanie wiedzy konsumenta i dewelopera ustawodawca hiszpański uchwalił ustawę – Dekret Królewski 515/1989, zwany dalej ustawą 515/1989¹⁹, dotyczący materii ochrony konsumenta w zakresie dostarczenia mu informacji w umowach kupna sprzedaży lub najmu mieszkań; dodatkowo, problemu asymetrii informacyjnej dotyczy również prawo konsumenckie, ogólnie pojęte, w szczególności w zakresie uprawnienia kon-

¹⁴ María Angeles Zurilla Cariñana, *El derecho de información del consumidor en los contratos con consumidores y usuarios en el nuevo texto refundido de la ley general para la defensa de consumidores y usuarios*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla la Mancha.

¹⁵ *Reclamaciones de Consumo*, str. 677.

¹⁶ *Noticias*, Instituto Nacional de Consumo, czerwiec 2008 r.

¹⁷ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 678.

¹⁸ *Noticias*, Instituto Nacional de Consumo, czerwiec 2008 r.

¹⁹ Ustawa Dekret Królewski 515/1989, z dnia 21 kwietnia 1989 r., o ochronie konsumenta w zakresie obowiązku informacyjnego w umowach kupna sprzedaży i najmu mieszkań (Real Decreto 515/1989, de 21 Abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento).

sumenta do rozwiązania umowy²⁰, bez możliwości obciążenia go jakimkolwiek karami, w związku z niewywiązaniem się przedsiębiorcy, w tym przypadku dewelopera, z obowiązku informacyjnego nałożonego na niego przez ustawodawcę hiszpańskiego²¹;

- c) konsument w tym sektorze wychodzi z założenia, że niezależnie od wszystkiego i tak stanie się ofiarą jakiegoś nadużycia ze strony przedsiębiorcy; jednym z najczęstszych takich nadużyć są bardzo wygórowane i nieuzasadnione ceny mieszkań, które do czasu kryzysu na rynku nieruchomości, każdego roku rosły w tempie ok. 15–17%²², wskutek kryzysu tendencja ta uległa zdecydowanemu zahamowaniu; pozostałe nadużycia to znaczne opóźnienia w terminie przekazywania mieszkań, brak zgodności przekazywanego mieszkania z opisanym w umowie (np. znaczne różnice w powierzchni).²³ To wszystko powoduje, że konsument nie wykazuje inicjatywy, aby dochodzić swych praw, czy to wstępnie w trakcie negocjacji z deweloperem, czy to później na drodze sądowej; woli on pogodzić się z tak niesprawiedliwą sytuacją czy też niewywiązaniem się przez dewelopera z umowy (opóźnieniem w terminie przekazania mieszkania, przerzuceniem na nabywcę pewnych kosztów, które deweloper sam powinien ponieść, niezgodności z umową), tylko aby otrzymać wybrane wcześniej mieszkanie, za które zapewne dokonał już pewnych płatności, niż występować na drogę sądową, rozwiązać umowę zawierającą niedozwolone postanowienia umowne i zostać bez mieszkania, ze zwróconym kapitałem początkowym, który na rynku tak rosnących cen nieruchomości nie przedstawia już tej samej wartości co na początku, nie jest to bowiem już kwota wystarczająca, aby zadatkować inne mieszkanie, ponieważ siła nabywcza „tego pieniądza” uległa zmianie.²⁴

Na koniec należy jednak stwierdzić, iż sytuacja powoli, ale stopniowo ulega poprawie. W szczególności przepisy prawa konsumenckiego, wpłynęły pozytywnie na poprawę sytuacji konsumenta w sektorze usług budowlanych. Wymienić

²⁰ *Reclamaciones de Consumo*, str. 678.

²¹ *Reclamaciones de Consumo*, str. 681.

²² *Noticias*, Instituto Nacional de Consumo, czerwiec 2008 r.

²³ *Reclamaciones de Consumo*, str. 678.

²⁴ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 681.

tu trzeba zwłaszcza wprowadzenie w życie ustawy 515/1989²⁵ o ochronie konsumenta w zakresie obowiązku informacyjnego w umowach kupna sprzedaży i najmu mieszkań oraz wyraźną tendencję ze strony dużych firm deweloperskich do niezamieszczania w umowach niedozwolonych postanowień, szczególnie tych z tzw. czarnej listy. Niemniej jednak, nadal utrzymywane są w wielu umowach inne niedozwolone klauzule, które nie znajdują się na „czarnej liście” oraz postanowienia niejasne, przede wszystkim niedozwolone postanowienia umowne z tzw. szarej listy, które skutkują brakiem równości stron umowy.

3. Środki ochrony konsumenta w umowach sprzedaży mieszkań

Ustawy prokonsumenckie wywarły istotny wpływ na reżim prawny umów sprzedaży mieszkań. Zgodnie z art. 9 ustawy 1/2007 o ochronie konsumenta i użytkownika, z dnia 16 listopada 2007 r.²⁶ (zwaną dalej ustawą 1/2007), z uwagi na fakt iż, mieszkanie jest dobrem podstawowym, generalnym i powszechnym, jego nabywca podlega ochronie jako konsument.²⁷ Jest to szczególnie istotne z uwagi na fakt, iż kupno nieruchomości jest bardzo ważną czynnością, głównie ze względu na konsekwencje finansowe oraz złożoność prawną.²⁸ Jednak nie każda umowa sprzedaży mieszkania kwalifikuje się do reżimu konsumenckiego, nie dzieje się tak przede wszystkim w sytuacji, gdy nabywca nie dokonuje zakupu na własny użytek [*para su consumo*], ale np. w celu odsprzedaży [*para revender*], w celach komercyjnych lub świadczenia usług dla osób trzecich [*un proceso de comercialización o de prestación a terceros*].²⁹ Podobny przepis zawarty jest w ustawie 515/1989³⁰, która w art. 1 stanowi, że ma ona zastosowanie do oferty, sprzeda-

²⁵ Ustawa Dekret Królewski 515/1989, z dnia 21 kwietnia 1989 r., o ochronie konsumenta w zakresie obowiązku informacyjnego w umowach kupna sprzedaży i najmu mieszkań (Real Decreto 515/1989, de 21 Abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento).

²⁶ Ustawa o ochronie konsumenta i użytkownika 1/2007, z dnia 16 listopada 2007 r. [Real Decreto Legislativo 1/2007, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias].

²⁷ Ustawa 1/2007, art. 9: „*Bienes y servicios de uso común: Los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.*”

²⁸ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 690.

²⁹ Ustawa 1/2007, art. 3: „*Concepto general de consumidor y de usuario: A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las persona físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.*”

³⁰ Ustawa Dekret Królewski 515/1989, z dnia 21 kwietnia 1989 r., o ochronie konsumenta w zakresie obowiązku informacyjnego w umowach kupna sprzedaży i najmu mieszkań (Real Decreto 515/1989, de 21 Abril, sobre protección de los consumidores en cuan-

ży promocyjnej i reklamy, realizowanych w celu sprzedaży lub najmu mieszkań, dokonywanych w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, zawsze gdy skierowane są do konsumenta³¹ w rozumieniu art. 1 ust. 1 i 2 ustawy 26/1984 o ochronie konsumenta i użytkownika³², zastąpionej przez ustawę 1/2007 o ochronie konsumenta i użytkownika, z dnia 16 listopada 2007 r.³³ Nie wchodzi w reżim ochrony konsumenckiej również zdecydowana większość umów sprzedaży mieszkań używanych (tzw. z drugiej ręki).³⁴ Zgodnie z orzecznictwem wątpliwe jest również zastosowanie reżimu konsumenckiego do sprzedaży mieszkań poprzez tzw. spółdzielnie mieszkaniowe [*cooperativas de viviendas*]³⁵, co polega w dużym uproszczeniu na nabywaniu mieszkań przez pośrednika dla członków spółdzielni w celu uzyskania przez tych drugich korzyści finansowych.

Dodatkową ochronę zapewnia konsumentowi również wspomniana już wcześniej ustawa 1/2007 o ochronie konsumenta i użytkownika w art. 82–90, które dotyczą niedozwolonych postanowień umownych.

Ochrona konsumenta na drodze administracyjnej, cywilnej i karnej

Konsument chroniony jest przed niezgodnym z prawem postępowaniem przedsiębiorcy za pomocą różnych środków, które zapewnia mu hiszpański system prawny.

A) Środki o charakterze administracyjno-prawnym

W przypadku gdy naruszenie prawa ma charakter administracyjny, w drodze postępowania administracyjnego na przedsiębiorcę nałożona zostaje sankcja o charakterze administracyjno-prawnym, zazwyczaj jest to grzywna.

to a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento).

³¹ Ustawa Dekret Królewski 515/1989 r., art. 1: „*El presente Real Decreto es de aplicación a la oferta, promoción y publicidad que se realice para la venta o arrendamiento de viviendas que se efectúe en el marco empresarial o profesional, siempre que aquellos actos vayan dirigidos a consumidores conforme...*”.

³² Ley 26/1984, z dnia 19 lipca 1984 r. General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios – ustawa o ochronie konsumentów i użytkowników – zastąpiona przez – Ley TRLGDCU – Real Decreto Legislativo 1/2007, z dnia 16 listopada 2007 r., la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias – ustawa o ochronie konsumentów i użytkowników oraz inne przepisy uzupełniające.

³³ Ustawa o ochronie konsumenta i użytkownika nr 1/2007, z dnia 16 listopada 2007 r. [Real Decreto Legislativo 1/2007, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias].

³⁴ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 690.

³⁵ Orzeczenie sądu SAP w Vizcaya, z 9 kwietnia 2001 r. (AC 2001, 909).

Rodzaje naruszeń i sankcji enumeratywnie wymienione zostały w ustawie 1/2007 o ochronie konsumenta i użytkownika³⁶. Zgodnie bowiem z art. 49 ust. 1 ww. ustawy prawo hiszpańskie zna 11 typów naruszeń prawa o charakterze administracyjnym, natomiast w art. 51 i 52 wymienione zostały rodzaje sankcji administracyjnych, w zależności od „ciężaru” naruszenia (lekkie, średnie i ciężkie).

Naruszenia i sankcje o charakterze administracyjno-prawnym przewiduje również ustawa 515/1989³⁷, w zakresie naruszeń obowiązku informacyjnego i zw. z reklamą oraz użyciem niedozwolonych postanowień umownych.

Sankcje o podobnym charakterze przewiduje również ustawa o budownictwie 38/1999³⁸, w przepisach dodatkowych pierwszych [*Disposición adicional primera*], za naruszenie przepisów dotyczących pobierania od konsumenta zaliczek na poczet ceny końcowej w trakcie trwania procesu budowlanego.

B) Środki o charakterze cywilno-prawnym

Konsument może również wystąpić na drogę postępowania cywilnego w celu ochrony swych praw. Dotyczyć to może zwłaszcza spraw związanych z przekazaniem mieszkań z wadami fizycznymi, opóźnień w przekazywaniu mieszkań, kwestii związanych z rozwiązaniem lub unieważnieniem umów (np. z powodu niewywiązania się przez dewelopera z obowiązku informacyjnego), oraz unieważnienia umowy lub jej części z powodu zawarcia w niej niedozwolonych postanowień.³⁹ Dodatkowo, w prawie hiszpańskim ma miejsce również abstrakcyjna kontrola umów sprzedaży mieszkań, która jest realizowana poprzez tzw. instytucję „pozwu zbiorowego” [*acciones colectivas*], które uregulowane zostały ustawą 7/1998 o ogólnych warunkach zawierania umów⁴⁰ oraz ustawą 39/2002 wprowadzającą do hiszpańskiego systemu prawnego różnej unijne dyrektywy dotyczące ochrony interesów konsumenta i użytkownika⁴¹.

³⁶ Ustawa o ochronie konsumenta i użytkownika nr 1/2007, z dnia 16 listopada 2007 r. [Real Decreto Legislativo 1/2007, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias].

³⁷ Ustawa Dekret Królewski 515/1989, z dnia 21 kwietnia 1989 r., o ochronie konsumenta w zakresie obowiązku informacyjnego w umowach kupna sprzedaży i najmu mieszkań (Real Decreto 515/1989, de 21 Abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento).

³⁸ Ustawa o budownictwie 38/1999, z 5 listopada 1999 r., Ley de Ordenación de la Edificación – LOE.

³⁹ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 688.

⁴⁰ Ustawa 7/1998, z dnia 13 kwietnia 1998 r., o ogólnych warunkach zawierania umów, Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación.

⁴¹ Ustawa 39/2002, z dnia 28 października 2002 r., wprowadzająca do hiszpańskie-

C) Środki o charakterze prawno-karnym

W przypadku niektórych naruszeń, szczególnie tych „ciężkich” przeciwko stronie winnej owego naruszenia, prawo daje możliwość wystąpienia na drogę postępowania karnego.⁴² Dotyczy to dla przykładu przestępstw związanych z reklamą [*delicto publicitario*], oszustw związanych z nieruchomością [*estafa inmobiliaria*], czy też przywłaszczenia rzeczy powierzonej (dotyczy to przywłaszczenia zaliczek na poczet ceny) [*apropiación indebida*].⁴³

D) Postępowanie mediacyjne

Z uwagi na fakt, iż deweloperzy bardzo często nie wyrażają zgody na postępowanie w drodze mediacji (75% wniosków o mediację zostaje odrzuconych przez deweloperów)⁴⁴, nie jest to popularny sposób rozwiązywania sporów w tej dziedzinie.⁴⁵

4. Formy prawne umów sprzedaży mieszkań

Najbardziej tradycyjną formą prawną nabywania mieszkań w Hiszpanii jest umowa kupna sprzedaży nieruchomości na podstawie regulacji Kodeksu cywilnego, do której to umowy zastosowanie mają następujące przepisy Kodeksu cywilnego hiszpańskiego.⁴⁶

- 1) art. 1 445 i nast. k.c., które regulują charakter i formę prawną umowy kupna sprzedaży. Zgodnie z art. 1 445 poprzez umowę kupna sprzedaży jedna ze stron zobowiązuje się wydać rzecz, a druga zobowiązuje się zapłacić za nią uzgodnioną cenę.⁴⁷

go systemu prawnego różne dyrektywy unijne dotyczące ochrony interesów konsumenta i użytkownika, Ley 39/2002 de transposición al. ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

⁴² *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 689.

⁴³ Orzeczenia sądu SSTs, z dnia 23 grudnia 1996 r. [RJ 1996, 9501] oraz dwa inne orzeczenia tego samego sądu z dnia 20 lipca 1998 r. [RJ 1998, 6171] i 27 listopada 1998 r. [RJ 1998, 9204].

⁴⁴ *Memoria de Arbitraje*, Instituto Nacional de Consumo, 2006 r.

⁴⁵ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 689.

⁴⁶ Código Civil, z dnia 25 lipca 1889 r., hiszpański Kodeks cywilny.

⁴⁷ Código Civil art. 1 445: „Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.”

- 2) art. 1 469–1 473 k.c., które stwierdzają obowiązek po stronie sprzedawcy wydania kupującemu rzeczy zgodnie z tym, co strony postanowiły w umowie, oraz o konsekwencjach prawnych niezgodności tej rzeczy z umową.
- 3) art. 1 503 i 1 504 k.c., które określają prawo obu stron do rozwiązania umowy, w przypadku gdy zajdą pewne okoliczności, np. obawa, że druga strona nie wywiąże się z umowy lub nastąpi brak płatności (co należy dodać, nie w każdym przypadku daje automatyczne prawo do rozwiązania umowy, nawet jeśli wynika to z umowy).⁴⁸
- 4) art. 1 280 ust. 1 k.c., zgodnie z którym czynności prawne i umowy, które mają na celu utworzenie, przeniesienie, zmianę lub wygaśnięcie prawa rzeczowego na nieruchomości, powinny być stwierdzone „dokumentem urzędowym” [*documento público*].⁴⁹

Podkreślić tu należy, iż w przypadku regulacji omówionych powyżej, mowa jest raczej o mieszkaniach już wybudowanych lub „prawie wybudowanych” [*la vivienda ya terminada o casi terminada*]. W prawie hiszpańskim wyróżnić jednak jeszcze można inne formy umów kupna sprzedaży mieszkania.

Umowa sprzedaży mieszkania jako rzeczy przyszłej

W przypadku umów sprzedaży mieszkań jest powszechną praktyką, że strony przed podpisaniem ostatecznego aktu notarialnego przeniesienia własności nieruchomości [*escritura pública*] podpisują umowę prywatną [*contrato privado*]. Taka umowa prywatna może zostać nazwana w różny sposób, np. [*señal, precontrato, contrato de reserva, promesa de compraventa, venta sobre plano, venta en construcción*], co nie ma żadnego wpływu na skutki prawne, jakie pociąga za sobą podpisanie takiej umowy. W hiszpańskim systemie prawnym, w przypadku mieszkań, których budowa nie została jeszcze zakończona, umowa taka ma co do zasady charakter umowy sprzedaży rzeczy przyszłej.

Bardzo często ma miejsce sytuacja, gdy mieszkanie, którym zainteresowany jest nabywca, nie zostało jeszcze wybudowane, lecz jest dopiero planowane lub projektowane [*planeado o proyectado*], natomiast znajduje się już w ofercie dewelopera, który zamierza je wybudować i sprzedać. W tego typu przypadkach umowę taką powszechnie nazywa się sprzedażą „na planie” lub „w budowie” [*venta sobre plano o en construcción*], a prawo określa tego typu umowy jako umo-

⁴⁸ Código Civil, z dnia 25 lipca 1889 r., hiszpański Kodeks cywilny.

⁴⁹ Código Civil art. 1 280.1: „*Deberán constar en documento público: 1°. Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.*”

wy sprzedaży rzeczy przyszej [*compra venta de cosa futura*].⁵⁰ Ma tutaj miejsce rzeczywista sprzedaż i kupno, które dochodzą do skutku poprzez złożenie zgodnych oświadczeń woli stron [*consentimiento de los contratantes*], pod warunkiem, że nie ma przeszkód do zawarcia takiej umowy.

Sprzedaż ta została uregulowana w art. 1 450 k.c.⁵¹, zgodnie z którym umowa kupna uważana będzie za zawartą pomiędzy kupującym i sprzedającym, i będzie stanowić zobowiązanie dla obu stron, jeżeli strony porozumiały się co do przedmiotu umowy i ceny, chociaż nie doszło między nimi do wydania rzeczy i zapłaty ceny.

W drodze orzecznictwa wywiedzionych zostało kilka cech charakterystycznych tego typu umów, które składają się na jej reżim prawny.⁵²

- Po pierwsze, umowa sprzedaży „na planie” stanowi umowę, w której jedna ze stron zobowiązuje się w zamian za cenę wyrażoną w pieniądzu lub innym mierniku do przekazania mieszkania, które znajduje się „w projekcie” (na planie) – [*en proyecto*], lub „w budowie”.⁵³ Jest to umowa złożona, ponieważ jest poddana reżimowi prawnemu umowy kupna sprzedaży, jak również umowy o wykonanie dzieła [*ejecución de obra*].⁵⁴
- Po drugie, umowa sprzedaży mieszkania „na planie”⁵⁵, które w trakcie zawierania umowy prywatnej (cywilno-prawnej) – [*contrato privado*] znajduje się w fazie budowy, nie jest uważana za umowę sprzedaży po cenie ustalonej [*venta po precio alzado*], co oznacza ustalenie ogólnej ceny za mieszkanie, a nie ceny wg metrów kwadratowych powierzchni.⁵⁶ Według jednego z orzeczeń, które zostało wydane w celu wyjaśnienia kon-

⁵⁰ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 684.

⁵¹ Código Civil art. 1 450: „La venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado.”

⁵² *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 684.

⁵³ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 684.

⁵⁴ Orzeczenia sądu SSTs [RJ 1967, 735], z dnia 17 lutego 1967 r., oraz inne orzeczenia tego samego sądu o sygnaturach [RJ 1973, 4340] z dnia 28 listopada 1973 r., [RJ 1992, 6498] z dnia 1 lipca 1992 r., [RJ 1994, 4093] z dnia 12 maja 1994 r., oraz [RJ 1998, 4679] z dnia 11 czerwca 1998 r.

⁵⁵ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 684.

⁵⁶ Orzeczenie sądu SAP w Asturii [AC 2000, 1541], z dnia 11 lipca 2000 r.

trowersji związanych z ewentualnym zastosowaniem art. 1 471 k.c.⁵⁷ do umów sprzedaży rzeczy przyszłej, w umowie sprzedaży nieruchomości po cenie ustalonej (cenie ustalonej za mieszkanie), nie może mieć miejsca podwyższenie lub obniżenie tej ceny, nawet jeżeli powierzchnia lub ilości określone w umowie okażą się większe lub mniejsze.

- Po trzecie, w przypadku umów dotyczących mieszkań znajdujących się w fazie budowy, których „egzystencja” opiera się w tej fazie na projekcie budowlanym lub graficznym, oświadczenia woli stron zawarcia przedmiotowej umowy dokonują się z uwzględnieniem cech charakterystycznych, położenia, układu, powierzchni, itd., wynikających z planu mieszkania stanowiącego załącznik do umowy, który pełni funkcję nie tylko opisową przedmiotu umowy, ale także rolę obiektywnie dyscyplinującą dewelopera, zobowiązując go do budowy mieszkania, w taki sposób, aby spełniało ono warunki określone umową.⁵⁸ Jakiegokolwiek odejście, niezgodnione, od przedmiotowego planu może zostać na drodze postępowania sądowego potraktowane jako niewywiązanie się z umowy, a nie jako błędne przedstawienie przedmiotu umowy przy zawieraniu umowy.⁵⁹

W związku z powyższym, zgodnie z obowiązującą linią orzecniczą, obowiązki informacyjne w umowie kupna sprzedaży mieszkania nałożone na przedsiębiorcę w stosunku do konsumenta mają zastosowanie także do nabywcy mieszkania „na planie”.⁶⁰

- Po czwarte, zobowiązanie „przygotowawcze” [*obligación preparatoria*], o którym stanowi zawierana umowa kupna sprzedaży rzeczy przyszłej, nie tylko czyni tę umowę złożoną, w taki sposób, że sprzedawca rzeczy przyszłej bierze na siebie odpowiedzialność za fakt, iż ta rzecz zacznie istnieć, ale również odpowiada w zaostrzonym reżimie za wady fizyczne tej rzeczy, tj. zgodnie z art. 1 591 k.c.⁶¹ (a nie zgodnie z art. 1 484 k.c.,

⁵⁷ Código Civil art. 1 471: „*En la venta de un inmueble, hecha por precio alzado y no a razón de un tanto por unidad de medida o número, no tendrá lugar el aumento o disminución del mismo, aunque resulte mayor o menor cabida o número de los expresados en el contrato.*”

⁵⁸ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 684.

⁵⁹ Orzeczenie sądu SAP w Barcelonie [JUR 2007, 284708], z dnia 12 lipca 2007 r., sądu SAP w Segowii [JUR 2003, 141692], z dnia 10 marca 2003 r., sądu SAP w Madrycie [JUR 2001, 182286], z dnia 30 kwietnia 2001 r., oraz sądu STSJ z Nawarry [RJ 1988, 8598], z dnia 8 października 1988 r.

⁶⁰ Orzeczenie sądu STS [RJ 2005, 7194], z dnia 17 października 2005 r.

⁶¹ Código Civil art. 1 591: „*El contratista de un edificio que se arruina por vicios*

który przewiduje łagodniejszy reżim odpowiedzialności sprzedającego za wady rzeczy sprzedanej). Według art. 1 591 k.c. podmiot odpowiedzialny za budowę ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą za wady fizyczne budynku powstałe w ciągu 10 lat, licząc od ukończenia budowy; taką samą odpowiedzialność przez ten sam okres ponosi architekt, jeżeli wady fizyczne budowy są związane z podłożem lub z kierowaniem budową. W przypadku gdy przyczyną jest niewywiązanie się podmiotu odpowiedzialnego za budowę ze swoich zobowiązań umownych, roszczenie o odszkodowanie przedawnia się dopiero z upływem 15 lat. Dodatkowo, jeżeli rzecz nie spełnia wymogów określonych umową lub koniecznych w celu korzystania z niej w sposób zgodny z jej przeznaczeniem, kupujący zgodnie z art. 1 124 k.c.⁶² ma prawo żądania rozwiązania umowy lub usunięcia wad, a w przypadku gdy podmiot odpowiedzialny za wady nie dokonał naprawy, kupujący ma prawo dokonać naprawy we własnym zakresie i żądać zwrotu tych kosztów.⁶³

- Po piąte, sprzedawca ma obowiązek wydania kupującemu rzeczy posiadającej cechy wynikające z celu, w jakim ma ona być wykorzystywana i w terminach uzgodnionych w umowie. Tylko w ten sposób sprzedawca może wywiązać się ze swojego zobowiązania.⁶⁴ W przypadku gdy w umowie nie zawarto wyraźnego opisu mieszkania ani pozostałych elementów, które były przedmiotem umowy sprzedaży, w tego typu sytuacji wiążące są ustalenia wynikające z projektu budowlanego.⁶⁵

Należy również wspomnieć o pewnej popularnej praktyce wśród deweloperów zawierania na samym początku tzw. umów rezerwacyjnych mieszkania [*contratos de reserva de vivienda*] w zamian za wniesienie przez kupującego zadatku w wysokości ustalonej przez sprzedawcę. W umowie takiej sprzedawca zazwyczaj nie zawiera elementów istotnych [*elementos esenciales*] dla umowy kupna sprze-

de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviera lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección. Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años."

⁶² Código Civil, z dnia 25 lipca 1889 r., hiszpański Kodeks cywilny.

⁶³ Orzeczenia sądu SSAP w Madrycie [JUR 2001, 182286], z dnia 30 kwietnia 2001 r., oraz sądu w Murcji [JUR 2001, 15112], z dnia 8 marca 2001 r., i w Asturii [AC 2000, 1541], z dnia 11 lipca 2000 r.

⁶⁴ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 685.

⁶⁵ Orzeczenia sądu SSAP w Madrycie [JUR 2001, 182286], z dnia 30 kwietnia 2001 r., oraz orzeczenie sądu w Murcji [JUR 2001, 15112], z dnia 8 marca 2001 r.

daży, w przeciwieństwie do umowy sprzedaży rzeczy przyszłej, gdzie elementy te muszą się znaleźć.⁶⁶ W umowie takiej zazwyczaj znajduje się tylko pewne niejasne odniesienie do przyszłej budowy mieszkania, dla której, niestety, w chwili podpisywania umowy rezerwacyjnej nie ma jeszcze nawet projektu budowlanego. Niemniej jednak, w drodze orzecznictwa wypracowano, iż do umów takich, pomimo odmiennej ich nazwy, zastosowanie mają te same przepisy co do umowy kupna sprzedaży rzeczy przyszłej.⁶⁷

Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego „w przypadku umowy rezerwacyjnej ma miejsce określenie w niej już rzeczy i ceny, co wskazuje, że jest to umowa sprzedaży rzeczy przyszłej, zgodnie bowiem z art. 1 445 k.c.⁶⁸ (poprzez umowę kupna sprzedaży jedna ze stron zobowiązuje się wydać rzecz, a druga zobowiązuje się zapłacić za nią uzgodnioną cenę) oraz art. 1 450 k.c.⁶⁹ (umowa kupna uważana będzie za zawartą pomiędzy kupującym i sprzedającym, i będzie stanowić zobowiązanie dla obu stron, jeżeli strony porozumiały się co do przedmiotu umowy i ceny, chociaż nie doszło między nimi do wydania rzeczy i zapłaty ceny). Zgodnie bowiem z tymi artykułami (1 445 i 1 450 k.c.), umowa kupna sprzedaży rzeczy przyszłej powstaje poprzez samo zgodne oświadczenie stron umowy, i dla swojej ważności nie podlega ona żadnym szczególnym wymaganiom co do formy, w jakiej ma zostać zawarta, co wynika z treści art. 1 278 k.c.⁷⁰ (umowa stanowi zobowiązanie dla stron, niezależnie od formy, w jakiej została zawarta, pod warunkiem, iż zawiera elementy istotne dla swojej ważności).”

Umowa taka stanowi bowiem dwustronną obietnicę [*promesa bilateral*] kupna sprzedaży, zaakceptowaną przez obie strony z wyrażoną zgodą co do samej rzeczy i ceny, i zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego, przedmiotowo stanowić ona może umowę przedwstępną [*negocio preparatorio*] lub [*precontrato*], poprzez którą strony nie stają się definitywnie związane [*definitivamente vincúladas*] jako sprzedający i kupujący, ale przyznają sobie prawo w przyszłości do żądania od drugiej strony, aby wywiązała się ze złożonego przyrzeczenia (obietnicy), bez potrzeby ponownego wyrażenia zgody (zgodnego oświadczenia woli stron)

⁶⁶ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 685.

⁶⁷ Orzeczenia sądu SSTs [RJ 1998, 4679], z dnia 11 czerwca 1998 r., oraz pozostałe orzeczenia tego samego sądu [RJ 1993, 5384], z dnia 25 czerwca 1993 r., [RJ 1992, 10657], z dnia 24 grudnia 1992 r., [RJ 1992, 2156], z dnia 3 marca 1992 r., oraz [RJ 1990, 8029], z dnia 20 października 1990 r.

⁶⁸ Código Civil, z dnia 25 lipca 1889 r., hiszpański Kodeks cywilny.

⁶⁹ Código Civil, z dnia 25 lipca 1889 r., hiszpański Kodeks cywilny.

⁷⁰ Código Civil, art. 1 278: „*Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez.*”

– [*consentimiento*], gdyż w drodze orzecznictwa przyznano tej stronie możliwość żądania dochodzenia przymusowego wykonania [*cumplimiento forzoso*] umowy na drodze sądowej.⁷¹

5. Wymagania stawiane mieszkaniom oraz problematyka odpowiedzialności za wady fizyczne wg ustawy o budownictwie 38/1999

Sektor budownictwa jest jednym z podstawowych gałęzi gospodarki i sposób jego funkcjonowania ma bardzo duży wpływ na społeczeństwo oraz wartości kulturalne łączące się ściśle z dorobkiem architektonicznym. Niemniej jednak do 1999 r. brak było jednolitej regulacji, która zajmowałaby się tym problemem. Przed wejściem w życie przedmiotowej ustawy, tzn. przed 1999 r., kwestie związane z budownictwem regulowane były głównie poprzez szereg rozproszonych przepisów, w tym k.c., co skutkowało poważnymi lukami prawnymi w przepisach regulujących proces budowlany jako całość, zarówno w odniesieniu do obowiązków i odpowiedzialności podmiotów uczestniczących w nim, jak również gwarancji ustawowych dla zapewnienia należytej ochrony nabywcy lub użytkownika.

Z jednej strony, społeczeństwo wymaga coraz wyższej jakości nieruchomości i dotyczy to zarówno bezpieczeństwa samej konstrukcji i ochrony przeciwpożarowej, z drugiej strony jednak dotyczy to pozostałych aspektów związanych z dobrym samopoczuciem osób tam przebywających. Należy tu wymienić m.in. izolacje akustyczne i termiczne oraz udogodnienia dla osób mających problem z poruszaniem się. W każdym przypadku, z punktu widzenia interesu publicznego, proces budowlany oznacza zawsze pewien kompromis pomiędzy funkcjonalnością, ekonomią, harmonią oraz zachowaniem równowagi w środowisku.

Właśnie w związku z tym ustawodawca hiszpański zdecydował się na wprowadzenie jednolitej regulacji w tej materii w postaci ustawy o budownictwie⁷², która uregulowała podstawowe kwestie procesu budowlanego, ustawiając obowiązki i odpowiedzialność podmiotów uczestniczących w tym procesie, jak również gwarancje konieczne dla prawidłowego jego rozwoju. Powołana ustawa ma na celu zapewnienie odpowiedniej jakości świadczonej usługi budowlanej

⁷¹ Orzeczenie sądu STS [RJ 1998, 46791], z dnia 11 czerwca 1998 r.

⁷² Ustawa o budownictwie 38/1999, z 5 listopada 1999 r., Ley de Ordenación de la Edificación – LOE; ustawa składa się z 4 rozdziałów (przepisy ogólne, wymogi techniczne i administracyjne procesu budowlanego, podmioty uczestniczące w procesie budowlanym oraz odpowiedzialność i gwarancje), w których znajduje się 20 artykułów.

poprzez wymuszenie spełnienia stawianych wymagań budowlanych, wszystko w ramach zagwarantowania należytej ochrony interesów nabywcy.⁷³

W związku z celami, jakie sobie stawia ustawa, w pierwszym rozdziale ustawodawca hiszpański definiuje przedmiot ustawy oraz zakres jej zastosowania. Zgodnie z art. 1 ustawa ma celu regulację procesu budowlanego, określenie obowiązków i odpowiedzialności stron [*agentes*] w nim uczestniczących (również organów administracji publicznej, gdy uczestniczą w tym procesie), jak również gwarancji koniecznych dla prawidłowego jego przebiegu. Wszystko to ma na celu zapewnienie odpowiedniej jakości poprzez spełnienie podstawowych wymagań budowlanych i należytej ochrony interesów użytkowników [*usuarios*]. Zgodnie z art. 2 zakresem zastosowania ustawy objęty został proces budowlany, przez co ustawodawca rozumie zarówno samo działanie, jak i rezultat w postaci wykonania budynku o charakterze trwałym, o przeznaczeniu publicznym lub prywatnym, spełniającym cele określone w ustawie.⁷⁴ Art. 2 ust. 2 wymienia enumeratywnie zakres prac budowlanych, do których zastosowanie ma niniejsza ustawa.

Kolejno ustawodawca reguluje wymogi techniczne i administracyjne. Zgodnie z art. 3, w celu zagwarantowania bezpieczeństwa nabywcom i pozostałym podmiotom, dobrobytu społeczeństwu i ochrony środowiska, budynki powinny zostać zaprojektowane, zbudowane, utrzymane technicznie w taki sposób, aby spełnione zostały wymagania stawiane przez ww. ustawę: w szczególności dotyczy to funkcjonalności (w tym: instalacji koniecznych dla prawidłowego korzystania z danej nieruchomości, dostępu do usług telekomunikacyjnych, audiowizualnych, dostępu do elektronicznych usług pocztowych, dodatkowych udogodnień dla osób mających problemy z poruszaniem się), bezpieczeństwa (tzn. bezpieczeństwa dot. samej struktury budynku, przeciwpożarowego oraz w użytkowaniu – korzystanie z nieruchomości nie może stwarzać niebezpieczeństwa dla użytkowników) oraz aspektów mieszkalnych [*habitabilidad*], na które składają się przykładowo: higiena, zdrowie, ochrona środowiska, ochrona przed hałasem, energooszczędność oraz izolacje termiczne.⁷⁵ Dodatkowo, uregulowane zostały kwestie związane z projektem budowlanym, wymagane licencje i pozwolenia administracyjne, procedura odbioru technicznego oraz dokumentacja techniczna powykonawcza.

⁷³ Ustawa o budownictwie 38/1999, art. 1: „*Esta Ley tiene por objeto regular en sus aspectos esenciales el proceso de la edificación, estableciendo las obligaciones y responsabilidades de los agents que intervienen en dicho proceso, así como las garantías necesarias para el adecuado desarrollo del mismo, con el fin de asegurar la calidad mediante el cumplimiento de los requisitos básicos de los edificios y la adecuada protección de los intereses de los usuarios.*”

⁷⁴ Ustawa o budownictwie 38/1999, art. 2: „*Esta Ley es de aplicación a proceso de la edificación, entendiendo por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendiendo en los siguientes grupos.*”

⁷⁵ Ustawa o budownictwie 38/1999, art. 3.

W rozdziale trzecim wymienione zostały podmioty uczestniczące w procesie budowlanym. Na pierwszym miejscu wymieniony został deweloper [*promotor*]. Zgodnie z art. 9 ust. 1 jest to osoba fizyczna lub prawna, państwowa lub prywatna, która indywidualnie lub wspólnie z innymi podmiotami, decyduje, planuje lub finansuje prace budowlane, ze środków własnych lub nie, dla siebie lub w celu sprzedaży osobom trzecim pod jakimkolwiek tytułem.⁷⁶ W art. 9 ust. 2 wyliczone zostały obowiązki dewelopera, do których należy:

- a) przedstawienie tytułu prawnego do nieruchomości, która ma zostać zabudowana;
- b) udostępnienie dokumentacji i informacji koniecznych dla przygotowania projektu, jak również upoważnienie kierownika budowy [*el director de obra*] do dokonywania późniejszych jego modyfikacji;
- c) uzyskanie wymaganych prawem licencji i pozwoleń administracyjnych, jak również zgłoszenie budowy do odpowiedniego rejestru;
- d) podpisanie wymaganych umów ubezpieczeniowych;
- e) dostarczenie nabywcy dokumentacji powykonawczej oraz jakichkolwiek innych dokumentów wymaganych przez organa administracyjne.⁷⁷

Kolejne przepisy w tym rozdziale definiują pozostałe podmioty uczestniczące w procesie budowlanym, tj. podmiot przygotowujący projekt budowlany [*el proyectista*], wykonawca [*el constuctor*], kierownik budowy [*el director de obra*], kierownik nadzoru [*el director de la ejecución de la obra*], instytucje i laboratoria kontrolujące użyte materiały i należyte wykonywanie prac budowlanych [*las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación*], dostawcy produktów [*los suministradores de productos*], właściciele i użytkownicy [*los propietarios y los usuarios*] oraz zakres obowiązków wszystkich tych podmiotów.

Kolejny rozdział jest bardzo ważny dla nabywców nieruchomości, gdyż określa on obowiązki i gwarancje podmiotów uczestniczących w procesie budowlanym w stosunku do nich. Odpowiedzialność dewelopera w stosunku do nabywcy z tytułu wad fizycznych mieszkania [*vicios y defectos constructivos*] opiera się głównie na ustawie 38/1999⁷⁸, na art. 17 i nast. Nie jest to jednak jedyna droga, jaką dysponuje konsument. Jak zostanie to poniżej pokazane, reżim odpowiedzialności wynikający z przedmiotowej ustawy, który stwarza pewne korzyści zarówno ma-

⁷⁶ Ustawa o budownictwie 38/1999, art. 9 ust. 1: „*Será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posteriori enajenación, entrega o cesión a terceron bajo cualquier título.*”

⁷⁷ Ustawa o budownictwie 38/1999, art. 9 ust. 2.

⁷⁸ Ustawa o budownictwie 38/1999, z 5 listopada 1999 r., Ley de Ordenación de la Edificación – LOE.

terialne, jak i procesowe w stosunku do innych reżimów, nie dotyczy jednak pewnych wad – a konkretnie nie wszystkich możliwych w budownictwie – i dlatego właśnie jest bardzo dobrze uzupełniany pozostałymi reżimami. Już w art. 17 ust. 1, ustawodawca hiszpański stanowi, iż „...*ustawa ma zastosowanie z zastrzeżeniem odpowiedzialności kontraktowej*...”. Odpowiedzialność dewelopera wynikająca z tej ustawy traktowana jest z zastrzeżeniem odpowiedzialności wynikającej z umowy zawartej między stronami, z art. 1 484 i nast. k.c.⁷⁹ oraz pozostałych ustaw mających zastosowanie do umów sprzedaży.⁸⁰

Celem reżimu odpowiedzialności z art. 17 ww. ustawy jest stworzenie ram prawnych dla odszkodowania z tytułu wad fizycznych mieszkania, jednak nie jakichkolwiek szkód, jakie poniósł nabywca, gdyż nie dotyczy to np. odszkodowania z tytułu utraconych korzyści, jak i szkód niemajątkowych (tutaj strat moralnych). Stroną legitymowaną czynnie w tych sprawach są właściciele, jak i osoby trzecie, które nabyły nieruchomości od pierwszego nabywcy.

Zgodnie z art. 17, z zastrzeżeniem obowiązków wynikających z samej umowy, podmioty uczestniczące w tym procesie odpowiadają przed właścicielami i kolejnymi nabywcami przedmiotowej nieruchomości za następujące jej wady, w terminach określonych w niniejszej ustawie, licząc od daty odbioru technicznego:⁸¹

- a) w okresie 10 lat, za szkody materialne spowodowane wadami, które wpływają m.in. na fundamenty, podpory, ściany nośne oraz pozostałe elementy strukturalne, które mają bezpośredni wpływ na wytrzymałość mechaniczną i stabilność budynku;
- b) w okresie 3 lat, za szkody materialne spowodowane wadami elementów konstrukcyjnych lub instalacji dotyczących aspektów mieszkalnych [*habitabilidad*], na które składają się przykładowo: higiena, zdrowie, ochrona środowiska, ochrona przed hałasem, energooszczędność oraz izolacje termiczne;
- c) w okresie 1 roku, za wady w elementach wykończeniowych.

W celu zagwarantowania bezpieczeństwa wypłaty odszkodowania za wystąpienie wyżej wymienionych wad, ustawodawca wprowadził obowiązkowe, nałożone na wykonawcę, ubezpieczenie od szkód materialnych, które dotyczy odpowiedzialności za szkody w okresie 10 lat i stanowi wartość 100% użytych materiałów konstrukcyjnych. W przypadku natomiast odpowiedzialności za szkody w okresie 3 lat i roku, obowiązek ubezpieczenia nałożony został na dewelopera i stanowi odpowiednio wartość 30% i 5% użytych materiałów konstrukcyjnych, ustawo-

⁷⁹ Código Civil, z dnia 25 lipca 1889 r., hiszpański Kodeks cywilny.

⁸⁰ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 723.

⁸¹ Ustawa o budownictwie 38/1999, art. 17.

dawca zdecydował, iż nie będzie to jednak w tym drugim przypadku ubezpieczenie obowiązkowe. Obowiązek sprawdzenia, czy ww. umowy ubezpieczenia zostały zawarte spoczywa na notariuszu i osobie odpowiedzialnej za dokonanie wpisu w Rejestrze Własności [*Registrador de Propiedad*] i ma to miejsce przy zgłoszeniu zakończenia konkretnej inwestycji budowlanej. W przypadku gdy odpowiedzialności za szkody materialne nie można przypisać konkretnemu podmiotowi, odpowiedzialność dewelopera i pozostałych podmiotów biorących udział w procesie budowlanym jest solidarna. Roszczenie o odszkodowanie z tytułu wystąpienia wad fizycznych przedawnia się z upływem dwóch lat od wystąpienia wady.

Pisząc o wymaganiach stawianych przez ustawodawcę hiszpańskiego w procesie konstrukcji mieszkań, należy również jeszcze wspomnieć o dodatkowym wymaganiu w stosunku do dewelopera, jakim jest uzyskanie przez niego na koniec procesu budowlanego pozwolenia na użytkowanie nieruchomości [*cédula de habitabilidad*], bądź w niektórych regionach autonomicznych, np. w Andaluzji i Galicji, [*licencia de primera ocupación*]. Jest to dokument, który musi zostać uzyskany po ukończeniu procesu budowlanego, a który stwierdza, że przedmiotowa nieruchomość spełnia wymagania określone w ww. ustawie.

Dokument ten jest niezbędny w celu podpisania umów z dostawcami m.in. wody, prądu, gazu, który to obowiązek spoczywa na deweloperze. Niemniej jednak, w niektórych umowach deweloperskich znajdowały się niedozwolone klauzule, które nakładały na kupującego obowiązek zapłaty za podłączenie tych usług.⁸² Sąd Najwyższy [*Tribunal Supremo*] wypowiedział się również w kwestii zawierania umów kupna sprzedaży mieszkania bez uzyskania wymaganego pozwolenia na użytkowanie⁸³, co zasadniczo nie skutkuje nieważnością samej umowy, może jednak być podstawą do rozwiązania umowy zgodnie z art. 1 124 k.c.⁸⁴, niezależnie od sankcji administracyjnych.⁸⁵

6. Informacja poprzedzająca zawarcie umowy kupna sprzedaży mieszkania

Bardzo istotną rolę w procesie podejmowania decyzji o zakupie mieszkania odgrywa reklama i informacja. Podstawowe znaczenie dla umów kupna sprzeda-

⁸² *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 688.

⁸³ Casado Casado, B., *La falta de licencias urbanísticas en la compra de viviendas, Aspectos civiles de la cuestión*, La Ley, nr 6626, styczeń 2007 r.

⁸⁴ Código Civil, z dnia 25 lipca 1889 r., hiszpański Kodeks cywilny.

⁸⁵ Orzeczenie SSTs [RJ 1995, 9474], z 11 września 1995 r., orzeczenie SSTs [RJ 2003, 5331], z 3 czerwca 2003 r., oraz orzeczenie SSTs [616455], z 6 marca 2006 r.

ży mieszkania ma ustawa nr 515 z 1989 r.⁸⁶ o ochronie konsumenta w zakresie obowiązku informacyjnego w umowach kupna sprzedaży i najmu mieszkań, a dodatkowo prawo hiszpańskie reguluje te dwie kwestie w ustawie 1/2007 o ochronie konsumenta i użytkownika⁸⁷ oraz w ustawie 34/1988 o reklamie⁸⁸.

Celem ustawy 515/1989 jest zapewnienie kupującemu właściwej wiedzy na temat tego, co zamierza nabyć, a wiedzę tę zdobywa się właśnie z umowy lub dokumentów, które stanowią jej załączniki. Zgodnie z art. 1 ww. ustawy ma ona zastosowanie do oferty, sprzedaży promocyjnej i reklamy, realizowanych w celu sprzedaży lub najmu mieszkań, dokonywanych w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, zawsze gdy skierowane są do konsumenta w rozumieniu art. 1 ust. 1 i 2 ustawy 26/1984 o ochronie konsumenta i użytkownika⁸⁹, zastąpio-nej przez ustawę 1/2007 o ochronie konsumenta i użytkownika.⁹⁰ W rozumieniu tej ustawy konsumentem może być zarówno osoba fizyczna, jak i prawna. Przepisy art. 2–7 ustawy 515/1989 traktować należy jako zawierające ogólne reguły dotyczące praktyki sprzedaży promocyjnej lub praktyki reklamowej⁹¹, takie jak obowiązek informacyjny nałożony przez ustawodawcę hiszpańskiego na przedsiębiorcę.

Dotyczy to w szczególności:⁹²

- 1) wszelkich czynności mających na celu sprzedaż w ramach promocji i reklamę mieszkań przeznaczonych do sprzedaży lub najmu, aby przedstawiały one prawdziwe cechy, warunki i korzyści przedmioto-

⁸⁶ Ustawa – Dekret Królewski 515/1989, z dnia 21 kwietnia 1989 r., o ochronie konsumenta w zakresie obowiązku informacyjnego w umowach kupna sprzedaży i najmu mieszkań [Real Decreto 515/1989, de 21 Abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento].

⁸⁷ Ustawa o ochronie konsumenta i użytkownika 1/2007, z dnia 16 listopada 2007 r. [Real Decreto Legislativo 1/2007, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias].

⁸⁸ Ustawa 34/1988 o reklamie, z dnia 11 listopada 1988 r., [Ley 34/1988, General de Publicidad].

⁸⁹ Ustawa 26/1984, z dnia 19 lipca 1984 r., o ochronie konsumenta i użytkownika [La Ley 26/1984, de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios].

⁹⁰ Ustawa 1/2007 o ochronie konsumenta i użytkownika, z dnia 16 listopada 2007 r. [Real Decreto Legislativo 1/2007, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias].

⁹¹ María Angeles Zurilla Carriñana, „*El derecho de información del consumidor en los contratos con consumidores y usuarios en el nuevo texto refundido de la ley general para la defensa de consumidores y usuarios*”, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla la Mancha; Carmen González Carrasco, „*La contratación inmobiliaria con consumidores*”, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla la Mancha.

⁹² *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 686.

- wej nieruchomości, zaznaczając przy tym, czy znajduje się ona w fazie budowy, lub czy proces budowlany został już ukończony;
- 2) zgodnie z art. 3 ust. 1 ww. ustawy wszelkie czynności mające na celu sprzedaż promocyjną lub reklamę mają być prowadzone w taki sposób, aby nie wprowadzały ani nie mogły wprowadzać w błąd potencjalnego nabywcy w ich zachowaniach ekonomicznych, i aby nie zatajały istotnych informacji dotyczących przedmiotu umowy;
 - 3) zgodnie z art. 3 ust. 2 ww. ustawy wszelkie dane, cechy charakterystyczne i warunki związane z budową mieszkania, a dotyczące jej położenia, usług i instalacji, zakupu, użytkowania i płatności, które podane są w ofercie, w trakcie sprzedaży promocyjnej lub w reklamie, stają się integralną częścią umowy, nawet jeśli nie figurują wyraźnie w zawartej umowie;
 - 4) przedsiębiorcy, do których zastosowanie ma ustawa 515/1989, muszą mieć do dyspozycji zainteresowanych informacje, o których mowa w art. 4 ww. ustawy, a w przypadku gdy mieszkania są wystawione na sprzedaż, dodatkowo informacje zawarte w art. 5 ww. ustawy.

Zgodnie z art. 4 ustawy 515/1989 na deweloperze spoczywa wiele obowiązków informacyjnych w stosunku do nabywcy mieszkania. Informacje, które powinny być ogólnie dostępne, obejmują⁹³:

- 1) nazwę i adres dewelopera, jego dane z Rejestru Handlowego [*Registro Mercantil*];
- 2) położenie mieszkania, jego plan i opis, jak również plan sieci elektrycznej, plan instalacji wodnej, gazowej i grzewczej, oraz gwarancje ich dotyczące, instalacje przeciwpożarowe;
- 3) opis mieszkania wraz z określeniem jego powierzchni użytkowej, ogólny opis budynku, jego części wspólnych i usług dodatkowych;
- 4) określenie materiałów użytych przy budowie mieszkania, w tym jego izolacje termiczne i akustyczne;
- 5) instrukcje dotyczące używania i konserwacji tych z instalacji, które wymagają procedury i wiedzy specjalistycznej oraz sposoby ewakuacji z budynku w przypadku niebezpieczeństwa;
- 6) dane identyfikacyjne nieruchomości znajdujące się w Rejestrze Własności [*Registro de Propiedad*];

⁹³ Ustawa – Dekret Królewski 515/1989, art. 4; Carmen González Carrasco, *La contratación inmobiliaria con consumidores*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla la Mancha, str. 2.

7) cenę całkowitą mieszkania oraz wymaganą formę płatności.⁹⁴

W przepisie art. 5 wymienione zostały dodatkowe wymogi informacyjne dotyczące przypadku, gdy mieszkania są już oferowane do sprzedaży lub są objęte sprzedażą promocyjną, a z których musi się wywiązać deweloper w stosunku do potencjalnego nabywcy, jak i organów publicznych:⁹⁵

- a) kopia odpowiednich zezwoleń wymaganych dla budowy mieszkań, plan zagospodarowania przestrzennego, pozwolenie na użytkowanie;
- b) regulamin działania wspólnoty, jak również informacja o umowach z firmami świadczącymi usługi dla niej;
- c) informacja na temat należnych podatków od nieruchomości;
- d) forma przewidziana dla zawarcia przedmiotowej umowy, w której uwzględnione będą dotyczące jej warunki ogólne i specjalne, oraz w szczególności podkreślenia wymagają następujące okoliczności:
 - iż konsument nie ponosi żadnych kosztów związanych z nabyciem nieruchomości, które zgodnie z prawem ponosi deweloper;
 - przytoczone jest literalne brzmienie art. 1 279 k.c. i art. 1 280 ust. 1 k.c.; Zgodnie z art. 1 279 k.c.:⁹⁶ „w przypadku gdy prawo stanowi, iż dla ważności określonej czynności prawnej konieczne jest sporządzenie dokumentu urzędowego (tutaj aktu notarialnego) lub zachowania innej formy szczególnej, strony umowy mają prawo żądania od siebie wzajemnie zawarcia przedmiotowej umowy w tej właśnie formie, dotyczy to w szczególności sytuacji gdy strony wcześniej już wyraziły zgodne oświadczenia co do zawarcia przedmiotowej umowy”, natomiast w myśl art. 1 280.1 k.c.⁹⁷ „czynności prawne i umowy, które mają na celu utworzenie, przeniesienie, zmianę, lub wygaśnięcie prawa rzeczowego na nieruchomości powinny być stwierdzone „dokumentem urzędowym” [*documento público*];
 - prawo do wyboru notariusza, który, z uwagi na swoją kompetencję terytorialną [*competencia territorial*], musi wykazywać jakiś rozsądny zwią-

⁹⁴ Ustawa – Dekret Królewski 515/1989, art. 4.

⁹⁵ Ustawa – Dekret Królewski 515/1989, art. 5; Carmen González Carrasco, *La contratación inmobiliaria con consumidores*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla la Mancha, str. 3.

⁹⁶ Art. 1 279 k.c.: „Si la Ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez”.

⁹⁷ Art. 1 280 ust. 1 k.c.: „Deberán constar un documento público:

1. Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.”

zek [*conexión razonable*] z jakimkolwiek elementem osobistym lub rzeczowym umowy [*elementos personales o reales del negocio*].

- e) w przypadku, gdy budowa nie jest jeszcze zakończona, należy podać datę jej ukończenia oraz fazę, w której się w danej chwili znajduje;
- f) w przypadku, gdy mieszkanie oddawane jest do użytku po raz pierwszy, należy podać nazwisko i adres architekta oraz nazwę i adres podmiotu odpowiedzialnego za budowę (wykonawcy).⁹⁸

W myśl art. 6 ww. ustawy informacja dotycząca ceny mieszkania musi być konkretna i jasna, a przedsiębiorca ma obowiązek posiadania do dyspozycji zainteresowanych oraz organów publicznych noty wyjaśniającej, w której znajdują się następujące dane:⁹⁹

1. cena łączna sprzedaży, przez co ustawodawca hiszpański rozumie cenę łącznie z prowizją dla sprzedawcy oraz wszelkie podatki należne; zastosowanie tutaj będzie miało również art. 60 ust. 2 ustawy 1/2007 o ochronie konsumenta i użytkownika¹⁰⁰, zgodnie z którym cena podana konsumentowi musi być ceną kompletną, wraz z podatkami, oraz wszelkimi innymi dopłatami z różnych tytułów, które będzie on musiał ponieść;¹⁰¹

2. formę płatności, w przypadku sprzedaży na raty, należy podać stopę oprocentowania i kwoty, które należy zapłacić, kapitał i odsetki wraz z terminami wymagalności;

3. dopuszczalne sposoby płatności;

4. w przypadku, gdy w przyszłości będzie miało dojść do subrogacji [*subrogación*] (wejście w prawa zaspokojonego dłużnika), należy przed notariuszem stwierdzić datę przedmiotowej subrogacji, datę jej wpisu do Rejestru Własności i udział, jaki przypada na każde mieszkanie oraz wynikające z tej operacji kwoty do zapłaty wraz z terminami wymagalności;

5. zabezpieczenie [*garantías*], które powinien ustanowić kupujący w stosunku do ceny lub jej części, której płatność została odroczone.

Dodatkowo nota wyjaśniająca musi zawierać informację, iż nabywca dokonał już i w jakiej wysokości płatności pewnej części kwoty łącznej oraz że kwota łączna zostanie pomniejszona w tym zakresie.¹⁰²

⁹⁸ Ustawa – Dekret Królewski 515/1989, art. 5.

⁹⁹ Ustawa – Dekret Królewski 515/1989, art. 6.

¹⁰⁰ Ustawa o ochronie konsumenta i użytkownika 1/2007, z dnia 16 listopada 2007 [Real Decreto Legislativo 1/2007, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias].

¹⁰¹ Ustawa o ochronie konsumenta i użytkownika 1/2007, art. 60 ust. 2: „... *precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad...*”.

¹⁰² Ustawa – Dekret Królewski 515/1989, art. 6.

W części poświęconej obowiązkom informacyjnym należy również napisać kilka słów o skutkach naruszeń tych obowiązków i sankcjach, jakie przewiduje za nie prawo hiszpańskie. Zgodnie z art. 11 ustawy 515/1989 niedopełnienie obowiązków wynikających z ww. ustawy stanowi „administracyjne naruszenie prawa” [*infracción administrativa*] i zagrożone jest odpowiednimi sankcjami administracyjnymi.¹⁰³

W drodze orzecznictwa wywieziono ponadto, iż do naruszeń obowiązków informacyjnych zastosowanie ma również ustawa 1/2007 o ochronie konsumenta i użytkownika¹⁰⁴, która w art. 61 stwierdza, że wszelkie cechy [*cualidades i características*] służące opisowi produktu stają się integralną częścią umowy, zawsze, gdy zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego [*Tribunal Supremo*], „*niosą ze sobą treść informacyjną, a nie jedynie wychwalanie lub sugestię*”.¹⁰⁵

Przepis art. 61 ustawy 1/2007 ma podstawowe znaczenie w ramach hiszpańskiej regulacji prawnej, gdyż, po pierwsze, określa on zasady prawdziwości informacji przekazywanych poprzez reklamy, sprzedaż promocyjną i oferty, i to nie tych w znaczeniu obiektywizmu i bezstronności takiej informacji, ale w znaczeniu niebycia podstępny [*engañoso*] i niewprowadzania w błąd potencjalnego odbiorcy; po drugie natomiast, artykuł ten transponuje zasadę dobrej wiary [*buena fe*], która ma swoje oparcie w art. 1 258 k.c.¹⁰⁶ (umowę uważa się za zawartą przez złożenie zgodnych oświadczeń woli stron, i od tej chwili wywołuje ona skutki nie tylko w niej wyrażone, ale również te, które wynikają z jej charakteru prawnego/natury [*naturaleza*], zgodnie z zasadami dobrej wiary, ustalonymi zwyczajami i ustawą).

Zgodnie z linią orzecniczą, strona zawierająca umowę jest zobowiązana do wywiązania się nie tylko z tego, co strony uzgodniły [*lo pactado*], ale również do wywiązania się z tego, co wynika ze zobowiązania w sposób logiczny, zgodnie z zasadą dobrej wiary. Orzeczenie Sądu Najwyższego nazywa to „konsekwencjami naturalnymi” [*derivaciones naturales*]¹⁰⁷ oraz „efektywnym wywiązaniem się ze zobowiązania” [*cumplida efectividad*].¹⁰⁸

¹⁰³ Ustawa – Dekret Królewski 515/1989, art. 11.

¹⁰⁴ Ustawa o ochronie konsumenta i użytkownika 1/2007, z dnia 16 listopada 2007 r. [Real Decreto Legislativo 1/2007, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias].

¹⁰⁵ Orzeczenie sądu STS [RJ 1999, 4562], z dnia 26 czerwca 1999 r., „... *siempre que ésta tenga contenido informativo, y no meramente laudatorio o sugestivo...*”.

¹⁰⁶ Artykuł 1 258 k.c.: „*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.*”

¹⁰⁷ Orzeczenie sądu STS [RJ 1995, 8349], z dnia 26 października 1995 r.

¹⁰⁸ Orzeczenie sądu STS [RJ 1996, 1408], z dnia 17 lutego 1996 r.

W przypadku braku zgodności między treścią umowy a tym, co wynika z reklamy, w drodze orzecznictwa stwierdzono, iż stanowi to niewywiązanie się z umowy, zgodnie z teorią włączania [*integración*] treści reklamy do umowy. Daje to konsumentowi uprawnienie do rozwiązania [*resolución*] lub unieważnienia umowy [*anulabilidad*].¹⁰⁹ Prawo dopuszcza jednak możliwość, iż niewywiązanie się z obowiązku informacyjnego przez dewelopera może zostać później, tzn. po oddaniu mieszkania, „skorygowane”.¹¹⁰

Należy mieć przede wszystkim na uwadze, iż zasada włączania treści reklamy do umowy ma na celu poprawę sytuacji konsumenta. Zgodnie bowiem z art. 63 ust. 1 ustawy 1/2007¹¹¹, w przypadku gdy istnieje sprzeczność pomiędzy treścią wynikającą z reklamy i tym, co stanowi umowa, przeważają warunki bardziej korzystne dla konsumenta.

Orzecznictwo dotyczące niewywiązania się przez deweloperów z treści wynikającej z broszur reklamowych lub warunków proponowanych w trakcie sprzedaży mieszkania w ramach promocji jest bardzo bogate i podane tutaj zostały tylko orzeczenia najbardziej znane.¹¹²

Powierzchnia mieszkania

Zgodnie z art. 10 ustawy 515/1989¹¹³ za jedną z informacji obowiązkowych, które muszą się znaleźć zarówno w ofercie, jak i w samej umowie kupna sprzedaży mieszkania, uważana jest jego powierzchnia, ze wskazaniem powierzchni użytkowej i ogólnym opisem budynku, w którym mieszkanie się znajduje, tj. opisem części wspólnych nieruchomości oraz usług dodatkowych, oraz samym opisem mieszkania (w tym informacja dotycząca materiałów, zastosowanej izolacji, instrukcja użytkowania i konserwacji instalacji, itd.).

¹⁰⁹ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 730.

¹¹⁰ Orzeczenie sądu SAP w Madrycie [JUR 2007, 232296], z dnia 13 kwietnia 2007 r.

¹¹¹ Ustawa o ochronie konsumenta i użytkownika 1/2007, z dnia 16 listopada 2007 r. [Real Decreto Legislativo 1/2007, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias].

¹¹² Orzeczenie sądu SSTs [RJ 1996, 1408], z dnia 17 lutego 1996 r., oraz inne orzeczenia tego samego sądu [RJ 1997, 5406], z dnia 30 czerwca 1997 r., [RJ 2000, 4418], z dnia 15 czerwca 2000 r., [RJ 2003, 5215], z dnia 23 maja 2003 r., oraz orzeczenia sądu SSAP w Asturii [JUR 2002, 188200], z dnia 13 maja 2002 r., sądu w Badajoz [JUR 2001, 728], z dnia 19 grudnia 2001 r., sądu w Murcji [AC 2000, 728], z dnia 23 stycznia 2000 r., i sądu w Kantabrii [AC 1996, 548], z dnia 14 marca 1996 r.

¹¹³ Ustawa – Dekret Królewski 515/1989, art. 10.

Konsument powinien także dysponować informacją na temat postępu prac budowlanych. Informacje na ten temat muszą być jasne i zrozumiałe dla konsumenta. Brak informacji odnośnie powierzchni użytkowej mieszkania stanowi naruszenie prawa i zagrożone jest sankcją administracyjną, zgodnie z art. 11 ustawy 515/1989. Niemniej jednak, w przypadku gdy ta informacja nie została podana lub podana została w sposób niejasny, zastosowanie znajdzie tu zasada interpretacji „*contra proferentem*” zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego. Według poglądu SN, „*ponieważ podanie informacji na temat powierzchni mieszkania jest obowiązkowe zarówno odnośnie oferty jak i umowy, to w sytuacji niepodania tej informacji lub podania jej w sposób niejasny, jakiegokolwiek wątpliwości należy interpretować na niekorzyść strony odpowiedzialnej za sporządzenie tych dokumentów, a dodatkowo jeżeli w takim przypadku powierzchnia mieszkania jest o 20 m² mniejsza niż kupujący oczekiwał, skutkuje to niemożnością osiągnięcia oczekiwanego przez kupującego celu i stanowi podstawę do rozwiązania przez niego umowy.*”¹¹⁴

7. Charakter prawny zadatku i zaliczki

Przy zawieraniu umowy rezerwacyjnej konsument co do zasady wręcza sprzedającemu pewną sumę pieniędzy w celu dokonania rezerwacji wybranej nieruchomości. Zasadniczo kwota ta jest zaliczana na poczet ceny końcowej, w przypadku gdy umowa dojdzie do skutku. Problem pojawia się w przypadku, gdy umowa nie dochodzi do skutku. Z jednej strony, część doktryny uważa, iż nie należy traktować danej sumy jako zaliczki [*arras*], gdyż jest to jeszcze etap przedkontraktowy i nie ma jeszcze między stronami umowy. Z drugiej strony, należy dodać, jak twierdzą inni, iż umowy rezerwacyjne są w rzeczywistości przez orzecznictwo traktowane jako rzeczywiste umowy kupna sprzedaży rzeczy przyszłej, pomimo nadania im innej nazwy, a więc przedmiotowe kwoty uważa się za wręczone już na etapie kontraktowym, tak więc należałoby je traktować jako rzeczywiste zaliczki.¹¹⁵

W celu wyjaśnienia należy dodać, iż prawo hiszpańskie wyróżnia dwa typy zaliczki/zadatku z różnymi skutkami prawnymi:

1) umowę kupna sprzedaży „z zadatkiem karnym” [*compra venta con arras penitenciales* lub *contrato de arras*], w którym to przypadku strony zachowują sobie możliwość odstąpienia od umowy, ze skutkami wynikającymi

¹¹⁴ Orzeczenie sądu STS [RJ 2002, 2852], z dnia 20 marca 2002 r.

¹¹⁵ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 699.

z art. 1 454 k.c.¹¹⁶ (tzn. jeśli to sprzedawca odstępuje, musi zwrócić otrzymaną kwotę w podwójnej wysokości, natomiast gdy to kupujący odstępuje, traci to, co wręczył przy zawieraniu umowy). Każda ze stron może odstąpić od wykonania umowy, uwalniając się ze swojego zobowiązania, jedyną karą jest więc utrata wręczonej kwoty lub obowiązek jej zwrotu w podwójnej wysokości. Kodeks cywilny posługuje się w artykule 1 454 k.c. pojęciem *arras* lub *señal* (w drodze orzecznictwa wypracowano inne rozumienie słowa *señal*, o czym będzie mowa poniżej). W obrocie powszechną praktyką jest posługiwanie się pojęciem *contrato de arras*, co samo w sobie oznacza już zadatek karny, bez potrzeby dodawania wyrazu *penitenciales*.

2) umowę kupna sprzedaży „pewną” [*en firme*] lub „z zaliczką potwierdzającą” [*compra venta con arras confirmatorias*], w którym to przypadku strony nie zachowują możliwości odstąpienia od umowy i są zobowiązane do wykonania tego, do czego się w umowie zobowiązały, a w przypadku gdy jedna ze stron tego nie czyni, druga ma prawo żądania wykonania zobowiązania lub prawo do rozwiązania umowy, w obu sytuacjach z prawem do żądania odszkodowania za poniesione straty i utracone korzyści [*indemnización por los daños y perjuicios sufridos*]. Tego typu umowę powszechnie nazywa się również umową „zaliczkową” [*contrato de señal*], w której strona kupująca dokonuje płatności w formie zaliczki, aby zabezpieczyć sobie lub zagwarantować nabycie w przyszłości przedmiotowej nieruchomości. Kwota ta oscyluje pomiędzy 5–15% wartości nieruchomości.

Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego, w przypadku braku wyraźnej woli stron wyrażonej w umowie, zaliczka dana przy podpisywaniu umowy ma funkcję karną [*función penitencial*]. W związku z tym traktować należy jakąkolwiek sumę pieniężną wręczoną przy podpisywaniu umowy jako zaliczkę potwierdzającą właśnie zawartą między stronami umowę [*arras confirmatorias*], czyli bez prawa stron do odstąpienia od przedmiotowej umowy i uwolnienia się od zobowiązania poprzez zapłatę otrzymanej kwoty w podwójnej wysokości lub rezygnację z tego, co się otrzymało. Kwota dana przy podpisywaniu umowy zaliczana jest na poczet ceny ostatecznej.¹¹⁷

¹¹⁶ Artykuł 1 454 k.c.: „*Si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindir el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas.*”

¹¹⁷ Orzeczenie sądu SSTS [RJ 1991, 7929], z dnia 4 listopada 1991 r., oraz inne orzeczenia tego samego sądu [RJ 1992, 7518], z dnia 3 października 1992 r., [RJ 1993, 9605], z dnia 11 grudnia 1993 r., [RJ 1994, 4968], z dnia 21 czerwca 1994 r., [RJ 1995, 21421], z dnia 25 marca 1995 r., oraz [RJ 1998, 773], z dnia 31 grudnia 1998 r.

Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego samo użycie wyrazu *señal* nie oznacza jeszcze, że strony chciały przez to zachować dla siebie możliwość odstąpienia od umowy i może być traktowane jako błąd w nazwie przy sporządzaniu umowy.¹¹⁸

Mówiąc o zadatku i zaliczkach, należy odnieść się również do ustawy 57/1968 o pobieraniu zaliczek w budownictwie i sprzedaży mieszkań¹¹⁹ wraz ze zmianami wprowadzonymi do niej przez ustawę o budownictwie 38/1999.¹²⁰

Motywami, dla których ustawodawca hiszpański zdecydował się wprowadzić do systemu prawnego ustawę 57/1968 o pobieraniu zaliczek, były liczne nadużycia w tej dziedzinie, co z jednej strony bardzo zakłócało poczucie sprawiedliwości społecznej, z drugiej strony czyniły te, ewidentnie o charakterze przestępczym, wyrządzały niejednokrotnie nieodwracalne szkody, tym którzy kierując się zasadami dobrej wiary i uczciwości, wpłacali duże kwoty na poczet przyszłych mieszkań.

Przedmiotowa ustawa ustanawia normy o charakterze ochronnym, których celem jest efektywne wykorzystanie środków finansowych zadatkowanych przez nabywców w celu wybudowania mieszkań, jak również zagwarantowanie zwrotu tych kwot, w przypadku gdy proces budowlany nie dojdzie do skutku. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego celem ww. ustawy jest ochrona konsumenta, który „zainwestował” swoje pieniądze, chcąc nabyć mieszkanie, które znajduje się w fazie planowania lub konstrukcji.¹²¹ Zmiany, jakich dokonała ustawa o budownictwie 38/1999, polegały m.in. na nałożeniu na deweloperów ustawowego obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia w celu zagwarantowania kupującemu zwrotu pobranych zaliczek oraz wypłaty odszkodowania w przypadku niewywiązania się przez sprzedającego z umowy.¹²²

Ustawa 57/1968 nakłada na dewelopera – wykonawcę następujące obowiązki:

¹¹⁸ Orzeczenie sądu STS [RJ 1996, 2369], z dnia 28 marca 1996 r., oraz sądu SSTs [RJ 1992, 6505, 7328, 10657], z dnia 31 lipca, 28 września i 24 grudnia, wszystkie z 1992 r., oraz [RJ 1994, 2787], z dnia 11 kwietnia 1994 r., i [RJ 1994, 1784], z dnia 15 marca 1994 r.

¹¹⁹ Ustawa 57/1968, z dnia 27 lipca 1968 r., o pobieraniu zaliczek w budownictwie i sprzedaży mieszkań [Ley 57/1968, de 27 de Julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas].

¹²⁰ Ustawa o budownictwie 38/1999, z 5 listopada 1999 r., Ley de Ordenación de la Edificación – LOE.

¹²¹ Orzeczenie sądu SSTs [RJ 2003, 2957], z dnia 9 kwietnia 2003 r., oraz orzeczenie tego samego sądu [RJ 2001, 2731], z dnia 8 marca 2001 r.

¹²² *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 701.

- 1) zagwarantowanie zwrotu wniesionej przez kupującego sumy i odsetek od tej kwoty poprzez zawarcie umowy ubezpieczenia, na wypadek gdy przedmiotowa budowa nie dojdzie do skutku (tzn. nie zostanie rozpoczęta lub zakończona) z jakiegokolwiek przyczyny w czasie uzgodnionym przez strony.¹²³ Ustawa ta daje konsumentowi, w przypadku gdy nie dojdzie do rozpoczęcia lub ukończenia prac budowlanych w przewidzianym umową terminie, uprawnienie do rozwiązania umowy i zwrotu wpłaconych kwot, albo do wyznaczenia deweloperowi – wykonawcy dodatkowego terminu na wywiązanie się z umowy poprzez sporządzenie aneksu do umowy;¹²⁴
- 2) pobieranie zaliczek od nabywców poprzez bank lub kasę oszczędnościową [*caja de ahorros*] i deponowanie tych kwot na specjalnych kontach;
- 3) wyraźne wskazanie w umowie nazwy banku lub kasy, w których zostały zdeponowane przedpłacone kwoty;
- 4) w momencie zawarcia umowy kupna sprzedaży mieszkania wręczenie kupującemu dokumentu, który stwierdza zawarcie przedmiotowej umowy o prowadzenie takiego konta;
- 5) zawarcie w reklamie i w trakcie sprzedaży promocyjnej mieszkań informacji o tym, iż sprzedający spełnia wymogi nałożone na niego przez ustawę 57/1968.¹²⁵

Niewywiązanie się przez dewelopera z nałożonych na niego ww. ustawą obowiązków stanowi wykroczenie o charakterze administracyjno-prawnym i zagrożone jest karą grzywny, a w pewnych przypadkach nawet postępowaniem o charakterze prawno-karnym¹²⁶ i zgodnie z art. 252 k.k.¹²⁷ stanowić może przestępstwo przywłaszczenia rzeczy powierzonej [*apropiación indebida*].¹²⁸

¹²³ Orzeczenie sądu SSTs [RJ 1999, 8217], z dnia 15 listopada 1999 r., oraz orzeczenie tego samego sądu [RJ 2001, 2731], z dnia 8 marca 2001 r.

¹²⁴ Orzeczenie sądu SSTs [RJ 2004, 4386], z dnia 19 lipca 2004 r., oraz orzeczenie tego samego sądu [RJ 2003, 2957], z dnia 9 kwietnia 2003 r., oraz sądu SAP w Avila [JUR 2002, 33397], z dnia 10 grudnia 2002 r.

¹²⁵ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 702.

¹²⁶ Orzeczenie sądu STS [RJ 1996, 9501], z dnia 23 grudnia 1996 r., oraz orzeczenie tego samego sądu [RJ 1998, 9204], z dnia 27 listopada 1998 r.

¹²⁷ Código Penal, z dnia 25 lipca 1889 r., hiszpański Kodeks karny.

¹²⁸ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 702.

8. Niedozwolone klauzule w umowach kupna sprzedaży nieruchomości

Ustawodawca hiszpański w art. 89 ust. 3 ustawy 1/2007 o ochronie konsumenta¹²⁹ zdefiniował rodzaje niedozwolonych postanowień umownych, które w szczególny sposób dotyczą umów kupna sprzedaży mieszkań, i które mieszczą się w generalnej klauzuli mówiącej o zakazie przerzucania na konsumenta wszelkich kosztów związanych z dokumentacją i procedurą, które wg prawa powinien ponieść przedsiębiorca.¹³⁰

W szczególności jako niedozwolone postanowienia umowne uznane zostały:

1) postanowienie, iż to konsument ponosi koszt związany z formalnymi wymogami prawa, spełnienie których konieczne jest, aby móc przenieść tytuł własności (np. procedura związana z ustanowieniem odrębnej własności nieruchomości, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, ustanowienie hipoteki dla zabezpieczenia kredytu w celu prowadzenia inwestycji budowlanej, również wykreślenie tej hipoteki);¹³¹

2) postanowienie zobowiązujące konsumenta do wstąpienia w prawa zaspokojonego dłużnika [*subrogación*] przejęcia części obciążenia na hipotecę ustanowionej przez dewelopera zgodnie z nabywanym udziałem lub nakładające na konsumenta karę w przypadku niewyrażenia przez niego zgody na takie przejęcie;¹³²

3) postanowienie nakładające na konsumenta obowiązek zapłaty podatków, które zgodnie z prawem powinien zapłacić przedsiębiorca;¹³³

¹²⁹ Ustawa o ochronie konsumenta i użytkownika 1/2007, z dnia 16 listopada 2007 r. [Real Decreto Legislativo 1/2007, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias].

¹³⁰ Carmen González Carrasco, *La contratación inmobiliaria con consumidores*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla la Mancha, str. 8; Francisco Pertíñez Vélchez, *Algunas cláusulas abusivas en los contratos de compraventa de vivienda*, [w:] *Estudios sobre Consumo* 77, 2006, str. 23; *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 712.

¹³¹ Orzeczenie sądu STS [RJ 2002, 6491], z dnia 24 lipca 2002 r., sądu SSTs [RJ 2000, 5090], z dnia 1 czerwca 2000 r., oraz [RJ 1999, 529], z dnia 2 lutego 1999 r., orzeczenie sądu SAP w Walencji [JUR 2004, 35308], z dnia 23 czerwca 2004 r., sądu SAP w Madrycie [JUR 2006, 39591], z dnia 5 grudnia 2006 r., oraz [JUR 2007, 210672], z dnia 8 maja 2007 r.

¹³² Orzeczenie sądu SSAP w Grenadzie [JUR 2007, 123510], z dnia 20 października 2006 r., sądu w Nawarra [JUR 2003, 11330], z dnia 17 października 2003 r., sądu w Asturii [AC 1999, 1320], z dnia 5 marca 1999 r., sądu w Madrycie [AC 1994, 1486], z dnia 8 lipca 1994 r., oraz orzeczenie tego samego sądu [AC 1993, 2500], z dnia 9 grudnia 1993 r.

¹³³ Orzeczenie sądu SSAP w Burgos [AC 1997, 233], z dnia 6 lutego 1997 r., sądu w Vizcaya [JUR 2002, 222942], z dnia 29 stycznia 2002 r., sądu SSAP w La Coruña [AC 1999, 2034], z dnia 15 października 1999 r.

4) postanowienie, zgodnie z którym koszty związane z przyłączeniem różnych mediów ponieść powinien konsument, mimo iż zgodnie z umową mieszkanie powinno mu być oddane w stanie pozwalającym na jego użytkowanie (np. woda, prąd, kanalizacja, pobranie osobnej opłaty za budowę basenu, chociaż budowa ta wynikała z materiałów promocyjnych).^{134 135}

Lista ta nie jest jednak wyczerpująca i konsument ma prawo również powołać się na inne niedozwolone postanowienia umowne zawarte w tym przepisie, zwłaszcza w pozostałych ustępach. Co do zasady niedozwolone są wszelkie postanowienia umowne niezgodnione z konsumentem indywidualnie oraz te, które niezgodnie z zasadami dobrej wiary tworzą nierównowagę stron w zakresie ich praw i obowiązków (art. 82 ustawy 1/2007). Orzecznictwo w tej materii jest bardzo bogate i pozwala na dokonanie pewnej typizacji niedozwolonych klauzul umownych dotyczących rynku nieruchomości występujących w prawie hiszpańskim.^{136 137} Należą tu:

- 1) postanowienia umowne nakładające na konsumenta koszty, do poniesienia których prawem zobowiązany jest sprzedający;
- 2) postanowienia umowne, które uzależniają wykonanie umowy od woli jednej strony, w tym przypadku od woli dewelopera;
- 3) postanowienia umowne ograniczające odpowiedzialność dewelopera za niewywiązanie się z umowy;
- 4) postanowienia umowne ze względu na brak w nich elementu wzajemności (np. niewspółmierna kara umowna w przypadku niewywiązania się przez którąś ze stron z umowy);
- 5) postanowienia umowne, poprzez które konsument zrzuca się swoich praw (np. rezygnacja z gwarancji wymaganych prawem od deweloperów, rezygnacja z prawa do wyboru notariusza);
- 6) postanowienia umowne, które nakładają na konsumenta obowiązek korzystania z jakiś usług lub zakupu jakiś dóbr (np. firmy administracyjnej, konserwacji lub bycia członkiem jakiegoś stowarzyszenia czy klubu);

¹³⁴ Ustawa 1/2007, art. 89 ust. 3.

¹³⁵ Orzeczenie sądu SAP w Zaragoza [AC 1993, 2300], z dnia 26 listopada 1993 r., sądu SAP w Madrycie [JUR 1991, 9241], z dnia 5 czerwca 1991 r., sądu w Burgos [AC 1996, 2039], z dnia 9 października 1996 r.

¹³⁶ Carmen González Carrasco, *La contratación inmobiliaria con consumidores*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla la Mancha, str. 8.

¹³⁷ Carmen González Carrasco, *La contratación inmobiliaria con consumidores*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla la Mancha, str. 8; Francisco Pertíñez Vélchez, *Algunas cláusulas abusivas en los contratos de compraventa de vivienda*, [w:] *Estudios sobre Consumo* 77, 2006, str. 23; *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 712.

- 7) postanowienia umowne, które nakładają na konsumenta nieproporcjonalne konsekwencje w stosunku do jego zawinienia (np. kara rozwiązania umowy w przypadku spóźnienia się z zapłatą jakiejś raty, klauzula pozwalająca deweloperowi w przypadku rozwiązania umowy na zachowanie wszystkich dotychczas wpłaconych przez konsumenta kwot, traktując je jako karę umowną za niewywiązanie się przez niego z umowy);
- 8) w akcie notarialnym niedozwolone są postanowienia zmieniające lub modyfikujące treść zawartej przez strony umowy prywatnej, chyba że strony przed podpisaniem aktu notarialnego wyrażnie się na to zgodziły;
- 9) postanowienia umowne związane z ustanowieniem odrębnej własności lokali (reguluje to ustawa), jak i wpływające na regulamin wspólnoty.¹³⁸

9. Opóźnienie w oddaniu mieszkania

Jednym z najczęstszych problemów, jakie napotyka na swej drodze nabywca mieszkania, są opóźnienia w jego oddaniu. Może to być bardzo kłopotliwe dla kupującego, nie tylko z samego faktu opóźnienia, ale również dlatego, iż wynikają z tego dodatkowe kłopoty, takie jak np. przymus dalszego wynajmowania mieszkania. Jest oczywiste, iż aby można było w ogóle mówić o opóźnieniu w terminie oddania mieszkania, musi zostać w umowie określony termin tego oddania, które zgodnie z art. 5 ust. 5 ustawy 515/1989¹³⁹ jest informacją obowiązkową, jaką sprzedawca musi zawrzeć w umowie. W przypadku braku takiej informacji wchodziłby w grę art. 1 128 k.c.¹⁴⁰, zgodnie z którym w tego typu okolicznościach można żądać wyznaczenia tego terminu przez sąd.

Generalnie, w powszechnym zastosowaniu występują klauzule, nakładające na dewelopera obowiązek zapłaty odszkodowania w przypadku wystąpienia opóźnienia w terminie oddania przedmiotowej nieruchomości, najczęściej odszkodowanie to należy się za każdy miesiąc opóźnienia.¹⁴¹ W sytuacji wystąpienia zwłoki konsument ma możliwość żądania zapłaty kary/odszkodowania [*indemnización*] wynikającego z umowy, na drodze sądowej lub pozasądowej, kara ta zastę-

¹³⁸ Carmen González Carrasco, *La contratación inmobiliaria con consumidores*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla la Mancha, str. 8.

¹³⁹ Ustawa – Dekret Królewski 515/1989, z dnia 21 kwietnia 1989 r., o ochronie konsumenta w zakresie obowiązku informacyjnego w umowach kupna sprzedaży i najmu mieszkań [Real Decreto 515/1989, de 21 Abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento].

¹⁴⁰ Código Civil, z dnia 25 lipca 1889 r., hiszpański Kodeks cywilny.

¹⁴¹ Orzeczenie sądu SAP w La Coruña [JUR 2002, 87426], z dnia 22 stycznia 2002 r.

puje odszkodowanie z tytułu poniesionych strat [*indemnización de daños y perjuicios*], jak również obowiązek zapłaty odsetek z tytułu wystąpienia opóźnienia, chyba że co innego wynika z umowy. Mówi o tym wprost art. 1 152 k.c., zgodnie z którym w przypadku ustanowienia w umowie kary z tytułu niewykonania zobowiązania, kara ta zastępuje odszkodowanie z tytułu poniesionych strat, jak i obowiązek zapłaty odsetek, chyba że co innego wynika z umowy.¹⁴² Występując z żądaniem zapłaty kary umownej, nie trzeba wykazywać ani samego faktu wystąpienia szkody, ani wysokości tej szkody. W tym miejscu należy jednak zwrócić uwagę na art. 1 154 k.c.¹⁴³, zgodnie z którym stronie przyznana została możliwość sądowego żądania obniżenia wysokości kary umownej, w przypadku gdy zobowiązanie główne zostało częściowo spełnione.¹⁴⁴

Poza konsekwencjami wymienionymi powyżej, w przypadku wystąpienia opóźnienia po stronie dewelopera w spełnieniu zobowiązania, fakt ten daje podstawy do następujących, dalszych konsekwencji:

- a) powstania domniemania wystąpienia zwłoki po stronie dewelopera, zgodnie z art. 1 100 k.c.¹⁴⁵ (w zwłoce jest ten, kto nie spełnia swego zobowiązania wynikającego z umowy, pomimo wezwania go do tego przez drugą stronę lub upływu wyznaczonego terminu), ze skutkami które zostały już powyżej omówione;¹⁴⁶
- b) możliwości dochodzenia przez stronę odszkodowania w ramach odpowiedzialności kontraktowej, zgodnie z art. 1 101 k.c.¹⁴⁷ (do zapłaty odszkodowania z tytułu poniesionych strat zobowiązani są ci, którzy przy wykonywaniu zobowiązania popadli w zwłokę, wykonali je w sposób niedbały [*negligencia*], w sposób umyślny nie dołożyli należytych starań [*dolo*] lub sprzeniewierzyli się [*contravenir*] wykonaniu zobowiązania w jakikolwiek inny sposób). W przypadku tym konsument musi jednak udowodnić wystąpienie szkody i jej wysokości, co generalnie nie przedstawia problemu. Zgodnie z orzeczeniem sądowym¹⁴⁸ odszkodowanie to obejmuje zarówno szkody z tytułu poniesionych strat, jak i utraconych korzyści [*daño emergente i lucro cesante*]. Dodatkowo, konsument ma możliwość żądania odszkodowania z tytułu poniesionej szkody niemajątkowej (tutaj strat moralnych) [*eventual daño*

¹⁴² Código Civil, art. 1 152.

¹⁴³ Código Civil, art. 1 154.

¹⁴⁴ Orzeczenie sądu STS [RJ 1986, 1854], z dnia 16 kwietnia 1986 r.

¹⁴⁵ Código Civil, art. 1 100.

¹⁴⁶ Orzeczenie sądu SAP w Granadzie [JUR 2003, 200196], z dnia 7 kwietnia 2003 r.

¹⁴⁷ Código Civil, art. 1 101.

¹⁴⁸ Orzeczenie sądu SAP w Murcji [AC 2000, 775], z dnia 1 lutego 2000 r.

moral] powstałych w skutek niemożności dysponowania mieszkaniem w określonym w umowie terminie, co mogło przyczynić się do powstania lęku, niepokoju, niewygody, przykrości, czy też wzburzenia [*trastornos, molestias, desasosigos*]. Są to okoliczności, które również powinny zostać udowodnione. W przypadku przyznania odszkodowania z tytułu wystąpienia strat moralnych znamienne jest orzeczenie sądu w Barcelonie z 2004 r. (w przedmiotowym stanie faktycznym nastąpiło 9-miesięczne opóźnienie w terminie oddania drugiego mieszkania powoda). Zgodnie z tym orzeczeniem, „w przedmiotowym stanie faktycznym kwestia opóźnienia ze strony dewelopera nie pozostawia najmniejszych wątpliwości, i jest to oczywiste, iż niemożność korzystania z przedmiotowej nieruchomości w celach rekreacyjnych w trakcie weekendów, okresie Bożego Narodzenia i Wielkanocy powoduje stan niewygody i wzburzenia oraz poczucie przykrości, za które należy się odszkodowanie.¹⁴⁹ Ocena zakresu szkody niematerialnej (straty moralnej), w przypadku braku dowodów obiektywnych wymaga od sądu zachowania kryterium ostrożności, jednocześnie jednak ocena ta powinna zostać dokonana w sposób pragmatyczny i przybliżony [*aproximación*].”¹⁵⁰ Ponadto, „w analizowanej sprawie sąd przyznał powodowi odszkodowanie z tytułu strat moralnych w wysokości 1 500 euro. W przedmiotowym stanie faktycznym nie chodziło o mieszkanie główne, lecz o mieszkanie „rekreacyjne”, nabyte w celu korzystania z niego w trakcie weekendów, Bożego Narodzenia i Wielkanocy, i wynikię dla powoda nieprzyjemności spowodowane niewywiązaniem się przez dewelopera z zawartej umowy nie mogą być porównywane do sytuacji znacznie cięższych.”¹⁵¹

3. może doprowadzić do rozwiązania umowy przez nabywcę. W najpoważniejszych przypadkach opóźnienia po stronie dewelopera, rozwiązanie umowy jest prawdopodobnie najbardziej satysfakcjonującym rozwiązaniem dla konsumenta, który nabrał już bardzo dużych wątpliwości co do możliwości wywiązania się drugiej strony ze swojego zobowiązania.¹⁵²

¹⁴⁹ Orzeczenie sądu SAP w Barcelonie [AC 2004, 528], z dnia 12 lutego 2004 r., dodatkowo orzeczenia Sądu Najwyższego SS [RJ 1990, 6164] z dnia 23 lipca 1990 r., [RJ 1993, 515] z dnia 29 stycznia 1993 r., [RJ 1994, 9433] z dnia 9 grudnia 1994 r.

¹⁵⁰ Orzeczenia sądu SSTS [RJ 1984, 2403], z dnia 9 maja 1984 r., [RJ 1996, 7235], z dnia 21 października 1996 r., [RJ 1998, 8367], z dnia 5 października 1998 r., oraz [RJ 1999, 9134], z dnia 26 listopada 1999 r.

¹⁵¹ Orzeczenie sądu SAP w Barcelonie [JUR 2004, 223862], z dnia 10 lipca 2004 r.

¹⁵² *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 716.

Wszelkie te uprawnienia, o których była mowa powyżej, mogą napotkać na trudności w realizacji w razie zawarcia w umowie klauzul, w których deweloper zastrzega sobie termin wystarczająco długi i nieokreślony na przekazanie mieszkania lub jeżeli przekazanie to jest zależne od jego woli. Niemniej jednak postanowienia umowne zawierające określenia w rodzaju „*przekazanie mieszkania nastąpi tak szybko, jak to możliwe, lub po ukończeniu budowy*”, poza tym, że są zabawne, i jak najbardziej prawdziwe, uznawane są zgodnie z art. 85 ust. 1 i 8 ustawy 1/2007 o ochronie konsumenta i użytkownika¹⁵³ za niedozwolone postanowienia umowne. Zgodnie z art. 85 ust. 1 niedozwolone jest postanowienie umowne, poprzez które przedsiębiorca zastrzega dla siebie zbyt długi lub nieprecyzyjny termin na wywiązanie się ze swojego zobowiązania, oraz art. 85 ust. 8 – niedozwolone jest uzależnienie terminu spełnienia świadczenia od woli przedsiębiorcy.¹⁵⁴ Nie należy zapominać również, co zostało już wcześniej zasygnalizowane, o uprawnieniu konsumenta w tego typu sytuacji do żądania wyznaczenia terminu spełnienia świadczenia przez sąd.¹⁵⁵

Na koniec należy jeszcze wspomnieć o przeciwnym biegunie w stosunku do dotychczasowych rozważań, tj. oddaniu mieszkania przed terminem określonym w umowie. Taka sytuacja również może generować dla konsumenta pewne problemy, gdyż musi on cały czas płacić czynsz za wynajmowane mieszkanie, oraz z uwagi na dokonanie subrogacji (wejście w miejsce dewelopera jako dłużnika banku, który udzielił kredytu hipotecznego na przedmiotową budowę), co z kolei powoduje konieczność ponoszenia opłat z tytułu kredytu hipotecznego. Powszechną praktyką przy sporządzaniu umowy jest zawarcie w niej klauzuli, zgodnie którą subrogacja dokonywana jest od momentu wezwania nabywcy mieszkania przez dewelopera do podpisania aktu notarialnego, a nie od samej daty sporządzenia aktu.

W kwestii tej wypowiedział się Sąd Najwyższy, który stwierdził, iż „*wprawdzie w art. 5 ust. 5 ustawy 515/1989 o zakresie ochrony konsumenta w zakresie obowiązku informacyjnego*¹⁵⁶ ustawodawca hiszpański ustanawia obowiązek dewelopera

¹⁵³ Ustawa o ochronie konsumenta i użytkownika 1/2007, z dnia 16 listopada 2007 r. [Real Decreto Legislativo 1/2007, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias].

¹⁵⁴ Orzeczenie sądu SSAP w Navarra [AC 1994, 1736], z dnia 17 października 1994 r., sądu w Madrycie [AC 1996, 643], z dnia 1 kwietnia 1996 r., w Sewilli [JUR 2007, 275590], z dnia 7 marca 2007 r., oraz w Las Palmas [JUR 2007, 150623], z dnia 2 marca 2007 r.

¹⁵⁵ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 717.

¹⁵⁶ Ustawa – Dekret Królewski 515/1989, z dnia 21 kwietnia 1989 r., o ochronie konsumenta w zakresie obowiązku informacyjnego w umowach kupna sprzedaży i najmu mieszkań [Real Decreto 515/1989, de 21 Abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento].

do precyzyjnego określenia terminu przekazania mieszkania, nie oznacza to jednak, iż oddanie mieszkania ma być dokonane dokładnie tego dnia, bez możliwości wcześniejszego przekazania mieszkania, w przypadku ukończenia budowy przed planowanym terminem. Cel ochronny ustawy realizuje się w sytuacji wystąpienia opóźnienia po stronie dewelopera i w związku z tym niewywiązanie się przez niego ze swojego zobowiązania. Nie oznacza to jednak, iż konsument nie jest objęty ochroną wynikającą z przedmiotowej ustawy w przypadku wcześniejszego przekazania mieszkania, tj. wywiązania się przez dewelopera ze swojego zobowiązania przed terminem wynikającym z umowy.”¹⁵⁷

10. Rodzaje niewywiązania się z umowy

a) Problemy wynikające z różnic w powierzchni

Jeden z najczęściej spotykanych w Hiszpanii sporów pomiędzy deweloperem a nabywcą nieruchomości dotyczy różnic w powierzchni mieszkania. Konsument kupuje określone mieszkanie, z konkretną liczbą metrów kwadratowych, następnie jednak zostaje mu oddane mieszkanie o wielkości znacznie różniące się. Dzieje się tak pomimo tego, iż ustawa 515/1989¹⁵⁸ o obowiązku informacyjnym w art. 4 ust. 3 nakłada na sprzedawcę obowiązek zawarcia w umowie informacji o wielkości mieszkania.

Częstą praktyką jest, niestety, podawanie tej informacji w sposób niejasny, nie czyniąc rozróżnienia na powierzchnię użytkową i powierzchnię całkowitą mieszkania oraz powierzchnię części wspólnych.¹⁵⁹ W drodze orzecznictwa, zgodnie z linią Sądu Najwyższego w tego typu przypadkach niejasności tłumaczy się na korzyść konsumenta, tak więc jeżeli w umowie mowa jest o powierzchni 80 m² i nie jest sprecyzowane, czy należy przez to rozumieć powierzchnię użytkową czy całkowitą, to należy przyjąć interpretację korzystniejszą dla nabywcy, czyli iż mowa jest o powierzchni użytkowej.¹⁶⁰

Pisząc o sporach związanych z powierzchnią mieszkania, nie sposób nie zwrócić uwagi na jeszcze jeden fakt. W przypadku umów kupna sprzedaży nieruchomości hiszpański Kodeks cywilny wyróżnia dwa rodzaje form ustalenia ceny nieruchomości:

¹⁵⁷ Orzeczenie sądu STS [RJ 2002, 6244], z dnia 16 lipca 2002 r.

¹⁵⁸ Ustawa – Dekret Królewski 515/1989, z dnia 21 kwietnia 1989 r., o ochronie konsumenta w zakresie obowiązku informacyjnego w umowach kupna sprzedaży i najmu mieszkań [Real Decreto 515/1989, de 21 Abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento].

¹⁵⁹ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 718.

¹⁶⁰ Orzeczenie sądu STS [RJ 2002, 2852], z dnia 20 marca 2002 r.

a) sprzedaż z określeniem powierzchni mieszkania i na tej podstawie ilości metrów kwadratowych, za które kupujący płaci, cena zostaje określona w stosunku do jakiejś jednostki miary, tzn. metra kwadratowego. W tym przypadku powierzchnia staje się elementem przedmiotowo istotnym, gdyż na jej podstawie określona zostaje cena [*venta con expresión de la cabida y a razón de precio por unidad de medida*];

b) sprzedaż po cenie zryczałtowanej/ustalonej/określonej, czyli takiej, która jest z góry ustalona, bez względu na ilość metrów kwadratowych i inne parametry. W tym przypadku cena jest ustalona za nieruchomość, a powierzchnia działki lub mieszkania nie jest elementem przedmiotowo istotnym, który by miał znaczenie dla stron przy wyrażaniu oświadczenia woli, mimo iż może on być zawarty w umowie [*compraventa a precio alzado o de cuerpo cierto*].

Zróżnicowanie to ma zasadnicze znaczenie dla uprawnień nabywcy, gdyż tylko w tym pierwszym przypadku ma on roszczenie do sprzedawcy o obniżenie ceny lub odstąpienie od umowy, w tym drugim przypadku różnica w ilości metrów kwadratowych nie odgrywa roli dla faktu wywiązania się drugiej strony ze swojego zobowiązania. W praktyce powszechnym postępowaniem było, iż umowa prywatna określała cenę za metr kwadratowy oraz cenę ogólną za mieszkanie, następnie w momencie podpisywania aktu notarialnego notariusz wpisywał tylko cenę ogólną za mieszkanie, nie odnosząc się już do powierzchni mieszkania i stosunku tej powierzchni do ceny. W ten sposób nabywca zostawał pozbawiony swoich uprawnień wynikających z niewywiązania się przez dewelopera z jego obowiązku dostarczenia mieszkania o konkretnej wielkości. Zostało to uznane za niedozwoloną praktykę umowną, gdyż zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego stanowić to może „pomocnictwo w ukrywaniu niewywiązania się dewelopera z zawartej umowy prywatnej z nabywcą” [*encubrimiento del incumplimiento de la obligación de entrega por la vendedora*].¹⁶¹

Nadmienić należy, iż fakt podpisania umowy notarialnej, co po hiszpańsku w tłumaczeniu dosłownym określa się terminem „wyniesienia umowy prywatnej do rangi dokumentu urzędowego” [*elevación a escritura pública del contrato privado de compra venta*], nie stanowi „nowej umowy” [*nuevo contrato*], ale jest „wyniesieniem” umowy już zawartej na poziom urzędowy, chyba że co innego wyrażenie wynika z umowy. Co do zasady jednak, akt notarialny stanowi odzwierciedlenie postanowień z umowy prywatnej. Wyjątkiem od tej zasady jest art. 1 224 k.c.¹⁶², który dopuszcza możliwość *renovatio contractus*, i w tego typu przypadkach

¹⁶¹ Orzeczenie sądu SAP w Kantabrii [JUR 2000, 120287], z dnia 27 grudnia 2000 r.

¹⁶² Código Civil, z dnia 25 lipca 1889 r., hiszpański Kodeks cywilny.

akt notarialny zastępuje postanowienia umowy prywatnej pomiędzy stronami nowymi postanowieniami i wiążące dla stron są już oczywiście nowe ustalenia.

Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego (orzecznictwo w tej materii nie jest jednolite), w tego typu przypadkach dochodzi do zawarcia nowej umowy [novación] pomiędzy stronami, na co strony wyraźnie się zgodziły, i późniejsze zaprzeczanie własnym czynom/zaskarżanie [impugnación] takiej umowy stanowi zaprzeczanie własnym czynom – *venire contra proprium*, i stronie takiej prawo hiszpańskie nie przyznaje ochrony prawnej (w przedmiotowym stanie faktycznym, na podstawie którego rozstrzygał Sąd Najwyższy różnica powierzchni nieruchomości pomiędzy umową prywatną a aktem notarialnym wynosiła 1 400 m² – sąd uznał, iż strony, podpisując akt notarialny, zawarły nową umowę).¹⁶³

Podkreślenia jednak wymaga fakt, iż obecnie coraz więcej orzeczeń Sądu Najwyższego uznaje, szczególnie w umowach z konsumentami, podpisanie aktu notarialnego, jako nowej umowy pomiędzy stronami, niezależnie od tego, czy taka klauzula nowacyjna zawarta została w samym akcie notarialnym [*cláusula novatoria expresa*].

Dodatkowo, jak zostało to już wcześniej zasygnalizowane, zwrócić uwagę należy jeszcze na fakt, iż umowa sprzedaży mieszkania „na planie”¹⁶⁴, które w trakcie zawierania umowy prywatnej (cywilno-prawnej) [*contrato privado*] znajduje się w fazie budowy, nie jest uważana za umowę sprzedaży po cenie ustalonej [*venta po precio alzado* lub *cuerpo cierto*], a za sprzedaż po cenie jednostkowej określonej na podstawie m² [*a razón de un tanto por unidad de media*].¹⁶⁵ Sąd Najwyższy wypowiedział się w tej kwestii i stwierdził, iż mimo że strony podpisały akt notarialny i określiły w nim cenę mieszkania nie w stosunku do ilości metrów kwadratowych, ale w stosunku do wartości mieszkania jako całości, to nawet przy takim stanie faktycznym strona ma prawo do rozwiązania umowy i zwrotu pobranych świadczeń (w przedmiotowym stanie faktycznym powierzchnia mieszkania w umowie prywatnej wynosiła 116 m², a powierzchnia rzeczywiście oddana nabywcy to 90 m² – w umowie nie było określone, czy chodziło o powierzchnię całkowitą czy użytkową).¹⁶⁶ Ponadto, w przypadku gdy powierzchnia mieszkania jest o 20 m² i więcej mniejsza niż wynika to z umowy prywatnej, to w tego typu sytuacjach następuje „zniweczenie” celu umowy [*frustración del fin del negocio*] i stanowi to podstawę do rozwiązania umowy.

¹⁶³ Orzeczenie sądu STS [1982/ 6522], z 3 listopada 1982 r.

¹⁶⁴ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 684.

¹⁶⁵ Orzeczenie sądu SAP w Asturii [AC 2000, 1541], z dnia 11 lipca 2000 r.

¹⁶⁶ Orzeczenie sądu STS [RJ 2002, 2852], z dnia 20 marca 2002 r.

b) Niezgodność z umową

Pod pojęciem niezgodności z umową rozumie się w prawie hiszpańskim wszelkie odstępstwa pomiędzy tym, co zostało zawarte w umowie, w reklamie, w sprzedaży promocyjnej lub w projekcie budowlanym i liście materiałów, a czego modyfikacja lub zmiana nie została poprzez odpowiednie procedury uzgodniona z konsumentem, została wykonana i oddana mu w stanie niezgodnym.¹⁶⁷ Tak więc wszelkie odstępstwa co do jakości i rodzaju użytych materiałów, nawet niewielkie, elementy konstrukcyjne i dekoracyjne, niezależnie czy do użytku wyłącznego, czy też wspólnego, oraz jakakolwiek inne cecha wynikająca z opisu mieszkania znajdująca się w materiałach reklamowych dewelopera, a która potem nie znalazła swojego odzwierciedlenia w rzeczywistości, wchodzi w zakres przedmiotowy niezgodności z umową.¹⁶⁸ W tego typu przypadkach służą konsumentowi różne rodzaje roszczeń (omówione powyżej), wynikające z art. 61 ustawy 1/2007¹⁶⁹ o ochronie konsumenta w związku z art. 10 ustawy 515/1989¹⁷⁰ o obowiązku informacyjnym, a które stwierdzają integralność informacji zawartej w materiałach promocyjnych z umową.

W Hiszpanii istnieje bardzo bogate orzecznictwo w tej materii, a poniżej omówione zostaną skargi występujące najczęściej¹⁷¹:

a) niezgodność pomiędzy użytymi materiałami a tymi wynikającymi z materiałów reklamowych lub brak elementów wynikających z materiałów reklamowych;¹⁷²

¹⁶⁷ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 721; Rebolledo Varela, *Compraventa de viviendas: reclamaciones del comprador por incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado*, Anuario Civil 2005, nr 6.

¹⁶⁸ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 720.

¹⁶⁹ Ustawa o ochronie konsumenta i użytkownika 1/2007, z dnia 16 listopada 2007 r. [Real Decreto Legislativo 1/2007, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias].

¹⁷⁰ Ustawa – Dekret Królewski 515/1989, z dnia 21 kwietnia 1989 r., o ochronie konsumenta w zakresie obowiązku informacyjnego w umowach kupna sprzedaży i najmu mieszkań [Real Decreto 515/1989, de 21 Abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento].

¹⁷¹ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 721.

¹⁷² Orzeczenia sądu SSTs [RJ 1993, 352], z dnia 30 stycznia 1993 r., oraz inne orzeczenia tego samego sądu [RJ 1992, 10243], z dnia 23 listopada 1992 r., [RJ 1992, 9364], z dnia 23 listopada 1992 r., [RJ 1996, 3920], z dnia 1 grudnia 1996 r., [RJ 1998, 8788], z dnia 4 grudnia 1998 r., oraz orzeczenie sądu SAP w Granadzie [AC 1997, 1663], z dnia 15 kwietnia 1997 r.

b) nieodpowiedniość elementu lub całego mieszkania do wykorzystania w przeznaczonym do tego celu (np. za małe miejsca garażowe, wilgoć w mieszkaniu);¹⁷³

c) jakość niezgodna z tą wynikającą z umowy, zawsze wtedy, gdy zostało to wyrażnie w umowie stwierdzone (np. wyposażenie kuchni, jakość parapetów, podłóg, drzwi przeciwpożarowych), nabywcy przysługuje roszczenie o odszkodowanie z tytułu „strat moralnych” [*daños morales*] poniesionych z powodu istotności danych elementów dla nabywcy;¹⁷⁴

d) brak innych cech charakterystycznych mieszkania (np. wysokość sufitów, widoki z okna, bliskość innych budynków).¹⁷⁵

11. Odpowiedzialność wykonawcy i dewelopera wg art. 149 ustawy 1/2007 o ochronie konsumenta i użytkownika¹⁷⁶

Przepis art. 149 ww. ustawy wprowadza reżim obiektywnej odpowiedzialności wykonawcy i dewelopera za szkody spowodowane przez wady mieszkania, które nie są objęte innym szczególnym reżimem odpowiedzialności.¹⁷⁷

Zgodnie z art. 149 ustawy 1/2007 podmioty, które budują lub trudnią się handlem [*comercialicen*] mieszkaniami, w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, ponoszą odpowiedzialność wg reżimu ustalonego w art. 148 ww. ustawy, za szkody spowodowane wadami mieszkania, które nie są objęte innym reżimem szczególnym, tzn. tym objętym art. 17 ustawy 38/1999 o budownictwie.¹⁷⁸ Zgodnie z art. 148 przedmiotowej ustawy odpowiedzialnością objęte są szkody powstałe w wyniku prawidłowego korzystania z usług związanych z mieszkaniem

¹⁷³ Orzeczenie sądu SSAP na Teneryfie [AC 2004, 717], z dnia 9 lutego 2004 r., sądu w Barcelonie [JUR 2004, 223862], z dnia 10 lipca 2004 r., oraz orzeczenie sądu SAP w Burgos [JUR 2004, 197831], z dnia 17 czerwca 2004 r.

¹⁷⁴ Orzeczenie sądu SAP w Barcelonie [AC 2004, 528], z dnia 12 lutego 2004 r., sądu STS [RJ 1996, 3920], z dnia 27 maja 1996 r., sądu SAP w Kordowie [JUR 2005, 143658], z dnia 12 kwietnia 2005 r., sądu SSAP w Kadyksie [JUR 2006, 236883], z dnia 17 kwietnia 2006 r., sądu w Valladolid [JUR 2003, 172307], z dnia 22 maja 2003 r.

¹⁷⁵ Orzeczenie sądu SAP w Saragossie [AC 2004, 727], z dnia 23 marca 2004 r., sądu SAP w Barcelonie [JUR 2004, 219795], z dnia 30 czerwca 2004 r., sądu STS [RJ 2005, 7194], z dnia 17 października 2005 r.

¹⁷⁶ Ustawa o ochronie konsumenta i użytkownika 1/2007, z dnia 16 listopada 2007 r. [Real Decreto Legislativo 1/2007, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias].

¹⁷⁷ Rosa Milá Rafel, *Artículo 149 del TRLCU: responsabilidad del constructor y el promotor por daños causados por la vivienda*, [w:] *Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, luty 2009; www.indret.com.

¹⁷⁸ Ustawa o budownictwie 38/1999, z 5 listopada 1999 r., Ley de Ordenación de la Edificación – LOE.

(np. usług sanitarnych, remontowych, wind, instalacji gazowych i elektrycznych, urządzeń domowych, wszelkich konserwacji), odpowiedzialność ta jest ograniczona do kwoty 3 mln euro.¹⁷⁹

Przepis art. 149 ww. ustawy pozwala poszkodowanemu uzyskać odszkodowanie za szkody inne niż te objęte reżimem odpowiedzialności wynikającym z art. 17 ustawy 38/1999. Art. 149 polepsza sytuację poszkodowanych, szczególnie tych, których nie łączy z wykonawcą lub deweloperem żaden stosunek wynikający z umowy. Należy jednak zaznaczyć, że przedmiotowy artykuł wprowadza również pewne ograniczenia: ma zastosowanie tylko do mieszkań, wyklucza straty moralne, szkody wynikające z użycia materiałów do rzeczy nieprzeznaczonych do użytku prywatnego, jak i wprowadza kwotowe ograniczenie odpowiedzialności.¹⁸⁰ Art. 149 nie stosuje się również do sytuacji, gdy szkody spowodowane wadami mieszkania wynikają z użycia wadliwych materiałów budowlanych, gdyż w tym przypadku odpowiedzialność ponoszona jest wg art. 135 i nast. ustawy 1/2007. Natomiast dodać jeszcze należy, iż poszkodowany zgodnie z art. 128 przedmiotowej ustawy może dochodzić odszkodowania w ramach odpowiedzialności umownej i pozaumownej za szkody, które nie wchodzą w zakres przedmiotowy art. 17 ustawy 1/2007 oraz art. 149 ustawy 38/1999, czyli w szczególności za straty moralne, jak i wady fizyczne rzeczy związanych z mieszkaniem przeznaczonych do użytku zawodowego lub gospodarczego.¹⁸¹

12. Wnioski

Hiszpański ustawodawca przewidział dla umowy deweloperskiej regulację prawną bardzo rozbudowaną i ochronną w stosunku do nabywcy nieruchomości. Reżim prawny umowy deweloperskiej kształtowany jest nie tylko przez hiszpański Kodeks cywilny, ale przez szereg ustaw, z których każda pełni odrębną funkcję.

Zasadniczo umowa deweloperska w prawie hiszpańskim ma charakter umowy sprzedaży mieszkania jako rzeczy przyszłej, co wynika głównie z faktu, iż powszechną praktyką jest, że nieruchomość, którą zainteresowany jest potencjalny nabywca, nie zostało jeszcze wybudowane, lecz jest dopiero planowane lub projektowane, natomiast znajduje się już w ofercie dewelopera, który zamierza je wybudować i sprzedać. Zgodnie z prawem hiszpańskim ma tu już miejsce

¹⁷⁹ Ustawa 1/2007, art. 148.

¹⁸⁰ Rosa Milá Rafel, *Artículo 149 del TRLCU: Responsabilidad del constructor y el promotor por daños causados por la vivienda*, [w:] *Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, luty 2009; www.indret.com.

¹⁸¹ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, str. 728.

rzeczywista sprzedaż i kupno, które dochodzą do skutku poprzez złożenie zgodnych oświadczeń woli stron, pod warunkiem, że nie ma przeszkód do zawarcia takiej umowy. Poprzez zawarcie umowy sprzedaży rzeczy przyszłej, sprzedawca bierze na siebie odpowiedzialność za fakt, iż ta rzecz zacznie istnieć. Dodatkowo, tylko poprzez wydanie rzeczy posiadającej cechy wynikające z celu, w jakim ma ona być wykorzystywana i w terminach uzgodnionych w umowie, może on wywiązać się z umowy.

Dodać należy, iż co do zasady podpisanie aktu notarialnego, co określa się po hiszpańsku mianem „wyniesienia umowy prywatnej do rangi dokumentu urzędowego”, w zależności od konkretnej sytuacji, nie stanowi nowej umowy, ale jest „wyniesieniem” umowy już zawartej na poziom urzędowy, a podpisany akt notarialny stanowi odzwierciedlenie postanowień z umowy prywatnej.

Szczególną uwagę należy zwrócić na funkcje ochronne, jakie pełnią poszczególne ustawy, które kształtują reżim prawny umowy deweloperskiej.

Na pierwszym miejscu należy tutaj zwrócić uwagę na ustawę 515/1989 o ochronie konsumenta w zakresie obowiązku informacyjnego w umowach sprzedaży mieszkań, której celem jest zapewnienie kupującemu właściwego poziomu wiedzy na temat tego, co zamierza nabyć, a wiedzę tę zdobywa właśnie z umowy lub z dokumentów, które stanowią jej załączniki. Dodatkowo ustawa ta ma zastosowanie również do wszelkich form reklamy, realizowanych w celu sprzedaży mieszkań.

Bardzo istotną rolę dla kupującego odgrywa również ustawa 38/1999 o budownictwie. Jej celem jest regulacja podstawowych kwestii procesu budowlanego, ustalenie obowiązków i odpowiedzialności podmiotów uczestniczących w tym procesie oraz gwarancji koniecznych dla prawidłowego rozwoju tego procesu. Ustawodawca hiszpański, wprowadzając w życie przedmiotową ustawę, dążył do zapewnienia wysokiej jakości świadczonej usługi budowlanej poprzez żądanie spełnienia przez dewelopera stawianych mu ustawowo wymagań, co ostatecznie doprowadzić miało do zagwarantowania właściwej ochrony interesów nabywcy.

Kolejnym nie mniej ważnym aktem prawnym jest ustawa 57/1968 o pobieraniu zaliczek, której celem jest zapewnienie należytej ochrony interesów finansowych nabywcy nieruchomości, poprzez ustanowienie wymogu efektywnego wykorzystania środków finansowych zadatkowanych przez nabywców w celu wybudowania mieszkań, jak również zagwarantowanie zwrotu tych kwot w sytuacji, gdy przedmiotowa budowa nie zostanie zrealizowana.

Należy również wspomnieć o ustawie 1/2007 o ochronie konsumenta, która nie tylko wprowadza reżim obiektywnej odpowiedzialności wykonawcy i dewelopera za wady mieszkania, które nie są objęte innym szczególnym reżimem odpowiedzialności, ale również reguluje szereg kwestii wpływających bezpośrednio

na poziom ochrony nabywcy nieruchomości w procesie kupna mieszkania. Reguluje ona przykładowo rodzaje niedozwolonych postanowień umownych, tych które dotyczą zakazu przerzucania na konsumenta wszelkich kosztów związanych z procedurą, a które zgodnie z prawem powinien ponieść przedsiębiorca. Dodatkowo przedmiotowa ustawa zawiera listę, niewyczerpującą wprawdzie, innych niedozwolonych postanowień umownych, które nie zostały uzgodnione z konsumentem indywidualnie, oraz wbrew zasadom dobrej wiary skutkują nierównowagą stron w zakresie ich praw i obowiązków.

Ustawa ta również ma zastosowanie pomocnicze do ustawy 515/1989 o ochronie konsumenta w zakresie obowiązku informacyjnego w sprzedaży mieszkań, gdyż definiuje ona, kto może być traktowany jako konsument, ustanawia wymogi prawdziwości informacji przekazywanej w reklamie, zawiera ona regulacje kształtujące sposób informowania o cenie produktu, ustanawia zasadę integralności wszelkich cech służących opisowi produktu z umową, zawsze gdy niosą one treść informacyjną dla nabywcy.

Jurisprudencja hiszpańska, analizując całość regulacji prawnych w tej materii, ukształtowała w sposób bardzo korzystny dla nabywcy nieruchomości jego sytuację prawną w przypadku niewywiązania się przez sprzedawcę z umowy, w której to sytuacji kupującemu, co do zasady, przysługuje prawo do rozwiązania umowy, zwrotu zapłaconych kwot, a nawet w wielu przypadkach odszkodowania, przykładowo w sytuacji wystąpienia zwłoki po stronie dewelopera do odszkodowania z tytułu poniesionych strat w ramach odpowiedzialności kontraktowej lub do odszkodowania z tytułu poniesionej szkody niemajątkowej, tutaj straty moralnej.

Hiszpański reżim prawny umowy deweloperskiej ocenić należy bardzo pozytywnie, jako regulację całościową w swym charakterze, a poprzez to zapewniającą faktycznie wysoki poziom ochrony nabywcy nieruchomości.

LEGAL NATURE OF CONTRACT FOR THE SALE OF REAL PROPERTY IN SPAIN

The present work is supposed to describe the legal nature of contract for the sale of property in Spain. The article refers mainly to the contracts for the sale of new apartments which are still under construction, or have only just been planned without any building works having been started yet, so – called ‘developing contracts’ in Polish.

Contracts for the sale of real properties are of utmost importance in the economy of the country in many different regards. First, because of the legal complexities involved in this process, very often connected with signing the mortgage agreement at the same time. Second, from the economic point of view, since in most cases it is the most important financial decision in the life of the purchaser of the apartment. Third, just looking at this process from the human side, because apartment is the place where the buyer and his family spend most of their time.

Taking all that into consideration, the Spanish law maker decided to regulate this matter in a very thorough way. There are many legal acts involved in regulating this process, like Spanish civil code, Act 1/2007 on protection of consumers, Act 515/1989 on the information duties in the contract for the sale of real property, Act 38/1999 on construction, and Act 57/1968 on advance payments. All of them create legal complexities of the contract for the sale of real properties, which as has been emphasized in the article is, as a rule, a contract for the sale of future thing in Spanish law.

Generally, Spanish regulation concerning this type of contracts should be evaluated in a very positive way, since the consumer stands there in the first position and is protected against the abuses and malpractices coming from the developer not only by a number of regulations created by the lawmaker, but also by a rich body of rulings passed by judges in this area of law.

Piotr Kunicki ■

UMOWA SPRZEDAŻY NIERUCHOMOŚCI JAKO RZECZY PRZYSZŁEJ NA TLE PRAWNOPORÓWNAWCZYM

Wprowadzenie

Uregulowania prawne dotyczące sposobu przenoszenia prawa własności nieruchomości nie zawsze pozwalają na zawarcie umowy sprzedaży przyszłej nieruchomości ze skutkiem rozporządzającym. Tak jest zarówno w polskim, jaki i niemieckim systemie prawnym. Także rozwiązania prawne przyjęte w angielskim systemie prawnym nie pozwalają na zawarcie umowy sprzedaży przyszłej nieruchomości ze skutkiem rozporządzającym. Natomiast we Francji, ustawodawca zdecydował się na przyjęcie konstruktywnego modelu umowy sprzedaży rzeczy przyszłej w postaci budowanej nieruchomości budynkowej, ze skutkiem zobowiązująco-rozporządzającym. Wreszcie modelowe rozwiązania umowy sprzedaży przyjęte w Draft Common Frame of Reference – choć wykluczają ich zastosowanie do przenoszenia praw do nieruchomości – wyraźnie wskazują na współczesną tendencję do szerokiego zastosowania konstrukcji umowy sprzedaży rzeczy przyszłej. W ujęciu modelowym, obejmuje ona swoim zakresem także zobowiązanie sprzedającego do wytworzenia rzeczy, a nie li tylko do przeniesienia własności tej rzeczy. Taka formuła umowy sprzedaży rzeczy przyszłej odpowiada jej podstawowym założeniom i pozwala odróżnić ją od innego rodzaju umów, jak umowa o dzieło - wytworzone z materiałów zleceniobiorcy - lub umowa dostawy.

Nie bez znaczenia dla omawianej problematyki jest także uwzględnienie historycznej ewolucji umowy sprzedaży rzeczy przyszłej, która pozwala na retrospektywne spojrzenie na jej funkcje i przeznaczenie. Nie można bowiem nie zwrócić uwagi na to, że umowa sprzedaży jest najbardziej powszechną umową, która pełni podstawową rolę w obrocie gospodarczym.

1. Geneza umowy sprzedaży rzeczy przyszłej.

Sprzedaż i zamiana z pewnością stanowią najstarsze instytucje prawa prywatnego regulujące wymianę dóbr. Początki sprzedaży wiążą się z powstaniem jednostki pieniężnej w postaci rzeczy o określonej i trwałej wartości jak kamienie szlachetne, złoto, bydło, sól. W doktrynie zauważa się, iż funkcję pieniądza w przeszłości pełniło zboże, jaja, kury, świny, krowy, sukno, pieprz, wino, rękawice, futra, miód, sól i ocet¹. Nie jest znana dokładna data powstania pieniądza, a zatem i sprzedaży. Przypuszcza się, że umowa sprzedaży, a więc i pieniądź powstały w okresie VIII wieku p.n.e.². Okolicznością sprzyjającą wykształceniu się pieniądza był rozwój handlu na skalę przekraczającą lokalną. Podstawową przyczyną zawarcia umowy zamiany było zapotrzebowanie obu stron na swoje wzajemne świadczenia. Gdy jednak jedna ze stron nie była zainteresowana świadczeniem drugiej, do zawarcia umowy nie dochodziło. Ponadto, oferowane rzeczy winny były być ekwiwalentne. Umowa sprzedaży rozwiązała ów problem, bowiem świadczenie wzajemne kupującego w postaci pieniądza, pozwalało sprzedawcy na wymianę pieniądza na dowolną rzecz odpowiadającą jego wartości.

Umowę sprzedaży można zatem zdefiniować jako stosunek prawny zawierany pomiędzy dwoma stronami, na podstawie którego sprzedawca wymienia oferowany przez siebie towar na cenę płaconą przez kupującego. Pierwotnie, cena wyrażana była nie w jednostce pieniężnej, ale funkcję tę pełniły substytuty stanowiące przedmioty o powszechnie znanej i trwałej wartości. Można było za nie nabyć wszelkiego rodzaju inne dobra. B. Lesiński słusznie twierdzi, że *„zamiana jest niewątpliwie jednym z najstarszych zjawisk związanych z obrotem towarowym. Wypiera ją dopiero wprowadzenie pieniądza jako środka płatniczego. W prawie starobabilońskim dopuszczalne było pieniężne wyrównanie różnicy między wartością zamienianych przedmiotów (...). Umowa kupna-sprzedaży, czyli wymiana towaru na pieniądze miała w czasach najdawniejszych przede wszystkim charakter gotówkowy, tzn. że strony wymieniały wzajemne świadczenia. Nabywca stawał się właścicielem rzeczy w momencie wręczenia ceny i to o tyle, o ile był właścicielem gotówki. Jeśli część jej pożyczył, pożyczkodawcy uzyskiwali współwłasność kupionego przedmiotu”*³. Pierwotnie umowa sprzedaży nie miała jakiegokolwiek szczególnej formy i zawierana była bez świadomości, iż oto strony zawiązują

¹ Por. W. Rutkowski, Pieniądz, Wyższa Szkoła Ekonomiczno-Humanistyczna w Skierniewicach, Skierniewice 2000 r., str. 21.

² Por. J. K. Galbraith, Pieniądz, pochodzenie i losy, Państwowe Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 1982 r., str. 29.

³ Por. B. Lesiński, W. Rozwadowski, Historia Prawa, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa-Poznań 1985 r., Wydanie IV, str. 36-37.

między sobą stosunek prawny. Wraz z rozwojem prawa, w przypadku sprzedaży dóbr szczególnie cennych, umowa zawierana była w obecności świadków. Zabieg ten miał na celu wzmocnienie wiarygodności dokonania sprzedaży. Forma pisemna umowy sprzedaży była najczęściej stosowana w przypadku sprzedaży dóbr szczególnego znaczenia jak nieruchomości, czy też niewolników lub bydła. Forma utrwalania faktu zawarcia umowy sprzedaży ewoluowała z czasem w kierunku coraz bardziej formalistycznym. W literaturze zauważa się, że „*pierwszymi dokumentami prawnymi Mezopotamii są wyciosane w kamieniu akty własności, czyli kupna lub darowizny. Najstarsze z nich sięgają okresu Uruk III i wczesnodynastycznych czasów I-II, czyli lat 2800-2400 p.n.e. (...) Dokumenty te dotyczą sprzedaży nieruchomości, ale także niewolników, zwierząt, a nawet daktyli i złota. Podają sumę zapłaty, imiona sprzedawcy, nabywcy oraz świadków*”⁴. W prawie średnioasyryjskim, przeniesienie tytułu własności nieruchomości wymagało wręcz trzykrotnego publicznego ogłoszenia zamiaru sprzedaży nieruchomości⁵. Skuteczność przeniesienia tytułu własności na podstawie umowy sprzedaży zależała od faktycznego przeniesienia posiadania przedmiotu sprzedaży na kupującego i zapłaty ceny przez kupującego na rzecz sprzedającego, jako ekwiwalentu jego świadczenia. Umowa sprzedaży miała więc charakter umowy realnej. Wraz z rozwojem handlu, a w konsekwencji także prawa, powstawały różne odmiany umowy sprzedaży, w tym umowa sprzedaży rzeczy przyszłej. R. Taubenschlag zauważa, że tzw. kupno prenumeracyjne (z świadczeniem zakupionej rzeczy w przyszłości) występowało już w prawie babilońskim i grecko-egipskim⁶. Konstrukcja umowy sprzedaży rzeczy przyszłej w praktyce wykorzystywana była najczęściej w celu sprzedaży przyszłych plonów z określonego pola. Inną znaną w okresie wczesno starobabilońskim formą umowy sprzedaży była sprzedaż na kredyt.

Stosunek sprzedaży stanowił także podstawowy instrument obrotu gospodarczego w okresie rzymskim. Jak zauważa K. Kolańczyk „*operacja zwana z jednej strony kupnem (emptio), a z drugiej – sprzedażą (venditio) jest prawną formą wymiany rzeczy wszelkiego rodzaju na rzeczy szczególnego rodzaju, jakimi są pieniądze. Właściwej formy prawnej dla ukształtowania tego niezmiernie doniosłego zjawiska życia ekonomicznego poszukiwano w Rzymie długo. Konsensualny kontrakt emptio venditio pojawił się wraz całą kategorią kontraktów konsensualnych dopiero*

⁴ Por. E. Lipiński, *Prawo Bliskowschodnie w starożytności – wprowadzenie historyczne*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2009 r., str. 43-44.

⁵ *Ibidem*, str. 194.

⁶ Por. R. Taubenschlag, *Rzymskie Prawo Prywatne na tle Praw Antycznych*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1955 r., wyd I, str. 167.

w ostatnich wiekach republiki”⁷. Najbardziej powszechnym sposobem wtórnego nabycia własności rzeczy była *mancipatio*. Mancypacja stanowiła w prawie rzymskim uroczysty akt kupna rzeczy w obecności pięciu świadków. Pierwotnie, jak stwierdza R. Taubenschlag „*tzw. libripens odważał sprzedawcy kruszec (nie-wybity) jako cenę kupna, a kupujący przy użyciu uroczystych słów chwycił rzecz, jako swą własność. Po wprowadzeniu pieniądza uskuteczniano zapłatę ceny poza aktem emancypacyjnym zachowując dawny rytuał*”⁸. Skuteczność umowy sprzedaży zależała w okresie rzymskim od dochowania określonych wymagań formalno prawnych. Bez ich zachowania nie dochodziło do przejścia tytułu własności ze sprzedawcy na kupującego. Udział pięciu świadków w akcie mancypacji miał zapewnić bezpieczeństwo obrotu gospodarczego. W. Wołodkiewicz zauważa, że „w archaicznym prawie rzymskim akty kupna-sprzedaży między obywatelami rzymskimi dochodziły do skutku za pomocą formalistycznego aktu z użyciem spiżu i wagi (*per aes et libram*). Akt ten stanowił bezpośrednią wymianę rzeczy na pieniądź kruszcowy, odważany na wadze. Wiązał się on z wypowiedzeniem uroczystych słów. Nabywca stawał się kwirytarnym właścicielem rzeczy. (...) Towarem mogła być każda rzecz przeznaczona do obrotu prawnego (*res in commercio*) już istniejąca lub mająca powstać w przyszłości. W tym ostatnim przypadku mamy do czynienia ze sprzedażą losową (*tzw. kontrakt aleatoryjny – od alea – kostka do gry*) (...) przypadkiem sprzedaży losowej jest kupno rzeczy przyszłej *emptio rei speratae* (np. kupno przyszłych plonów z określonego gruntu lub dziecka określonej niewolnicy – *partus ancillae, które ma się urodzić*). Ten rodzaj kupna-sprzedaży był traktowany jako kontrakt zawarty pod warunkiem zawieszającym)”⁹. Umowa sprzedaży rzeczy przyszłej nie była więc obca prawu rzymskiemu. Co prawda prawo rzymskie przewidywało liczne formalne wymagania związane z dokonywaniem czynności prawnych i zawieraniem umów, to jednak pozostawiało obywatelom dość dużą swobodę w kształtowaniu ich treści. Mogła ona mieć za przedmiot jednocześnie rzeczy istniejące, jak i wszelkie rzeczy nieistniejące, także te które mogły nigdy nie powstać. Umowę sprzedaży strony mogły zawrzeć pod warunkiem zawieszającym, jak i rozwiązującym. W. Litewski zauważa, że „dopuszczalne było kupno przyszłej rzeczy, której powstanie było niepewne (*tzw. emptio rei speratae*), np. zbiorów przyszłego roku, traktowane jako akt warunkowy. Obok tego istniała także *emptio spei* (kupno nadziei), np. kupno ryb złowionych w danym połowie, mające charakter bezwarunkowy; należało wówczas

⁷ Por. K. Kolańczyk, *Prawo Rzymskie*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 2000 r., wyd. V, str. 381-382.

⁸ Por. *Ibidem*, str. 124-125.

⁹ Por. W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie*, Instytucje, C.H. Beck, Warszawa 2009 r. wyd. 5, str. 229-230.

zapłacić cenę, choćby niczego nie złowiono. Towarem mogły być też prawa rzeczowe, wierzytelności, a nawet cały majątek”¹⁰.

W prawie rzymskim umowa sprzedaży rzeczy przyszłej umożliwiała nabycie rzeczy, które miały powstać w określonym przyszłym czasie. Jednak powstanie tych rzeczy nie było pewne. Umowa sprzedaży rzeczy przyszłej często służyła w tym okresie do nabywania przyszłych plonów z następnego roku. Jako inny przykład można podać umowę sprzedaży niewolnika, którego miała urodzić niewolnica należąca do sprzedającego. Warto w tym miejscu zauważyć, iż w przypadku nabycia przyszłorocznych plonów z określonej nieruchomości, ich wartość zależała w dużej mierze od działania bądź zaniechania działania właściciela tejże nieruchomości. Do jego obowiązków, wynikających pośrednio z zawartej umowy sprzedaży, należało więc zadbanie o należyty stan nieruchomości i ochronę plonów, stanowiących przedmiot umowy sprzedaży. W sytuacji gdyby właściciel nieruchomości celowo zniszczył grunt, z którego miały zostać zebrane plony, odpowiadałby on wobec kupującego za wyrządzone szkody.

2. Funkcje umowy sprzedaży rzeczy przyszłej.

Istota umowy sprzedaży sprowadza się do wymiany towaru na cenę, a więc pełni ona przede wszystkim funkcję wymiany. Na podstawie umowy sprzedaży, sprzedający przenosi na rzecz kupującego przysługujący mu tytuł własności sprzedawanej rzeczy w zamian za płatność ceny. W tym celu, sprzedawca musi legitymować się tytułem prawnym do sprzedawanej rzeczy, w innym bowiem przypadku zgodnie z zasadą wykreowaną przez prawo rzymskie „*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*”¹¹, sprzedawca nie może przenieść na kupującego więcej praw niż sam posiada.

O ile pierwotnie umowa sprzedaży zakładała jednoczesną wymianę rzeczy na cenę, a wydanie rzeczy kupującemu wiązało się z przeniesieniem jego własności, to z czasem zastosowanie umowy sprzedaży ewoluowało, umożliwiając późniejsze wydanie rzeczy i przeniesienie tytułu jego własności. Ewolucja prawa wiąże się z koniecznością jego dostosowania do zmieniającej się rzeczywistości, którą prawo reguluje. Umowa sprzedaży - w swoim pierwotnym zastosowaniu - umożliwiała sprzedającemu uzyskać cenę za rzecz, która znajdowała się w jego posiadaniu i którą zamierzał sprzedać. Z czasem zauważono, że umowa sprzedaży może znaleźć zastosowanie także w takiej sytuacji, w której sprzedający trudni się

¹⁰ Por. W. Litewski, *Rzymskie Prawo Prywatne*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 1999 r., wyd. IV, str. 273.

¹¹ Por. red. W. Wołodkiewicz, *Regulae Iuris*, C.H. Beck, Warszawa 2001 r., wyd 1, str. 117.

sprzedażą określonego rodzaju rzeczy o stałych parametrach i standardach, a w chwili zawarcia umowy sprzedaży nie jest w posiadaniu tej rzeczy. Dostrzeżono więc, że zawierając umowę sprzedaży, sprzedający nie musi fizycznie posiadać sprzedawanej rzeczy, ani legitymować się tytułem własności tej rzeczy, ale może zobowiązać się względem kupującego, iż w określonym terminie przeniesie na niego własność rzeczy, która będzie charakteryzowała się określonymi w umowie parametrami i standardami. Sprzedający nie musi przy tym być wytwórcą tej rzeczy, ale może rzecz pozyskać od osoby trzeciej. W odróżnieniu od umowy o dzieło albo umowy dostawy, sprzedający nie oferuje wykonania rzeczy, ale wyłącznie przeniesienie na kupującego tytułu własności. Kupujący nie ma jednocześnie zasadniczo wpływu na właściwości nabywanej rzeczy, które zostają z góry określone przez sprzedającego.

Przyczynę zawierania umowy sprzedaży rzeczy przyszłej należy upatrywać w chęci zagwarantowania sobie przez kupującego nabycia własności określonej rzeczy przyszłej, wobec możliwości wystąpienia takiej to sytuacji, iż w chwili jej powstania, rzecz ta byłaby już sprzedana osobie trzeciej. Sprzedający zaś zawiera umowę sprzedaży rzeczy po to, aby jak najwcześniej zapewnić zbyt przyszłej rzeczy. Umowa sprzedaży rzeczy przyszłej spełnia więc funkcję gwarancyjną. Z pewnością jedną z przesłanek przyczyniających się do zawierania umowy sprzedaży rzeczy przyszłej była wyjątkowość sprzedawanej rzeczy lub trudności związane z jej dostępnością. Inną przyczynę mogła stanowić chęć nabycia rzeczy przez kupującego na atrakcyjnych warunkach rynkowych, występujących w danej chwili. Niezależnie od tego, która z tych przyczyn motywowała kupującego do zawarcia tej umowy, z pewnością można stwierdzić, iż miała ona w pewnym wymiarze charakter gwarancyjny. Charakter ów objawiał się w tym, iż zawierając umowę sprzedaży rzeczy przyszłej, kupujący mógł oczekiwać, że w chwili powstania rzeczy stanie się jej właścicielem.

Inną istotną funkcją umowy sprzedaży rzeczy przyszłej to funkcja finansująca. Wraz z zawarciem umowy sprzedaży rzeczy przyszłej, strony mogą umówić się, że kupujący zapłaci cenę lub jej część na rzecz sprzedającego jeszcze przed otrzymaniem własności rzeczy. W takiej sytuacji sprzedający otrzymuje środki finansowe, które umożliwiają mu na sfinansowanie wytworzenia bądź nabycia rzeczy przyszłej w celu przeniesienia jej własności na rzecz kupującego. Z pewnością funkcja finansująca umowy sprzedaży rzeczy przyszłej jest istotnym czynnikiem powodującym, iż sprzedający oferuje sprzedaż rzeczy przyszłej jeszcze przed jej powstaniem.

3. Konstrukcja umowy sprzedaży rzeczy przyszłej na przykładzie prawa polskiego.

3.1 Umowa sprzedaży rzeczy przyszłej według kodeksu zobowiązań.

Dokonując analizy umowy sprzedaży na gruncie prawa polskiego warto sięgnąć do rozwiązań prawnych jakie były przyjęte w kodeksie zobowiązań obowiązującym na podstawie Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. (Dz. U. R. P. Nr 82, poz. 598). Przy pracach nad kodeksem zobowiązań rozważano różne rozwiązania przyjęte w poszczególnych systemach prawnych, a przede wszystkim ujęte w Kodeksie Napoleona, ABGB, BGB, ZBG oraz w projekcie francusko-włoskiego kodeksu zobowiązań z 1927 – 1931 r. Jednak projekt francusko-włoskiego kodeksu zobowiązań został dość szybko odrzucony przez R. Longchamps de Berier, z uwagi na zbytne podobieństwo do co najmniej już przestarzałego Kodeksu Napoleona. Stwierdził on wręcz, że *„nie nadaje się on jako podstawa prac nad polskim prawem o zobowiązaniach zaś przerabianie go byłoby bezcelowym, gdyż prędzej do tego samego skutku doprowadzą nas obrady nad polskimi projektami”*¹². Projektu Kodeksu zobowiązań miał stanowić pewien kompromis pomiędzy tradycją prawną germańską a romańską, bowiem był to projekt ustawy unifikacyjnej. Należy bowiem pamiętać, iż po wprowadzeniu kodeksu zobowiązań, w dalszym ciągu na terytorium Polski obowiązywały obok siebie Kodeks Napoleona, k.c.a. oraz T.X. *„Dlatego też – jak podaje L. Górnicki – ostatecznie kodeks zobowiązań nie oparł się ani na systemie przedmiotowym, ani na podmiotowym, ale na systemie mieszanym, w innej jednak wersji niż proponował współreferent [L. Domański – przyp. autor], a mianowicie przedmiotowo-podmiotowej”*¹³.

Zgodnie z art. 294 k.z. przez umowę sprzedaży sprzedawca zobowiązywał się przenieść własność rzeczy lub inne prawo majątkowe na kupującego, który zobowiązywał się zapłacić określoną cenę. Należy podzielić pogląd L. Górnickiego, iż *„istotę umów majątkowych projekt określał przede wszystkim z punktu widzenia praw nabywanych przez wierzyciela, w oderwaniu od majątku z którym prawa te były związane”*¹⁴. Problematyka, czy na podstawie umowy sprzedaży sprzedawca przenosi na kupującego prawo własności rzeczy, czy też samą rzecz, był jednym z głównych sporów pomiędzy głównym referentem – R. Longchamps de Berier, a współreferentem – L. Domańskim. O ile R. Longchamps de Berier prezentował stanowisko, iż przedmiotem obrotu jest samo prawo własności rzeczy, to

¹² Por. R. Longchamps de Berier, Projekt francusko-włoski o zobowiązaniach z r. 1927, Odbitka z Gazety Sądowej, Warszawa 1929 r.

¹³ Por. L. Górnicki, Prawo cywilne w Pracach Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1919 – 1939, Kolonia Limited, Wrocław 2000 r., str. 414.

¹⁴ *Ibidem*, str. 419-420.

L. Domański twierdził, że umowa sprzedaży ma za przedmiot rzecz, a nie li tylko prawo jej własności. Ostatecznie, Komisja Kodyfikacyjna podzieliła jednak stanowisko referenta głównego.

Kodeks zobowiązań nie określał chwili przejścia prawa własności rzeczy sprzedanej na kupującego. Wynikało to przede wszystkim z wielości obowiązujących na terytorium RP systemów prawnych. Jak wyjaśnił sam R. Longchamps de Berier „*k.z. nie reguluje także kwestii, kiedy i dzięki jakim stanom faktycznym sprzedane prawo przechodzi na kupującego, kwestia ta należy bowiem do przepisów o powstaniu, przejściu i wygaśnięciu praw podmiotowych, zawartych w odnośnych działach prawa cywilnego, a więc o ile chodzi o przejście własności, w prawie rzeczowym, o ile chodzi o wierzytelności, w tytule III k.z. itp. (...) Pomijając jednak te względy natury systematycznej i formalnej, nie można było uregulować tej kwestii ze względów merytorycznych, a mianowicie z powodu, że w dotychczasowym prawie istniały znaczne różnice między poszczególnymi obszarami co do sposobu przejścia własności. Według k.N. wystarcza w zasadzie zawarcie umowy, według k.c.a. i k.c.n. potrzeba wydania rzeczy ruchomej, w k.c.n. istnieje instytucja powzdania, w prawie hipotecznym istnieje zasada wpisu, niejednakowo na poszczególnych obszarach pojmowana, według T.X cz. 1 instytucja intromisji itp.*”¹⁵. W tej mierze przyjęto przepisy na wzór k.c.a. i k.c.n. oraz szwajcarskiego prawa o zobowiązaniach z 1911 roku. Umowa sprzedaży była więc umową zobowiązującą, jednak skutki jej zawarcia zależały od przepisów obowiązujących na obszarze, w którym ją zawarto.

Według zaś art. 295 k.z. przedmiotem sprzedaży mogły być także prawa, mające powstać w przyszłości. Jak podaje L. Domański, przepis ten został odwzorowany na art. 1130 Kodeksu Napoleona według którego rzeczy przyszłe mogły być przedmiotem zobowiązania, oraz na § 1065 k.c.a.¹⁶. Ustawodawca k.z. wyraźnie więc podkreślił możliwość zawarcia umowy sprzedaży przyszłych praw, tj. możliwość zawarcia umowy sprzedaży rzeczy przyszłej. Należy zaznaczyć też, że przedmiotem umowy sprzedaży jest co do zasady nie sama rzecz, ale prawo jej własności. Jak zauważył J. Namitkiewicz „*można zawrzeć umowę sprzedaży także w odniesieniu do praw już nieistniejących, jeszcze nie istniejących oraz praw (rzeczy) nie należących do majątku sprzedawcy, albowiem z obligatoryjnego obowiązku sprzedaży wynika dopuszczalność zawarcia takiej czynności, gdyż sankcją niewykonania przez sprzedawcę umowy jest jego odpowiedzialność z tytułu rękojmi lub z ty-*

¹⁵ Por. R. Longchamps de Berier, Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań z uwzględnieniem ostatecznego tekstu kodeksu, Podkomisja Prawa o zobowiązaniach, zeszyt nr 7, Komisja Kodyfikacyjna, Warszawa 1937 r., str. 8.

¹⁶ Por. L. Domański, Instytucje Kodeksu Zobowiązań – Komentarz Teoretyczno-Praktyczny, część szczególna, Marian Ginter – Księgarnia Wydawnictw Prawniczych, Warszawa 1938 r., str. 15.

tułu niewykonania umowy (art. 306 i n., 239 k.z.). Przykładem sprzedaży przyszłych praw sprzedawcy są sprzedaże części składowych rzeczy (np. zboża na pniu, drzew na wyrąb, domu na rozbiórkę), sprzedaż przyszłych czynszów najmu itp.”¹⁷. Projektodawcy kodeksu zobowiązań stanęli na stanowisku, że umowa sprzedaży nie musi dotyczyć rzeczy już zindywidualizowanej, ale także takiej, która zindywidualizuje się dopiero w przyszłości, czy to staraniem sprzedawcy, czy też wskutek pewnego zdarzenia. R. Longchamps de Berier wyraził pogląd, że „strony mogą oznaczyć przedmiot sprzedaży nie tylko indywidualnie ale i gatunkowo, w którym to przypadku zindywidualizowanie przedmiotu następuje dopiero z chwilą koncentracji, które jest z reguły chwilą wydania rzeczy”¹⁸.

Należy wskazać także, iż przepis art. 299 § 1 k.z. wyraźnie określał, iż sprzedawca jest obowiązany spełnić wszystko, czego wymaga przeniesienie sprzedanego prawa na kupującego i powstrzymać się od wszelkich czynności, któreby mogły udaremnić lub utrudnić przeniesienie prawa. W przepisie tym projektodawcy kodeksu zobowiązań widzieli obowiązek sprzedawcy do podjęcia czynności niezbędnych do przejścia prawa własności rzeczy na kupującego. Mogło być to tylko wydanie rzeczy, ale w przypadku gdy konieczne było wpisanie przejścia prawa własności do księgi hipotecznej, także niezbędne ku temu czynności. W przypadku umowy sprzedaży rzeczy przyszłej, sprzedawca byłby zobowiązany do wykonania czynności niezbędnych do powstania rzeczy, czy to w sferze fizycznej czy prawnej. W zakres tych czynności wchodziłoby wytworzenie rzeczy, nabycie jej od osoby trzeciej, czy też wyodrębnienie jej z innej rzeczy będącej własnością sprzedawcy. Zgodnie zaś z § 2 sprzedawca prawa własności rzeczy nieruchomości winien był zwolnić nieruchomość od obciążeń, wynikających z hipotek i zaległości uprzywilejowanych, o ile kupujący nie przyjął na siebie tych obciążeń i zaległości, nie mniej obowiązany jest postarać się o wykreślenie praw, które są wpisane do księgi hipotecznej (gruntowej), lecz nie istnieją.

Zgodnie z art. 304 § 1 k.z. korzyści i ciężary oraz ryzyko przypadkowej utraty lub uszkodzenia rzeczy przechodziły na kupującego z chwilą wydania rzeczy. Jeżeli umowa została zawarta pod warunkiem rozwiązującym, a warunek się ziścił, korzyści i ciężary oraz ryzyko przypadkowej utraty lub uszkodzenia rzeczy przechodziły z powrotem na sprzedawcę z chwilą, gdy rzecz została mu zwrócona, a jeżeli umowa dotyczyła nieruchomości, z chwilą odzyskania własności nieruchomości, jeżeli sprzedawca odzyskał własność rzeczy przed jej zwrotem.

¹⁷ Por. J. Namitkiewicz, Kodeks zobowiązań, komentarz dla praktyki, tom II, Wydawnictwo „Kolumna”, Łódź 1949 r., str. 10.

¹⁸ Por. R. Longchamps de Berier, Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań z uwzględnieniem ostatecznego tekstu kodeksu, op. cit. str. 9.

Przepisy kodeksu zobowiązań zawierały więc wyraźne wskazanie co do możliwości zawarcia umowy sprzedaży rzeczy przyszłej i w sposób szczegółowy określały obowiązki sprzedawcy do podjęcia działań niezbędnych do zrealizowania celu umowy sprzedaży – przejścia własności rzeczy przyszłej na kupującego.

3.2 Umowa sprzedaży rzeczy przyszłej według przepisów kodeksu cywilnego.

Umowa sprzedaży została uregulowana w przepisach zobowiązań kodeksu cywilnego w art. 535 k.c. Zgodnie z tym przepisem, przez umowę sprzedaży sprzedawca zobowiązuje się przenieść na kupującego własność rzeczy i wydać mu rzecz, a kupujący zobowiązuje się rzecz odebrać i zapłacić sprzedawcy cenę. Stronami umowy sprzedaży jest sprzedawca oraz kupujący. Sprzedawca jest więc przede wszystkim zobowiązany do przeniesienia na kupującego tytuł własności rzeczy będącej przedmiotem sprzedaży oraz wydanie jej posiadania kupującemu. Kupujący jest zaś zobowiązany do zapłaty na rzecz sprzedawcy ekwiwalentnej wartością ceny. Umowa sprzedaży stanowi podstawowy stosunek prawny pozwalający na przenoszenie własności rzeczy na drugą stronę, za zapłatą ceny. W. J. Katner wyraża pogląd, że *„z racji cech umowy sprzedaży, (...) umowa ta jest traktowana słusznie jako wzorcowa dla innych umów, w których występuje przewłaszczenie rzeczy, które są wzajemne i odpłatne. Nieraz w swoich przepisach albo postanowieniach umownych odwołują się do sprzedaży, np. umowa dostawy, kontraktacji, o dzieło, komisu i inne”*¹⁹.

Według doktryny *„sprzedaż jest umową konsensualną, odpłatną, wzajemną (art. 487 § 2) i zobowiązującą, choć może wywoływać równocześnie skutki rozporządzające (art. 155, 510, 1052)”*²⁰. Obie strony umowy sprzedaży zobowiązane są do spełnienia wzajemnych świadczeń, które winny być względem siebie ekwiwalentne w subiektywnej ocenie obu stron. W. Czachórski stwierdza, że *„cena ustalona w umowie nie musi odpowiadać ściśle obiektywnej wartości przedmiotu sprzedaży. Może być niższa lub wyższa, byleby stanowiła w rozumieniu kontrahentów ekwiwalent zbywanej rzeczy lub prawa”*²¹. Aby umowa sprzedaży była wzajemna, cena ustalona za przeniesienie na rzecz kupującego odrębnej własności lokalu nie musi więc stanowić obiektywnej ceny rynkowej, ale musi być wyłącznie ekwiwalentna wobec wartości zbywanego prawa w subiektywnym pojmowaniu obu stron umo-

¹⁹ Por. red. J. Rajski, System Prawa Prywatnego, tom 7, C.H. Beck Warszawa 2004 r., wyd. 2, str. 7.

²⁰ Por. G. Bieniek i inni, Komentarz do kodeksu cywilnego, księga trzecia – Zobowiązania, tom 2, LexisNexis Warszawa 2007 r., wyd. 8, str. 12.

²¹ Por. W. Czachórski, Zobowiązania – zarys wykładu, LexisNexis, Warszawa 2009 r., str. 384.

wy. Z. Banaszczyk wskazuje, że „umowa sprzedaży ma charakter umowy konsensualnej. Objęte jej treścią zobowiązania stron dochodzą do skutku solo consensus. Występuje jednakże podkreślenie, iż chodzi tutaj wyłącznie o skutki obligacyjne, a więc zobowiązania się sprzedawcy do przeniesienia własności rzeczy (prawa) na nabywcę i wydania rzeczy oraz zobowiązanie się kupującego do odebrania rzeczy i zapłaty ceny. Ważność umowy zależy więc wyłącznie od zgodnych oświadczeń woli stron, a wydanie rzeczy czy też zapłata ceny są zdarzeniami będącymi wyłącznie przejawami jej wykonania”²². C. Żuławska podkreśla natomiast, że „umowa sprzedaży jest czynnością kazualną”²³. Tak więc umowa sprzedaży zależy od istnienia przyczyny, dla której została zawarta.

Przedmiotem umowy sprzedaży są przede wszystkim rzeczy. W ujęciu normatywnym, są nimi wyodrębnione naturalnie lub prawnie części przyrody, które samoistnie mogą stanowić przedmiot obrotu prawnego. Umowa sprzedaży może dotyczyć zarówno rzeczy istniejących, jak i nieistniejących. Jak słusznie zauważa W. Czachórski, „nie ma przeszkody sprzedaży rzeczy lub prawa, które w chwili zawarcia umowy jeszcze nie istnieją. W ślad za tradycją romanistyczną można tu odróżnić: tzw. sprzedaż rzeczy spodziewanej (*emptio rei speratae*) i sprzedaż nadziei (*emptio spei*). W pierwszym przypadku sprzedaż jest zawarta pod warunkiem zawieszającym, że rzecz powstanie, przy czym zapłata będzie dostosowana do ilości czy też jakości rzeczy. W drugim przypadku sprzedaż jest bezwarunkowa i zapłata należy się niezależnie od tego, czy rzecz powstanie, oraz jaka będzie ilość czy też jakość rzeczy”²⁴.

Jako rzecz przyszłą można więc zakwalifikować także nieistniejącą nieruchomości lokalową. Powstaje ona w sferze fizycznej w trakcie procesu budowlanego, a następnie jako rzecz odrębna w sferze prawnej poprzez ustanowienie jej odrębnej własności w drodze wpisu do księgi wieczystej. Należy w pełni zgodzić się z D. Wajdą, który twierdzi, iż „rzecz przyszła (*emptio rei separatae*) może powstać: bądź przez jej fizyczne wytworzenie (proces wytwarzania rzeczy w chwili zawarcia umowy może być już wszczęty, choć, oczywiście niezakończony) bądź przez zmianę kwalifikacji normatywnej przedmiotu, który już istnieje, lecz przez prawo nie jest traktowany jako rzecz. (...) Z tego punktu widzenia, skoro rzecz przyszła może powstać także przez zmianę kwalifikacji normatywnej przedmiotu już istniejącego, należy przyjąć, że rzeczą przyszłą może być również nieruchomości – w tym nieru-

²² Por. K. Pietrzykowski, Kodeks cywilny – komentarz, – Tom II – Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2003, wydanie 3, str. 12.

²³ Por. G. Bieniek i inni, Komentarz do kodeksu cywilnego, księga trzecia – Zobowiązania, tom 2, op. cit., str. 12.

²⁴ Por. W. Czachórski, Zobowiązania – zarys wykładu, op. cit., str. 392.

chomość gruntowa”²⁵. Sprzedaż rzeczy przyszłej może dotyczyć także rzeczy, która ma powstać staraniem sprzedającego. Jak zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 marca 1998 r. (sygn. akt I CKN 576/97, niepubl.)²⁶ przedmiotem sprzedaży rzeczy przyszłej może być rzecz, którą wyprodukować ma sprzedawca. W związku z tym, w ocenie Sądu Najwyższego, niezbędne jest odgraniczenie w takim przypadku umowy sprzedaży rzeczy przyszłej od umowy o dzieło wykonane z materiałów zleceńbiorky lub umowy dostawy.

Przedmiotem umowy sprzedaży mogą więc być zarówno rzeczy istniejące w chwili jej zawarcia, jak i te, które mają dopiero powstać w przyszłości, zarówno w wymiarze fizycznym jak i prawnym. Przykładem rzeczy istniejącej w wymiarze fizycznym, ale nieistniejącej w wymiarze prawnym jest niewyodrębniony lokal mieszkalny w wybudowanym budynku. O ile można stwierdzić, że lokal ten z pewnością istnieje w wymiarze fizycznym, to jednak w wymiarze prawnym, rzeczą pozostaje wyłącznie nieruchomości budynekowa, której część stanowi niewyodrębniony lokal mieszkalny. Jak słusznie zauważa S. Brzeszczyńska „ustanowienie odrębnej własności lokali oznacza powstanie prawa własności nieruchomości lokalowej. Dopóki to nie nastąpi, rzeczy – w sensie prawnym – nie ma. Jest tylko nieruchomości gruntowa zabudowana budynkiem albo nieruchomości budynekowa (jeśli budynek stoi na gruncie oddanym w użytkowanie wieczyste)”²⁷. Dopóki więc nie zostanie stwierdzona samodzielność lokalu oraz ustanowiona jego odrębna własność, dopóty nie będzie można mówić o istnieniu tego lokalu jako rzeczy. R. Łopiński zasadnie podnosi, że „sprzedaż lokalu, który ma być wyodrębniony, a którego wyodrębnienie następuje dopiero z chwilą wpisu do księgi wieczystej, jest zawsze sprzedażą rzeczy przyszłej. W chwili zawarcia umowy jest on częścią składową nieruchomości gruntowej (budynekowej) i nie przestają nie być. Zatem jeśli wpis nie nastąpi, lokal nie stanie się w ogóle odrębną nieruchomością”²⁸. Umowa sprzedaży rzeczy przyszłej może także mieć za przedmiot nieruchomości nieistniejącą w sferze fizycznej, która ma powstać w określonym terminie. Jak słusznie zauważa E. Skowrońska-Bocian „rzeczą przyszłą jest rzecz, która fizycznie nie istnieje w chwili zawierania umowy. (...) Należy przyjąć, że rzeczą przyszłą może być

²⁵ Por. D. Wajda, Umowa przedwstępna dotycząca zakupu nieruchomości, LexisNexis Warszawa 2009 r., str. 31.

²⁶ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 1998 r., sygn. akt I CKN 576/97, nie publ., cyt. za C. Żuławska w Komentarz do KC, Ks. III, t II, 1999, str. 9.

²⁷ Por. S. Brzeszczyńska, Umowa deweloperska, Nieruchomości, C.H. Beck., Nr 5 (57) maj 2003 r.

²⁸ Por. R. Łopiński, Ochrona nabywcy w przedsięwzięciach deweloperskich, w Ochrona nabywcy przyszłych (powstających) lokali w świetle regulacji prawnych wybranych krajów europejskich i wnioski dla polskich rozwiązań prawnych, Fundacja na Rzecz Kredytu Hipotecznego, Warszawa 2004r., str. 23.

także nieruchomości."²⁹. Nie można jednak zapominać, że nieruchomości - uznawane w wielu systemach prawnych jako dobro wymagające szczególnej ochrony prawnej - podlegają wielu ograniczeniom związanych z ich obrotem. W Polsce, przeniesienia własności nieruchomości nie można dokonać z zastrzeżeniem warunku lub terminu.

W przypadku umowy sprzedaży rzeczy przyszłej, wraz z jej zawarciem kupujący nie nabywa jakiegokolwiek rzeczy. Skoro bowiem w chwili zawarcia umowy sprzedaży rzeczy przyszłej, przedmiot sprzedaży nie istnieje – a więc zgodnie z zasadą *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*, sprzedający nie może własności tej rzeczy przenieść na kupującego w chwili zawarcia umowy – kupujący nabywa ekspektatywę własności przedmiotu sprzedaży. Espektatywę własności rzeczy przyszłej należy rozumieć jako prawne oczekiwanie nabycia tej własności, która zaistnieje z chwilą powstania tej rzeczy. J. Kuropatwiński utożsamia ekspektatywę „*jako sytuację prawną, w której przynajmniej jedna z przesłanek koniecznych do nabycia prawa podmiotowego została już spełniona, a przynajmniej jedna (inna) przesłanka spełniona jeszcze nie została. (...) Powstaje ona bowiem wraz ze spełnieniem przesłanki pierwszej (przesłanki inicjalnej), trwa przez okres urzeczywistniania się przesłanek kolejnych i kończy się w momencie spełnienia się przesłanki ostatniej (finalnej)*”³⁰. W przypadku umowy sprzedaży rzeczy przyszłej oznaczonej co do tożsamości, dopiero w chwili zaistnienia tej rzeczy oraz przeniesienia jej posiadania, następuje ziszczenie się przesłanki finalnej. Ziszczenie się tej przesłanki powoduje przejście własności tej rzeczy na kupującego. Także w przypadku, gdy umowa sprzedaży rzeczy przyszłej dotyczyłaby rzeczy oznaczonej co do gatunku, do przeniesienia jej własności na rzecz kupującego niezbędne byłoby wydanie rzeczy kupującemu.

Jak już była o tym mowa, zasadniczą funkcją umowy sprzedaży jest wymiana oferowanego przez sprzedającego dobra, na cenę płaconą przez kupującego. Należy zgodzić się z W. J. Katnerem, iż „*istotą umowy [sprzedaży – przyp. autor] jest przewłaszczenie rzeczy ze sprzedawcy na kupującego, w zamian za uzyskanie wierzytelności o cenę. Cena w umowie sprzedaży jest ekwiwalentem dla sprzedawanej rzeczy. Innymi słowy, sprzedawca chce uzyskać pieniądze, bo należna mu cena może się wyrażać tylko jako świadczenie pieniężne. (...) Skutkiem podstawowym umowy, płynącym z jej zawarcia, jest stanie się przez kupującego właścicielem rzeczy i uzyskanie przez to prawa do jej posiadania, korzystania z niej i rozporządzania nią*

²⁹ Por. red. K. Pietrzykowski, Kodeks cywilny – komentarz tom I, C.H. Beck Warszawa 2002 r., wyd. 3, str. 385.

³⁰ Por. J. Kuropatwiński, Ekspektatywa powstania wierzytelności w polskim prawie cywilnym, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz 2006 r., str. 16.

(*rymskie ius possidendi, utendi-fruendi, disponendi*)”³¹. W przypadku umowy sprzedaży rzeczy przyszłej, dobrem oferowanym przez sprzedającego jest nieistniejąca rzecz, która ma zaistnieć w przyszłości (w skutek starań sprzedającego lub podmiotu trzeciego). Jak już wspomniano, jest to rzecz przyszła zarówno w sensie fizycznym, jak i prawnym. Celem umowy sprzedaży, z jednej strony jest więc zaspokojenie potrzeby kupującego poprzez nabycie sprzedawanej rzeczy, z drugiej strony, potrzeby sprzedającego poprzez zapłatę ceny.

Podstawowym zobowiązaniem sprzedawcy w przypadku umowy sprzedaży jest przeniesienie własności rzeczy. Zgodnie z art. 155 § 2 k.c. jeżeli przedmiotem umowy zobowiązującej do przeniesienia własności są rzeczy oznaczone tylko co do gatunku, do przeniesienia własności potrzebne jest przeniesienia posiadania rzeczy. To samo dotyczy wypadku, gdy przedmiotem umowy zobowiązującej do przeniesienia własności są rzeczy przyszłe. W takim więc przypadku, umowa sprzedaży ma skutek zobowiązujący, natomiast skutek rozporządzający następuje dopiero z chwilą przeniesienia własności rzeczy. W przypadku rzeczy przyszłych, także oznaczonych co do tożsamości, skutek rozporządzający nie zachodzi więc z chwilą ich powstania, zarówno w sferze fizycznej jak i prawnej, ale z chwilą ich wydania kupującemu.

W przypadku umowy sprzedaży odrębnej własności lokalu, przeniesienie odrębnej własności tego lokalu będzie polegać na zawarciu z kupującym bezwarunkowej umowy przenoszącej tę własność na kupującego. Umowa taka powinna być zawarta w formie aktu notarialnego pod rygorem nieważności. Zgodnie bowiem z art. 155 § 1 k.c. umowa sprzedaży zobowiązująca do przeniesienia własności rzeczy, co do tożsamości oznaczonej przenosi własność na nabywcę. Nieruchomość zawsze będzie rzeczą oznaczoną co do tożsamości. Zgodnie zaś z art. 158 k.c. umowa zobowiązująca do przeniesienia własności nieruchomości powinna być zawarta w formie aktu notarialnego. To samo dotyczy umowy przenoszącej własność. W celu wykonania tego zobowiązania wystarczy więc by sprzedawca zawarł z kupującym bezwarunkową umowę przeniesienia odrębnej własności nieruchomości w formie aktu notarialnego. Podstawowym warunkiem zawarcia umowy o charakterze bezwarunkowym, jest legitymowanie się przez sprzedawcę tytułem odrębnej własności lokalu.

Kolejnym podstawowym zobowiązaniem sprzedawcy jest zobowiązanie do przeniesienia na kupującego posiadania rzeczy. Sprzedawca winien więc wydać kupującemu przedmiot umowy w taki sposób, aby ten mógł swobodnie nią dysponować jako właściciel (posiadacz samoistny). W przypadku umowy sprzedaży odrębnej własności lokalu, zobowiązanie to będzie polegać na wydaniu ku-

³¹ Por. red. J. Rajski, System Prawa Prywatnego, tom 7, op. cit., str.8.

pującemu kluczy lub innych informacji niezbędnych do objęcia samodzielnego władania lokalem. Jak słusznie twierdzi S. Brzeszczyńska, „pojęcie wydania rzeczy, jakim posługuje się Kodeks cywilny, oznacza uzyskanie bezpośredniego władztwa nad rzeczą przez kupującego. To bezpośrednie władztwo oznacza także, że sprzedawca, ale już za zgodą kupującego, może nadal z rzeczy korzystać; rzecz wydana może w tej samej chwili zostać oddana osobie trzeciej do używania i korzystania. Władztwo kupującego nad rzeczą oznacza bowiem, że ma on możliwość swobodnego rozporządzania nią”³². Zobowiązaniu temu naturalnie odpowiada zobowiązanie kupującego do odebrania rzeczy. Istotnie bowiem, jeżeli sprzedawca dąży do wydania rzeczy kupującemu, to kupujący nie może odmówić odebrania rzeczy, chyba że ma ku temu podstawy prawne. Jak podkreśla się w literaturze, „obowiązek odbioru zależy od należytego zaofiarowania wydania przez sprzedawcę, nie powstanie zatem w razie np. niekompletności rzeczy, jej wadliwości (zauważonej przez kupującego), zaofiarowania w innym miejscu niż miejsce spełnienia świadczenia lub miejsce dodatkowo uzgodnione przez strony (art. 454 i 544). Należyte zaofiarowanie warunkuje aprobatę świadczenia”³³.

W razie nieuzasadnionej odmowy dokonania czynności odbioru rzeczy przez kupującego, popada on w zwłokę w dokonaniu swojego zobowiązania. W doktrynie można spotkać się z dwojaką klasyfikacją takiej sytuacji. Z jednej strony można zaklasyfikować tę sytuację, jako zwłokę dłużnika, do której odnoszą się przepisy art. 477 i 480 k.c. Druga koncepcja zakłada, iż zwłokę taką należy zaklasyfikować, jako zwłokę wierzyciela w rozumieniu art. 486 k.c. Wydaje się, że słuszna jest druga koncepcja, ponieważ czynność odbioru rzeczy nie jest ekwiwalentem świadczenia sprzedawcy, polegającym na przeniesieniu jej własności i jego wydaniu, tak jak odbiór ceny nie jest ekwiwalentem jej uiszczenia. W literaturze podnosi się argument, iż „przy odbiorze chodzi o obowiązek współdziałania przez wierzyciela, uchybienie zatem obowiązkowi odbioru stanowi zwłokę wierzyciela (art. 486). Za taką kwalifikacją przemawia ustawowa definicja tej zwłoki (art. 486 § 2), a ponadto pojęcie umowy wzajemnej, zdefiniowane w art. 487 § 2, w którego świetle nie sposób traktować obowiązku odbioru jako świadczenia kupującego, które jest „odpowiednikiem” świadczenia sprzedawcy, polegającego na wydaniu przedmiotu sprzedaży”³⁴. W przypadku zaistnienia zwłoki kupującego w odbiorze rzeczy, sprzedawca może według art. 551 § 1 k.c. oddać rzecz na przechowanie na koszt i niebezpieczeństwo kupującego. W przypadku sprzeda-

³² Por. S. Brzeszczyńska, Umowy w obrocie nieruchomości, C.H. Beck Warszawa 2005 r., wyd. 2, str. 393.

³³ Por. G. Bieniek i inni, Komentarz do kodeksu cywilnego, księga trzecia – Zobowiązania, tom 2, op. cit., str. 18.

³⁴ Por. *Ibidem*, str. 19.

ży odrębnej własności lokalu, sprzedawca mógłby w takiej sytuacji powierzyć pieczę nad lokalem osobie trzeciej, na koszt kupującego, który będzie ponosił ryzyko uszkodzenia lokalu.

Podstawowym zaś zobowiązaniem kupującego jest uiszczenie na rzecz sprzedawcy ustalonej w umowie ceny za przeniesienie na niego odrębnej własności lokalu i jego wydania, które jest świadczeniem ekwiwalentnym wobec świadczenia sprzedawcy. Cena stanowi pieniężny ekwiwalent wobec otrzymania przez kupującego własności rzeczy.

Z reguły, świadczenia stron dokonywane są jednocześnie. Tak więc sprzedawca zawierający umowę sprzedaży odrębnej własności lokalu, przenosi na kupującego odrębną własność lokalu i przekazuje mu władanie lokalu, a kupujący uiszcza na jego rzecz cenę. Często, ze względów praktycznych, cena zostaje uiszczona przez kupującego nie równocześnie, ale niezwłocznie po zawarciu umowy sprzedaży. Strony mogą również umówić się, że wydanie lokalu, bądź uiszczenie ceny nastąpi w terminie późniejszym niż niezwłocznie po zawarciu umowy sprzedaży. W przypadku umowy sprzedaży odrębnej własności lokalu, ze względu na regulację art. 157 § 1 k.c., przeniesienie własności lokalu musi być bezwarunkowe tj. nie może być uzależnione od wybudowania lokalu bądź stwierdzenia jego samodzielności i ustanowienia jego odrębnej własności. Zawarcie umowy sprzedaży odrębnej własności lokalu nie będzie więc możliwe przed wybudowaniem lokalu i stwierdzeniem jego samodzielności. Warunkiem w rozumieniu art. 89 k.c. nie jest konstytutywne ustanowienie przez sąd wieczystoksięgowy odrębnej własności lokalu.

4. Konstrukcja umowy sprzedaży rzeczy przyszłej we Francji.

Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w francuskim systemie prawa cywilnego jest to, iż zawarcie umowy sprzedaży pociąga za sobą zobowiązanie do przeniesienia własności tej rzeczy i jednocześnie własność tę na kupującego przenosi. Jak słusznie zauważa W. J. Katner „w tym samym kierunku [co prawo niemieckie – przyp. autor] ewolucję przeszło prawo francuskie oraz tych krajów, które opierają swój System Prawa Prywatnego na koncepcji romańskiej. Podstawową różnicą w porównaniu z rozwiązaniem niemieckim jest podwójny skutek zawarcia umowy sprzedaży. Dla prawa francuskiego, a także np. prawa belgijskiego, włoskiego i hiszpańskiego – oświadczenie woli stron o zobowiązaniu sprzedawcy do przeniesienia własności określonej rzeczy i zapłaceniu ceny przez kupującego stanowi jednocześnie o zawarciu umowy sprzedaży i uzyskaniu skutku rzeczowego (rozporządzeniu) na poczet własności kupującego (art. 1138, 1582, 1583 KC franc.). Jest to rezultat wyodrębnienia czynności prawnych o podwójnym skutku: zobowiązująco-rozporządza-

jącym”³⁵. Zgodnie z art. 1138 francuskiego kodeksu cywilnego zobowiązanie do wydania rzeczy powoduje przejście prawa własności na stronę, której przysługuje roszczenie o wydanie rzeczy. Przy przenoszeniu własności nieruchomości zasada ta ustępuje na rzecz wymogu konieczności wpisu do ksiąg rejestrowych. Dopiero bowiem z chwilą wydania rzeczy oraz ujawnienia przeniesienia prawa własności nieruchomości, przeniesienie tego prawa skuteczne jest wobec osób trzecich. Tym niemniej, do przejścia prawa własności na kupującego, dochodzi z chwilą zawarcia umowy zobowiązująco-rozporządzającej. Jak podkreśla E. Drozd „*prawo francuskie jest tak konsekwentne w przeprowadzeniu tej zasady, że w ogóle nie zna umów rozporządzających czysto rzeczowych. Nawet w wypadku sprzedaży rzeczy oznaczonych co do gatunku, kiedy to własność nie może przejść z chwilą zawarcia umowy, do przeniesienia własności nie potrzeba dodatkowej umowy rzeczowej. Także w tym wypadku skutek rzeczowy wywołuje umowa sprzedaży, tylko że zostaje on odsunięty w czasie, do chwili zindywidualizowania rzeczy oznaczonej co do gatunku. Wydanie rzeczy – według zgodnych poglądów doktryny – nigdy nie przenosi własności rzeczy sprzedanej, ani nawet posiadania, lecz tylko dzierżenie. Przeniesienie własności jest bowiem zawsze skutkiem porozumienia stron zawartego w umowie zobowiązującej*”³⁶. Przejście własności rzeczy, następuje zatem w chwili zawarcia umowy o skutku zobowiązująco-rozporządzającym.

Umowa sprzedaży nieistniejącej w chwili zawarcia umowy nieruchomości budynkowej została uregulowana we francuskim kodeksie cywilnym jako odrębny rodzaj umowy sprzedaży. La Vente en l’Etat Futur d’Achevement (w skrócie „VEFA”), została uregulowana w art. 1601-1 i następnych kodeksu cywilnego oraz art. L261-1 do L261-22 i art. R261-1 do R261-33 ustawy o budownictwie i mieszkalnictwie. Zgodnie z art. 1601-3 Kodeksu Cywilnego umowa sprzedaży VEFA stanowi umowę, poprzez którą sprzedający przenosi na kupującego własność nieruchomości oraz istniejącej konstrukcji. W doktrynie słusznie stwierdza się, że „*według kodeksu cywilnego, la vente en l’Etat Futur d’Achevement stanowi kontrakt, na podstawie którego sprzedający przenosi natychmiastowo na nabywcę przysługujące mu prawa do nieruchomości oraz do istniejących na niej konstrukcji*”³⁷. Pozostała część konstrukcji – która w chwili zawarcia umowy nie została wzniesiona - staje się własnością kupującego wraz z postępem prac budowlanych, a kupujący zobowiązany jest do zapłaty ceny według postępu prac budowlanych. Sprzedającemu przysługują uprawnienia kupującego do czasu odbioru prac

³⁵ Por. red. J. Rajski, System Prawa Prywatnego, tom 7, op. cit., str. 10.

³⁶ Por. E. Drozd, Przeniesienie własności nieruchomości, Państwowe Wydawnictwo Naukowe Warszawa, Kraków 1974 r., str. 18.

³⁷ Por. Y. Piraud i inni, Immobilier Rennes, Metropole et sa region, Le Petit Fute, Paryż 2008 r.

budowlanych. W związku z tym ponosi on ciężary związane z ryzykiem uszkodzenia rzeczy do czasu przekazania kupującemu posiadania lokalu. Zgodnie zaś z art. 1601-1 Kodeksu Cywilnego przez sprzedaż budynku, który ma zostać wybudowany, sprzedający zobowiązuje się do wybudowania budynku w czasie określonym w umowie. Aby umowa sprzedaży była ważna musi zostać zawarta w formie aktu notarialnego. S. Glock dodaje, iż „artykuł L261-11 ustawy o budownictwie i mieszkalnictwie stanowi, że umowa sprzedaży musi zostać zawarta w formie aktu notarialnego. Jeżeli warunek ten nie zostanie dotrzymany, umowa jest nieważna”³⁸.

Umowa VEFA jest z pewnością umową rezultatu. Deweloper jest bowiem zobowiązany do wybudowania budynku oraz znajdującego się w nim lokalu, a nie do wykonywania czynności prawnych w imieniu kupującego. Wynagrodzenie jest ekwiwalentem świadczenia dewelopera w postaci wybudowanego budynku. Jest to umowa wzajemna, odpłatna oraz dwustronnie zobowiązująca. Umowa VEFA stanowi umowę konsensualną.

W ramach VEFA, sprzedający zobowiązany jest nie tylko do przeniesienia własności nieruchomości na kupującego, ale aby mógł tego dokonać musi także wybudować budynek oraz znajdujący się w nim lokal. Jednocześnie należy zauważyć, że przeniesienie tytułu własności nieruchomości dokonuje się z chwilą zawarcia umowy, z tym, że prawo to rozciąga się na każdy dobudowany element budynku. W chwili zawarcia umowy sprzedaży, kupujący nabywa tytuł własności gruntu oraz znajdującego się na nim zabudowania, również jeżeli budowa nie jest ukończona. Następnie, kupujący staje się właścicielem części budynku w trakcie jego konstrukcji, wraz z postępem prac budowlanych. Takie rozwiązanie pozwala na zawarcie umowy sprzedaży jeszcze przed wybudowaniem budynku i lokalu. Warto również zwrócić uwagę na to, że kupujący staje się współwłaścicielem części wspólnych budynku z chwilą ich wybudowania, jednak prawo własności poszczególnych lokali przysługuje wyłącznie tym podmiotom, które je nabyły. Nabywają one odrębne prawo własności lokalu, na podstawie umowy sprzedaży, ale z chwilą wybudowania lokalu, bez konieczności zawierania osobnej umowy.

Uregulowania prawne we Francji wskazują na szerokie możliwości zastosowania umowy sprzedaży rzeczy przyszłej, także jeżeli ową rzeczą przyszłą ma być konstruowana nieruchomość budynkowa. Konstrukcja VEFA stanowi przykład wykorzystania umowy sprzedaży rzeczy przyszłej do rozwiązania bardzo skomplikowanej problematyki obrotu nieruchomościami. Konstrukcja umowy sprzedaży rzeczy przyszłej, za pomocą funkcji gwarancyjnej oraz finansującej pozwa-

³⁸ Por. S. Glock, Real Property Law Project – France, European University Institute (EUI) Florence/European Private Law Forum in cooperation with Deutsches Notaristitut (DNotI) Würzburg, str. 46.

la na zapewnienie w tym przypadku interesów kupującego poprzez przyznanie mu współwłasności nieruchomości oraz powstającej konstrukcji oraz interesów sprzedającego, poprzez umożliwienie mu uzyskania finansowania ze strony kupującego w trakcie prowadzenia robót budowlanych.

Przyjęte we francuskim systemie prawnym rozwiązanie cechuje elastyczność pod względem zastosowania. Pełne wykorzystanie funkcji konstrukcji umowy sprzedaży rzeczy przyszłej pozwala na poprawne funkcjonowanie obrotu gospodarczego, w szczególności jeżeli chodzi o obrót nieruchomościami na rynku pierwotnym. Istniejące w niektórych systemach prawnych bezwzględne zakazy przenoszenia własności nieruchomości z zastrzeżeniem warunku lub terminu skutkują powstaniem nowych konstrukcji umownych opierających się na zasadzie swobody umów, które jednak nie zapewniają równej ochrony obu stron, za zwyczaj z pokrzywdzeniem przyszłego nabywcy nieruchomości.

5. Konstrukcja umowy sprzedaży rzeczy przyszłej w Niemczech.

System przenoszenia własności przyjęty w prawie niemieckim charakteryzuje się dużym stopniem formalizmu, ze względu na obowiązującą zasadę rozdziału umowy zobowiązującej i umowy przenoszącej własność (*Trennungsprinzip*) oraz zasadę abstrakcyjności (*Abstraktionprinzip*). Sama umowa zobowiązująca do przeniesienia własności, własności nie przenosi. Jak stwierdza W. J. Katner „prawo niemieckie poszło po myśli regulacji rzymskiej i dlatego też umowa sprzedaży zobowiązuje do wydania rzeczy, zaś kupującego – do zapłacenia ceny (§ 433 KC niem.). Oświadczenie woli o przewłaszczeniu rzeczy mieści się w wydaniu rzeczy, stanowiącym czynność rozporządzającą (§ 929 KC niem.). (...) Wymagane dla skutku rzeczowego przeniesienie posiadania jest traktowane tak samo liberalnie, jak w późnym prawie rzymskim, sprowadzając wykonanie przepisu, nawet tylko do oświadczenia stron, bez potrzeby jakiegokolwiek formy *traditio*”³⁹. Obowiązujące w niemieckim systemie prawnym uregulowania dotyczące sprzedaży własności nieruchomości mają jeszcze dalej idące sformalizowane reguły.

Według art. 873 pkt. 1 BGB „przeniesienie własności nieruchomości wymaga umowy pomiędzy uprawnionym a drugą stroną na okoliczność przeniesienia tych praw oraz wpisania tej zmiany do Rejestru Gruntu”. Zawarcie tej umowy pozwala na złożenie do Rejestru Gruntów wniosku o wpisanie wzmianki o pierwszeństwie (*Vormerkung* – art. 883 BGB). Wzmianka o pierwszeństwie powoduje bezskuteczność jakichkolwiek wpisów kolidujących z prawem pierwszeństwa nabycia

³⁹ Por. red. J. Rajski, System Prawa Prywatnego, tom 7, C.H. Beck Warszawa 2004 r., wyd. 2, str.9-10.

nieruchomości względem wierzyciela. Zgodnie zaś z art. 311b BGB „*umowa według której jedna ze stron zobowiązuje się do przeniesienia własności na drugą musi zostać zawarta przed notariuszem*”, a według art. 925 zd. 1 BGB „*umowa pomiędzy sprzedającym a kupującym (umowa rzeczowa) wymagana do przeniesienia własności gruntu na mocy art. 873 musi zostać zawarta w obecności obu stron przed właściwą instytucją. Także notariusz jest uprawniony do odebrania od stron oświadczeń woli dotyczących umowy rzeczowej*”. Przepisy BGB zabraniają zawarcia umowy przenoszącej własność przyszłego majątku (art. 311b pkt. 2 BGB) oraz do zawarcia umowy przeniesienia własności nieruchomości z zastrzeżeniem warunku lub terminu (art. 925 pkt. 2 BGB).

Jak zauważa E. Drozd „*dla podkreślenia, że umowa przenosząca własność nieruchomości jest czymś innym niż umowa zobowiązująca (kupno, darowizna itp.), kodeks cywilny niemiecki posługuje się nawet odmienną terminologią dla jej oznaczenia. Nazywa się ją mianowicie Auflassung (przy rzeczach ruchomych – Einigung). (...) Cechą charakterystyczną umowy rzeczowej jest jej abstrakcyjność tzn. niezależność od podstawy prawnej (umowy zobowiązującej lub innego zobowiązania)*”⁴⁰.

Prawo niemieckie cechuje duży stopień formalizmu. Wydaje się, że tak duży stopień formalizmu, prowadzi przede wszystkim do tego, że w celu osiągnięcia celów nietypowych dla umów uregulowanych przepisami prawa, strony zmuszane są do poszukiwania nienormatywnych konstrukcji prawnych opartych na zasadzie swobody umów. Konstrukcje te jednak często prowadzą do osłabienia pozycji jednej ze stron lub do skomplikowania struktury umowy. Brak wykorzystania w prawie niemieckim konstrukcji umowy sprzedaży rzeczy przyszłej na wzór konstrukcji przewidzianej w prawie francuskim wydaje się wprowadzać więcej komplikacji prawnych niż zapewnia bezpieczeństwo obrotu gospodarczego. Sprawia to, że prawo stanowiące przestaje nadążać za potrzebami obrotu gospodarczego i zaspokajając jego potrzeby, ale poszukiwanie odpowiednich konstrukcji niezbędnych do osiągnięcia zamierzonych przez strony celów pozostawione jest ich inwencji przy tworzeniu umownych konstrukcji prawnych.

6. Konstrukcja umowy sprzedaży rzeczy przyszłej w Anglii

Na gruncie prawa obowiązującego w Anglii, sprzedaż rzeczy została uregulowana w Akcie kodyfikującym prawo związane ze Sprzedażą Rzeczy z 1893 roku. Akt ten został następnie w roku 1979 zastąpiony Aktem o Sprzedaży Rzeczy. Z uwagi na precedensowy charakter prawa obowiązującego w Anglii nie moż-

⁴⁰ Por. E. Drozd, *Przeniesienie własności nieruchomości*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe Warszawa, Kraków 1974 r., str. 23.

na postrzegać powyższych aktów jako zbioru przepisów podobnych charakterem do kodeksów obowiązujących w prawie kontynentalnym. Są one na gruncie prawa angielskiego odzwierciedleniem norm ustalonych w prawie precedensowym, o charakterze *soft law*.

Według prawa angielskiego, w definicji sprzedaży mieści się zarówno czynność zawarcia kontraktu sprzedaży, jak i samo przeniesienie własności (*conveyance*). Samo zawarcie umowy nie stanowi bowiem o przeniesieniu własności rzeczy ze sprzedającego na kupującego. Sprzedaż - a zatem i Akt o Sprzedaży Rzeczy - jak wskazuje sama nazwa, odnosi się wyłącznie do rzeczy, a nie usług czy też wykonania dzieła lub pracy. Rzeczy to zarówno rzeczy ruchome, jak i nieruchomości, rzeczy materialne, jak i niematerialne. Sprzedaż nieruchomości nie jest jednak objęta Aktem o Sprzedaży Rzeczy. Postanowienia Aktu o Sprzedaży Rzeczy wyraźnie wskazują także, że przedmiotem sprzedaży mogą być rzeczy, które w chwili zawarcia umowy nie istnieją w sferze fizycznej lub prawnej, lub nie są jeszcze własnością sprzedającego. Jak wskazuje E. McKendrick „*rzeczy istniejące to rzeczy stanowiące własność lub będące w posiadaniu sprzedającego, podczas gdy rzeczy przyszłe to rzeczy, które mają zostać wyprodukowane lub nabyte przez sprzedającego po zawarciu umowy sprzedaży*”⁴¹.

Podstawową zasadą wynikającą z Aktu o Sprzedaży Rzeczy jest przejście własności sprzedawanej rzeczy ze sprzedającego na kupującego w chwili, w której zgodnie z intencją stron umowy własność ma przejść na kupującego. Intencja stron wynika z samej treści umowy sprzedaży, zachowania stron, a także wszelkich innych okoliczności, które towarzyszyły zawarciu umowy sprzedaży. W przypadku bezwarunkowej sprzedaży rzeczy oznaczonych co do tożsamości, które są w stanie umożliwiającym ich dostarczenie kupującemu, własności tych rzeczy - co do zasady - przechodzi na kupującego z chwilą zawarcia umowy sprzedaży. Powyższe domniemanie ujęte w Akcie o Sprzedaży Rzeczy jest oczywiście wzruszalne i może być obalone przez samą treść umowy lub przez inne okoliczności, które wskazują, że intencją stron było aby własność rzeczy przeszła na kupującego w innej chwili.

W przypadku sprzedaży rzeczy przyszłych, przejście własności w chwili zawarcia umowy jest w świetle Aktu o Sprzedaży Rzeczy niemożliwe. Prawo angielskie wyróżnia co do zasady dwie odmienne sytuacje, w której prawo własności rzeczy przyszłej przechodzi na kupującego. Po pierwsze, jeżeli rzeczy przyszłe są oznaczone co do tożsamości, ich własność może przejść na kupującego nie wcześniej niż w chwili gdy rzecz powstanie i znajduje się w stanie

⁴¹ Por. red. P. Briks, *English Private Law, Volume II*, Oxford University Press, Norfolk 2000 r., str. 228.

umożliwiającym jej dostarczenie kupującemu. Po drugie, gdy rzeczy nie stanowią oznaczonych co do tożsamości, a są jedynie częścią zbioru rzeczy oznaczonych co do gatunku, własność rzeczy może przejść na kupującego, po ich powstaniu oraz gdy kupujący zapłacił całość lub chociaż część ceny. W takiej sytuacji kupujący staje się „współwłaścicielem zbioru”, a więc posiada nie tylko prawa kontraktowe wynikające z zawartej umowy sprzedaży, ale także prawa wynikające z posiadanego tytułu własności.

W przypadku sprzedaży nieistniejącej nieruchomości – tj. tytułu prawnego do określonej nieruchomości⁴² – przez podmiot budujący budynek mieszkalny, dochodzi do zawarcia dwóch kolejnych umów. Jak zauważa P. Sparkes, w przypadku umowy dotyczącej lokalu mieszkalnego, który deweloper zobowiązany jest wybudować, zawierana jest „*umowa regulująca fazę budowlaną, a sprzedaż zostaje zakończona po ukończeniu prac*”⁴³. Kupujący płaci wynagrodzenie na rzecz dewelopera albo w chwili sprzedaży (uprzednio uiszczając zaliczkę) albo w ratach, w miarę postępu prac budowlanych. Ustalenie liczby, wysokości oraz terminów zapłaty rat wynagrodzenia przez kupującego na rzecz dewelopera, pozostaje do swobodnej decyzji stron umowy. Wynagrodzenie jest świadczeniem kupującego ekwiwalentnym wobec świadczenia dewelopera, polegającego na ustanowieniu na rzecz kupującego prawa rzeczowego do lokalu. Po zakończeniu prac budowlanych, deweloper podpisuje akt ustanowienia prawa rzeczowego na rzecz kupującego i doręcza mu tak podpisany akt. W ten sposób dochodzi do formalnego przeniesienia prawa rzeczowego do nieruchomości (*conveyance*).

7. Umowa sprzedaży rzeczy przyszłej w ujęciu europejskiego prawa modelowego.

Przepisy prawa europejskiego mają coraz większy wpływ na systemy prawne państw członkowskich. Od wielu zaś lat trwają prace na próbą stworzenia europejskiego kodeksu cywilnego i ujednolicenia prawa prywatnego. Jak zauważa A. Bierć „*w europejskim (unijnym) „laboratorium” legislacyjnym, w którym „eksperymentują” legislatorzy (eksperti) wywodzący się z różnych (odmiennych) tradycji prawnych, powstaje nowy model uzgadniania (ujednolicania) prawa prywatnego w skali ponadnarodowej (regionalnej), lecz bez tracenia z oczu perspektywy glo-*

⁴² W prawie angielskim nie istnieje prawo własności nieruchomości, ale inne prawa rzeczowe do nieruchomości. W ramy niniejszego artykułu nie wchodzi omówienie tych praw oraz różnic pomiędzy nimi oraz prawem własności nieruchomości.

⁴³ Por. P. Sparkes, *Real Property Law and Procedure in the European Union*, Report from England and Wales, European University Institute (EUI) Florence/European Private Law Forum in cooperation with Deutsches Notaristitut (DNotI) Würzburg 2005 r., str. 60.

balnej, gdyż era elektroniczna wymusza standaryzację w skali szerszej niż regionalna”⁴⁴. Próby tworzenia wspólnego wszystkim państwom europejskim punktu odniesienia w zakresie prawa prywatnego są o tyle słuszne i prakseologicznie uzasadnione, że skutki takiego zabiegu pozwoliłyby w znacznym stopniu zmniejszyć barierę dezintegrującą społeczeństwo europejskie, w postaci zasadniczych różnic systemów prawnych.

Na wstępie warto wspomnieć o genezie i rozwoju europejskiego prywatnego prawa modelowego. Jak zauważa J. Bełdowski, „intensyfikacja procesów integracyjnych w Europie doprowadziła w połowie XX w. do powrotu do idei wspólnego kodeksu prawa cywilnego. Jako pierwszy z postulatami powołania grupy prawników, której celem miało być przygotowanie projektu Jednolitego Europejskiego Kodeksu Handlowego lub Europejskiego Prawa Kontraktów, Deliktów, Własności (*European Restatements of the Laws of Contracts, Torts, Property*), wystąpił na forum Europejskiego Instytutu Uniwersyteckiego w 1976 r. duński Profesor Ole Lando. Po sześciu latach przygotowań rozpoczęła działalność Komisja ds. Europejskiego Prawa Kontraktów, zwana potocznie od nazwiska jej przewodniczącego Komisją Lando”⁴⁵. Do końca 2003 roku, członkowie Komisji ds. Europejskiego Prawa Kontraktów opublikowali trzy części Zasad Europejskiego Prawa Umów (*Principles of European Contract Law* – w skrócie PECL). Projekt PECL to dokument zawierający przede wszystkim założenia modelowego prawa ogólnego zobowiązań.

Dalsze prace doprowadziły do powstania Komisji Europejskiego Prawa Umów⁴⁶, Akademii Europejskich Znaczców Prawa Prywatnego⁴⁷, Europejskiej Grupy Prawa Deliktów⁴⁸ oraz Grupy Badawczy nad Europejskim Kodeksem Cywilnym⁴⁹. W 2000 roku powstała także Grupa Acquis, która jako cel obrała opracowanie Zasad Obowiązującego Europejskiego Prawa Umów (*Principles of Existing European Contract Law* – PEECL).

Grupa Badawcza nad Europejskim Kodeksem Cywilnym, jak wskazuje sama jej nazwa, podjęła próbę stworzenia Europejskiego Kodeksu Cywilnego. Jak

⁴⁴ Por. A. Bień, Spór o kodyfikację jako metodę unifikacji prawa prywatnego w Europie, w: Instytucje Prawa Konstytucyjnego w dobie integracji europejskiej, księga jubileuszowa dedykowana prof. Marii Kruk-Jarosz, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2009 r., str. 522.

⁴⁵ Por. J. Bełdowski, Europejski Kodeks Cywilny, Ku Europejskiemu Kodeksowi Cywilnemu, Edukacja Prawnicza, nr 6 (72) czerwiec 2005 r.

⁴⁶ W ramach tej komisji powstały: pierwsza komisja działająca w latach od 1982 r. – 1990 r., druga komisja działająca w latach od 1992 r. do 1996 r., trzecia komisja działająca w latach od 1997 r. – 2001 r. Komisja Europejskiego Prawa Umów uległa rozwiązaniu w 2003 roku wraz z opublikowaniem III części zasad europejskiego prawa umów.

⁴⁷ Powołana do życia w 1992 roku przez prof. Giuseppe Gandolfi.

⁴⁸ Powołana do życia w 1992 roku przez prof. Jaapa Spiera.

⁴⁹ Powołana do życia w 1998 roku.

podkreślają członkowie zespołu, ich celem nie jest stworzenie europejskiego kodeksu cywilnego w rozumieniu tradycji kontynentalnej, ale wspólnych zasad odniesienia. Dlatego też przygotowany i opublikowany projekt prac został nazwany Draft Common Frame of Reference⁵⁰. Jak wskazuje J. Rajski „Grupa Studyjna przyjęła, że wykazuje ona [koncepcja Wspólnych Zasad Odniesienia – przyp. autor] pewne podobieństwo do kodyfikacji. Wszakże nie ma ona normatywnego charakteru. Ponadto, każda z reguł opatrzona będzie wyjaśniającym komentarzem oraz zwięzłą prawnoporównawczą analizą stanowiska prawa państw członkowskich i prawa unijnego. Z tego punktu widzenia CFR będzie zatem przypominała amerykańskie *Restatement of Laws*”⁵¹. Opracowanie to stanowi usystematyzowany zbiór podstawowych zasad europejskiego prawa prywatnego, opatrzone komentarzem i przypisami.

W założeniach CFR, będzie składać się z dziesięciu ksiąg: księga I – Przepisy ogólne, księga II – Umowy i inne akty prawne, księga III – Zobowiązania poza umowne i wynikające z umów, księga IV – Umowy, księga V – Prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia, księga VI – Odpowiedzialność odszkodowawcza poza kontraktowa, księga VII – Bezpodstawne wzbogacenie, księga VIII – Przeniesienie własności ruchomości, księga IX – Zabezpieczenia na ruchomościach, księga X – Powiernictwo⁵². Jak wskazują sami autorzy DCFR, „największą część DCFR stanowią przepisy modelowe. Sformułowanie „modelowe” wskazuje, iż przepisy nie mają mocy obowiązującej, ale stanowią przepisy *soft law* podobnie jak przepisy *Zasad Europejskiego Prawa Umów* oraz podobnych publikacji”⁵³.

Z dotychczas opublikowanych prac nad Common Frame of Reference (w skrócie CFR) wynika, iż autorzy wychodzą z założenia, że powinien on stanowić dość ogólną regulację, pozostawiając wciąż bardzo dużą swobodę poszczególnym państwom członkowskim w zakresie w nim nieuregulowanym.

Przepisy DCFR zawierają uregulowania odnoszące się do umowy sprzedaży. Według przepisów Księgi IV Części A art. 1:202 dotyczącego sprzedaży, przez umowę sprzedaży należy rozumieć umowę, na podstawie której jedna strona, sprzedający, zobowiązuje się do przeniesienia własności rzeczy na stronę drugą, kupującego, albo na osobę trzecią, albo równocześnie z zawarciem umowy, albo w czasie przyszłym, a kupujący zobowiązuje się do uiszczenia ceny. Przepisy

⁵⁰ DCFR można tłumaczyć jako projekt wspólnych zasad odniesienia.

⁵¹ Por. J. Rajski, Nowy etap rozwoju europejskiego prawa prywatnego, *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, Rok XV: 2006, z. 1, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006 r., str. 115-116.

⁵² Por. www.sgecc.net

⁵³ Por. red. Ch. Von Bar i inni, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) outline edition*, Sellier European Law Publishers GmbH, Niemcy 2009 r., str. 18.

DCFR odnoszą się zarówno do umowy sprzedaży dóbr istniejących, jak i umowy sprzedaży rzeczy przyszłej. Według art. IV.A. 1:201 lit (a) DCFR, rzeczy to między innymi rzeczy przyszłe, czyli dobra, które w chwili zawarcia umowy jeszcze nie istnieją. DCFR nie zawiera regulacji dotyczących tego, czy rzecz przyszła to tylko taka, która nie istnieje jedynie w sferze fizycznej, czy też taka rzecz, która istnieje fizycznie, ale nie jest rzeczą samodzielną w sferze prawnej. Należy jednak przyjąć, zgodnie z tradycyjną definicją rzeczy przyszłej, iż jest to zarówno rzecz nieistniejącą fizycznie, jak i taka, która istnieje fizycznie, ale nie została wyodrębniona prawnie, jako rzecz samoistna.

DCFR wskazuje, iż umowy sprzedaży rzeczy przyszłej nie należy traktować jako umowy przedwstępnej. Zgodnie bowiem z art. IV.A. 1:102 umowa, na podstawie której jedna strona zobowiązuje się, za cenę, wyprodukować albo wytworzyć rzeczy dla drugiej strony i przenieść na nią własność tej rzeczy, stanowi co do zasady umowę sprzedaży tych rzeczy. DCFR stanowi więc, iż w ramach zobowiązań sprzedawcy wynikających z konstrukcji umowy sprzedaży rzeczy przyszłej, wchodzi także obowiązek wyprodukowania lub wytworzenia rzeczy. Projekt DCFR zawiera więc przepisy wprost odnoszące się do umowy sprzedaży rzeczy przyszłej, które wyraźnie wskazują na to, że umowa sprzedaży rzeczy przyszłej nie ogranicza się wyłącznie do zobowiązania sprzedawcy do przeniesienia własności i posiadania rzeczy, ale także do jej wyprodukowania. W przypadku sprzedaży nieistniejącej nieruchomości budynkowej, sprzedawca byłby więc także zobowiązany do wybudowania budynku będącego przedmiotem sprzedaży. W świetle DCFR, umowa ta nie stanowiłaby jednak ani umowy o dzieło, ani umowy o roboty budowlane.

8. Podsumowanie.

Umowa sprzedaży jako podstawowy instrument prawa prywatnego stanowi najbardziej uniwersalny środek obrotu gospodarczego. Forma oraz zastosowanie umowy sprzedaży wykształciły się przez tysiące lat ich stosowania. Stąd też obecnie, przy badaniu konstrukcji i zastosowania umowy sprzedaży, bezcennie wydaje się czerpanie z długich tradycji sięgających prawa rzymskiego.

Rozwój obrotu gospodarczego wraz z postępem cywilizacyjnym wymusił także wykształcenie się wielu rodzajów umowy sprzedaży. Jedną ze współcześnie wykształconych form umowy sprzedaży jest umowa factoringu. Umowa sprzedaży rzeczy przyszłej, której zasadniczym elementem jest świadczenie w przyszłości w postaci przeniesienia własności rzeczy nieistniejącej, stanowi podstawowy rodzaj umowy sprzedaży. Służy sprzedawcy do oferowania i zawierania umowy

sprzedaży przedmiotów, które jeszcze nie istnieją w sferze fizycznej lub prawnej. Istotne zastosowanie znajduje ona w sektorze wytwórczym. Sprzedawca może bowiem na jej podstawie oferować swoje produkty *erga omnes* oraz zawierać umowy sprzedaży przed wyprodukowaniem swoich produktów. W ten sposób może też uzyskać ze strony kupujących finansowanie – w całości lub części – procesu produkcji przedmiotów sprzedaży.

Współczesne modelowe rozwiązania prawne, jakim jest Draft Common Frame of Reference, odnosząc się do umowy sprzedaży rzeczy przyszłej, której wytworzenie należy do sprzedawcy, określa wyraźnie, że wyprodukowanie przedmiotu umowy stanowi zobowiązanie sprzedawcy. Winno być ono zgodne z treścią zawartej z kupującym umowy. Świadczenie to jest egzekwowalne. Tendencja ta sprawia, że umowa sprzedaży rzeczy przyszłej zbliża się swoją konstrukcją do umowy o dzieło i umowy dostawy.

Z punktu widzenia kupującego, jako strony umowy sprzedaży rzeczy przyszłej, istotna jest chwila uzyskania przez niego tytułu własności rzeczy przyszłej będącej przedmiotem obrotu. Zdarzenie to stanowi bowiem o zabezpieczeniu jego interesów związanych z uiszczoną na rzecz sprzedawcy ceną. Moment przejścia własności rzeczy przyszłej ze sprzedawcy na kupującego jest różnie rozmieszczony w czasie w zależności od systemów prawnych obowiązujących w różnych państwach. W Polsce, co do zasady własności rzeczy przyszłej przechodzi na kupującego wraz z przekazaniem mu posiadania tej rzeczy, a więc po jej zaistnieniu. Wcześniej, wraz z zawarciem umowy sprzedaży rzeczy przyszłej, kupujący nabywa ekspektatywę nabycia własności tej rzeczy.

Wyjątkiem w tym zakresie jest umowa sprzedaży przyszłej nieruchomości budynkowej, np. lokalu mieszkalnego. W przypadku bowiem nieruchomości, polskie prawo przewiduje zakaz przenoszenia ich własności z zastrzeżeniem warunku lub terminu. Własność przyszłej nieruchomości przechodzi na kupującego dopiero po jej zaistnieniu w sferze fizycznej oraz jako odrębnej rzeczy w sferze prawnej i zawarciu bezwarunkowej umowy przeniesienia tytułu własności na kupującego.

Prawo obowiązujące w Niemczech posiada jeszcze bardziej formalne wymogi dotyczące przejścia tytułu własności przedmiotu sprzedaży na kupującego. We Francji, własność rzeczy przyszłej przechodzi na kupującego wraz z jej zaistnieniem na podstawie samego porozumienia stron zawartego w akcie umowy sprzedaży. System prawny obowiązujący we Francji nadaje bowiem umowie sprzedaży skutek zobowiązująco-rozporządzający. Sprzedaż przyszłej nieruchomości we Francji została uregulowana jako odrębny rodzaj umowy sprzedaży rzeczy przyszłej. Konstrukcja VEFA zakłada uzyskanie przez kupującego tytułu własności udziału w nieruchomości gruntowej z chwilą zawarcia umowy sprzedaży oraz tytułu własności konstrukcji budowlanej w trakcie prowadzenia prac budowlanych.

nych przez sprzedawcę. Rozwiązanie przyjęte w konstrukcji VEFA, które wymaga szczególnej uwagi to założenie, że w przypadku budynków mieszkalnych kupujący uzyskuje udział we własności części wspólnych budynku wraz z postępem robót, natomiast własność lokalu nabywa samodzielnie jako odrębną.

Powyższe rozważania wskazują wyraźnie, iż umowa sprzedaży jest jedną z najbardziej dynamicznie rozwijających się rodzajów umów. Stanowi ona podstawową konstrukcję wielu współcześnie wykształconych umów nienazwanych jak umowa factoringu oraz umowa sprzedaży przyszłej nieruchomości. Uniwersalność zastosowania umowy sprzedaży przejawia się w jej podstawowej funkcji, którą jest wymiana rzeczy na cenę. W przypadku umowy sprzedaży rzeczy przyszłej - która stanowi alternatywę zapewniającą większy stopień bezpieczeństwa niż umowa przedwstępna – strony mogą dodatkowo korzystać z funkcji gwarancyjnej oraz finansującej, które realizuje ten rodzaj umowy.

SALE OF REAL ESTATES AS FUTURE GOODS IN DIFFERENT LEGAL SYSTEMS

In this article the author presents the construction and functions of a contract of sale of future goods, in particular pertaining to real property under construction. The sale of future goods contract guarantees the buyer that he will obtain the property right of the sold good automatically upon its existence (or sometimes at a later stage), the seller, that he will sell this good to the buyer. Consequently, the buyer may gain from the fact that the seller will not sell such goods to a third party and the seller may gain the price paid upon the signature of the contract, which will enable him to finance the construction of the future good. Such benefits of the sale of future goods contract can also be used in order to sell real property that is under construction. The guarantee and financing function of the sale of future goods contract is especially important in real property development projects.

The sale of future goods contract has been evolving since ancient times. Presently, this type of contract has been experiencing a dynamic evolution, especially in respect to future real property. Such an evolution is though subject to legal regulations pertaining to the transfer of ownership rights of real estates that are in force in different national legal systems.

Polish regulations incorporated in the Civil code enable parties to conclude sale of future goods contracts. Upon the signature of such a contract, the buyer obtains the right to acquire the ownership right of the future good. The ownership right is transferred onto him at the time when the buyer obtains the possession of the now existing future good.

Regulations pertaining to sale of real property differ substantially in most European countries. In some, such as Poland and Germany, real property may not be sold under the condition that it will be erected by the seller, or a third party in the future. Only existing real property may be sold. Such regulations are justified by the need to ensure the certainty of real property sales. In other countries, such as France, future buildings or apartments may be sold under a contract *La Vente l'Etat Futur d'Achevement* (hereinafter called VEFA). Under such a contract the buyer acquires all the existing parts of the sold real estate, while the remaining part – which is to be constructed – is acquired by the buyer automatically during the process of the construction. The seller receives his remuneration upon the completion of consecutive stages of the construction process. Also it is important to mention the construction of the sale of future goods contract as regulated in the Draft Common Frame of Reference. There, apart from the obligation of the seller to transform onto the buyer the real property rights of the sold goods, the seller

is obliged to make all other necessary actions in order to enable such a transfer of rights. If the Draft Common Frame of Reference would be referred to the sale of future real property under construction, such an obligation would include the obligation to construct the real property.

The analysis in this article indicates that the sale of real property under construction has been regulated in some countries and that such constructions as VEFA have had a positive impact on these legal systems. Such regulations stimulate the real property development sector and ensure better protection of consumers buying future real property. Also, as it has been shown, that the European model rules of the Draft Common Frame of Reference clearly underline the importance of the sale of future goods functions. These – namely the guarantee and financing functions – may also be used in the construction of a sale of future real property contract.

Marcin Zieliński ■

UWARUNKOWANIA PRAWNE ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA ODESŁANIA INTERNETOWE W NIEMCZECH

Trudno sobie wyobrazić, żeby prosty i niepozorny fragment kodu HTML¹, który w gruncie rzeczy składa się na odesłanie hipertekstowe, popularnie zwanym hiperlinkiem, mógł być tak ważny i nieodzowny dla funkcjonowania globalnej sieci, zwanej World Wide Web. Element strony internetowej, który po najejchaniu na niego myszką sprawia, że standardowa strzałka kursora zamienia się w charakterystyczną „łapkę”, jest stałym elementem każdego portalu w sieci. Fenomen hiperlinku polega na jego prostocie i uniwersalności. Bez znaczenia jest bowiem, zarówno charakter informacji (fragment tekstu, plik muzyczny, zdjęcie, itp.), do której następuje odesłanie, jak też jej lokalizacja w obrębie globalnej sieci. Hiperlinki stanowią element spajający, łączący ze sobą pojedyncze komputery w coraz większe sieci, powodując, że Internet staje się faktycznie siecią globalną. Analizując problemy prawne związane z funkcjonowaniem hiperlinków, trzeba mieć zatem na uwadze wyjątkowe znaczenie tego narzędzia dla funkcjonowania Internetu. Z tej też racji szczególnie istotne jest, by nadmierne ograniczenia prawne w tym zakresie oraz zbyt restrykcyjna praktyka stosowania prawa nie odbiły się negatywnie na sprawności funkcjonowania Internetu, zaburzając pierwotne przeznaczenie hiperlinku, jako elementu konstrukcyjnego globalnej WWW².

Każdy medal ma jednak dwie strony. Zamieszczone w sieci odesłanie zawsze bowiem kryje za sobą określoną motywację jego autora. Kierować nim może

¹ Ang. *Hyper-Text-Markup-Language*.

² T. Stadler, *Haftung für Informationen im Internet*, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2002, str. 136, nb. 147.

np. chęć kształtowania opinii internautów poprzez odpowiedni dobór informacji, dostarczenie referencji dla uwiarygodnienia oraz pogłębienia informacji zamieszczanych we własnym serwisie, albo też względy bardziej merkantylne, takie jak chęć zwiększenia popularności własnej strony WWW (co uzyskuje się m.in. zamieszczając odesłania do często odwiedzanych stron w sieci), lub wreszcie osiągnięcie przychodów z tytułu banerów reklamowych (to też są hiperlinki) zamieszczanych na własnej stronie. Ten właśnie aspekt „linkowania”, świadoma decyzja dostawcy usługi elektronicznej (ISP) o zamieszczeniu odesłania oraz subiektywny wybór informacji docelowej, najczęściej przesądzać będzie o pojawieniu się kwestii odpowiedzialności autora linku.

W doktrynie niemieckiej najprostsza chyba definicję hiperlinku zaproponował T. Stadler, określając go jako „elektroniczne odesłanie do treści znajdującej się w innym miejscu”³. Zgodnie z tym opisem, niezależnie od rodzajów linków, o czym będzie mowa poniżej, ich zasadnicza funkcja zawsze będzie taka sama. Po aktywowaniu użytkownik zostanie przekierowany do innej informacji. Pod względem osiąganego skutku aktywowanie prostego linku nie różni się zasadniczo od manualnego wprowadzenia adresu w oknie przeglądarki⁴. Czynność zamieszczania hiperlinku łączy ze sobą element udostępniania informacji własnej (treść i forma odesłania) oraz element umożliwiania dostępu do informacji cudzej. Hiperlinki porównywane są do przypisów, stosowanych w publikacjach drukowanych⁵, albo do kart katalogowych w bibliotece⁶.

Elektroniczne odesłanie hipertekstowe składa się z kilku elementów. W języku HTML początek zapisu polecenia wykonania hiperlinku z reguły oznaczany jest symbolem „<a” , zaś koniec „a>”⁷. Ciąg znaków zawierający te dwa symbole jest rozpoznawany przez przeglądarkę jako odesłanie i (w trybie graficznym) z reguły automatycznie wyróżniany specjalnym kolorem. W treści skryptu, w cudzysłowach, podany jest adres url, do którego przypisana jest dana informacja, zaś po nim tzw. etykieta linku (ang. *link label*), czyli tekstowy lub graficzny opis danego hiperlinku (patrz: przykład 1 i 2 poniżej). W przedstawionym zakresie link nie jest więc niczym innym, jak informacją o tym, gdzie moż-

³ T. Stadler, *Haftung für Informationen im Internet*, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2002, str. 134, nb. 144.

⁴ A. Mohr, *Internetspezifische Wettbewerbsverstöße*, Schriften des Zentrums für angewandte Rechtswissenschaft, Karlsruhe 2006, str. 110.

⁵ T. Berners-Lee, *Links and Law*. Artykuł dostępny pod url: <http://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw.html>.

⁶ M. Köhler, H.-W. Arndt, T. Fetzer, *Recht des Internet*, C.F. Müller, Heidelberg 2008, str. 258.

⁷ Litera „a” stanowi skrót od angielskiego słowa *anchor* (tłum. kotwica), wskazując miejsce, gdzie tekst odesłania zaczyna się i kończy.

na znaleźć daną treść⁸. Czymś w rodzaju elektronicznego przypisu, rozszerzonego jednak o możliwość bezpośredniego przywołania docelowej informacji na ekran komputera. Wspomniana etykieta linku stanowi jego tekstową lub graficzną oprawę, rodzaj wizualizacji. Możliwości „ubrania” linku w ten sposób są praktycznie nieograniczone. W najprostszej postaci może to być tekstowy zapis adresu url, do którego następuje odesłanie. Możliwe jest jednak przypisanie odesłania do dowolnego fragmentu tekstu, znaku graficznego (np. ikonki przedstawiającej logo firmy), lub zdjęcia (najczęściej w postaci tzw. *thumbnail*, czyli miniatutki oryginalnego zdjęcia). Warto zaznaczyć, że wspomniana etykieta linku nie jest w żaden sposób funkcjonalnie powiązana z adresem url, do którego link odsyła. Ta właściwość może być wykorzystywana w celu wprowadzenia w błąd osoby korzystającej z linku.

Mechanizm funkcjonowania wszystkich typów hiperlinków jest w zasadzie jednakowy. Po uaktywnieniu odesłania następuje przekierowanie do informacji „znajdującej się w innym miejscu”. Istotne różnice pojawiają się na gruncie sposobu prezentacji treści, do których linki te odsyłają, a więc na tle efektu widocznego na ekranie osoby, która uaktywniła link. W literaturze pojawiały się różnorodne koncepcje podziału hiperlinków. Najtrafniejszy z nich proponuje Tim Berners-Lee, współautor i pomysłodawca idei odesłań hipertekstowych⁹. Wyróżnia on dwa zasadnicze rodzaje odesłań:

- linki proste,
- linki osadzone w treści, tzw. *embedded links*.

Linki proste powodują, że w oknie przeglądarki użytkownika wyświetla się wprost informacja dostępna na innej stronie w sieci. Z kolei w wyniku aktywowania linku osadzonego nowa informacja wyświetla się w sposób wkomponowany w treść innej strony. W najprostszym przypadku jest to strona, z której nastąpiło odesłanie. W doktrynie wyróżnia się również inne typy linków, m.in. linki głębokie¹⁰ (ang. *deep-links*), linki liniowe¹¹ (ang. *inline-links*) lub tzw.

⁸ T. Stadler, *Verantwortlichkeit für Hyperlinks nach der Neufassung des TDG*, JurPC Web-Dok. 2003, nr 2, dostępny pod url: <http://www.jurpc.de/aufsatz/20030002.htm>, ust. 25.

⁹ T. Berners-Lee, *Links and Law*. Artykuł dostępny pod url: <http://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw.html>.

¹⁰ Linki odsyłające do podstrony innego serwisu niż ten, w którym zamieszczone zostało odesłanie. Przekierowanie odbywa się z pominięciem strony głównej i całej struktury strony zawierającej informację docelową, w wyniku czego na ekranie użytkownika wyświetla się od razu informacja, do której chciał odesłać autor linku.

¹¹ Linki, które powodują wyświetlenie informacji w dodatkowym okienku, bez przekierowywania na inną stronę (przypomina to pojawienie się tzw. „chmurki” tekstu w komunikach). Linki te z reguły służą wyświetlaniu informacji reklamowych. Bardzo często do

ramki¹² (ang. *frames*). Postrzegając jednak powyższe rozróżnienia linków przez pryzmat skutku wizualnego, jaki zostaje osiągnięty w wyniku aktywowania linku, można przyjąć, że stanowią one jedynie modyfikację wspomnianej wyżej koncepcji T. Bernersa-Lee.

Odpowiedzialność związana z hiperlinkami może dotyczyć kilku różnych aspektów tej usługi. Po pierwsze, znamiona bezprawności może nosić informacja, do której następuje odesłanie (np. jeżeli link przekierowuje użytkownika do treści nawołujących do przemocy lub naruszających dobra osobiste). Przesłanki czynu niedozwolonego może jednak spełniać już sama czynność zamieszczania linku, nawet w sytuacji, gdy informacja, do której następuje odesłanie, jest legalna¹³. Bezprawność takiego działania wynika najczęściej z regulacji prawa autorskiego lub prawa własności przemysłowej¹⁴. Nie bez znaczenia jest w takich sytuacjach to, w jaki sposób wyświetlane są informacje docelowe na komputerze użytkownika aktywującego link. Odesłania powodujące wizualnie wkomponowanie informacji w układ graficzny strony, na której zamieszczony został hiperlink (np. linki osadzone w treści, m.in. *in-line* lub *frames*), mogą powodować wprowadzenie użytkownika w błąd co do autorstwa wyświetlanych informacji. Bezprawność linkowania może również wiązać się z etykietą linku, tzn. z elementem tekstowym lub graficznym, do którego link został on przypisany. Przykładowo, znak graficzny, na który należy kliknąć, aby uaktywnić link, może być chroniony na mocy prawa znaków towarowych. Bezprawność linkowania może oczywiście wynikać również z kombinacji opisu hiperlinku oraz treści, do której link ten odsyła¹⁵.

Istotne znaczenie przy ocenie prawnej odpowiedzialności za hiperlinki odgrywa czynnik czasu. Podmiot linkujący co do zasady nie posiada bowiem wpły-

ich aktywowania nie jest konieczne kliknięcie myszką, lecz wystarczy najechanie na odesłanie kursorem.

¹² Linki, powodujące wyświetlenie informacji znajdującej się na innej stronie, lecz informacja ta jest „wkomponowywana” w graficzny układ strony, na której zamieszczony został link (jak w ramce).

¹³ T. Stadler, *Verantwortlichkeit für Hyperlinks nach der Neufassung des TDG*, JurPC Web-Dok. 2003, nr 2, dostępny pod url: <http://www.jurpc.de/aufsatz/20030002.htm>, ust. 6.

¹⁴ Przykład 1: link do strony WWW innej firmy, o ugruntowanej renomie i pozycji na rynku, zamieszczony na stronie innej firmy, może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. W pewnych okolicznościach takie działanie może bowiem stwarzać pozory, że zamieszczający odesłanie pozostaje w jakimś związku z firmą, do której strony linkuje. Przykład 2: zamieszczenie znacznej ilości odesłań, z których każdy odsyła do niewielkiego fragmentu dostępnej nieodpłatnie bazy danych, może spowodować naruszenie praw jej autora, w szczególności jeżeli informacje są prezentowane w sposób mylnie sugerujący ich autorstwo.

¹⁵ T. Stadler, *Verantwortlichkeit für Hyperlinks nach der Neufassung des TDG*, JurPC Web-Dok. 2/2003, dostępny pod url: <http://www.jurpc.de/aufsatz/20030002.htm>, ust. 7.

wu na treść informacji, do której zamieszcza odesłanie. Możliwe jest więc, że po zamieszczeniu hiperlinku informacja docelowa zostanie zmieniona na bezprawną, skutkując tym, że udostępnianie początkowo legalnego linku zacznie spełniać przesłanki czynu niedozwolonego. Istotne jest również to, że wspomniana zmiana informacji docelowej może się odbyć bez wiedzy osoby, która wcześniej zamieściła do niej hiperlink. Podkreśla się więc, że po zamieszczeniu hiperlinku jego autor nie ma obowiązku monitorowania informacji, do której link ten odsyła¹⁶.

Regulacje prawne odwołujące się wprost do warunków dopuszczalności zamieszczania hiperlinków należą do rzadkości. Zagadnienie odpowiedzialności nie zostało uregulowane w niemieckiej ustawie o telemediach z 2007 r. (dalej: TMG)¹⁷, brak jego również w polskiej ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną z 2002 r. (dalej: u.ś.u.d.e.).¹⁸ Należy jednak zaznaczyć, że trwają prace nad nowelizacją polskiej ustawy, przewidujące m.in. wprowadzenie regulacji wyłączenia odpowiedzialności dostawców usług elektronicznych zamieszczających hiperlinki oraz oferujących wyszukiwarki internetowe.

Regulacji odpowiedzialności za zamieszczenie hiperlinków nie zawiera również wspólnotowa Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dalej: e.c.d.)¹⁹, dla implementacji której uchwalone zostały powyższe narodowe akty prawne. Warto przy tym podkreślić, że prawodawca wspólnotowy świadomie zdecydował się tymczasowo nie regulować odpowiedzialności z tytułu zamieszczania hiperlinków oraz funkcjonowania wyszukiwarek internetowych, co wynika z art. 21 ust. 2 e.c.d.²⁰ Powstrzymując się do regulacji,

¹⁶ S. Ott, *Haftung für Embedded Videos von YouTube und anderen Videoplattformen im Internet*, „Zeitschrift für Urheber und Medienrecht“ 2008, nr 7, str. 561.

¹⁷ Uchwalona jako część ustawy Informations- und Kommunikationsdienstegesetz z 28.07.1997 r. (BGBl. I, str. 1870 i n.).

¹⁸ Dz.U. Nr 144, poz. 1204.

¹⁹ Dz.U.UE L z dnia 17 lipca 2000 r.

²⁰ Dyrektywa zobowiązywała jednocześnie Komisję Europejską do przedstawiania cyklicznych sprawozdań z jej stosowania, których celem miało być dostosowanie regulacji do nowych rozwiązań prawnych, technicznych i gospodarczych w dziedzinie usług społeczeństwa informacyjnego. Sprawozdania te miały w szczególności doprowadzić do opracowania propozycji co do regulacji problematyki hiperlinków oraz wyszukiwarek informacji w sieci. Jak dotąd Komisja działa z opóźnieniem, sporządziwszy zaledwie jedno takie sprawozdanie, które zostało zaprezentowane 21.11.2003 r. Drugie sprawozdanie miało zostać przedstawione do końca 2007 r. [por. Pierwszy raport Komisji dla Europejskiego Parlamentu, Rady oraz Europejskiej Komisji Gospodarki i Spraw Socjalnych w sprawie zastosowania Dyrektywy 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicz-

prawodawca wspólnotowy zachęcił jednocześnie państwa członkowskie do podejmowania prób ujęcia tej problematyki w ramy prawne we własnym zakresie. Z możliwości tej skorzystali, jak dotychczas, prawodawcy: Austrii, Liechtensteinu, Hiszpanii oraz Portugalii.

Według dominującego w niemieckiej doktrynie stanowiska, implementacja regulacji e.c.d. w Niemczech spowodowała zmianę stanu prawnego w odniesieniu do kwalifikacji prawnej hiperlinków. Wcześniej przyjmowano, że regulacja wyłączenia odpowiedzialności ISP, zawarta w obowiązującej od 1997 r. ustawie o teleusługach (dalej: TDG)²¹, znajduje zastosowanie w tych przypadkach. Na gruncie tej regulacji wytworzył się znaczny dorobek orzecznictwa i doktryny²². Uchwalając w 2001 r. całkowicie nowe brzmienie TDG²³, dostosowując tę regulację do wymagań wynikających z konieczności realizacji celów wyrażonych w e.c.d., ustawodawca niemiecki wyraźnie wykluczył z zakresu stosowania nowej regulacji usługi polegające na zamieszczaniu hiperlinków oraz oferowaniu wyszukiwarek internetowych. W szczególności dotyczyło to przepisów rozdziału 3 TDG z 2001 r., które przewidywały możliwość wyłączenia odpowiedzialności dostawców usług elektronicznych. W uzasadnieniu do projektu TMG z 2001 r., postrzeganego jako nieformalny komentarz do tej regulacji, Rząd Federalny stwierdził: „w wypadku hiperlinków odpowiedzialność powinna być rozpatrywana na podstawie przepisów ogólnych, bez szczególnych ograniczeń w zakresie odpowiedzialności cywilnej lub karnej”²⁴. Przepisy regulujące wyłączenie odpowiedzialności ISP

nego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym). KOM(2003) 702, sporządzony 21.11.2003 r., dostępny w wersji angielskiej pod url: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003DC0702:EN:NOT>. Ostatnio wyświetlony 11.05.2010.)].

²¹ Uchwalona jako część ustawy Informations- und Kommunikationsdienstegesetz z 28.07.1997 r. (BGBl. I, str. 1870 i n.). Szerzej na temat TDG z 1997 r. oraz jej nowelizacji w 2001 r. [por. też M. Zieliński, *Rozwój regulacji prawnych dotyczących komunikacji elektronicznej w Niemczech*, „Przegląd Legislacyjny” 2006, nr 2, str. 85–106].

²² U. Sieber, M. Höfinger, *Allgemeine Grundsätze der Haftung*, [w:] T. Hoeren, U. Sieber, *Handbuch des Multimedienrechts*, C.H. Beck, 2008, str. 53.

²³ Nowelizacji dokonano za pomocą ustawy z 14 grudnia 2001 r. o warunkach ramowych dla elektronicznego obrotu gospodarczego (niem. *Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr*, BGBl 2001, cz. I, nr 70, str. 3721 i n.; tzw. EGG). Uchwalony akt prawny miał formę tzw. ustawy artykułowej (niem. *Artikelgesetz*) polegającej na tym, że poszczególne artykuły ustawy EGG stanowiły nowelizację już obowiązujących regulacji. Art. 1 EGG nadawał całkowicie nowe brzmienie ustawie TDG z 1997 r.

²⁴ Załącznik 2 do Rządowego projektu ustawy EGG Projekt ustawy o prawnych ramach dla elektronicznego obrotu gospodarczego (ustawa o elektronicznym obrocie gospodarczym – EGG), BT-Drs 14/6098 z 17.05.2001 r. Dostępny pod url: <http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406098.pdf> (ostatnio wyświetlony 11.05.2010 r.) – Odpowiedź Rządu Federalnego, add. pkt 10.

zostały następnie niemalże bez zmian przeniesione do ustawy Telemediengesetz, uchwalonej w 2007 r. Stanowisko prawodawcy oraz judykatury odnośnie do braku możliwości zastosowania regulacji wyłączenia odpowiedzialności ISP zawartej w TDG oraz TMG w wypadku czynności polegającej na zamieszczaniu hiperlinków, zostało w większości podtrzymane w orzecznictwie²⁵ oraz doktrynie²⁶.

Warta przytoczenia wydaje się koncepcja zaproponowana przez profesora prawa karnego, a przy tym wybitnego specjalistę prawa nowych technologii, Ulricha Siebera²⁷. Autor ten kwestionuje powszechnie przyjęte założenie, że do kwestii odpowiedzialności dostawców usług elektronicznych zamieszczających hiperlinki oraz oferujących wyszukiwarki internetowe wyłączone jest stosowanie przepisów TMG, w szczególności jej rozdziału 3, regulującego zasady wyłączenia odpowiedzialności. Większość przedstawicieli doktryny z góry wykluczyła możliwość analogicznego stosowania przepisów TDG (lub TMG) do hiperlinków i wyszukiwarek internetowych z uwagi na brak tzw. **nieplanowanej przez ustawodawcę luki legislacyjnej** [niem. *planwidrige Regelungslücke*]²⁸. Na gruncie prawa niemieckiego wykładnia *per analogiam* staje się bowiem dopuszczalna dopiero w sytuacji, gdy według celu regulacji określonego przez prawodawcę przepis regulujący dane zagadnienie powinien znaleźć się w ustawie²⁹. Zdaniem

²⁵ BGH, 01.04.2004; sygn. I ZR 317/01 [Schöner Wetten]; OLG München, 28.07.2005, sygn. 29 U 2887/05; LG München I, 14.11.2007, sygn. akt 21 O 6742/07.

²⁶ A. Mücklich, *Auswirkungen des EGG auf die haftungsrechtliche Behandlung von Hyperlinks*, „Computer und Recht“ 2002, nr 8, str. 591; S. Nickels, *Neues Bundesrecht für den E-Commerce*, „Computer und Recht“ 2002, nr 4, str. 308; O. Köster, U. Jürgens, *Haftung professioneller Informationsvermittler im Internet. Eine Bestandsaufnahme nach der Novellierung der Haftungsregelungen*, „Multimedia und Recht“ 2002, str. 422. Inaczej: M. Schwarz, K. Poll, *Haftung nach TDG und MDStV*, JurPC Web-Dok. 73/2003, dostępny pod url: <http://www.jurpc.de/aufsatz/20030073.htm#fn22> (ostatnio wyświetlony 6.09.2010 r.), ust. 105; T. Stadler, *Verantwortlichkeit für Hyperlinks nach der Neufassung des TDG*, JurPC Web-Dok. 2/2003, dostępny pod url: <http://www.jurpc.de/aufsatz/20030002.htm>, ust. 17 (w odniesieniu do regulacji cachingu); A. Koch, *Zur Einordnung von Internetsuchmaschinen nach dem EGG*, 3_2002, str. 126; D. Heckmann, *Internetrecht. Praxiskommentar*, Juris Saarbrücken 2009, str. 166, nb. 62; M. Köhler, H.-W. Arndt, T. Fetzer, *Recht des Internet*, C.F. Müller, Heidelberg 2008, str. 259, J. Wimmers, C. Schulz, *Kapitel III. Haftung für fremde Inhalte*, [w:] Heidrich, Joerg, Forgó, Nikolaus, Feldmann, Thorsten, *Heise Online-Recht*, Heise 2009, str. 109.

²⁷ U. Sieber, M. Höfinger, *Allgemeine Grundsätze der Haftung*, [w:] T. Hoeren, U. Sieber, *Handbuch des Multimediarechts*, C.H. Beck, 2008, str. 56–57, nb. 100 i 101.

²⁸ A. Mücklich, *Auswirkungen des EGG auf die haftungsrechtliche Behandlung von Hyperlinks*, Computer und Recht 2002, nr 8, str. 591; D. Heckmann (red.), *Internetrecht. Praxiskommentar*, Juris Saarbrücken 2009, str. 166, nb. 62; T. Stadler, *Verantwortlichkeit für Hyperlinks nach der Neufassung des TDG*, JurPC Web-Dok. 2003, nr 2, dostępny pod url: <http://www.jurpc.de/aufsatz/20030002.htm>, ust. 12.

²⁹ M. Zieliński, Z. Radwański, *Wykładnia prawa cywilnego*, „Studia Prawa Prywatnego“ 2006, nr 1, str. 10; R. Döring, *Die Haftung für eine Mitwirkung an Wettbewerbsverstößen*

U. Siebera okoliczność, że prawodawca świadomie zdecydował się tymczasowo nie obejmować pewnego zagadnienia regulacją, nie wyklucza przyjęcia założenia, że doszło do powstania „nieplanowanej luki legislacyjnej”. Dotarcie do takiego z pozoru nielogicznego wniosku stało się możliwe, dzięki przyjęciu **szerszego rozumienia pojęcia intencji prawodawcy**. U. Sieber podkreśla, iż stanowisko wyrażone w uzasadnieniu do rządowego projektu TDG z 2001 r. wskazuje, że nie było zamiarem **prawodawcy, by kwestia odpowiedzialności za hiperlinki oraz wyszukiwarki docelowo pozostawała bez regulacji**³⁰.

Koncepcja U. Siebera wydaje się słuszna, aczkolwiek autor sam przyznaje, że stosowanie w drodze analogii regulacji TMG może znaleźć praktyczne zastosowanie jedynie w odniesieniu do linków tworzonych w sposób automatyczny, tzn. bez bezpośredniej ingerencji człowieka³¹. Z taką sytuacją mamy miejsce w szczególności w wypadku list wyników generowanych przez wyszukiwarki internetowe. W odniesieniu do wyszukiwarek do podobnego wniosku dochodzi również A. Koch³², który dążąc do ustalenia intencji prawodawcy, analizował m.in. wypowiedzi posłów w trakcie debaty parlamentarnej nad nowelizacją ustawy TDG. Powodem, dla którego przepisów TMG wyłączających odpowiedzialność ISP nie można stosować do (albo w przypadku) odpowiedzialności podmiotu zamieszczającego hiperlinki, jest brak w tej ustawie przepisu, którego hipoteza wykazywałaby wystarczający poziom podobieństwa do usługi linkowania. Tylko bowiem w takiej sytuacji stosowanie przepisu TMG *per analogiam* byłoby dopuszczalne.

nach der Entscheidung des BGH „Jugendgefährdende Medien bei eBay“, „Wettbewerb und Recht und Praxis“ 2007, str. 1133; U. Sieber, M. Höfinger, Drittauskunftsansprüche nach § 101a UrhG gegen Internetprovider zur Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen, „Multimedia und Recht“ 2004, nr 9, str. 575.

³⁰ Autor zwraca przy tym uwagę na niekonsekwencję prawodawcy niemieckiego. Z jednej strony podkreślana jest ciągłość obowiązywania jednolitej regulacji prawnej komunikacji elektronicznej, akcentując zarazem dalszą aktualność dorobku orzeczniczego oraz naukowego utworzonego na gruncie TDG z 1997 roku, zaś z drugiej strony wyraźnie wyłączone zostaje zastosowanie wspomnianej regulacji do wybranych kategorii usług elektronicznych. Jego zdaniem, patrząc na intencje prawodawcy z takiej, szerszej perspektywy, uzasadnione staje się założenie, że – pomimo decyzji o tymczasowym powstrzymaniu się od regulacji kwestii odpowiedzialności w związku z hiperlinkami oraz wyszukiwarkami – to jednak, w perspektywie długoterminowej, taka sytuacja jest dla prawodawcy niepożądana oraz niezamierzona. Zdaniem U. Siebera, powstrzymanie się od regulacji odpowiedzialności za hiperlinki oraz wyszukiwarki w TMG może zatem być uznane za nieplanowaną lukę regulacyjną [por. U. Sieber, M. Höfinger, *Allgemeine Grundsätze der Haftung*, [w:] T. Hoeren, U. Sieber, *Handbuch des Multimediarechts*, C.H. Beck, 2008, str. 55–56].

³¹ U. Sieber, M. Höfinger, *Allgemeine Grundsätze der Haftung*, [w:] T. Hoeren, U. Sieber, *Handbuch des Multimediarechts*, C.H. Beck, 2008, str. 59.

³² A. Koch, *Zur Einordnung von Internetsuchmaschinen nach dem EGG*, „Kommunikation und Recht“ 2002, nr 3, str. 126.

W tym zakresie stanowisko U. Siebera jest więc zbieżne z poglądami reprezentowanymi przez większość niemieckiej doktryny³³. Warto jednak odnotować, że w literaturze niemieckiej pojawiają się głosy dopuszczające możliwość stosowania analogii do § 8 TMG, również w wypadku manualnie tworzonych hiperlinków³⁴.

W ślad za regulacją e.c.d. przepisy TMG przewidują możliwość wyłączenia odpowiedzialności ISP w związku z oferowaniem trzech typów usług społeczeństwa informacyjnego, usługi *mere conduit* (§ 8 TMG), cachingu (§ 9 TMG) oraz hostingu (§ 10 TMG). W dominującej opinii żadna z tych usług nie wykazuje wystarczającego podobieństwa do usługi linkowania, co wyklucza możliwość zastosowania tych przepisów w drodze analogii³⁵. Regulacja § 8 TMG (odpowiednik usługi zwykłego przesyłu regulowanej w art. 12 u.ś.u.d.e.) obejmuje wyłącznie usługi o całkowicie automatycznym charakterze. Hiperlinki zamieszczane samodzielnie przez człowieka nie mieszczą się w tej kategorii. Z tych samych względów nie jest możliwe stosowanie w wypadku hiperlinków § 9 TMG, odnoszącego się do usługi tzw. cachingu (odpowiednik art. 13 u.ś.u.d.e.). W tym przypadku na przeszkodzie stoi dodatkowo konieczność występowania „ograniczonego w czasie przechowywania informacji”, co nie ma miejsca w wypadku zamieszczania hiperlinków³⁶. Porównując usługę linkowania z hostingiem, regulowanym w § 10 TMG (odpowiednio w art. 14 u.ś.u.d.e.) podkreśla się, że podmiot zamieszczający hiperlink nie przechowuje informacji, do której odsyła. Ponadto okoliczność świadomego wyboru informacji docelowej przez zamieszczającego hiperlink w każdym przypadku musiałaby prowadzić do wniosku, że usługa ta nie spełnia przesłanki „braku wiedzy o bezprawnej informacji lub związanym z nią działaniu”, warunkującej dopuszczalność skorzystania z wyłączenia odpowiedzialności na mocy tego przepisu. Konkludując, trzeba zatem stwier-

³³ G. Spindler, P. Schmitz, I. Geis, *Teledienstegegesetz, Teledienstedatenschutzgesetz, Signaturgesetz – Kommentar*, C.H. Beck, München 2004, uwagi do § 8 TDG, str. 144–146, nb. 33–35; T. Stadler, *Verantwortlichkeit für Hyperlinks nach der Neufassung des TDG*, JurPC Web-Dok. 2003, nr 2, dostępny pod url: <http://www.jurpc.de/aufsatz/20030002.htm>, ust. 12.

³⁴ M. Köhler, H.-W. Arndt, T. Fetzer, *Recht des Internet*, C.F. Müller, Heidelberg 2008, str. 259. Zdaniem autorów istnieje tutaj wystarczające podobieństwo. Ich zdaniem zamieszczanie hiperlinków odpowiada *ratio legis* § 8 TMG, w szczególności przez to, że zamieszczający link umożliwia dostęp do informacji oraz że nie ma wpływu na treść, do której odsyła.

³⁵ T. Stadler, *Verantwortlichkeit für Hyperlinks nach der Neufassung des TDG*, JurPC Web-Dok. 2003, nr 2, dostępny pod url: <http://www.jurpc.de/aufsatz/20030002.htm>, ust. 12.

³⁶ T. Stadler, *Verantwortlichkeit für Hyperlinks nach der Neufassung des TDG*, JurPC Web-Dok. 2003, nr 2, dostępny pod url: <http://www.jurpc.de/aufsatz/20030002.htm>, ust. 16.

dzić, że w odniesieniu do odpowiedzialności podmiotu świadczącego usługę linkowania nie jest dopuszczalne zastosowanie przepisów wyłączających odpowiedzialność ISP zawartych w Telemediengesetz. W moim przekonaniu do identycznych wniosków musiałaby doprowadzić analiza pod tym kątem polskiej regulacji art. 12, 13 i 14 u.ś.u.d.e.

Konsekwencją braku szczegółowej regulacji, wprost odnoszącej się do odpowiedzialności podmiotów zamieszczających hiperlinki, jest konieczność zastosowania ogólnych przepisów niemieckiego BGB oraz specjalistycznych regulacji różnych dziedzin prawa. Spowodowało to w znacznym stopniu przeniesienie zadania kwalifikacji prawnej stanów faktycznych związanych z linkowaniem na organy stosowania prawa. Początkowo w praktyce orzeczniczej niemieckich sądów proces ten nie odbywał się w sposób jednolity³⁷. Przykładem tego może być seria ponad 80 postępowań sądowych, zainicjowanych przez jeden podmiot, firmę Symicron, właściciela praw do zarejestrowanego w 1995 r. w Niemczech znaku towarowego „Explorer”. Jej działania prawne kierowane były przeciwko firmom wykorzystującym identyczne lub podobne określenia w nazwie swojego oprogramowania (m.in. przeciwko firmie Microsoft³⁸), jak również przeciwko różnym podmiotom (firmom, uczelniom, osobom fizycznym) zamieszczającym linki do takiego oprogramowania³⁹. Postępowanie organów wymiaru sprawiedliwości w związku z tzw. sprawami „Explorer” lub „FTP-Explorer”, ujawniło negatywne strony braku jednoznacznej regulacji kwestii hiperlinków w prawie niemieckim. Pomimo zbliżonych stanów prawnych i faktycznych sądy różnych instancji wydawały niekiedy sprzeczne ze sobą rozstrzygnięcia. Niektóre sądy przyjmowały, że w odniesieniu do autorów odesłań zastosowanie znajduje regulacja wyłączająca odpowiedzialność podmiotów świadczących teleusługi, zawarta w § 5 TDG z 1997 r.⁴⁰

³⁷ W.-D. Roth, *Symicron: Konkurs eines Abmahners*, 15.06.2005, dostępny pod url: <http://www.heise.de/tp/r4/artikel/20/20313/1.html>.

³⁸ Po wygranej Microsoftu w pierwszej instancji sprawa zakończyła się ugodą, na podstawie której firma Microsoft mogła wykorzystywać sporne określenie na oznaczenie swojego oprogramowania (m.in. Internet Explorer). Patrz OLG München, 14.11.1996, sygn. 6 U 4761/96 [ugoda z Microsoft w sprawie znaku towarowego Explorer], dostępny pod url: <http://bonnanwalt.de/entscheidungen/OLG-Muenchen6U4761-96.html>.

³⁹ Szczególnie często pozywane były osoby zamieszczające na swoich prywatnych stronach bardzo popularny w Niemczech kurs języka HTML („Selfhtml”), w ramach którego autor Stefan Münz zamieścił link do programu o nazwie „FTP Explorer”. Aby zwiększyć popularność dostępnego nieodpłatnie kursu, autor prosił osoby z niego korzystające o zamieszczanie kopii na stworzonych przez siebie stronach. Stąd sprawy inicjowane przez firmę Symicron dotyczyły niemalże identycznego stanu faktycznego.

⁴⁰ OLG Schleswig, 19.12.2000, sygn. 6 U 51/00; OLG Düsseldorf, 19.09.2001, sygn. 27 U 18/01.

W analogicznych sytuacjach zdarzały się jednak także przypadki stosowania przez sądy przepisów ogólnych niemieckiego BGB dotyczących czynów niedozwolonych, co skutkowało przyjmowaniem surowszych zasad odpowiedzialności osób linkujących⁴¹. Stan pewności prawnej przywróciło dopiero orzeczenie Wyższego Sądu Krajowego w Düsseldorfie z 2001 r., w którym Stefan Münz, autor kursu języka HTML, zawierającego odesłanie do programu o nazwie FTP-Explorer, uzyskał potwierdzenie dopuszczalności stosowania tak skonstruowanego linku⁴². Obecnie ramy prawne zamieszczania hiperlinków w Niemczech można uznać za utrwalone, w dużej mierze dzięki konsekwentnej linii orzeczniczej Federalnego Trybunału Najwyższego (dalej: BGH), który zajmował się różnymi problemami prawnymi związanymi ze stosowaniem tej technologii.

Mając na uwadze problem dopuszczalności samej czynności linkowania, należy wskazać na wyrok BGH z 17 lipca 2003 r.⁴³ w tzw. sprawie „Paperboy”, w którym Trybunał dokonał oceny prawnej odpowiedzialności dostawcy usługi tzw. elektronicznych przeglądów prasy w związku z zamieszczaniem hiperlinków w postaci tzw. głębokich linków (*deep-links*)⁴⁴. Rozstrzygając sprawę, Trybunał

⁴¹ LG München I, 4.04.2002, sygn. 4 HK O 21651/00; OLG München, 02.08.2001, sygn. 6 U 2561/01.

⁴² Notatka prasowa: Münz-Urteil im „Explorer“ – Streit rechtskräftig, 03.11.2001, dostępna pod url: <http://www.heise.de/newsticker/Muenz-Urteil-im-Explorer-Streit-rechtskraeftig--/meldung/22384>.

W 2004 r. decyzją Federalnego Sądu Patentowego nastąpiło też wykreślenie znaku towarowego Explorer, z powołaniem się m.in. na nabycie przez Symicron prawa ochronnego do znaku towarowego w złej wierze (niem. *bösgläubiger Markenerwerb*) oraz brak wykorzystywania. Potwierdzeniem pasożytniczego funkcjonowania Symicronu był fakt, że w połowie 2005 r., niespełna rok po wykreśleniu znaku towarowego z rejestrów, firma ogłosiła upadłość. Niejasna kwestia odpowiedzialności za linkowanie umożliwiła jednak funkcjonowanie nieuczciwej firmy przez 10 lat [por. W.-D. Roth, *Symicron: Konkurs eines Abmahners*, 15.06.2005, dostępny pod url: <http://www.heise.de/tp/r4/artikel/20/20313/1.html>].

⁴³ BGH, 17.07.2003, sygn. akt I 259/00 [Paperboy].

⁴⁴ Rozpatrywana sprawa dotyczyła powództwa grupy wydawców prasy przeciwko firmie oferującej usługę o nazwie „Paperboy”, która za pomocą specjalnej wyszukiwarki indeksowała bazy danych artykułów prasowych, udostępniane nieodpłatnie na stronach internetowych tych wydawnictw. Usługa „paperboy” polegała na zestawianiu artykułów prasowych pod kątem haseł tematycznych wybranych przez usługobiorców oraz wysyłaniu im pocztą elektroniczną codziennych newsletterów zawierających głębokie linki, odsyłające wprost do pełnych tekstów artykułów. Usługa była nieodpłatna, stanowiąc jednak formę zachęty do korzystania z innych płatnych świadczeń. Powodowie wskazywali m.in., że pozwany serwis, z naruszeniem praw autorskich do pojedynczych utworów i baz danych, jak również zasad uczciwej konkurencji, do komercyjnych celów wykorzystuje udostępniane przez nich artykuły. Podnosili również, że aktywowanie głębokiego linku powodowało zmniejszenie dochodów z tytułu reklam przez to, że artykuły były dostępne z pominięciem strony głównej gazet, na których reklamy te były zamieszczane.

uznał, że zamieszczenie hiperlinku (również w postaci *deep-link*) do powszechnie dostępnej informacji (utworu) objętej ochroną prawnoautorską nie może być postrzegane jako naruszenie prawa do zwielokrotnienia utworu ani też nie narusza innych praw autorskich. Jak podkreślił, zamieszczanie hiperlinku powoduje jedynie ułatwienie dostępu do informacji, co do której właściciel praw autorskich uprzednio podjął decyzję o bezpłatnym udostępnieniu w Internecie. Zdaniem Trybunału świadczenie usługi „Paperboy” nie stanowiło również niedopuszczalnego wykorzystania zasobów dostępnej publicznie bazy danych. Za istotne w tym przypadku uznano to, że wykorzystywane były jedynie „*fragmentaryczne drobne składniki*” (niem. „*splitterhafte Kleinbestandteile*”), których wykorzystanie (nawet wielokrotne i systematyczne) nie mogło, zdaniem Trybunału, zastąpić funkcjonalności całej bazy danych. Ponadto Trybunał zauważył, że przekazywanie użytkownikom treści nagłówków artykułów prasowych (jako etykiety linku) miało za zadanie dostarczenie im podstaw do podjęcia decyzji o celowości aktywowania linku i przeczytania pełnej treści artykułu, pełniąc pożyteczną funkcję. Działanie to nie zostało również uznane za praktykę naruszającą konkurencję. Wydając rozstrzygnięcie, Trybunał uwzględnił m.in., że świadczenie usługi „Paperboy” nie wiązało się omijaniem zabezpieczeń technicznych dostępu do internetowych baz danych, których w badanym przypadku po prostu nie było.

Wyrok w sprawie „Paperboy” przesądził o zasadniczej dopuszczalności stosowania hiperlinków w postaci *deep-links*, traktując zjawiska niepożądane dla dostawców treści, związane ze stosowaniem tej technologii (m.in. zwiększenie ilości odwiedzin, omijanie strony głównej portalu, możliwość komercyjnego wykorzystywania składników udostępnionych publicznie baz danych), jako naturalne ryzyko, charakterystyczne dla sieci WWW⁴⁵. W opinii BGH, pożyteczność tego typu odesłań elektronicznych, na których faktycznie opiera się cała architektura Globalnej Sieci, powoduje konieczność ich zaakceptowania przez dostawców usług elektronicznych oferujących własne treści. Przemawiają za tym względy interesu ogólnego. Technologię tę wykorzystują m.in. przeglądarki internetowe, bez których korzystanie z Internetu byłoby praktycznie niemożliwe. BGH podkreślił również, że podmiot sam zamieszczający w sieci informacje nie może wymagać, by dostęp do nich był możliwy wyłącznie za pośrednictwem strony startowej, bez pełnego wykorzystania możliwości, jakie daje technika odesłań elektronicznych.

Ocena problemu odpowiedzialności zamieszczającego hiperlink w związku z odsyłaniem do informacji noszących cechy bezprawności powinna przebiegać w kilku etapach⁴⁶. W pierwszej kolejności należy ustalić, czy działanie podmio-

⁴⁵ M. Leistner, F. Stang, *Die Neuierung der wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflichten - Ein Siegeszug der Prüfungspflichten?*, „Wettbewerb in Recht und Praxis” 2008, str. 542.

⁴⁶ Por. BGH, 01.04.2004, sygn. I ZR 317/01 [*Schöner Wetten*].

tu linkującego nie spełnia przesłanek tzw. „przywłaszczenia informacji” (niem. *zu-eigen-machen*), co powodowałoby jego odpowiedzialność, tak jak za zamieszczanie informacji własnych, zgodnie z dyspozycją § 7 TMG⁴⁷. Jeżeli ten etap oceny sytuacji prawnej linkującego nie doprowadzi do znalezienia podstaw dla jego odpowiedzialności, można podjąć próbę oceny jego zachowania pod kątem spełniania przesłanek odpowiedzialności tzw. naruszcyciela (niem. *Störerhaftung*), uregulowanej m.in. w § 1004 BGB.

Wspomniana wyżej konstrukcja przywłaszczenia informacji przez ISP nie występuje na gruncie e.c.d., ani też w większości narodowych regulacji ją implementujących, włączając w to polską u.ś.u.d.e. Zasadne wydaje się więc jej przybliżenie. Charakterystyczną cechą niemieckiej regulacji odpowiedzialności dostawców usług elektronicznych jest rozróżnienie informacji na cudze i własne⁴⁸. W niemieckiej doktrynie i judykaturze wyróżnia się ponadto kategorię informacji, niejako pośrednią pomiędzy informacjami własnymi a cudzymi. Są to tzw. informacje **przywłaszczone przez usługodawcę** (niem. *sich-zu-eigen-gemachte Informationen*)⁴⁹. W pojęciu tym mieszczą się informacje, które z obiektywnego punktu widzenia nie są wprowadzane ani informacjami stworzonymi przez ISP, ani też nie zostały przez niego tam zamieszczone, lecz które, w wyniku podjętych przez niego działań, zostały w taki sposób zaprezentowane w portalu, że mogą budzić wątpliwości co do tego, kto jest ich autorem. Z punktu widzenia przeciętnego użytkownika serwisu może powstać wrażenie, iż ISP zamierza przejąć odpowiedzialność za te informacje⁵⁰. **Decydujące znaczenie w tym kontekście ma zatem nie kwestia faktycznych intencji ISP, lecz raczej kwestia odbioru tych informacji przez użytkownika**⁵¹. Aby potwierdzić charakter

⁴⁷ M. Klinger, *Haftung für verlinkte Inhalte*, „Juris PraxisReport IT-Recht“ 12/2009 Anm.

⁴⁸ Przepisy e.c.d. oraz m.in. u.ś.u.d.e., w części dotyczącej odpowiedzialności ISP, koncentrują się na pojęciu „usługi społeczeństwa informacyjnego” (e.c.d.), ew. „usługi świadczonej drogą elektroniczną” (u.ś.u.d.e.). Co do zasady nie zawierają również regulacji dotyczących odpowiedzialności ISP za informacje własne, jak to ma miejsce w Telemediengesetz (por. § 7 TMG).

⁴⁹ Idea przywłaszczenia informacji wywodzi się z prawa prasowego. Wydawca, który nie zdystansuje się w wystarczający sposób od cudzej informacji opublikowanej w jego czasopiśmie, może ponosić odpowiedzialność za taką informację. Stamtąd też konstrukcja prawna przywłaszczenia została przejęta w procesie stosowania TDG z 1997 r. [por. D. Busse-Muskala, V. Busse-Muskala, *Die Berücksichtigung europäischer Vorgaben...*, op. cit., ust. 38; S. Engel-Flehsig, *Das Informations- und Kommunikationsdienstesgesetz...*, op. cit., str. 235; Ch. Säcker, *Die Haftung der Diensteanbieter...*, op. cit., str. 2].

⁵⁰ G. Spindler, *Haftungsrechtliche Grundprobleme...*, op. cit., str. 3196; T. Stadler, *Haftung für Informationen...*, op. cit., str. 88, nb. 73.

⁵¹ T. Stadler, *Haftung für Informationen im Internet*, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2002, str. 90, nb. 74.

informacji jako „przywłaszczonych”, niezbędne jest zatem, by usługobiorca serwisu internetowego miał wystarczające przesłanki dla nabrania przekonania, że usługodawca zamierzał przejąć odpowiedzialność za te informacje⁵². Za tak zaprezentowane informacje ISP będą odpowiadać, jakby byli ich dostarczycielem (ang. *content provider*) – a więc na zasadach ogólnych.

Znamienne jest to, że niemiecka konstrukcja prawna „przywłaszczenia informacji” nie wynika wprost z treści ustawy TDG, ani późniejszej TMG. Jej geneza wiąże się z uzasadnieniem do rządowego projektu ustawy TDG z 1997 r., z którego wynika, że: **„treściami własnymi są również treści wytworzone przez osoby trzecie, które dostawca sobie przywłaszcza”**⁵³. Mamy więc do czynienia z dosyć nietypową sytuacją. Oto zamiar prawodawcy, wynikający jedynie z nieformalnego uzasadnienia ustawy, zyskuje rangę normy prawnej, która przez doktrynę i sądy traktowana jest jako utrwalony i immanentny element tejże regulacji. Szczególnie istotne w tym kontekście jest to, że niemiecka judykatura regularnie potwierdza obowiązywanie mechanizmu przywłaszczenia informacji w kontekście odpowiedzialności ISP⁵⁴. Jeszcze bardziej zaskakujący może wydawać się fakt, że stan ten przetrwał na gruncie regulacji TDG znowelizowanej w 2001 r. w celu transpozycji postanowień dyrektywy 2000/31/WE. Do tego czasu praktyka zakładająca dopuszczalność kwalifikowania informacji przywłaszczonych na równi z informacjami własnymi, została w takim stopniu ugruntowana w doktrynie i orzecznictwie, że niejako automatycznie nastąpiło jej przeniesienie na grunt znowelizowanej TDG. Stało się tak pomimo, że w nowej ustawie również brakuje wzmianki o przywłaszczeniu informacji⁵⁵. Identyczna sytu-

⁵² G. Spindler, *Haftungsrechtliche Grundprobleme der neuen Medien*, „Neue Juristische Wochenschrift” 1997, z. 48, str. 3196.

⁵³ Rządowy projekt ustawy IuKDG (*Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste*), BT-Drs. z 09.04.1997 r., nr 13/7385, dostępny pod url: <http://dip.bundestag.de/btd/13/073/1307385.asc>, uzasadnienie do art. 1 TDG, str. 19 [treść TDG została uchwalona jako artykuł 1 do ustawy IuKDG (tzw. ustawa artykułowa, niem. *Artikelgesetz*). Szerzej na ten temat: M. Zieliński, *Rozwój regulacji prawnych dotyczących komunikacji, elektronicznej w Niemczech*, „Przegląd Legislacyjny” 2006, nr 2, str. 85–106.

⁵⁴ Por. m.in.: LG Düsseldorf, 2002.08.14, sygn. 2a O 312/01; OLG Köln, 2002.05.28, sygn. 15 U 221/01; OLG Köln, 2001.11.02, sygn. 6 U 12/01; OLG Schleswig, 2000.12.19, sygn. 6 U 51/00; LG Köln, 2000.10.31, sygn. 33 O 251/00; OLG München Urteil vom 2000.02.03, sygn. 6 U 5475/99; LG München, 1999.11.17, sygn. 20 Ns 465 Js 173158/95; LG Lübeck, 1998.11.24, sygn. 11 S 4/98; AG München 1998.05.28, sygn. 8340 Ds 465 Js 173158/95.

⁵⁵ Podobnie jak poprzednio, jedyna wzmianka o tej instytucji znajduje się w treści uzasadnienia do rządowego projektu do ustawy [por. Rządowy projekt ustawy EGG (...) op. cit., uzasadnienie do art. 1, str. 23: „*Podobnie jak dotychczasowy § 5, również §§ 8 do 11 rozróżniają informacje własne i cudze. Przy tym informacjami własnymi są*”

acja obowiązuje na gruncie ustawy TMG w związku z przejęciem w niezmienionej formie treści regulacji z TDG⁵⁶.

Kwalifikacja informacji jako przywłaszczonej przez ISP jest możliwa w szczególności, jeżeli cudze informacje prezentowane są w serwisie w powiązaniu z informacjami własnymi ISP (np. hiperlinki dodawane na końcu artykułu zamieszczonego przez ISP). W takiej sytuacji, jeżeli ISP nie zdystansuje się w wystarczający sposób od cudzych informacji, dopuszcza się możliwość przyjęcia konstrukcji przywłaszczenia takiej informacji przez ISP⁵⁷. Nie wystarczy też zamieszczenie ogólnej informacji, że podmiot odsyłający nie ponosi odpowiedzialności za materiały dostępne po uaktywnieniu hiperlinku (tzw. *disclaimer*)⁵⁸. Usługodawca nie musi również posiadać praw autorskich do takiej informacji, ani też subiektywnie poczuwać się do bycia jej autorem, bądź właścicielem. Podobnie bez znaczenia jest, czy ISP ma możliwość wpływania na treść cudzej informacji, którą przywłaszcza⁵⁹. Najistotniejszym czynnikiem jest efekt wizualny prezentacji cudzej informacji w ramach własnego serwisu oraz skutków, jakie jej opis wywiera na zewnątrz. Łatwiej mogą zostać uznane za „przywłaszczone” przez ISP informacje pozostające w jakimś związku z jego działalnością⁶⁰. Oczywiście, jako przywłaszczone będą również traktowane informacje, w sposób świadomy i otwarty przejęte przez usługodawcę⁶¹. W doktrynie panuje zgodny pogląd, że ocena, czy w konkretnym przypadku miało miejsce przywłaszczenie informacji przez ISP, powinna być dokonywana **z perspektywy „normalnie (właściwie) poinformowanego, uważnego i rozumnego przeciętnego użytkownika”**⁶².

również informacje, wytworzone przez osoby trzecie, które dostawca sobie przywłaszcza.”].

⁵⁶ Tym razem jednak nawet w uzasadnieniu do projektu TMG nie znalazła się wzmianka o tej instytucji.

⁵⁷ S. Engel-Flehsig, *Das Informations- und Kommunikationsdienstegesetz des Bundes und der Mediendienstestaatsvertrag der Bundesländer – Einheitliche Rahmenbedingungen für Multimedia*, „Zeitschrift für Urheber und Medienrecht” 1997, nr 4, str. 235.

⁵⁸ LG Hamburg, 12.05.1998 r., sygn. 312 O 85/98. W wyroku tym Sąd uznał, że(...) samo zamieszczenie wzmianki (disclaimera), że odpowiedzialność za informacje do których następuje odesłanie ponosi ich autor, nie zwalnia zamieszczającego hiperlink z odpowiedzialności za te informacje.

⁵⁹ LG Lübeck, 1998.11.24, sygn. 11 S 4/98. M. Köhler, H.-W. Arndt, T. Fetzer, *Recht des Internet*, C.F. Müller, Heidelberg 2008, str. 245, nb. 749.

⁶⁰ LG Potsdam, 10.10.2002, sygn. 51 O 12/02.

⁶¹ U. Sieber, *Die rechtliche Verantwortlichkeit im Internet – Grundlagen, Ziele und Auslegung von § 5 TDG und § 5 MDStV*, „Multimedia und Recht” 1999, nr 2, str. 14.

⁶² S. Meißner, *Providerhaftung, Störerhaftung und Internetauktion*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2008, str. 44.

Pomimo wątpliwości wyrażanych w doktrynie, m.in. co do zgodności z postanowieniami dyrektywy 2000/31/WE, pogląd o zrównaniu zasad odpowiedzialności za własne oraz przywłaszczone informacje należy uznać za utrwalony w niemieckiej judykaturze⁶³. W 2004 r. potwierdził to BGH w sprawie Internet-Versteigerung I⁶⁴, uznając, że koncepcja informacji przywłaszczonych przez użytkownika zachowuje swoją aktualność również na gruncie znowelizowanego TDG. Zdaniem sądu, ocena, czy takie przywłaszczenie miało miejsce, powinna być dokonywana „**przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności konkretnego przypadku**”, oraz „**z punktu widzenia obiektywnego, zorientowanego użytkownika**”. Innymi słowy, sposób prezentowania cudzej informacji w serwisie ISP nie może sprawiać wrażenia, jakby pochodziła ona od tego ISP. W takiej bowiem sytuacji, kiedy nawet zaznajomiony z Internetem użytkownik może odnieść wrażenie, że ma do czynienia z informacją własną dostawcy usługi, możliwe jest przyjęcie, że ISP występuje w odniesieniu do tej informacji jako *content provider*, i to nawet jeżeli konkretna treść informacji nie jest mu znana⁶⁵. Na gruncie TMG dopuszczalność stosowania konstrukcji przywłaszczenia informacji przez ISP potwierdził BGH w wyroku z 2007 roku w sprawie Internet-Versteigerung II⁶⁶.

Konstrukcja „przywłaszczenia informacji” często znajduje zastosowanie przy ocenie odpowiedzialności podmiotu zamieszczającego hiperlinki. W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy informacja docelowa zostaje wkomponowana w treść własnej strony odsyłającego, jak to ma miejsce przy stosowaniu hiperlinków typu *frames* lub *in-line*. W judykaturze niemieckiej bezsporne jest, że praktyka wyświetlania cudzych informacji w obrębie własnej strony internetowej, w sposób uniemożliwiający usługobiorcom tego serwisu rozpoznanie „na pierwszy rzut oka”, że pochodzi ona z innego serwisu, stanowi przypadek przywłaszczenia cudzych informacji⁶⁷. Przywłaszczenie cudzych informacji może również

⁶³ OLG Köln, 28.05.2002, sygn. 15 U 221/01; LG München. 2005.03.07, sygn. 21 O 3220/05; OLG Brandenburg, 2003.12.16, sygn. 6 U 161/02; OLG München, 2003.09.11, sygn. U2681/03; LG Berlin, 2003.02.25, sygn. 16 O 476/01; LG Düsseldorf, 2002.10.29, sygn. 4 a O 464/01.

⁶⁴ BGH, 11.03.2004 r., sygn. I ZR 304/01 [Internet Versteigerung I], „Computer und Recht 10/2004 r., str. 763; „Neue Juristische Wochenschrift“ 43/2004 r., str. 3102, dostępny pod url: <http://www.jurpc.de/rechtspr/20040265.htm>.

⁶⁵ Leible S., O. Sosnitza, *Neues zur Störerhaftung von Internet-Auktionshäusern*, „Neue Juristische Wochenschrift“ 2004, nr 45, str. 3227.

⁶⁶ BGH, 2007.04.19, sygn. I ZR 35/04 [Internet-Versteigerung II].

⁶⁷ LG München I, 10.01.2007, sygn. 21 O 20028_05. Sąd nie zastosował tutaj formuły zwolnienia z odpowiedzialności wyrażonej przez BGH w sprawie „Paperboy”, podkreślając, że w tamtym przypadku fakt przekierowania użytkownika do cudzego był wyraźnie widoczny.

zaistnieć w sytuacji, gdy zamieszczający odesłanie stara się sprawić wrażenie, że istnieje powiązanie pomiędzy jego serwisem a informacjami dostępnymi po kliknięciu na link⁶⁸. Nie zawsze jednak stosowanie odesłań w formie *framingu* będzie niedopuszczalne. Stephan Ott twierdzi na przykład, że powszechna obecnie praktyka „osadzania” w serwisach internetowych okienek umożliwiających wyświetlanie filmów zamieszczonych w serwisach hostingowych (m.in. YouTube) nie powinna budzić zastrzeżeń, o ile tylko widoczne jest logo serwisu, na którym przechowywana jest wyświetlana informacja⁶⁹.

Negatywna kwalifikacja hiperlinku jako przywłaszczenia cudzej informacji nie oznacza automatycznie zwolnienia podmiotu zamieszczającego link z odpowiedzialności. Nadal bowiem możliwe jest dochodzenie roszczeń negatoryjnych w ramach tzw. odpowiedzialności naruszcziela. Mechanizm oceny działania zamieszczającego hiperlinki przedstawił BGH w wyroku z 1 kwietnia 2004 r., w tzw. sprawie *Schöner Wetten*⁷⁰. Trybunał odmówił zastosowania przepisów wyłączających odpowiedzialność dostawców usług, zawartych w TDG, dokonując oceny odpowiedzialności autora hiperlinku w oparciu o przepisy ustawy o nieuczciwej konkurencji (dalej: UWG)⁷¹. Pomimo braku wyłączenia odpowiedzialności linkującego na gruncie TDG, Trybunał rozstrzygnął jednak na korzyść pozwanego wydawnictwa, uznając, że jego działanie nie nosiło znamion czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu klauzuli generalnej, wyrażonej w § 1 UWG, w związku z którym powodom przysługiwałoby roszczenie negatoryjne. Uzasadniając swoje stanowisko, Trybunał podkreślił, że zasadniczym powodem opublikowania artykułu o zagranicznym serwisie gier losowych była nie tyle chęć promowania nielicencjonowanego hazardu, co zamiar poinformowania opinii publicznej o prominentnej założycielce serwisu, byłej modelce Yarze Wortmann⁷². Trybunał zwrócił również uwagę na rolę, jaką w sieciach komputerowych pełnią elektroniczne odesłania, podkreślając że: „*hiperlinki stanowią zasadniczy element organizacyjny Internetu (...)*” oraz „*większość użytkowników*

⁶⁸ OLG München, 15.07.2004, sygn. 6 U 5263_03 [Memory].

⁶⁹ S. Ott, *Haftung für Embedded Videos von YouTube und anderen Videoplattformen im Internet*, „Zeitschrift für Urheber und Medienrecht” 2008, nr 7, str. 560–561.

⁷⁰ BGH, 01.04.2004, sygn. I ZR 317/01 [Schöner Wetten]. W sprawie tej Trybunał rozstrzygał m.in. w kwestii zasadności zarzutów dopuszczenia się przez wydawcę prasowego czynu nieuczciwej konkurencji, poprzez zamieszczenie w artykule prasowym elektronicznego odesłania do strony internetowej serwisu oferującego gry losowe, na które nie zostało wydane zezwolenie na terytorium Niemiec (serwis był zarejestrowany w Austrii).

⁷¹ Niem. *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* vom 3. Juli 2004 (BGBl. I str. 1414).

⁷² Stąd właśnie tytuł artykułu prasowego oraz wyroku BGH: „*Schöner Wetten*”; co można przetłumaczyć jako „*Piękniejsze zakłady*”.

*Internetu oczekuje, że strona internetowa będzie wyposażona w linki prowadzące do dalszych informacji*⁷³.

Istotne znaczenie dla praktyki oceny prawnej czynności linkowania miały ustalenia BGH odnośnie do badania zasadności występowania z roszczeniem negatoryjnym⁷⁴ przeciwko autorowi hiperlinku, w związku z naruszeniem powodowanym tym odesłaniem. Zasadniczą przesłanką dopuszczalności roszczenia negatoryjnego jest naruszenie przez adresata takiego roszczenia tzw. obowiązków kontrolnych (niem. *Prüfungspflichten*). W odniesieniu do podmiotu zamieszczającego hiperlink BGH podkreślił, że przyjęcie istnienia po jego stronie obowiązku kontrolnego uzależnione będzie w szczególności od: (a) ogólnego kontekstu, w jakim wykorzystany został hiperlink, (b) celu jego zamieszczenia, (c) wiedzy zamieszczającego co do okoliczności przemawiających za tym, że strona, do której następuje odesłanie, spełnia przesłanki bezprawności oraz (d) tego, w jakim zakresie można oczekiwać, by zamieszczający link taką bezprawność rozpoznał. Jednocześnie BGH podkreślił, że po zamieszczeniu hiperlinku jego autor nie ma dalszego obowiązku sprawdzania, czy informacja, do której link ten odsyła, nadal jest legalna.

Powyższą metodę oceny odpowiedzialności zamieszczającego hiperlinki z tytułu naruszenia regulacji prawa autorskiego dotyczącej omijania zabezpieczeń (§ 95a UrhG⁷⁵) zastosował m.in. Sąd Krajowy w Monachium⁷⁶. W niniejszej sprawie pozew skierowany został przeciwko operatorowi jednego z największych niemieckich portali informacyjnych z branży IT, w związku z zamieszczeniem w artykule prasowym odesłania (w postaci określanej jako *framing*) do oprogramowania umożliwiającego kopiowanie płyt CD i DVD, zabezpieczonych przez producentów przed nielegalnym powielaniem. Sąd odrzucił zarzut przywłaszczenia informacji przypisanej do hiperlinku, dochodząc jednak do wniosku, że pozwany serwis dopuścił się naruszenia praw powoda w postaci reklamowania nielegalnego oprogramowania, poprzez zamieszczenie hiperlinku pod opisującym tę aplikację artykułem. Z tej racji, w opinii monachijskiego sądu, ISP powinien być podporządkować się roszczeniu o zaniechanie, z jakim wystąpiła strona pozwana.

Z przedstawionej powyżej analizy wynika, że w odniesieniu do odpowiedzialności podmiotu zamieszczającego hiperlinki do cudzych informacji, *de lege lata*, nie ma podstaw do zastosowania przepisów wyłączających odpowiedzialność

⁷³ Por. również: OLG Stuttgart, 24.04.2006, sygn. 1 Ss 449_05 [*strafrechtliche Verantwortlichkeit für Links*].

⁷⁴ W niniejszej sprawie podstawę roszczenia stanowił § 1 UWG, lecz BGH podkreślił, że możliwe byłoby również powołanie się na regulację § 1004 BGB.

⁷⁵ Niem. *Urheberrechtsgesetz* vom 9. September 1965 (BGBl. I str. 1273).

⁷⁶ LG München I, 14.11.2007, sygn. 21 O 6742/07.

ISP, przewidzianych w Telemediengesetz. W świetle utrwalonych poglądów niemieckiego orzecznictwa w grę wchodzi przyjęcie konstrukcji prawnej przywłaszczenia informacji, co skutkowałoby identyczną odpowiedzialnością jak za informację własną. Decydujące znaczenie ma tutaj ocena sposobu, w jaki cudza informacja jest prezentowana usługobiorcy podmiotu zamieszczającego hiperlink. Możliwa jest również kwalifikacja odpowiedzialności linkującego jako naruszenie, uzasadniające wystąpienie z roszczeniem negatoryjnym. W takim przypadku spełnione muszą zostać przesłanki wskazane przez BGH w wyroku „Schöner Wetten“. Podsumowując, należy stwierdzić, że brak wyraźnej normatywnej regulacji odpowiedzialności za hiperlinki, na wzór regulacji zawartych w § 8–10 TMG, powoduje w Niemczech jedynie pozorny stan niepewności prawnej. Obszerny dorobek orzeczniczy niemieckich sądów, a w szczególności jego niezakłócona ciągłość od 1997 roku powoduje, że kwestia odpowiedzialności za odesłania hipertekstowe w Niemczech nie nastrocza większych problemów prawnych.

W Polsce problematyka odpowiedzialności autora hiperlinków nie jest częstym przedmiotem rozstrzygnięć sądowych⁷⁷. Tym bardziej pozytywnie należy ocenić podejmowane działania zmierzające do nowelizacji w tym zakresie ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Obserwując pod tym kątem niemiecki model oceny odpowiedzialności linkującego, szczególnie interesująca wydaje się elastyczna, a przy tym neutralna technologicznie, koncepcja oceny czynności linkowania z perspektywy sposobu zaprezentowania informacji docelowej na ekranie użytkownika.

⁷⁷ Szerzej znany i opisany w literaturze jest w zasadzie tylko wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 20 lipca 2004 r. [sygn. I ACa 564/04, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2004, nr 3–4, str. 155–162]. Wyrokiem tym Sąd Apelacyjny wydał kontrowersyjne rozstrzygnięcie, przyjmując, że zamieszczenie na stronie portalu internetowego głębokiego linku stanowi rozpowszechnienie wizerunku zamieszczonego na stronie WWW, do której następowało odesłanie.

LEGAL FRAMEWORK OF LIABILITY FOR HYPERLINKS IN GERMANY

This article attempts to present the legal framework of liability for Hyperlinks in the German legal system. With the 1997 Teleservices act, this country was Europe's first to adopt a complex regulation of electronic communication, including a special liability regime for Intermediary Service Providers, applicable horizontally to all types of legal claims. Still, even after a total revision of the law in 2001, required by the process of implementation of the 2000/31/EC E-commerce Directive, and after a, maybe less revolutionary, transformation of the Teleservices act into the Telemedia act in 2007, which left the ISP liability section of the law unchanged, the problem of liability for hyperlinks has not been regulated directly.

This doesn't mean however, that the issue of liability of persons inserting hyperlinks into their web services poses a problem for German courts. This may have been the case under the original 1997 Teleservices act, when sometimes even very similar cases have been adjudicated differently by different courts. Paradoxically during that time the special ISP liability regime of the law was widely believed to be applicable to hyperlinks. The situation changed significantly after the revision in 2001, as the lawmaker, the doctrine and the judiciary unanimously stated the revised wording of the law, leaves no room for its direct application to hyperlinks. Worth mentioning here is the minority opinion, represented a.o. by Ulrich Sieber, claiming that, for certain types of hyperlinks (especially deep links provided automatically by search engines), an *per analogiam* application of the Teleservices act may be possible. Nevertheless, with the new law the question as how to handle cases of alleged liability of hyperlink providers was entirely up to the court's interpretation of general legal provisions.

The practice of legal assessment hyperlinks, or the practice of inserting thereof into web services, has been widely developed and confirmed especially by German jurisprudence. The Federal Supreme Tribunal in its 2003 "Paperboy" ruling confirmed the general admissibility of linking as such, both in form of simple links and deep-links. Later on, in 2004, its "Schöner Wetten" judgment the Tribunal introduced a procedure for testing particular cases of linking.

According to the Tribunal, when assessing the legality of hyperlinks, first to consider is the possibility of so called "appropriation" (*sich-zu-eigen-machen*) of 3rd party information. Originating from press law, this legal institute was incorporated into the 1997 Teleservices act. After revision of the law in 2001 the institute of appropriation wasn't transferred into the new wording of the law, nevertheless it continued to be applied by courts. With regard to hyperlinks,

such “appropriation” of third party information may be assumed in situations when the ISP designs a hiperlink in a manner which may cause the average user to wrongly believe the information, the user is being directed to, was provided by the same ISP. This may often be the case, when ISP’s own information is visually combined with 3rd party information, accessible by link (e.g. by using frames or in-line links). In such cases the ISP should be subject to liability just as if he were the content provider of such information.

In cases of civil liability, when the test for “appropriation” of information falls out negative, courts should continue the assessment with regard to the possibility of “disturber liability” (*Störerhaftung*) of the ISP, according to section 1004 of the German Civil Code. According to the Federal Supreme Tribunal this type of liability prerequisites the existence of ISP’s obligation to monitor the information. By assessing if such obligation exists, the Tribunal noted, several factors need to be considered, which are: (a) the general context in which the hyperlink is used; (b) the purpose of the link, (c) the awareness of the ISP as to the illegality of the information directed to; and (d) if the ISP can be reasonably expected to recognize such illegality. The Tribunal also emphasized the importance of the time of linking, noting, that the ISP isn’t obliged to monitor a hyperlink once inserted, thus he can’t be made liable if a previously legal information (targeted by the link) has afterwards been changed.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3(185) 2010
Warszawa 2010

Grzegorz Krzemiński ■

POJĘCIE UMOWY MIESZANEJ

1. Uwagi wstępne

Problem umów mieszanych próbuje się w naszej literaturze wyeliminować. Kroki takie podejmowano zarówno w przeszłości, jak i obecnie. W zeszłorocznym wydaniu „Studiów Prawa Prywatnego” Zeszyt 1 (12) 2009 Wojciech J. Katner zaprezentował artykuł zatytułowany „Pojęcie umowy nienazwanej”, będący zapowiedzią publikacji wydanego w maju 2010 r. tomu 9 *Systemu Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*. Podjęcie tego tematu przez wybitnego przedstawiciela doktryny, a jednocześnie praktyka należy uznać za niezwykle cenną i potrzebną inicjatywę. Zagadnienie to bowiem wzbudza w naszej doktrynie sporo kontrowersji. Od lat prowadzone są dyskusje, czy istnieje potrzeba utrzymania samodzielnej kategorii umów mieszanych, czy też należy traktować je jako podgrupę umów nienazwanych. Umowy pozakodeksowe – jak pisze Wojciech J. Katner¹ – mają często charakter mieszany, co występuje w konstrukcji wielu umów nienazwanych. Nie jest on zwolennikiem postrzegania w umowach mieszanych trzeciej kategorii umów, obok nazwanych i nienazwanych. Będą to z istoty swej umowy nienazwane. Dalej stwierdza natomiast, przytaczając argumenty podnoszone wcześniej w pracach Z. Radwańskiego i B. Gawlika (nie podając innych), że tak z teoretycznego, jak i praktycznego punktu widzenia, objawiającego się większą klarownością, nie powodując przy tym rozbicia „jedności prawnej i funkcjonalnej umownego stosunku prawnego”, lepiej jest nie wyróżniać trzeciego rodzaju umów jako mieszanych. Najlepiej, jeśli znajdą się one w gronie umów nienazwanych.

¹ W. J. Katner, *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, tom 9, Warszawa 2010, str. 9.

Pominięcie kategorii umów mieszanych w tomie 9 *Systemu Prawa Prywatnego*, zwłaszcza ze względu na renomę dotychczasowych wydań, powoduje przekreślenie ogromnego dorobku teoretycznego związanego z tą kategorią umów. Zamiast go wykorzystać – odrzuca się go jako zbędny. Nie sposób bowiem wykorzystać dorobku teoretycznego dotyczącego czegoś, czego istnieniu zaprzeczamy. Przez całe stulecia od czasów rzymskich poświęcano umowom mieszanym gruntowne analizy oraz wysuwano interesujące rozwiązania. Działo się tak nie tylko w literaturze niemieckiej, która zresztą, co należy przyznać, przodowała w tym zakresie.

Obecnie chcemy dorobek ten przekreślić, i to nie w imię realnych potrzeb obrotu czy postulatów praktyki orzeczniczej, domagających się właśnie jak najsilniej utrzymania konstrukcji umów mieszanych, ale w imię pewnych sztucznie wyrozumowanych racji pozbawionych głębszych podstaw teoretycznych.

Redaktor tomu 9 *Systemu Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane* postawił sobie za cel (patrz rozdział I. Pojęcie umowy nienazwanej § 1. Uwaga wstępna) odpowiedź na pytanie, co oznacza współcześnie zakwalifikowanie umowy do kręgu umów nienazwanych. Jakie ma mieć ona cechy i przesłanki, czym zatem jest i czy w tej mierze zaszły jakieś zmiany w stosunku do wyobrażeń znanych od lat? Tylko czy cel ten mógł zostać osiągnięty, jeśli kierujący tym przedsięwzięciem uznaje, że swoiste dla umów mieszanych metody stosowania prawa: metoda analogii, metoda emancypacji są nieprzydatne, zaś metoda kombinowana nie wydaje się poprawna, prawie nie różniąc się od *analogia legis*². Można w tym miejscu postawić pytanie, czy naprawdę metody rozwiązań omawianego zagadnienia nie różnią się niczym od stosowania *analogii legis*? Czy ta ostatnia przewiduje np. zabiegi absorpcyjne, nieraz nieodzowne przy rozwiązywaniu problemu umów mieszanych?

Nikt nie zaprzecza, że umowy mieszane nie wykazują pełnej nowości konstrukcyjnej, co stanowi cechę charakterystyczną umów nienazwanych. Umowy mieszane stanowią mniej lub więcej spoisty zlepek wcześniej już występujących elementów umownych. Chodzi o to, by zlepek ten był na tyle spoisty (w odróżnieniu od związku umów), by mógł uzasadniać istnienie odrębnej, samodzielnej umowy. Koniecznym warunkiem uznania jakiejś umowy za nienazwaną jest występowanie w jej treści elementów nowych, oryginalnych, nie spotykanych w żadnym typie umowy nazwanej. Natomiast warunkiem uznania umowy za mieszaną jest połączenie w niej elementów treści innych umów nazwanych i nienazwanych. Szerzej na ten temat w dalszej części rozprawy.

Poza tym umowy mieszane stanowią jedynie część całego systemu umów nietypowych. Przypisanie zaś nazwy umowy nienazwane całemu systemowi umów

² Zob. W. J. Katner, op. cit., str. 12–13.

nietypowych nie zbliży nas w żaden sposób do wyjaśnienia, co oznacza współcześnie zakwalifikowanie umowy do kręgu umów nienazwanych.

Dlatego biorąc pod uwagę wyżej wymienione argumenty, daleko właściwszym byłoby przeciwstawienie umów typowych umowom nietypowym, gdzie, między innymi, umowy nienazwane i mieszane będą stanowić odrębne kategorie umów.

2. Podstawy terminologii

2.1. Umowy nazwane

Przez stosunki zobowiązaniowe nazwane należy rozumieć takie stosunki, których co najmniej *essentialia negotii* są ustalone przepisami prawa³.

Nie wszyscy autorzy w ten sposób ujmują definicję umów nazwanych i tak na przykład według F. Zolla umowy nazwane są to umowy normowane przepisami szczególnymi, które noszą właściwe im nazwy⁴. Z kolei R. Longchamps de Berier twierdzi, że są to typy umów unormowane przepisami szczególnymi Kodeksu zobowiązań (VI–XVII) i mające swoje nazwy⁵. Autorzy, którzy tworzyli definicję umowy nazwanej, różnią się jednak na gruncie ustalania jednolitego jej pojęcia. W. Czachórski podaje, że są to umowy, których *essentialia negotii* są objęte przepisami ustawy choćby mającymi charakter dyspozytywny⁶. A. Ohanowicz wskazuje na umowy nazwane wtedy, kiedy ustawy normują szczegółowo typy umów, choćby tylko za pomocą przepisów dyspozycyjnych⁷. Z. Radwański podkreśla, iż celowe wydaje się ograniczenie pojęcia umów nazwanych tylko do takich umów, jakie wyróżnione zostały na podstawie obowiązujących norm prawnych i tylko wtedy, kiedy istnieje szczegółowa reglamentacja prawna⁸. M. Pazdan przez umowy nazwane (*negotia nominata*, *contractus nominati*) rozumie takie umowy zobowiązujące, których co najmniej *essentialia negotii* są określone przepisami prawa⁹. S. Włodyka uznaje, że umowa nazwana

³ S. Grzybowski [w:] *System prawa cywilnego, prawo zobowiązań. Część szczegółowa* (t. III, cz. 2), Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1976, str. 15.

⁴ F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie*, Kraków 1948, str. 76.

⁵ R. Longchamps de Berier, *Polskie prawo cywilne. Zobowiązania*, wyd. 2, Lwów 1939, wydanie anastatyczne Poznań 1999, str. 148.

⁶ W. Czachórski, *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1968, str. 112.

⁷ A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970, str. 83.

⁸ Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, str. 209.

⁹ Zob. M. Pazdan, A. Tynel, *Charakter prawny kontraktu o budowę kompletnego obiektu przemysłowego*, [w:] *Zagadnienia prawne eksportu kompletnych obiektów przemysłowych*, Katowice 1980, str. 15.

to czynność prawna stypizowana normatywnie, tj. w obowiązującym prawie. W związku z tym dla każdej takiej umowy można odnaleźć w obowiązującym prawie normatywny jej typ (wzorzec), którego przepisy będą miały w konkretnym przypadku zastosowanie¹⁰. J. Rajski z kolei uważa, że umowy nazwane są to typy kontraktów wyraźnie uregulowane (mniej lub bardziej szczegółowo) przepisami prawa (kontrakty o ustawowo określonych cechach)¹¹.

Wszyscy wyżej przytoczeni autorzy są zgodni (co można wysnuć z porównania wszystkich definicji), że umowa nazwana musi mieć co najmniej ustalone przepisami prawa *essentialia negotii*, czyli składniki przedmiotowo istotne.

Następnym uogólniającym wnioskiem wynikającym z owych definicji jest szczegółowość umów nazwanych. W związku z tym odróżnia się je od „ogólnych postaci czynności prawnych”¹².

Dla sprecyzowania tego, na czym owa szczegółowość reglamentacji polega, trzeba przede wszystkim odwołać się do funkcji, jakie pełnią normy wyznaczające umowy nazwane odpowiadające normatywnie określonego typowi zobowiązania. Kierując się określonymi potrzebami obrotu gospodarczego, ustawodawca konstruuje pewne wzorce, w których takie elementy, jak: podmioty, treść świadczenia (a także przedmiot) ustalają treść stosunku zobowiązaniowego. Owe wzajemne do siebie relacje świadczeń, jeżeli pojawia się ich więcej w stosunku zobowiązaniowym, przybierają swoistą postać. Wyznaczają one określony rodzaj umowy spełniającej pewną typową funkcję gospodarczą. Ze względu na nią ustalany jest jej szczególny reżim prawny. „Szczegółowość” ta wyraża się w tym, że zawiera modyfikację lub uzupełnienia ogólnego reżimu prawnego umów – to znaczy takiego, jaki ustanowiony został dla wszystkich umów lub tylko niektórych, ale wyróżnionych jedynie ze względu na pewne frakcje elementów składających się na pełną strukturę stosunku zobowiązaniowego. Ten szczególny reżim prawny obejmować może zarówno normy względnie i bezwzględnie obowiązujące.

Nazwa wyróżnionego ustawowo rodzaju umowy ma niewątpliwie znaczenie dla praktyki obrotu gospodarczego. Przede wszystkim użycie jej przez strony upraszcza sposób zawierania umowy. Jeżeli bowiem przepisy prawne dotyczące danej umowy nazwanej wskazują sposób ustalenia jednego ze świadczeń wzajemnych, to strony mogą poprzestać tylko na ustaleniu drugiego świadczenia oraz podaniu nazwy umowy, jaką zawierają. Tym samym bowiem otwarta zostaje droga do określenia jej koniecznej treści¹³. Jednakże *contractus nominatus* nie jest jedynym możliwym źródłem nazwanych stosunków zobowiązaniowych, nazwa nie

¹⁰ S. Włodyka, *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, Kraków 1993, str. 28.

¹¹ J. Rajski, *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2002, str. 26.

¹² Por. S. Grzybowski, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1974, str. 205.

¹³ Zob. Z. Radwański, *Teoria umów...*, op. cit., str. 210–211.

zawsze wchodzi w grę tylko przy tego rodzaju stosunkach, bo tak na przykład, nie jest uregulowana przepisami prawa umowa know-how, a mimo to korzysta z określonej nazwy.

Wyróżniając umowy nazwane musimy uwzględnić regulację prawną, która była podstawą wyodrębnienia tego rodzaju stosunków zobowiązaniowych. Zrozumiałym jest, że przede wszystkim do takich umów będziemy stosować przepisy bezpośrednio wyodrębnione dla danej umowy nazwanej, które są zawarte w III rozdziale Kodeksu cywilnego. Właściwe dla danej umowy przepisy prawne mogą częściowo mieścić się także w innych ustawach, np. prawo bankowe (umowa kredytu, umowa gwarancji bankowej), a także ogólnych warunkach i wzorcach umów. U sytuowanie ich poza kodeksem samo przez się nie powoduje trudności w ustaleniu skutku prawnego umowy nazwanej, jeżeli tylko z treści tych przepisów wynika jasno, że rozwijają one regulację prawną tej umowy.

Niektórzy autorzy, jak np. A. Ohanowicz czy W. Czachórski, uważają, że dla określenia regulacji prawnej umowy nazwanej wystarczy „choćby tylko przepisy dyspozycyjne”, które należy stosować odpowiednio. W przypadkach takich organ stosujący prawo dysponuje pewnym luzem ocennym, co do tego: jakie przepisy należy stosować bez zmian, jakie z pewnymi modyfikacjami, a jakich w ogóle nie można stosować – jako sprzecznych z regulacją bezpośrednio wyznaczoną dla danej umowy nazwanej. Nie ulega również wątpliwości, że poza tym do umowy nazwanej odnoszą się także przepisy ogólne dotyczące bądź to wszystkich umów, bądź tylko pewnej ich kategorii (np. umów wzajemnych) w zakresie, w jakim nie uległy one modyfikacji przez szczególny reżim prawny umowy nazwanej. Jeśli jednak treść umowy wskazuje na jej odejście od ścisłego wzorca ustawowego, nie należy pochopnie wnioskować o jej nietypowości czy mieszanym charakterze. Nie chodzi bowiem o to, by umowa powtarzała sformułowania ustawowe i by z samego odmiennego od ujęcia ustawowego brzmienia umowy wnosić o jej nietypowości. Może bowiem takie nowe ujęcie odpowiada nowym zwyczajom obrotu. Umowy nazwane są więc tym typem umów, co do których regulacji prawnej organ stosujący prawo nie powinien mieć wątpliwości, a jeżeli takowe wystąpią, są łatwo usuwalne, gdyż zadanie sędziego polega nie tylko na mechanicznym „podkładaniu” treści porozumienia pod wzorzec ustawowy, lecz również na wnioskowaniu o celu umowy ze stosunku występujących w niej zasadniczych i ubocznych świadczeń¹⁴.

Dlatego, aby uznać badaną umowę za nazwaną, właściwy organ musi stwierdzić, że na tle obowiązujących norm prawnych zostały ustawowo wyodrębnione i uregulowane jej cechy charakterystyczne.

¹⁴ Zob. M. Sośniak, „*Contractus innominati*”: nowoczesne konstrukcje umów obligacyjnych wobec tradycji rzymskiej, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze Z. 125, Kraków 1989, str. 147.

2.2. Umowy nienazwane

Definicję umowy nienazwanej tworzy się przez negację cech umowy nazwanej. W przeciwieństwie do stosunków zobowiązaniowych nazwanych chodzi tu o takie stosunki, których *essentialia negotii* nie są uregulowane przepisami prawa.

Różni autorzy inaczej podają, konstruuja definicję umowy nienazwanej i tak: F. Zoll mówi krótko o „innych” umowach aniżeli nazwane¹⁵, R. Longchamps de Berier o umowach o świadczenia nieprzewidziane w żadnym z unormowanych typów¹⁶. A. Ohanowicz podaje, że w tych granicach, w jakich strony mogą swobodnie kształtować treść umowy, mogą zawrzeć także taką, która nie podpada pod żaden z typów w ustawie przewidzianych¹⁷. W. Czachórski uważa z kolei, że umowa nienazwana występuje wtedy, kiedy strony stosunku prawnego, tak właśnie go ukształtowały¹⁸. Według M. Sośniaka umowa nienazwana jest to umowa, która nie jest uregulowana w przepisach prawa cywilnego, przy czym reżimowi prawnemu tej umowy nie przysługuje cecha szczególności¹⁹. M. Pazdan w odróżnieniu od umów nazwanych nienazwanymi (*contractus innominatus*) określa umowy, których *essentialia negotii* nie są uregulowane przepisami prawa²⁰. S. Włodyka uznaje, że umowa nienazwana to czynność niestypizowana normatywnie. Oznacza to, iż w obowiązującym prawie nie znajdziemy normatywnego typu (wzorca), któremu badana umowa mogłaby być w całości i bezpośrednio podporządkowana²¹. J. Rajski pisze o innego rodzaju umowach, dla których brak szczególnych regulacji prawnych²². J. Ignaczewski rzecz ujmując przez przeciwstawienie umowie nienazwanej umowy nazwanej i przyjmuje, że jest to umowa nieuregulowana przepisami prawa²³.

Niezależnie od podejścia do definicji umowy nienazwanej poszczególnych autorów, zgadzają się oni co do jednego, że umowa nienazwana nie jest uregulowana przepisami prawa. Jednomyślna jest także opinia nauki i judykatury, która uznaje za rzecz oczywistą, że do umów nienazwanych będą miały zastosowanie ogólne przepisy prawa cywilnego dotyczące czynności prawnych i umów – ewen-

¹⁵ F. Zoll, *Zobowiązanie w zarysie według polskiego kodeksu zobowiązań*, Warszawa, str. 76.

¹⁶ R. Longchamps de Berier, *Polskie prawo...*, op. cit., str. 148.

¹⁷ A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa...*, op. cit., str. 83.

¹⁸ W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 1974, str. 112.

¹⁹ M. Sośniak, *Z problematyki modyfikacji szczegółowej części międzynarodowego prawa handlowego*, Katowice 1977, str. 87.

²⁰ M. Pazdan, A. Tynel, *Charakter prawny...*, op. cit., str. 15–16.

²¹ S. Włodyka, *Prawo umów...*, op. cit., str. 28.

²² J. Rajski, *Prawo o kontraktach...*, op. cit., str. 27.

²³ J. Ignaczewski, *Umowy nienazwane*, Warszawa 2004, str. 2.

tualnie – w drodze analogii (*per analogiam*) przepisy regulujące najbliższy stojący normatywny typ umowy²⁴.

Dopuszczalność zawierania umów nienależących do żadnego z ustawowych typów (umów nienazwanych) jest przejawem istnienia swobody kształtowania treści stosunku prawnego przez strony w granicach wyznaczonych nie tylko przez umowę, ale także ustawę, zasady współżycia społecznego i zwyczaje (zob. art. 56 k.c.). Strony zawierając umowę, która rodzi – jako zdarzenie prawne – stosunek zobowiązaniowy, równocześnie (w granicach art. 58 k.c.) kształtują nie tylko bezpośredni skutek (powstanie zobowiązania pewnego rodzaju), lecz również treść stosunku zobowiązaniowego, co może wpłynąć także na kształt dalszych skutków, np. w wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (w drodze wyłączenia zastosowania pewnych przepisów względnie obowiązujących lub odmiennego określenia warunków ich zastosowania)²⁵.

Nienazwane stosunki zobowiązaniowe mogą stanowić wyraz indywidualnych niepowtarzalnych w zasadzie sytuacji, w jakich strony się znalazły. Mogą jednak również odpowiadać pewnym nowym potrzebom społecznym lub gospodarczym, dla których zbiór umów nazwanych nie dostarcza adekwatnych wzorców. Przybierają one wówczas charakter zjawiska masowego. Powtarzalność indywidualnych stosunków umownych pozwala na skonstruowanie typu, wzorca umowy, charakteryzującego typowy układ interesów stron. Następnie, podobnie jak przy umowach nazwanych, można zamknąć typ umowy i posługiwać się nim jak pojęciem klasyfikującym. Różnica sprowadza się tylko do podstawy ustalenia cech definicji umowy: w przypadku umowy nazwanej stanowią ją przepisy ustawy, a w przypadku nienazwanej – wykształcone reguły zwyczajowe.

Umowy nienazwane charakteryzują się trzema cechami: mają charakter subsydiarny, relatywny i przejściowy²⁶.

Subsydiarny charakter umowy nienazwanej polega na tym, że organ stosujący prawo, dokonując kwalifikacji konkretnej umowy, będzie zmierzał przede wszystkim do oceny tej umowy w ramach istniejących typów umownych. Uznanie umowy za nienazwaną następuje dopiero, gdy próba podporządkowania jej ustawowym typom umów okazała się zawodna. Taki mechanizm kwalifikacji uzasadniony jest o tyle, o ile czyni zadość postulatowi ekonomii. Zbędnym i wadliwym

²⁴ S. Włodyka, op. cit., str. 28; w zakresie stosowania analogii uważam, że należy przede wszystkim uwzględnić wolę stron dążących do skonstruowania umowy w pełni odezwanej od ustawowego wzorca – przypis autora.

²⁵ A. Klein, *Pojęcie umowy i stosunku zobowiązaniowego kontraktacji według kodeksu cywilnego*, „Studia Cywilistyczne” tom XIX, Warszawa-Kraków 1972, str. 137.

²⁶ B. Gawlik, *Pojęcie umowy nienazwanej*, „Studia Cywilistyczne” tom XVIII, Kraków 1971, str. 19–22.

byłoby uznawanie konkretnej umowy za umowę nienazwaną w sytuacji, gdy umowa ta wykazuje cechy właściwe dla znanego ustawowo typu umowy.

Relatywny charakter umowy wyraża się w tym, że nie jest możliwe jej określenie bez odwołania się do definicji oznaczonych typów umów nazwanych. Rozstrzygając zagadnienie kwalifikacji umowy, organ stosujący prawo zmierza do wyróżnienia grupy umów, które wykazują podobieństwo z cechami analizowanej umowy i stanowią zespół najbliższych jej cech. Ta porównawcza analiza cech przedmiotowo istotnych umowy ma zawsze ograniczone pole badania; próba subsumcji obejmuje tylko niektóre typy umów nazwanych. Z całego zbioru ustawowych typów organ stosujący prawo wyróżnia grupę umów, które wykazują podobieństwo z cechami analizowanej umowy, stanowiąc zespół najbliższych, spokrewnionych umów. Aby uznać badaną umowę za nienazwaną, organ ten musi stwierdzić, że różni się ona istotnie od pokrewnych typów umów nazwanych, przy czym cechy tych umów są podstawą wyróżnienia i określenia treści elementów przedmiotowo istotnych badanej umowy.

Przy przejściowym charakterze umowy nienazwanej wychodzi się z założenia, że umowy uregulowane w przepisach prawa cywilnego nie stanowią zamkniętego katalogu, ustawodawca nie przekreśla możliwości uzupełnienia zbioru ustawowych typów przez nowe rodzaje stosunków umownych. Przejście umowy nienazwanej do kategorii umów nazwanych dokonuje się przez proces przekształcenia jej reżimu prawnego. Początkowo umowa ta jest stosunkiem indywidualnym niemal całkowicie ukształtowanym przez strony. Z biegiem czasu powtarzalność tych indywidualnych stosunków umownych prowadzi do wykształcenia się nowego typu umowy, o ustalonym, względnie spójnym i szczegółowym reżimie prawnym. Dlatego umowy nazwane muszą, a umowy nienazwane mogą charakteryzować się szczegółowo określonym reżimem prawnym. Przedstawiony mechanizm pojawiania się i zanikania określonych typów umów nienazwanych nie jest prawidłowością bezwyjątkową. W praktyce spotykamy bowiem także typy umów nienazwanych, które mimo posiadania względnie szczegółowego reżimu prawnego nie zostały unormowane przez ustawodawcę i nie przeszły do kategorii umów nazwanych, np. umowa know-how.

Warunkiem uznania jakiejś umowy za nienazwaną jest stwierdzenie jej nowości, oryginalności w stosunku do ustawowych typów umów. Nie ulega też wątpliwości, że organ stosujący prawo, by uznać badaną umowę za nienazwaną musi stwierdzić, że różni się ona wyraźnie od innych umów nazwanych.

2.3. Umowy mieszane

Definicja umowy mieszanej jest trudna do sformułowania, co tłumaczy fakt, że wielu autorów konstruuje ją odmiennie. Wszyscy oni są zgodni co do jednego,

że stosunki zobowiązaniowe mieszane są to takie stosunki, w których występują łącznie elementy dwu lub więcej stosunków nazwanych lub nienazwanych. Reszta elementów definicji umowy mieszanej formułowana jest w sposób odmienny. F. Zoll mówi w odniesieniu do nich o umowach łączących w sobie znamiona kilku umów nazwanych albo nazwanych i nienazwanych²⁷, R. Longchamps de Berier o umowach, które łączą typowe cechy kilku umów²⁸, nie podając, czy chodzi o umowy nazwane, nienazwane, czy tylko nazwane. A. Ohanowicz podaje obszerniej definicję umowy mieszanej, mianowicie mówi o jednej umowie, której różne postanowienia należą do różnych rodzajów zobowiązań – włączając do niej umowy, które podpadają pod określony typ kontraktu nazwanego, ale zawierają zarazem świadczenie dodatkowe (uboczne) charakterystyczne dla danego typu umowy²⁹.

W tej wersji definicji można wyróżnić dwa rodzaje sytuacji:

1. umowa, w której świadczenie główne podpada pod określony typ kontraktu nazwanego, przewiduje świadczenie podporządkowane, charakterystyczne dla innego typu kontraktu nazwanego, do którego znajdują zastosowanie przepisy, regulujące odpowiadający temu świadczeniu typ kontraktu, np. kupno zboża w workach, które mają być po pewnym czasie zwrócone;
2. umowa, w której połączone są równorzędnie elementy różnych rodzajów zobowiązań, dla których znajdują zastosowanie odnoszące się do nich przepisy.

Tej koncepcji można zarzucić rozszerzenie rozumienia umowy mieszanej o to, że jest nią nawet umowa typowa ze świadczeniami ubocznymi innej umowy. Przykład gdy umowa w zasadzie typowa, zawiera tylko pewien dodatek konieczny do wypełnienia typowego świadczenia zasadniczego, nasuwa pytanie, czy przez ten dodatek umowa traci charakter typowej i staje się mieszana. Doktryna udziela na to pytanie odpowiedzi przeczącej, a mianowicie umowa byłaby mieszaną, gdyby chodziło o czynności dodatkowe tego rodzaju, że umożliwiałyby świadczenie zasadnicze, a nie je tylko dopełniały.

M. Sośniak buduje swoje pojęcie umowy mieszanej poprzez jej porównanie do kompleksu umów, w którym to samoistne umowy zostają zespolone w zewnętrzny sposób, np. w jednym dokumencie czy porozumieniu zawartym w jednym czasie, nawet gdy służą jednemu celowi gospodarczemu. Nie występuje tu wszakże pomieszczenie typów i świadczeń, wobec czego pomimo wzajemnego powiązania dadzą się one od siebie pod względem prawnym oddzielić i poddać

²⁷ F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie...*, op. cit., str. 76.

²⁸ R. Longchamps de Berier, *Polskie prawo...*, op. cit., str. 148.

²⁹ Zob. A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa...*, op. cit., str. 84.

oddzielnym zespołom norm. Natomiast pod umową mieszaną w ścisłym znaczeniu tego słowa M. Sośniak rozumie jedną umowę wykorzystującą elementy różnych typów stosunków obligacyjnych. Wskazuje on jednak na to, że granica pomiędzy wielością umów a jedną umową mieszaną zawsze będzie płynna i zależnie od konkretnej sytuacji będzie rozpatrywana³⁰. W. Czachórski podaje krótko, że umowy mieszane są to takie umowy, które łączą różne elementy umów nazwanych³¹, czyli nie uznaje on za umowę mieszaną umowy, która łączy w sobie elementy umów nazwanych i nienazwanych. S. Włodyka za umowę mieszaną uważa taką, która tylko niektórymi swymi fragmentami może być przyporządkowana określonej normatywnej typowi umowy, w pozostałych zaś albo daje się przyporządkować innemu normatywnemu typowi, albo nie znajduje żadnego swojego odpowiednika w normatywnej regulacji prawnej³². Jednakże brak ustawowo uregulowanego odpowiednika (odpowiedników) wskazuje, że mamy do czynienia z umową nienazwaną, której cechą konstytutywną jest zupełna nowość i oryginalność w stosunku do umów normatywnie regulowanych.

Wspólnym punktem odniesienia dla wszystkich wersji definicji umowy mieszanej były umowy nazwane i nienazwane. Porównując cechy przedmiotu definiowanego (umowa mieszana) co do cech przedmiotu (umowy nazwane, nienazwane), od których chcemy ją odróżnić, można wskazać, że:

- po pierwsze – umowa mieszana musi zawierać świadczenia kilku umów nazwanych tak ze sobą związanych, że tworzą jednolitą nierozzerwalną całość;
- po drugie – musi to być jedna umowa, a nie kilka tworzących całość, jak na przykład przy kompleksie umów;
- po trzecie – nie jest umową mieszaną umowa typowa, nazwana, która zawiera dla wypełnienia typowego świadczenia umownego dodatek;
- po czwarte – nie może ona zawierać tylko i wyłącznie elementów nowych, oryginalnych, nie spotykanych jeszcze ani w ustawodawstwie, ani w praktyce, bo wtedy mamy umowę nienazwaną.
- po piąte – umowę mieszaną od nienazwanej odróżnia to, że w umowie mieszanej przynajmniej *essentialia negotii* zostały określone przepisami prawa, w ustawie.

³⁰ Por. M. Sośniak, *Przekształcenie umowy przewozu na tle doktryny umów mieszanych*, Problemy Prawa Przewozowego, tom 3, Katowice 1982, s. 26–28.

³¹ Zob. W. Czachórski, *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1968, str. 188.

³² S. Włodyka, *Prawo umów...*, op. cit., str. 28–29.

Podsumowując – definicję umowy mieszanej można by sformułować w następujący sposób: umową mieszaną będzie umowa wykorzystująca elementy różnych typów umów nazwanych, tworzących jedną nierozzerwalną całość.³³

2.4. Związki umów

W doktrynie polskiej, częściowo pod wpływem nauki francuskiej, wyróżnia się dwa zasadnicze rodzaje związków umów³⁴.

Pierwszy rodzaj to tzw. kompleks umów³⁵, zwany także zespołem umów, czy umowami, które łączą w sobie elementy zobowiązań różnych rodzajów³⁶. Chodzi tutaj o związki zachodzące między umowami odrębnymi dwiema lub większą ilością. Nie jest istotne czy są to umowy nazwane, czy nienazwane, lub czy jedna z nich jest nazwana, czy nienazwana. Kryterium wyróżniającym je ma być bowiem

³³ Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 listopada 2006 r. sygn. II CSK 267/06 zdefiniował umowę mieszaną następująco: „Umową mieszaną określa się umowę łączącą elementy treści różnych typów umów. W drodze takiej umowy strony kreują jeden stosunek zobowiązaniowy obejmujący kilka, a nawet wiele obowiązków świadczeń. Z tego względu zarówno okoliczności wpływające na skuteczność umowy, jak i zdarzenia odnoszące się do wynikającego z niej zobowiązania, w tym m.in. odstąpienia od umowy, w sposób niejako naturalny dotyczą wszystkich skutków prawnych umowy, jeżeli nic innego nie wynika z przepisu szczególnego (art. 58 § 3 k.c.)”.

³⁴ Zob. A. Olejniczak, *Transakcje kompensacyjne w handlu międzynarodowym. Studium cywilnoprawne*, Poznań 1994, str. 128.

³⁵ Zob. też M. Sośniak, *Zagadnienia typologii i systematyki umów obligacyjnych*, Katowice 1990, str. 16–17 „Powstał on na terenie niemieckim (m.in. Enneccerus – Lehmann, Esser i inni). W koncepcji tej umowy dzieli się na: 1) umowy o połączeniu czysto zewnętrznym, 2) umowy wzajemnej lub jednostronnej zależności, 3) umowy o połączeniu alternatywnym. Związki umów o połączeniu czysto zewnętrznym polegają na zgrupowaniu kilku umów, np. w jednym dokumencie, bez zakładania ich wzajemnej zależności. Do każdej z takich umów stosujemy odrębne przepisy. W przypadku związków umów pozostających albo w zupełnej, tj. wzajemnej zależności, albo przynajmniej zależności jednostronnej (tylko pierwszej od drugiej – nie zaś drugiej od pierwszej), w zasadzie każdy typ odrębny podlega swoim przepisom. Związek umów o połączeniu alternatywnym gwarantuje stronie możliwość decyzji, podejmowanej w wyznaczonym terminie, po wypełnieniu warunku itd., co do wyboru jednego lub drugiego typu. Właściwe będzie prawo dla typu wybranego ostatecznie. Pojęcie związku umów pojawiło się również na terenie doktryny francuskiej (należy tu wymienić przede wszystkim nazwisko B. Teyssie). Ma ono jednak nieco inny zakres, przy czym związek umów dzieli się na: 1) kompleks umów oraz 2) łańcuchy umów. W ujęciu B. Teyssie kompleks umów składa się z kilku umów. W centrum jego znajduje się osoba organizująca ten kompleks poprzez zawieranie umów z różnymi innymi osobami. Kompleks ten powstaje na tle pewnej konieczności ekonomicznej. Umowy biorą udział w realizacji tego samego celu. Stąd więc faktyczna między uczestnikami kompleksu umów, składająca ich do współdziałania. W miejsce wynikania jednej umowy z drugiej pojawia się ich współlistnienie”.

³⁶ A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa...*, op. cit., str. 83.

tylko ich odrębność. Istnienie kompleksu umów jest użyteczne, wskazuje bowiem na możliwość istnienia związków między odrębnymi umowami, której to problematyki nie da się zamknąć w ramach koncepcji umów mieszanych. Związki owe polegają na zależności jednej umowy, a właściwie stosunku umownego – od drugiej. Jeżeli więc jest tak, że uchylenie jednej umowy powoduje rozwiązanie drugiej, to można powiedzieć, że są one ze sobą związane. Podstawą tego związku jest przede wszystkim zgodna w tej kwestii wola stron. Wynika to z ogólnej reguły art. 56 k.c., który wyznacza kompetencje stronom nie tylko w zakresie kształtowania umów odrębnych, ale także co do ustanawiania związków między nimi.

Połączenie różnych rodzajów zobowiązań może być często formalne, czyli że w jednym dokumencie spisano kilka umów od siebie niezależnych. Ustalenie reżimu prawnego dla każdej z tych umów nie przedstawia żadnych trudności dlatego, że dla każdej umowy zawartej w jednym dokumencie stosuje się właściwe dla niej przepisy.

Mogą istnieć jednakże zobowiązania od siebie uzależnione, z których każde zachowuje swoją odrębność, wtedy najczęściej za rozstrzygające kryterium uznaje się ekonomiczną jedność umowy. Pogląd taki znajduje oparcie w regule interpretacyjnej art. 65 § 2 k.c., która każe uwzględniać cel umowy³⁷.

Wyróżnia się kompleksy umów równorzędnych i nierównorzędnych. W przypadku kompleksu umów równorzędnych wchodzące w jego skład umowy wzajemnie uzupełniają się dla osiągnięcia wspólnego celu. Kompleks taki może być niepodzielny (każda z umów jest niezbędnym elementem przy realizacji zamierzonego przedsięwzięcia; np. zespół umów przewozowych zawartych z przewoźnikami mającymi przewozić ten sam towar na kolejnych odcinkach trasy) lub podzielny (realizacja celu, choćby niepełna, jest możliwa także bez jednej lub kilku umów, np. umowy koasekuracyjne). Natomiast kompleks umów nierównorzędnych składa się z umowy lub umów ważniejszych dla realizacji zamierzonego przedsięwzięcia oraz umów o funkcji pomocniczej względem umów głównych; bezskuteczność umowy pomocniczej nie wyklucza osiągnięcia celu, dla którego kompleks powstał (np. umowa o dzieło i umowa o przechowanie rzeczy zamawiającego; umowa najmu nieruchomości i umowa o pełnienie usług porządkowych itp.).³⁸

Podsumowując te krótkie rozważania na temat kompleksu umów, należałoby jeszcze dodać, że przy kompleksie umów jedna oddziałuje na drugą dopiero przez zagaśnięcie, i że przy takim założeniu należy dojść do wniosku, iż wzajemny charakter świadczeń zawsze kształtuje więzi daleko bliższe, które decydują

³⁷ Zob. Z. Radwański, *Teoria umów*, op. cit., str. 230–234.

³⁸ Zob. M. Machnikowski [w:] E. Łętowska (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań część ogólna*, tom 5, Warszawa 2006, str. 534.

o jednolitym charakterze czynności prawnej. Wskazówka ta ma praktyczne znaczenie zwłaszcza wtedy, gdy po jednej stronie pojawia się zobowiązanie do jednolitego świadczenia, a po drugiej stronie odpowiadają mu zobowiązania obejmujące kilka świadczeń³⁹.

Drugi rodzaj związków umów to tzw. ciągi (łańcuchy) umów (*les chaines de contracts*), oznaczające dwie lub więcej umów powiązanych ze sobą następstwem czasowym⁴⁰ (zawierane sukcesywnie, w krótkich odstępach czasu). Mogą one być powiązane przez takie same (całkowicie czy częściowo) świadczenie czy wspólny przedmiot świadczenia (np. kolejne umowy sprzedaży tej samej rzeczy, umowa najmu i umowa podnajmu, umowa zlecenia i umowa substytucyjna, umowa o dzieło czy umowa o roboty budowlane i umowa o podwykonawstwo, umowa ubezpieczeniowa i umowa reasekuracyjna), albo przez wspólny cel, do osiągnięcia którego prowadzą kolejne świadczenia spełniane na podstawie poszczególnych należących do łańcucha umów (np. umowy o realizację poszczególnych etapów procesu inwestycyjnego)⁴¹. Między umowami składającymi się na ciąg (łańcuch) umów zachodzi związek faktyczny i prawny. Związek faktyczny to następstwo czasowe. Dotyczy ono zarówno zawierania, jak i wykonywania umów. Ani zawarcie, ani wykonanie umowy stanowiącej późniejszy element w ciągu umów

³⁹ Zob. Z. Radwański, op. cit., str. 230–234.

⁴⁰ Zob. S. Włodyka, *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, [w:] *Prawo gospodarcze i handlowe*, tom 5, 2001, s. 56. Zob. też M. Sośniak, *Zagadnienia typologii...*, op. cit., str. 18–19; „Łańcuch umów to struktura o kształcie linii prostej. Ogniwami tego łańcucha są poszczególne umowy. Elementem łączącym te ogniwa jest charakter prawny umów i ich przedmiot. Łączenie odbywa się albo przez dodawanie umów do siebie (drugiej do pierwszej, trzeciej do drugiej itd.), albo przez „wyptywanie” umowy drugiej z umowy pierwszej, albo trzeciej z drugiej itd. – na zasadzie przenoszenia części zobowiązania wynikającego z pierwszej umowy na osobę, z którą zawiera się umowę drugą itp. Na tej podstawie można wyróżnić dwa łańcuchy umów. Po pierwsze łańcuchy, które powstają przez dodawanie kolejnych ogniw umów do siebie: drugiej do pierwszej, trzeciej do drugiej itd. Są to tak zwane *chaines de contrats par adition*, np. wówczas gdy samochód sprzedany przez X osobie Y, zostaje następnie odsprzedany przez tego ostatniego osobie Z. Łańcuch opiera się więc na identyczności obiektu, ale odmienności osób. Ale łańcuch może też powstać przy identyczności osób. Jako przykład można by podać sytuację, w której pierwsza umowa to najem lokalu mieszkalnego na jakiś czas (np. na dwa lata). Kolejnymi ogniwami będą umowy zawierane między najemcą i wynajmującym w celu odnowienia pierwotnej umowy najmu – czy to po dwu latach, czy to po okresach, na które są zawierane umowy następne. Po drugie, istnieją łańcuchy powstające w wyniku kolejnego rozłamywania, rozszczepiania umów i łączenia ze sobą umów, które powstają druga z pierwszej, trzecia z drugiej itd. Są to tzw. *chaines de contrats par diffraction*, np. przedsiębiorstwo budowlane zobowiązuje się do wykonania remontu domu mieszkalnego (pierwszy człon „łańcucha”), następnie zaś samo zawiera umowę ze specjalistą malarzem, który bierze na siebie obowiązek pomalowania całego domu (drugi człon „łańcucha”).”

⁴¹ Zob. M. Machnikowski [w:] *System Prawa...*, op. cit., str. 534.

nie może mieć miejsca przed zawarciem i wykonaniem umowy stanowiącej element wcześniejszy. Związek prawny przejawia się w wielu elementach. Po pierwsze, w powiązaniu przyczynowym wyrażającym się w tym, iż umowa wcześniejsza stanowi przyczynę, a więc swoistą *causa* umowy późniejszej, co może stanowić dyrektywę interpretacyjną przy wykładni treści oświadczeń woli zawartych w umowie późniejszej (art. 65 k.c.) oraz przy tłumaczeniu sposobu wykonania zobowiązań art. 354 §1 k.c.

W niektórych przypadkach umowa (albo ciąg lub zespół umów) stanowi element szerszego ciągu (łańcucha) zdarzeń prawnych, w skład których wchodzi także jednostronne oświadczenia woli, a nawet zdarzenia publicznoprawne, jak np. decyzja administracyjna. Przykładem może być proces prywatyzacji bezpośrednio przedsiębiorstw państwowych. Polega ona kolejno na wydaniu decyzji (administracyjnej) o jego prywatyzacji bezpośrednio, utworzeniu spółki pracowniczej, zawarciu umowy leasingu lub dzierżawy majątku itd. Wszystkie te zdarzenia, z których jedne mają charakter administracyjno-prawny, inne cywilny, pozostają do siebie nie tylko w związku czasowego następstwa, ale także związku prawnego.⁴²

3. Umowy mieszane – próba systematyki

3.1. Klasyfikacja umowy mieszanej

Przepisy prawa cywilnego regulują umowy najbardziej typowe. Jednak istnienie swobody kształtowania treści umowy przejawia się przede wszystkim w dopuszczalności zawierania umów nie należących do żadnego z wyznaczonych w ustawie typów (umów mieszanych lub nienazwanych). Istnienie swobody kształtowania treści stosunku zobowiązaniowego upraszcza obrót. Zawieranie umów w tak ukształtowanym systemie nie wymaga od podmiotów gospodarujących tak szerokiej znajomości prawa, jaka byłaby niezbędna do posługiwania się zamkniętym katalogiem umów zobowiązaniowych. W zasadzie niezbędna jest tylko świadomość istnienia pewnych podstawowych ograniczeń i umiejętności jasnego sformułowania (niekoniecznie w terminologii prawniczej) ekonomicznych warunków transakcji⁴³.

Wynika to z akceptowanej przez ustawodawcę swobody umów, która oznacza:

- po pierwsze, że podmioty zawierające umowę mają pełną swobodę co do tego, czy zawiązać między sobą stosunek zobowiązaniowy,

⁴² Zob. S. Włodyka, op. cit., str. 58.

⁴³ P. Machnikowski, *Swoboda umów według artykułu 353¹ k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, str. 12–13.

- po drugie, że istnieje swoboda wyboru kontrahenta,
- po trzecie, że strony zawierające umowę mogą treść jej kształtować w sposób dowolny,
- po czwarte, że strony mogą swobodnie wybrać formę zawieranej umowy.

Konsekwencją obowiązywania owych czterech punktów swobody umów jest istnienie w obrocie obok umów regulowanych przepisami ustawy, zwanych umowami nazwanymi oraz umów nie znajdujących żadnego odpowiednika w typach umów przyjętych przez prawo, zwanych umowami nienazwanymi, kategorii umów mieszanych.

W naszej literaturze utrwalił się pogląd przeciwstawiający umowy nazwane, tzn. wszystkie te umowy, które są regulowane w ustawie – umowom nienazwanym, tzn. tym, które nie są umowami nazwanymi.

Należy jednak zdawać sobie sprawę, że umowy nienazwane to znaczy te umowy, które zawierają w sobie elementy dotąd nigdy nie spotykane ani w praktyce, ani przede wszystkim w ustawodawstwie, występują niezwykle rzadko i na odwrót niezwykle często zdarzają się odchylenia większe lub mniejsze od typów przyjętych w prawie. Prowadzi to do spotykanego czasem stwierdzenia, że umowy typowe stanowią wyjątek, regułą są zaś przede wszystkim umowy mieszane⁴⁴. To stanowisko wydaje się zbyt skrajne, tak jak z drugiej strony skrajnym jest stanowisko niektórych autorów poddających w wątpliwość istnienie samodzielne umów mieszanych. Przyjrzyjmy się bliżej tym koncepcjom. I tak na przykład Z. Radwański⁴⁵ wyróżnia w obrębie umów nienazwanych:

- A. umowy składające się wyłącznie z elementów ujętych w różnych umowach nazwanych,
- B. umowy, w których pojawiają się elementy znane umowom nazwanym oraz świadczenia nigdzie nieuregulowane lub o typowej *causae*,
- C. umowy o treści nawet fragmentarycznie nigdzie nieuregulowanej.

B. Gawlik⁴⁶ także nie uznaje trójpodziału umów na nazwane, nienazwane i mieszane. Podobnie jak Z. Radwański dzieli umowy nienazwane na:

- A. umowy mieszane,
- B. umowy, których treść zawiera elementy nowe nie występujące w żadnym znanym typie, np. umowy *know-how*.

Wobec obu skrajności należałoby się przychylić do tych stanowisk⁴⁷, które jasno i jednoznacznie uznają trójpodział umów. Samo bowiem stwierdzenie, że umowy nienazwane „czyste” występują rzadko, przecież ich istnienia nie przekre-

⁴⁴ Zob. M. Sośniak, *Przekształcenia umowy przewozu ...*, op. cit., str. 9.

⁴⁵ Zob. Z. Radwański, *Teoria...*, op. cit., str. 241.

⁴⁶ Zob. B. Gawlik, *Pojęcie umowy nienazwanej...*, op. cit., str. 22–23.

⁴⁷ Zob. M. Sośniak, *Przekształcenie umowy przewozu...*, op. cit., str. 9–11.

śla, gdyż jakaś szczególna sytuacja, np. gospodarcza, może wywołać ich liczniejsze zawieranie. Trudno się również zgodzić z tym, żeby umowy mieszane, które w końcu występują dość często w praktyce, klasyfikować jako podgrupę umów nienazwanych, których nawet *essentialia negotii* (według definicji tych umów) nie są określone w ustawie.

Spotykane w obrocie umowy mieszane są umowami, których *essentialia negotii* są określone w ustawie, kilku ustawach, lub część takiej umowy ma oparcie w jednej konkretnej umowie nazwanej. Przy tej kwestii nasuwa się pytanie: jaką doniosłość mają bezwzględnie obowiązujące normy wypowiedziane w przypisach dotyczących umów nazwanych dla umów mieszanych? Bezwzględnie obowiązujące przepisy mogą przewidywać dla pewnych umów nazwanych przesłanki dojścia ich do skutku – w szczególności w formę pod sankcją nieważności – w sytuacjach takich umowy mieszane, realizujące podobne funkcje powinny także przesłanki te spełniać. Inaczej bowiem otwarta byłaby droga dla obchodzenia prawa (art. 58 § 1 k.c.). Najczęściej jednak w obrębie umowy nazwanej przepisy bezwzględnie obowiązujące chronią określone interesy stron. Nie stanowi to wprawdzie przeszkody dla zawierania umów mieszanych, jednakże pojawia się wówczas kwestia, czy postanowienia takiej umowy przy uwzględnieniu całokształtu wyznaczonej przez nią sytuacji prawnej stron nie naruszają interesów, jakie ustawodawca w ramach umowy nazwanej uznał za tak ważne, iż chroni je przepisami bezwzględnie obowiązującymi. Konsekwencje pozytywnej lub negatywnej odpowiedzi na to pytanie wskazuje art. 58 k.c.

Przepisy odnoszące się do umów mają w przeważającej mierze charakter dyspozytywny, wchodzą do zastosowania tylko wtedy, gdy strony uregulowały łączący je mieszany stosunek prawny w sposób niekompletny bądź niejasny. Stwierdzenie dyspozytywnego charakteru większości przepisów o zobowiązaniach prowadzi do wniosku, że zamiarem ustawodawcy było zagwarantowanie stronom (w granicach wyznaczonych przez art. 58 k.c.) możliwości dowolnego kształtowania umów mieszanych.

Jednak trudno nie zgodzić się z tezą M. Sośniaka⁴⁸, że w umowach mieszanych chodzi nie tyle o problem prawny, ile ustawodawczy. Brak tu bowiem jakiejś niezmienniej wielkości, z którą dałoby się porównać daną konstrukcję. Problem umów mieszanych występuje przecież w różnych systemach prawnych, w różnych dziedzinach życia, w różnych ujęciach itp. Ta sama umowa może nie być w ogóle regulowana w danym ustawodawstwie, może być traktowana na jego tle jako umowa mieszana – w innych za to może figurować jako typowa umowa nazwana. Uznanie danej umowy za nazwaną, mieszaną czy nienazwaną ma więc cha-

⁴⁸ Zob. M. Sośniak, op. cit., str. 10.

rakter relatywny, wiąże się tylko z określonym systemem prawnym, nie zaś – jak się czasem uważa – z ogólną problematyką teoretycznoprawną.

3.2. Typologia umów mieszanych

Celem konstrukcji typologicznych jest umożliwienie kwalifikacji poszczególnych porozumień umownych, co stanowi podstawę zastosowania określonych przepisów co do całości umowy czy poszczególnych jej elementów.

Typologia umów mieszanych ma na celu ukazanie różnorodnych powiązań umów nazwanych w jednej umowie mieszanej. Takie rozgraniczenie wielości umów mieszanych na poszczególne grupy ułatwia w konsekwencji ustalenie kwalifikacji prawnej poszczególnych elementów tej umowy. Pojęcie umowy mieszanej obejmuje różnorodny zbiór umów, w ramach którego można wyróżnić:

A – umowy typowe z podporządkowanym świadczeniem dodatkowym, w których obok świadczenia głównego występują świadczenia dodatkowe charakterystyczne dla innej umowy. Ta grupa podziału nawiązuje do rozszerzonej definicji umowy mieszanej podanej przez A. Ohanowicza, mimo że owo rozszerzenie definicji zostało poddane krytyce w poprzednim ustępie, niemniej jednak koncepcja taka istnieje i przy podziale umów mieszanych należy ją uwzględnić;

B – umowy kombinowane, w których po jednej stronie występuje kilka równorzędnych, równoległych świadczeń należących do różnych typów umów;

C – umowy krzyżujące się, w których wzajemne świadczenia stron odpowiadają różnym typom kontraktów, na przykład najem pomieszczenia za świadczenie usług. Ten typ umowy jest także umową sprzężoną⁴⁹;

D – umowy mieszane sensu stricto, w których nierozłącznym składnikiem ich treści jest świadczenie należące do innego typu umowy, czyli przypadek ten zachodzi wtedy, kiedy w jednej umowie jednolite świadczenie jednej strony podpada pod dwa lub więcej różnych typów kontraktów. Ta grupa z kolei została bardzo nieszczęśliwie nazwana przez niektórych autorów⁵⁰ umowami mieszanymi sensu stricto, dając tym samym do zrozumienia, że poprzednie typy nie są w pełni umowami mieszanymi. Trafnie nazwał te umowy M. Sośniak,⁵¹ nazywając je umowami zespalającymi różne typy. Powstają w ten sposób umowy posiadające typowość odrębną, nową w stosunku do typowości ustawowej;

E – umowy, których mieszany charakter wiąże się ze zróżnicowaną odpłatnością.

⁴⁹ Zob. M. Sośniak, *Przekształcenie umowy...*, op. cit., str. 29.

⁵⁰ Zob. B. Gawlik, *Pojęcie umowy...*, op. cit., str. 23, Z. Radwański, *Teoria umów*, op. cit., str. 236.

⁵¹ Zob. M. Sośniak, *Przekształcenie umowy...*, op. cit., str. 26.

Przedstawiony podział umów mieszanych jest podziałem najbardziej rozpowszechnionym. Oczywiście klasyfikacji może być więcej i coraz bardziej szczegółowych, ale ten schemat jest komunikatywny i przydatny w praktyce ustalenia reżimu prawnego poszczególnych umów mieszanych.

Podobny, uwzględniający szczególną postać umów, jak nasz punkt podziału dotyczący umów typowych z podporządkowanym świadczeniem dodatkowym, próbował wprowadzić Enneccerus⁵². Podporządkowuje on owe innorodzajowe czy dodatkowe świadczenia zasadniczemu celowi umowy. Na tym tle dochodzi do odróżnienia świadczeń zasadniczych i dodatkowych, istotnych i nieistotnych itd. Czy jednak zawsze wiadomo, które ze świadczeń odgrywa, i dla której ze stron umowy, zasadniczą rolę? Czasem stanowiska stron przedstawiają się w tej kwestii całkiem odmiennie. Poza tym poszczególne świadczenia mogą przynależeć do dwóch różnych typów umownych, na przykład wynajem pokoju z obsługą – dwa odrębne typowe świadczenia składające się na jedną umowę.

4. Ocena prawna świadczeń mieszanych w oparciu o teoretyczne konstrukcje w piśmiennictwie polskim i obcym

4.1. Metody oceny prawnej

Już od podejmowanych przez Rzymian prób rozwiązania problemów umów mieszanych, aż po czasy współczesne, można spotkać zarówno w naszej, jak i obcej literaturze, kilka zasadniczych koncepcji (teorii) dotyczących oceny prawnej świadczeń mieszanych.

Wszystkie te teorie stanowią bardziej lub mniej udaną próbę odpowiedzi na pytanie, jakie przepisy prawa do umów mieszanych mogą mieć zastosowanie. Przy ocenie prawnej mieszanych stosunków zobowiązaniowych należy pamiętać, że jako całość nie odpowiadają one żadnemu z nazwanych stosunków zobowiązaniowych. Do stosunków mieszanych łączących elementy różnych stosunków nazwanych stosuje się przepisy dotyczące tych stosunków, natomiast gdy w umowie mieszanej obok elementów umów nazwanych znajdują się też elementy umów nie-nazwanych, to stosujemy do tej części umowy tylko przepisy ogólne.

Nie da się jednak zasadnie oprzeć ocen we wszystkich wypadkach na jednej i tej samej podstawie. Wobec czego należy mieć na względzie celowość zastosowania różnych metod⁵³.

⁵² Cyt. za M. Sośniakiem, op. cit., str. 28.

⁵³ Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 27 października 2007 r. sygn. I ACa 400/07 stwierdził „Przy ocenie prawnej umowy mieszanej nie można pomijać, że jako całość nie odpowiada ona żadnemu z nazwanych stosunków zobowiązaniowych. Do sto-

W nauce prawa wyróżnia się na ogół następujące metody ocen umów mieszanych:

- metoda absorpcji,
- metoda kombinowana,
- metoda emancypacyjna,
- metoda analogii,
- inne rozwiązania.

Metoda absorpcji

Do zastosowania tej metody dochodzi się na podstawie założenia, że określone elementy w mieszanym stosunku zobowiązaniowym „absorbują”, czyli „pochłaniają” inne elementy tego stosunku. Próbuje się mianowicie dostrzec, które elementy są przeważające „główne”, po czym przepisy dotyczące tych elementów stosuje się do całego stosunku prawnego⁵⁴. W istocie koncepcja ta sprowadza się do tezy, że każda umowa, w której skład wchodzi unormowane przez przepisy szczególne stany faktyczne, musi być uznana za jakąś umowę nazwaną. Natomiast dla umów, które nie poddają się takiej subsumcji, pozostaje tylko alternatywa rozłożenia ich na umowy odrębne, z których każda podlega swo-

sunków mieszanych łączących wyłącznie elementy różnych stosunków obligacyjnych nazywanych stosuje się przepisy dotyczące tych różnych stosunków. W takim wypadku wyróżnia się trzy metody oceny prawnej, są to: metoda absorpcji, kombinowana i metoda emancypacyjna. Metoda absorpcji charakteryzuje się tym, że określone elementy w danym stosunku zobowiązaniowym mają charakter dominujący i absorbują inne elementy tego stosunku. Istotne znaczenie ma tutaj cel umowy określający jej istotę i on przesądza o kwalifikacji prawnej. Nie oznacza to jednakże bezwzględnego stosowania wszystkich przepisów dotyczących tzw. elementu głównego danego stosunku prawnego, gdyż dopuszcza się pewien margines dla ocen dostosowanych do elementów nie mających charakteru głównego. Oznacza to, że przy tej metodzie generalnie cały stosunek prawny mieszany zostaje zakwalifikowany według dominujących jego elementów przy jednoczesnym zastosowaniu w kwestiach szczególnych, co do tzw. ubocznych elementów tego stosunku, przepisów ich dotyczących. Druga z metod tzw. kombinowana ma zastosowanie, gdy wszystkie elementy danego stosunku mieszanego mają charakter równorzędny, wobec czego do każdego z nich stosuje się w całości odrębne, dla tego właśnie elementu odpowiednie przepisy. Natomiast metoda emancypacyjna ma zastosowanie w razie stwierdzenia, że połączenie różnych elementów doprowadziło do wykształcenia się nowego typu nienazwanej umowy. Żadna z tych metod nie ma wyłączności jej stosowania względem wszystkich stosunków mieszanych. U podstaw w danym wypadku tej lub innej metody rozstrzygające znaczenie należy przypisać układowi interesów w nawiązanym stosunku obligacyjnym z uwzględnieniem w szczególności zgodnego układu interesów w nawiązanym stosunku obligacyjnym z uwzględnieniem w szczególności zgodnego zamiaru stron, w celu powołania do życia określonego stosunku prawnego.

⁵⁴ Zob. S. Grzybowski [w:] *System prawa cywilnego, prawo zobowiązań. Część szczegółowa* (t. III, cz. 2) Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1976, str. 18.

istej regulacji prawnej. Koncepcja ta bliska jest tradycji prawa rzymskiego opartego na zamkniętym katalogu skarg. Teoria absorpcji, jak podnoszono, ułatwia pracę sędziego. Pozostawia on za sobą wszelkie kłopoty z chwilą podporządkowania danej umowy do danego typu. Potem stosuje się już mechanicznie przepisy dotyczące tego typu, chyba że w określonych przypadkach wystąpią ewidentne sprzeczności z sensem porozumienia się stron lub gdy punkty sporne dotyczą uprawnień ubocznych związanych z porozumieniem⁵⁵. Teoria ta cieszyła się dużym powodzeniem w XIX-wiecznej doktrynie prawniczej. Nie kwestionując niektórych jej walorów, nie można jednak zastosować jej do wszystkich umów mieszanych. W wielu przypadkach prowadziłyby to bowiem do określenia ich skutków prawnych według norm, które zostały ustanowione dla innych stanów faktycznych. Dlatego też nie czyni się tego w sposób bezwzględny, lecz pozostawia się pewien margines dla ocen dostosowanych do elementów nie mających charakteru głównego. Mamy tu zatem nie tyle pełną absorpcję, ile jedynie przewagę jednych elementów nad innymi.

Metoda ta jest krytykowana, zwłaszcza przez autorów, którzy zasięgiem pojęcia umów mieszanych nie obejmują umów typowych z podporządkowanym świadczeniem ubocznym lub niesamoistnym. Wiele przemawia bowiem za postulatem, by przy ocenie świadczenia ubocznego lub niesamoistnego (występującego w umowie głównej) sięgać nie do unormowania umowy głównej, lecz do przepisów dotyczących umowy lub umów, dla której owe świadczenie jest charakterystyczne, stosując je oczywiście odpowiednio.

Metoda kombinowana

Metodę tę stosuje się w razie stwierdzenia, że wszystkie elementy mieszanego stosunku zobowiązaniowego są równorzędne (równowartościowe), wobec czego do każdego z tych elementów stosuje się w całości odrębne dla tego właśnie elementu odpowiednie przepisy⁵⁶.

Teoria ta została opracowana przez niemieckiego cywilistę H. Hoenigera, który wysunął pogląd, że reżim prawny danej umowy mieszanej można ustalić przez kombinację tych postanowień ustawy, które w ramach poszczególnych umów nazwanych regulują odpowiednie elementy składające się na umowę mieszaną⁵⁷. H. Hoeniger uważał, że wszystkie umowy typowe określone w ustawie

⁵⁵ Szerzej M. Sośniak, *Kwalifikacja prawna świadczeń mieszanych i perspektywy zastosowania jej w umowach przewozowych*, Problemy Prawa Przewozowego nr 4, Katowice 1982, str. 15.

⁵⁶ S. Grzybowski [w:] *System prawa cywilnego...*, op. cit., str. 18.

⁵⁷ Tak H. Hoeniger, *Die gemischten...*, cyt. za Z. Radwańskim, *Teoria...*, op. cit., str. 237.

stanowią pewien schemat, z którego poszczególnych składników można budować nową całość.

Każda zaś nowa postać umowna kształtuje się w taki sposób, w jaki zostają złożone pojedyncze elementy stanu faktycznego w nowej kombinacji⁵⁸.

Metoda ta także podlega krytyce, gdyż kumulatywne stosowanie przypisów odnoszących się do różnych umów nazwanych nie zawsze prowadzi do zadowalających wyników. Może bowiem dojść do sprzeczności między nimi. Teoria kombinowana nie daje wtedy odpowiedzi na pytanie, jak taką kolizję usunąć, na przykład między nie dającymi się pogodzić dyspozycjami norm. Zastrzeżenia podnoszone przeciwko podstawowym tezom teorii zamykają się w stwierdzeniu, że nie bierze ona pod uwagę relacji zachodzących między poszczególnymi świadczeniami występującymi w umowie mieszanej. Nawet w przypadku umowy kombinowanej, świadczenia w niej określone stanowią funkcjonalną całość, nie zaś mechanicznie zestawioną sumę.

Metoda ta ma jednak również pewne zalety. Podkreślenia wymaga zwłaszcza fakt, że teoria kombinacji wniosła do skomplikowanej problematyki umów mieszanych pewien element nowości. Kładła nacisk nie tylko na twórczą konstrukcję nowego systemu umownego, ale też na przemiany elementów tej samej umowy⁵⁹.

Metoda emancypacyjna

Sięgnięcie do metody emancypacyjnej (usamodzielniającej) następuje w razie stwierdzenia, że połączenie różnych elementów doprowadziło do wykształcenia się nowej umowy nienazwanej. Nie znajdujemy się wówczas na terenie umów mieszanych. Teren ten jednakże możemy dopiero porzucić wówczas, gdy ustali się określona praktyka powoływania do życia pewnych powtarzających się typowych stosunków zobowiązaniowych⁶⁰. Oparcie się na tej metodzie dokonywania ocen może być przydatne na przykład przy analizie typowych umów nienazwanych (umowa know-how, umowa gwarancyjna). Stosując tę metodę, możemy się opierać tylko i wyłącznie na odpowiednich przepisach części ogólnej prawa cywilnego odnoszących się do umów.

Metoda analogii

Umowę mieszaną traktuje się jako *contractus sui generis*, do którego mogą być tylko w drodze analogii stosowane przepisy części szczegółowej zobowiązań⁶¹.

⁵⁸ Zob. M. Sośniak, *Kwalifikacja prawna świadczeń...*, op. cit., str. 19.

⁵⁹ Zob. M. Sośniak, op. cit., str. 20.

⁶⁰ Zob. S. Grzybowski [w:] *System prawa cywilnego...*, op. cit., str. 18–19.

⁶¹ Zob. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna biur podróży*, Warszawa 1974, str. 73.

Teoria analogii sformułowana została przez O. Schreibera. Jego zdaniem umowa mieszana stanowi takie samo jednolite, niepodzielne, zamknięte w sobie zjawisko organiczne i całościowe, jak każda umowa typowa uregulowana przez ustawę i to nawet wówczas, gdy wykazuje duże pokrewieństwo ze stanami faktycznymi uregulowanymi w ustawie⁶².

Nie należy jednak sugerować się pokrewieństwem elementów treści umowy mieszanej i porównywać ją ze stanami faktycznymi normowanymi przez ustawodawcę. Występuje tu bowiem pokrewieństwo, a nie tożsamość, stąd wniosek, że do tego rodzaju umów nie mogą mieć bezpośredniego zastosowania przepisy części szczególnej prawa zobowiązań. Wyodrębnienie umów nazwanych i mieszanych powoduje, że uważamy te grupy umów za zamknięte, niepodzielne i całościowe. Ich jedność i związek wewnętrzny nie budzi wątpliwości, dlatego nie jest możliwe wydzielenie z nich poszczególnych części składowych (jak na przykład w teorii kombinacji). Zastosowanie analogii w celu rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego związanego z oznaczoną umową mieszaną składa się z trojakiego rodzaju czynności:

- A. ustalenia, że zagadnienie to jest unormowane w przepisach prawnych dotyczących oznaczonej umowy nazwanej;
- B. ustalenia podobieństwa między oznaczoną umową nazwaną a oznaczoną umową mieszaną;
- C. ustalenia dla nieunormowanego zagadnienia umowy mieszanej takich samych lub podobnych skutków prawnych przewidzianych w przepisach dotyczących porównywanej umowy nazwanej.

Zasadniczym elementem jest ustalenie podobieństwa między porównywanymi umowami. Właśnie to podobieństwo decyduje o tym, że do umowy mieszanej mogą zostać zastosowane przepisy prawne ustanowione dla porównywanej z nią umowy nazwanej. Wniosek ten jest uzasadniony przy przyjęciu założenia, że przypadki podobne powinny wywoływać takie same lub podobne skutki prawne.

Ustalenie, że zachodzi podobieństwo między umową nazwaną a mieszaną uzasadniające zastosowanie przepisów prawnych w drodze analogii, jest czynnością opartą na ocenach organu stosującego prawo. Aby w ogóle można było podjąć wnioskowanie *per analogiam*, porównywane umowy muszą posiadać niektóre cechy wspólne, niektóre zaś odrębne. Stosujący prawo powinien dokonać opisu wszystkich cech każdej z porównywanych umów i ustalić, które cechy tych umów są ich cechami wspólnymi, a które odrębnymi. Organ stosujący prawo musi przede wszystkim odpowiedzieć na pytanie, na podstawie jakiego kryterium należy wyodrębnić owe cechy istotne. Owe kryterium może opierać się na tradycyjnym po-

⁶² O. Schreiber, *Gemischte Verträge...*, str. 210, cyt. za M. Sośniakiem, *Kwalifikacja prawna świadczeń...*, op. cit., str. 22.

dziale składników treści czynności prawnych na *essentialia*, *naturalia* i *accidentalit negotii*. Cechami istotnymi będą *essentialia negotii* porównywanych umów, przy czym analogiczne stosowanie przepisów prawnych dotyczących umowy nazwanej uzasadnione będzie tylko wtedy, gdy zostanie ustalone podobieństwo *essentialii* tych umów. Na ustalenie tego podobieństwa składają się dwojakiego rodzaju czynności oceniające:

po pierwsze – organ stosujący prawo musi ustalić, które elementy treści porównywanych umów stanowią ich *essentialia negotii*;

po drugie – organ stosujący prawo musi ocenić, czy między wyróżnionymi cechami istotnymi porównywanych umów zachodzi podobieństwo i czy stopień tego podobieństwa jest wystarczający do analogicznego stosowania przepisów prawnych.

Ujęcie eklektyczne

Przy tym ujęciu metody ocen prawnych umów mieszanych postuluje się, aby w zależności od rodzaju umowy mieszanej i konkretnego interesu stron stosować którąś z wcześniej przedstawionych metod.

Po przedstawieniu różnych metod ocen prawnych należy stwierdzić, że do poszczególnych umów mieszanych zastosowanie będzie miało przede wszystkim ujęcie eklektyczne, które mieści w sobie pozostałe metody. I tak do typu, w którym przeważa główny rodzaj zobowiązania, a jedynie świadczenia uboczne są innego rodzaju – rozstrzygające będą przepisy odnoszące się do głównego zobowiązania jako przeważającego, czyli posłużymy się metodą absorpcji. Inaczej rzecz się będzie miała, gdy w jednej umowie połączone są równorzędne elementy różnych rodzajów umów – wtedy posłużymy się metodą kombinacji. Metodą kombinacji posłużymy się także w przypadku zaistnienia umów krzyżujących się. Przy tych typach umów mieszanych zespalających różne typy, jak i przy umowach, w których mieszany charakter wiąże się ze zróżnicowaną odpłatnością, najskuteczniej jednak będzie posługiwać się metodą *per analogiam*.

Jednakże we wszystkich powyższych przypadkach (typach umów mieszanych) należy mieć na uwadze, że stosowanie tych, czy innych reguł metod ocen prawnych do elementów wyrwanych z różnych umów typowych jest dość ryzykowne i dlatego warto posłużyć się tu zabiegiem *per analogiam*. Ujmując sprawę najogólniej, rozstrzygające znaczenie należy przypisać układowi interesów w poszczególnych przypadkach, z uwzględnieniem zasad współżycia społecznego, ustalonych zwyczajów, zgodnego zamiaru stron i celu powołania do życia określonego stosunku prawnego⁶³.

⁶³ Zob. S. Grzybowski [w:] *System prawa cywilnego...*, op. cit., str. 20.

4.2. Rozwiązania kompromisowe

Wszystkie omówione powyżej teorie opisujące klasyfikację prawną świadczeń mieszanych, próbuje się w doktrynie ze sobą wiązać. Wysuwany jest pogląd, że tak naprawdę teorie te nie wykluczają się, lecz wzajemnie uzupełniają⁶⁴. Po dokładnym przeanalizowaniu omówionych teorii, okazuje się, że to, co w jednej z nich jest słabą stroną, w drugiej jest nowym, a zarazem właściwym sposobem rozwiązania wątpliwych kwestii. Nie ulega jednak wątpliwości, że przy omawianiu konkretnej umowy nie możemy ograniczyć się wyłącznie do wyboru spośród zaprezentowanych teorii, najdogodniejszych reguł, wyrwanych w dodatku z tej, czy innej teorii⁶⁵. Nie oznacza to jednak, że nie mogą one być modyfikowane.

Zdaniem współczesnej doktryny, jak pisze M. Sośniak⁶⁶, takie właśnie dążenie do harmonizacji różnych punktów widzenia w celu uwypuklenia, a następnie uwzględnienia tego, co w treści danej umowy najlepiej odpowiada celom społecznym i gospodarczym, intencjom stron itd., jest najwłaściwsze. Teorie dawniej przeciwstawne próbujemy dziś do siebie zbliżyć i odpowiednio wykorzystać. Nie traktuje się przy tym ustawy jako kompletnego, pełnego systemu obejmującego wszystkie grupy umów obligacyjnych. Subsumcja pod poszczególne typy ustawowe nie stanowi więc operacji szczególnie zalecanej, a tym bardziej jedynej. Otwierają się szerokie możliwości swobodnego kształtowania nowych postaci obligacyjnych. Jednak tylko głęboka wiedza i wytrawna praktyka doprowadza do należytego wykorzystania tych możliwości.

Nie ulega dziś również wątpliwości, że nie każde odchylenie od typu umów uregulowanego w ustawie oznacza od razu wystąpienie umowy mieszanej (tym bardziej zaś nienazwanej). Nie należy pochopnie oceniać konkretnego stosunku umownego, korzystając w sztywny sposób z wzorców ustawowych. Porozumieniu stron uznanemu w wyniku takiego sztywnego porównania za nietypowe lub mieszane, mogą bowiem w obrocie prawnym zostać przyznane nader typowe prawa i przydzielone obowiązki. Ostrzegając w ten sposób przed schematyzmem opartym na ustawie, nie należy też jednak przy ocenie typu umowy kierować się schematycznie sposobem oznaczania jej przez strony. Ogólnie biorąc, przy oznaczaniu typu umowy i ustalaniu jej typowych elementów, należy się raczej posługiwać metodą typologiczną, nie zaś pojęciową. Ta pierwsza bowiem otwiera możliwość zmiany typów oraz ich przemieszania, podczas gdy dążąc do ścisłości pojęciowej, odpowiadamy jedynie na pytanie, czy daną umowę da się zakwalifikować jako dzieło, zlecenie, sprzedaż itp. Natomiast z typologicznego punktu widze-

⁶⁴ Zob. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna...*, op. cit., str. 73.

⁶⁵ Por. M. Sośniak, *Kwalifikacja prawna...*, op. cit., str. 27.

⁶⁶ M. Sośniak, op. cit., str. 27–29.

nia, ta sama umowa może zostać podporządkowana raz temu, a raz innemu typowi. Powstaje więc możliwość swoistego połączenia w niej różnych typów. Strony mogą przecież posłużyć się jednym typem, aby osiągnąć cel związany ustawowo z innym. Należy to mieć na uwadze, badając naturę umowy.

Nie przesądza się również we współczesnej teorii jedności czy pluralizmu jako wyniku rozstrzygnięcia. Z umową jak najbardziej typową mogą zostać powiązane i podporządkowane jej świadczenia zupełnie innego rodzaju. Nie wyklucza to możliwości zastosowania w odniesieniu do nich przepisów odrębnych od tych, jakie dotyczą zasadniczego świadczenia. Obok więc „przyporządkowania” do wiodącego typu, współcześnie przyjmowana metoda nakazuje odpowiednie „wyważenie” poszczególnych elementów danej umowy i ocenę ich każdorazowego znaczenia dla umowy jako jednolitego stosunku prawnego. Nie wyklucza się przy tym możliwości zastosowania obok siebie reguł dotyczących różnych typów umownych. Innym kompromisowym rozwiązaniem tego zagadnienia jest możliwość zastosowania do umów mieszanych prawideł części ogólnej prawa obligacyjnego. Jednakże i w tym wypadku nie osiąga się w pełni zadowalających wyników.

Jak widać żadna koncepcja teoretyczna nie ma monopolu na słuszość. Każda wykazuje takie, czy inne słabsze strony. Nie może też zostać przyjęta jako jedyna, co potwierdzają przedstawieni na końcu rozdziału eklektycy. Trudno jednak zaprzeczyć, że różne stany faktyczne, różne kombinacje umowne, szczególnie nadają się do pewnych rozwiązań teoretycznych. I tak do świadczenia przyporządkowanego należy zastosować zabieg absorpcji. Konglomerat samodzielnych świadczeń nadaje się najbardziej do rozwiązania kombinacyjnego. Równorzędne dwie umowy o zbliżonym profilu świadczeń nadają się w największym stopniu do analogii itd. Nie należy zatem zacieśniać się w tej, czy innej koncepcji teoretycznej. Raczej należy nauczyć się umiejętnego łączenia różnych rozwiązań wypracowanych na przestrzeni ostatnich lat, a jest ich przecież tak wiele, licząc rozwiązania eklektyczne. Należy przy tym zwracać uwagę na określony stan faktyczny, określony kształt umowy, a także interesy stron, którym dały one wyraz, sięgając właśnie do tej, a nie innej skomplikowanej konstrukcji, jaką stanowi umowa mieszana, nie poprzestając na bogatym zestawie typów umownych zamieszczonych przez ustawodawcę w części szczegółowej prawa obligacyjnego.

5. Punkty wyjściowe do przyszłej syntezy

W doktrynie polskiej sytuacja problemu umów mieszanych przedstawia się więc stosunkowo prosto. Z jednej strony widzimy wypowiedzi najwybitniejszych polskich cywilistów, akcentujących potrzebę wyróżniania i utrzymania samodzielnej kategorii umów mieszanych. Z drugiej strony widzimy dwóch uznanych

przedstawicieli doktryny negujących potrzebę wyróżniania omawianej kategorii umów i autorów aprobujących ten pogląd, dla których poprawny – wyczerpujący i rozłączny – podział logiczny (prócz założeń czysto formalnych przedstawionych przez B. Gawlika i Z. Radwańskiego), to jedyny argument za przyjęciem dwupodziału: umowy nazwane – nienazwane.

Jednak czy jest wyczerpującym podział umów na nazwane i nienazwane, jeżeli występują oprócz nich także umowy mieszane? W tym przypadku, gdybyśmy połączyli razem zakresy stanowiące człony podziału, nie otrzymalibyśmy całości zakresu dzielonego⁶⁷ (chyba, że uzyskamy go sztucznie przez wprowadzenie do zbioru umów nienazwanych podzbioru umów mieszanych).

Skomplikowane postaci współczesnych stosunków umownych, coraz trudniej dają się zamknąć w sztywnych formach typów regulowanych przez kodeksy i inne ustawy pod postacią umów nazwanych. Zauważył to już wiele lat wcześniej M. Sośniak⁶⁸, obrazowo przedstawiając w swych rozprawach potrzebę uwzględnienia kategorii umów mieszanych. Należy przy tym przyznać, że przywołane – z początku lat osiemdziesiątych – rozprawy tego wybitnego cywilisty nadały omawianemu zagadnieniu specyficzny koloryt, przybliżając nas do rozwiązania problemu umów mieszanych. Brak było jednak w rozprawach tych dokładniejszej konkretyzacji metody rozwiązań oraz występowało zbyt małe uwzględnienie praktyki. I to właśnie praktyka, jak pokazał czas, wskazuje specyfikę rozwiązania zagadnienia umów mieszanych (m.in. teza cytowanego w tej pracy wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2006 r.), daleko wykraczającą poza klasyczne rozwiązania *analogii legis*.

Wskazane braki umożliwiły ponowny atak na umowy mieszane⁶⁹. Przyznać należy istotnie racje Z. Radwańskiemu, że dwupodział: umowy nazwane – nienazwane nie utrwał się w naszej literaturze pod wpływem art. 1107 k.N (byłoby to zresztą daleko poważniejsze uzasadnienie niż oderwane pomysły doktrynalne), jednakże pozostałych podniesionych w tej rozprawie tez nie sposób podzielić. Zwłaszcza zaś tezy, że umowy mieszane mieszczą się konstrukcyjnie w ramach umów nienazwanych, a stosuje się do nich w konsekwencji także tę samą metodę rozstrzygania sprawy, jaką jest *analogia legis*⁷⁰. *Analogia legis* ma zastosowanie daleko szersze i trudno się zgodzić z twierdzeniem, że metody rozwiązań oma-

⁶⁷ Zob. Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 1994, str. 57.

⁶⁸ M. Sośniak, *Przekształcenia umowy...*, op. cit., str. 9–34, i idem, *Kwalifikacja prawna świadczeń mieszanych i perspektywy zastosowania jej w umowach przewozowych*, Problemy Prawa Przewozowego, t. 4, Katowice 1982, s. 11–32.

⁶⁹ Z. Radwański, *Uwagi o umowach mieszanych*, Zeszyty Naukowe UJ, Prace z wyanalizacji, z. 41, Kraków 1985, str. 102–108.

⁷⁰ Z. Radwański, op. cit., str. 108.

wianego zagadnienia nie różnił się w niczym od jej stosowania (np. wspomniane już wcześniej zastosowanie zabiegów absorpcyjnych nieodzwonne przy rozwiązaniu problemu umów mieszanych).

Podkreślić ponadto należy, że narzucony doktrynie polskiej dwupodział umów na nazwane i nienazwane nie tylko okazał się niewystarczający dla poprawnej klasyfikacji występujących w obrocie umów, ale przede wszystkim (przekreślając dorobek teoretyczny związany z omawianymi umowami), nie przybliżył nas do rozwiązania zagadnienia umów mieszanych. Obecnie znowu sztucznie narzucony doktrynie polskiej podział dychotomiczny próbuje się utrwać poprzez powielanie wcześniejszych – zmodyfikowanych rozwiązań w zakresie wyróżniania w obrębie nienazwanych stosunków umownych „nowych” kategorii (rodzajów) umów nienazwanych. I tak Wojciech J. Katner⁷¹ przeciwstawia sobie:

1. umowy nienazwane „czyste” i
2. takie, które mają odniesienie do umów nazwanych, przy czym to odniesienie występuje w różnym stopniu nasilenia, ponadto –
3. umowy nienazwane wynikające z utrwalonej praktyki, określane też mianem eksperymentalnych, i
4. umowy tworzone indywidualnie na jednorazową potrzebę stron je stanowiących, wreszcie –
5. umowy mieszane, konstruowane z różnych umów nazwanych i nienazwanych, w których występuje przewaga cech jednej z umów je tworzących albo mają one równorzędne znaczenie⁷².

Podsumowując rozważania przypominające dorobek teoretyczny polskiej doktryny w dziedzinie umów mieszanych, warto rozważyć, czy przekreślenie tego dorobku nie jest typowym przykładem wpływu „Begriffsjurisprudenz” w naszym wydaniu na cofnięcie rozwoju prawa wobec silnej pozycji omawianej grupy umów, mającej oparcie z jednej strony na gruncie ustawowym, z drugiej – w wyraźnym i samodzielnym ich kształcie.

⁷¹ W. J. Katner, *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, tom 9, Warszawa 2010, str. 22.

⁷² Por. koncepcje Z. Radwańskiego i B. Gawlika – str. 11 opracowania.

THE NOTION OF MIXED CONTRACT

The issue of mixed contracts in Polish doctrine of civil law returns every now and then. It certainly requires proper solution and proves that attempts at rejecting it as an independent category have not brought us any nearer to solving the problem. For ages, since the Roman times mixed contracts have been the subject matter of thorough analyses and interesting solutions. Also in Polish legal literature the necessity of distinguishing an independent category of mixed contracts has been repeatedly emphasised (see Chapter 2, item 3). Also, many years ago this issue was stressed by M. Sośniak, whose timeless studies were invaluable help when writing this dissertation. A dichotomic division into nominate and innominate contracts imposed on Polish doctrine turned out to be insufficient. This is proved both by the complicated nature of contemporary contractual relations, which are too difficult to be confined within rigid forms regulated by codes and other acts in the form of nominate contracts, and by caselaw.

In the Fascicle 1 (12) 2009 "Studies in Private Law" issued in 2009 Wojciech J. Katner presented an article entitled "The notion of innominate contract" forerunning the publication of the issued in May 2010 Volume 9 Private Law System. Contract Law – innominate contracts. Raising this issue was an important and necessary initiative both in terms of classification of contracts, as well as their occurrence apart from mixed contracts. However, the omission of an independent category of mixed contracts in Volume 9 Private Law System, especially for the reason of the reputation of the previous issues, gives rise to disregarding the vast theoretical output related to this category of contracts. Instead of using the output – it is rejected as useless. According to the author of this publication, negating an independent category of mixed contracts was a result of taking within the last forty years false assumptions based on the premises of correctness of logical division without paying more attention to the doctrine analysis. Therefore, in the dissertation there are presented the opinions of both the most prominent Polish civil law scholars supporting the maintenance of the independent category of mixed contracts and the scholars with enormous scientific output, opposing this independence. No one doubts the fact that mixed contracts do not manifest full constructive novelty, which constitutes a distinctive feature of innominate contracts. Mixed contracts are more or less a coherent blend of the previously appearing contract elements. The point is this blend should be so coherent (as opposed to nexus of contracts) that it could justify the existence of a separate, independent contract. For a contract to be considered innominate its provisions must contain new original elements which do not appear in any type of nominate contracts. However, what is conditional of considering a contract

to be a mixed contract is a combination of content elements of nominate and innominate contracts. These issues were discussed in detail in this dissertation.

Apart from that, mixed contracts constitute only a part of the whole system of untypical contracts. Attributing one name of innominate contracts to the whole system of untypical contracts does not bring us any nearer to the development of methods of determining their legal regime. The issue raised in the dissertation aims at outlining the extensive theoretical output connected with this category of contracts as well as indicating how it can be used when classifying such contracts and when the parties have not given the contract suitable features which will allow to classify it as a nominate contract of a certain type and when and on the basis of which features, one can classify it as either mixed or innominate contract with different consequences of that.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3(185) 2010
Warszawa 2010

Katarzyna Wencel ■

OWOC ZATRUTEGO DRZEWA? *SITUATION TESTING* JAKO DOWÓD W SPRAWACH O DYSKRYMINACJĘ*

1. Wstęp

Techniki eksperymentalne, w tym testy dyskryminacyjne, mające na celu wykazanie zachowań dyskryminacyjnych, zaczęto stosować w latach 60. i 70. w Stanach Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii, początkowo głównie w obszarze wynajmu mieszkań oraz zatrudnienia¹. Testy przeprowadzane były przez instytucje publiczne, pracowników naukowych i aktywistów. Zaawansowane badania w przedmiocie testów dyskryminacji ze względu na rasę i pochodzenie etniczne prowadziła także w latach 90. Międzynarodowa Organizacja Pracy². Z biegiem czasu na kontynencie europejskim badacze oraz prawnicy zaczęli akceptować i stosować metodę *situation testing*³. Wykorzystywano je także w pracy organizacji

¹ Więcej na ten temat patrz w: M. Koss-Goryszewska, *Testy dyskryminacyjne. Charakterystyka techniki i zastosowanie w wybranych krajach*, [w:] W. Klaus (red.), *Sąsiedzi czy intruzy? O dyskryminacji cudzoziemców w Polsce*, Warszawa 2010, str. 301.

² Metodologia badań opracowana przez F. Bovenkerk, *A manual for international comparative research on discrimination on the ground of „race” and ethnic origin*, Międzynarodowa Organizacja Pracy, Genewa 1992.

³ Należy zwrócić uwagę, że terminu „*situation testing*” nie można tłumaczyć na język polski jako „testy sytuacyjne”, bowiem ma on przypisane inne znaczenie. Testami sytuacyjnymi w polskiej nauce nazywa się testy zadaniowe czy symulacje – zatem uproszczone sytuacje, w których trenowane lub sprawdzane są niejako „na sucho” różnego rodzaju umiejętności przede wszystkim zawodowe, w tym np. zachowania się w określonych sytuacjach.

pozarządowych, instytucji państwowych i sądów⁴. Jednak pomimo wielu lat doświadczenia w państwach anglosaskich i szeregu pogłębionych badań naukowych, dopuszczalność stosowania tego typu dowodów w postępowaniu sądowym wciąż wzbudza wątpliwości, a nawet kontrowersje.

W Polsce metoda ta jest praktycznie nieznana i niewykorzystywana. Wydaje się, że poza wąskim gronem specjalistów, zajmujących się prawem antydyskryminacyjnym, ani sądy, ani instytucje państwowe (także te powołane do przeciwdziałania dyskryminacji) o testach dyskryminacyjnych nigdy nie słyszały i nie wykazują zainteresowania tematem. Warto zatem przyrzeć się, jak inne kraje Unii Europejskiej uregulowały w swoich systemach prawnych możliwość wykorzystania wyników testów dyskryminacyjnych jako dowodów w procesie sądowym, aby następnie przeanalizować pod tym kątem polskie przepisy prawne.

2. Doświadczenia innych krajów w korzystaniu z wyników testów dyskryminacyjnych w sprawach o dyskryminację

Przede wszystkim należy odróżnić testy eksperymentalne stosowane do celów naukowych od przeprowadzanych na potrzeby konkretnej sprawy w postępowaniu sądowym. W przypadku testów naukowych uzyskane wyniki niekoniecznie muszą służyć udowodnieniu dyskryminacji w jednostkowej, konkretnej sprawie zawisłej przed sądem. Co nie znaczy, że nie mogą popierać twierdzeń powoda, uprawdopodobniając fakt dyskryminacji, której doświadczył. Przy zastosowaniu odpowiedniej metodologii badań i przeprowadzeniu ich na reprezentatywnej próbie, można je z powodzeniem wykorzystywać jako dane statystyczne, ukazujące, że w określonym sektorze obserwuje się dyskryminację pewnych grup mniejszościowych. W odniesieniu do testów dyskryminacyjnych przeprowadzanych na potrzeby procesu sądowego (ale także postępowania administracyjnego), sytuacja wygląda nieco inaczej – nie jest wcale oczywiste, czy możliwe jest wykorzystanie rezultatów takiego testu jako dowodu w sprawie, który miałby na celu uprawdopodobnienie faktu dyskryminacji.

Na obszarze Unii Europejskiej testy dyskryminacyjne w jednych krajach są z powodzeniem stosowane, a w innych stanowią swego rodzaju *terra incognita*. Największe doświadczenie w tym zakresie ma Wielka Brytania, ale testy przeprowadzane są (lub były) także w Belgii, Bułgarii, Czechach, Danii, Finlandii, Francji, Holandii, Słowacji, Szwecji, a także na Węgrzech i Łotwie⁵. W pozosta-

⁴ I. Rorive, *Situation tests in Europe: Myths and realities*, "European Anti-Discrimination Law Review" 2006, nr 3, str. 33.

⁵ I. Rorive, *Proving Discrimination Cases – The Role of Situation Testing*, "European Anti-Discrimination Law Review" 2009, nr 8, str. 56.

łych państwach członkowskich metoda ta jest zupełnie nieznana albo też stosuje się ją, jednak brakuje badań lub orzecznictwa, które opisywałyby wykorzystywanie wyników testów do celów dowodowych. Stosowanie *situation testing* wprost przewidują przepisy tylko kilku państw, na przykład Francji, Węgier i Belgii. W ustawodawstwach innych krajów, co prawda, przepisy nie regulują bezpośrednio tej kwestii, jednak dowody z testów dopuszcza się na podstawie ogólnych zasad dowodzenia. Taka sytuacja ma miejsce na przykład w Szwecji.

2.1. Wtyczki, informatorzy i szpiegdy

W niektórych krajach europejskich pomysł stosowania testów jako środków dowodowych w sprawach o dyskryminację nie dość, że początkowo nie znalazł uznania, to wręcz spotkał się z ogromną niechęcią i krytyką. Na przykład w Belgii kwestia ta została upolityczniona – ugrupowania prawicowe ostro krytykowały wykorzystywanie tej techniki, a ówczesny premier nazywał testujących „wtyczkami i informatorami”, mówiąc, że *nie wysyła się do mężczyzny nagiej kobiety, chcąc sprawdzić, czy jest cudzołóżnikiem*⁶.

Przy okazji transpozycji dyrektyw równościowych⁷ w tym kraju okazało się, że testy dyskryminacji są niezwykle kontrowersyjną kwestią. Obowiązująca wcześniej federalna ustawa antydyskryminacyjna (*Federal Anti-Discrimination Act*) z 25 lutego 2003 r. przewidywała możliwość powoływania się na dowody, takie jak dane statystyczne czy sytuacje testowe. Projekt aktu wykonawczego do ustawy wskazywał, jakie konkretnie wymogi musiałyby zostać spełnione, aby wyniki testów dyskryminacyjnych mogły zostać dopuszczone w postępowaniu sądowym. Jednak właśnie na skutek burzliwej debaty politycznej i ostrych słów płynących ze strony rządzących (partią koalicyjną w rządzie była wówczas VLD – flamandzka partia prawicowa), którzy jawnie wyrażali swój sprzeciw wobec „organizowania zespołu szpiegów, wysyłania wtyczek, mających infiltrować firmy, tworzenia gorących linii informacyjnych i przyzwalania na Big Brothera”, konsultacje nad rozporządzeniem zakończyły się niepowodzeniem.

To pokazało, jak trudne jest osiągnięcie dwóch, zdawałoby się sprzecznych, celów. Z jednej strony bowiem stosowanie testów dyskryminacyjnych powinno być prawnie uregulowane, z dopracowaną przez fachowców metodologią badań, co pozwoliłoby uniknąć nadużyć i nieodpowiedniego ich wykorzystywania. Poza tym wyraźne wprowadzenie tej instytucji do przepisów prawnych zachęcałoby

⁶ Ibidem, str. 57.

⁷ Dyrektywa Rady nr 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r., wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne oraz dyrektywa Rady nr 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r., ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy.

sędziów do stosowania odwróconego ciężaru dowodu, właśnie w oparciu o testy. Z drugiej jednak strony, aby metoda ta okazała się funkcjonalna, musi być stosowana w elastyczny sposób.

W Belgii termin *situation testing* stał się tak problematyczny, że w końcu został usunięty z ustawy przy okazji jej nowelizacji z 2007 r., zmieniającej dotychczasową ustawę z 2003 r. Zastąpiono go dwoma pojęciami: testu powtarzalności (*recurrence tests*) i testu podobieństwa (*comparability tests*) i w obecnym brzmieniu ustawa podaje jako przykład badanych sytuacji okoliczności dające przypuszczenie, że doszło do dyskryminacji bezpośredniej. Są to na przykład czynniki ujawniające pewną powtarzalność nierównego traktowania, m.in. powtarzające się indywidualne skargi do organu równościowego czy czynniki pokazujące, że sytuacja domniemanej ofiary jest podobna do sytuacji osoby, która nie posiada cech ofiary⁸. Zatem prawo obowiązujące obecnie w Belgii o tyle legitymizuje stosowanie testów (jako metody odwrócenia ciężaru dowodu), o ile są one przeprowadzane zgodnie z odpowiednią metodologią i nie sprowadzają się wyłącznie do prowokacji.

Co ważne jednak, niezależnie od tego, jak sama technika została nazwana przez ustawodawcę belgijskiego, w praktyce sądy akceptują wyniki testów jako dowody w sprawach o dyskryminację. Pierwszą taką sprawą, rozpatrywaną jeszcze przed wejściem w życie ustaw równościowych, była sprawa rozstrzygana przez Sąd Apelacyjny w Liège w 1998 r. Dotyczyła ona osoby niepochodzącej z Europy, której odmówiono obsługi w jednym z barów. Osoba ta wróciła tam następnego dnia ze znajomym, także o nieeuropejskim pochodzeniu i wyglądzie, który później w sądzie potwierdził, że menadżer odmówił przyjęcia od nich zamówienia, podczas gdy obsługiwał innych klientów pochodzących z Europy. Na tej podstawie menadżer baru został uznany winnym dyskryminacji⁹. W innej sprawie brukselski sąd I instancji zastosował instytucję odwróconego ciężaru dowodu, właśnie na podstawie wyników testów dyskryminacyjnych¹⁰. W tym przypadku dwoje ludzi o obcym pochodzeniu etnicznym zgłosiło się do agencji wynajmu lokali, chcąc zasięgnąć informacji na temat jednego z apartamentów. Agencja zażądała potwierdzenia, że osoby te otrzymują wynagrodzenie w wysokości co najmniej trzykrotności miesięcznego czynszu za wynajem, co jest częstą praktyką w Belgii. Spotkanie mające na celu obejrzenie mieszkania było umówione na następny dzień, jednak jeszcze tego samego dnia agencja poinformowała, że lokal został już wynajęty. Z uwagi na to, że mieszkanie było wciąż w ofercie agencji, para poprosiła znajomego, aby zadzwonił do niej i zapytał, czy ogłoszenie jest nadal aktualne. Kiedy ten powiedział agentowi, że pyta o mieszkanie w imieniu

⁸ Ibidem, str. 58.

⁹ Sąd Apelacyjny Liège, wyrok z 11 marca 1998 r., www.diversite.be.

¹⁰ Sąd Brukseli I instancji, wyrok z dnia 3 czerwca 2005 r., www.diversite.be.

belgijskich znajomych, okazało się, że oferta jest aktualna i agent zaproponował spotkanie. Gdy zobaczył parę cudzoziemców, zaczął się wykręcać i tłumaczyć, że w zasadzie właściciel wolał starszych lokatorów, którzy nie będą zakłócać spokoju w domu, gdzie sam również mieszkał. Po skonfrontowaniu tych faktów sędzia uznał, że zeznania powodów i ich znajomego były wystarczające, aby uprawdopodobnić nierówne traktowanie ze względu na ich obce pochodzenie. Pozwani nie potrafili obalić tego domniemania i zostali uznani winnymi dyskryminacji¹¹.

2.2. Uczciwość w procesie dowodzenia

Odmienne od belgijskiego rozwiązanie przyjęto we Francji, gdzie w latach 90. jedna z organizacji pozarządowych SOS Rasizm przeprowadziła serię testów w klubach nocnych. Od tego czasu coraz częściej zaczęto stosować tę metodę. Sąd Kasacyjny uzasadnił możliwość wykorzystania takiego dowodu z uwagi na „wolność dowodową” (*freedom of evidence*) w sprawach karnych. Następnie francuski Sąd Kasacyjny uznał dopuszczalność wyników testów dyskryminacji jako dowodów w trzech sprawach z 2000, 2002 i 2005 r. Dwie z nich dotyczyły klubów nocnych, do których nie wpuszczano osób o obcym pochodzeniu etnicznym, a jedna odmowy przez agenta nieruchomości wynajmu mieszkań osobom nie będącym Francuzami. Po zamieszkach, jakie miały miejsce we Francji jesienią 2005 r., stosowanie testów jako dowodów w sprawach o dyskryminację zostało oficjalnie uznane, a ustawą z dnia 31 marca 2006 r. o równym traktowaniu wprowadzono odpowiednie zmiany w prawie karnym, o czym mowa będzie dalej. W tym samym roku wyposażono również w kompetencje do przeprowadzania testów francuski organ równościowy – HALDE (*Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l’Egalité*), jednak jak pokazuje praktyka, korzysta on z tej możliwości głównie do przeprowadzania testów do celów badawczych i naukowych¹². Należy jedynie ubolewać, że pomimo wyposażenia urzędników HALDE w szerokie kompetencje przeprowadzania testów „w terenie” w celu udowodnienia dyskryminacji, której doznał skarżący, organ ten praktycznie nie korzysta z tej możliwości w indywidualnych sprawach.

We Francji impulsem do wprowadzenia przepisów antydyskryminacyjnych, podobnie jak w wielu innych państwach Unii, była konieczność dostosowania prawa krajowego do wymogów dyrektyw równościowych. Ustawą o równym traktowaniu z dnia 16 listopada 2001 r. uzupełniono istniejące regulacje, tj. Kodeks pracy i Kodeks karny. I tak w art. 225–1 Kodeks karny penalizuje przestępstwo

¹¹ Więcej na temat *situation testing* w Belgii można przeczytać w: V. van der Plancke, *Les tribulations du testing en Belgique; quels enseignements?*, „Horizons stratégiques” 2007, nr 5, http://www.strategie.gouv.fr/revue/article.php3?id_article=524.

¹² I. Rorive, *Proving ...*, str. 62–66.

dyskryminacji i wymienia przesłanki, z powodu których można doznać nierównego traktowania (m.in. ze względu na pochodzenie, wygląd fizyczny, rzeczywistość lub domniemaną przynależność do określonej grupy etnicznej, nacji, rasy lub religii). Przepis art. 225–2 k.k. stanowi, że każdy, kto dopuszcza się dyskryminacji osoby fizycznej lub prawnej, podlega karze pozbawienia wolności do lat dwóch i karze grzywny w wysokości 45 tys. euro, w przypadku np. odmowy zatrudnienia czy świadczenia określonych dóbr i usług¹³.

Wyżej wspomniana ustawa o równym traktowaniu wprowadziła do Kodeksu karnego możliwość stosowania i wykorzystywania wyników testów jako dowodów w sprawach karnych. Zgodnie z art. 225–3–1 k.k. „przestępstwem dyskryminacji jest także czyn popełniony przeciwko jednej lub więcej osób, które ubiegają się o dostęp do dóbr, usług, umów, o których mowa w art. 225–2, w celu udowodnienia istnienia dyskryminującego zachowania na tyle, na ile przedstawiony został dowód takiego zachowania”. Innymi słowy, bez znaczenia jest fakt, że osoba doznająca dyskryminacji w danej sytuacji znalazła się z własnej woli, wręcz prowokacyjnie i w celu udowodnienia istnienia takiego zachowania. Jeśli miał miejsce niedozwolony czyn, uznany on zostanie za przestępstwo, niezależnie od intencji ofiary¹⁴.

W celu dokładnego wyjaśnienia różnic między testami jako źródłem dowodu dla sądu a testami przeprowadzanymi na potrzeby nauki oraz właściwego przeprowadzania dowodów z wykorzystaniem testów dyskryminacyjnych, wydano specjalny okólnik¹⁵, który z kolei został rozesłany przez Ministerstwo Sprawiedliwości do wszystkich prokuratur i sądów. Zgodnie z zawartymi tam wytycznymi, jeżeli testujący daną sytuację, np. w zatrudnieniu, jest osobą zupełnie fikcyjną, podaje fałszywe informacje co do swojej tożsamości czy swojego statusu, przestępstwo nie zostaje popełnione, bowiem odmowa zatrudnienia dotyczyła osoby nieistniejącej albo która w praktyce nie stała się ofiarą dyskryminacji. Oznacza to, że co najmniej jedna osoba z „pary” przeprowadzającej test powinna być prawdziwa i nie może podawać fałszywych danych o sobie, podczas gdy druga osoba (*personne de référence*) może zostać „stworzona” na potrzeby danej sprawy (ale w stosunku do niej nie zostanie popełnione przestępstwo)¹⁶.

¹³ E. Cediey, F. Foroni, *Discrimination in access to employment on grounds of foreign origin in France. A national survey of discrimination based on the testing methodology of the International Labour Office*, “International Migration Papers” nr 85E, International Labour Organisation, Genewa 2008, str. 13–14, <http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/imp/imp85e.pdf>.

¹⁴ Ibidem, str. 15.

¹⁵ Okólnik z dnia 26 czerwca 2006 r., B.O. du Ministère de la Justice, nr 102, <http://www.halde.fr/IMG/pdf/1665-2.pdf>.

¹⁶ G. Calvès, *Au service de la connaissance et du droit: le “testing”*, „Horizons stratégiques” 2007, nr 5, str. 3, http://www.strategie.gouv.fr/revue/IMG/pdf/article_Calves.pdf.

Jak słusznie zauważa Gwénaële Calvès, francuska specjalistka od testów dyskryminacyjnych, i co warto jeszcze raz podkreślić, istnieje znacząca różnica między wykorzystaniem testów w celach badawczych i postępowaniu sądowym. Z co najmniej kilku powodów możliwości przeprowadzenia testów i wykorzystania ich wyników różnią się na płaszczyźnie naukowej (socjologicznej) i prawnej. Po pierwsze, w przypadku badań naukowych obie osoby z pary testującej są (lub mogą być) fikcyjne, co nie może mieć miejsca w przypadku testów wykorzystywanych jako dowody. Postępowanie sądowe w sprawach karnych wyklucza możliwość opierania się na testach, w których brały udział osoby fikcyjne, stworzone na potrzeby danej sytuacji, np. rozmowy o pracę (aktorzy, wolontariusze podający się za kogoś innego, prezentujący fikcyjne CV). Z punktu widzenia prawa karnego nie można zatem prowadzić postępowania przeciwko osobie, która dopuściła się dyskryminacji osoby fikcyjnej. Po drugie, testy-badania naukowe mają na celu zbadanie jak największej liczby sytuacji, w których doszło do dyskryminacji, aby otrzymać interesujące dane statystyczne. W postępowaniu sądowym celem jest ustalenie, czy doszło do zachowania dyskryminującego, czynu popełnionego przez konkretnie wskazaną osobę¹⁷. Po trzecie, procedura „zatwierdzania” wyników testów wygląda inaczej w przypadku testów naukowych (ocenia się m.in. metodologię badań, ankietę i reprezentatywność grupy) niż w przypadku testów sądowych. Jeśli chodzi o te ostatnie, ramy wyznacza art. 427 Kodeksu postępowania karnego, który niejako narzuca konieczność „ważenia” między przekonaniem sędziego co do prezentowanego dowodu a wolnością dowodową obowiązującą w prawie karnym. Działania te mają na celu potwierdzenie ustaleń poczynionych w trakcie testu dyskryminacyjnego poprzez poszukiwanie elementów bardziej subiektywnych, które pozwoliłyby się upewnić co do istnienia u oskarżonego intencji dyskryminacji.

Dobrym przykładem tego zagadnienia może być wspomniana wyżej sprawa z 2002 r., która trafiła przed Sąd Apelacyjny. Dotyczyła ona tzw. selekcji na bramkach odbywającej się przy wejściu do wielu francuskich klubów – nie wpuszczano tam osób o innym pochodzeniu etnicznym. Przeprowadzono serię testów, które wykazały nierówne traktowanie tych osób. Zdaniem sądu jednak metodologia testów z zasady była nieobiektywna i nietransparentna. Sąd stwierdził, że została ona zastosowana przez „stronniczą organizację pozarządową [SOS Racisme]” i „(...) przemawia wyłącznie do jej członków, dobrze poinformowanych, że celem operacji jest wykazanie segregacji przy wejściach do klubów nocnych”. Ponadto sąd miał zastrzeżenia, że w badaniu nie uczestniczył urzędnik sądu, że nie zapewniono przejrzystości, naruszono prawa pozwanych oraz że „zabrakło

¹⁷ Ibidem.

uczciwości, bezstronności, co jest niezwykle istotne w procesie dowodzenia w postępowaniu karnym”. Sąd Kasacyjny nie podzielił tego rozumowania i odwołał się do zasady wolności dowodowej, przypominając, że udowodnienie przestępstwa może odbywać się wszelkimi sposobami dostępnymi w postępowaniu karnym i nie istnieje przepis pozwalający sędziom odrzucić dowód przedstawiony przez stronę tylko dlatego, że został zdobyty nielegalnie lub w nieuczciwy sposób¹⁸. Należy pamiętać, że sprawa ta trafiła na wokandę jeszcze przed zmianą Kodeksu karnego w 2006 r. Wprowadzenie wyraźnej dyspozycji w kwestii testów dyskryminacyjnych w Kodeksie karnym i zaopatrzenie sędziów w wytyczne niewątpliwie przyczyniło się do wyjaśnienia sytuacji.

Na koniec warto dodać, że w przeprowadzonym przez HALDE sondażu, którego celem było poznanie stanowiska francuskiej opinii publicznej, na pytanie, czy testy dyskryminacyjne mogą być skuteczną metodą walki z dyskryminacją, prawie 74% respondentów odpowiedziało twierdząco¹⁹.

2.3. Prowokacja a wolność dowodowa

Krajem, w którym bardzo długo nie uznawano wyników testów jako dowodów w sprawach o dyskryminację, jest Szwecja. Testy były tam traktowane jako prowokacja w sprawach karnych, jednak orzecznictwo jest w tej materii wyjątkowo skromne. Paradoksalnie wątpliwości co do możliwości korzystania z testów dyskryminacyjnych brały się stąd, że w Szwecji przyjęto system opierający się na tzw. wolnym dowodzie. Sąd szwedzki może skorzystać z dowodu mającego znaczenie w danej sprawie, niezależnie od tego, w jaki sposób został on zdobyty. W konsekwencji, mimo że policja i inne instytucje w Szwecji teoretycznie nie mają prawa do korzystania z prowokacji w stosowaniu prawa karnego, dowody zdobyte w ten sposób mogą być zaakceptowane przez sądy. Ma miejsce zatem sytuacja, w której przestępcza prowokacja jest zakazana, jednak wykorzystanie dowodów z niej pochodzących jest dopuszczalne.

W sprawie testów dyskryminacji wypowiedział się m.in. szwedzki Rzecznik ds. Dyskryminacji Rasowej, który zwrócił uwagę, że nie jest jasne, jak obowiązujące zasady i doktryna w kwestii wykorzystywania dowodów z prowokacji mają się do przeprowadzanych przez inne państwowe instytucje testów dyskryminacyjnych (*notabene* także samego Rzecznika, jednak w dziedzinach innych niż prawo karne). Mimo że nie zostało to dookreślone, sądy zaakceptowały jako dowody wyniki testów, przeprowadzanych zarówno przez indywidualne osoby, jak i grupowo. Było to wyraźne przyzwoleństwo dla organizacji pozarządowych do

¹⁸ I. Rorive, *Proving...*, str. 63–64.

¹⁹ www.halde.fr.

korzystania z tego narzędzia, co nie oznacza, że nie napotykały one na trudności w dowodzeniu dyskryminacji. Jednakże jeśli testy dyskryminacyjne były dobrze zaplanowane i rzetelnie przeprowadzone, ich wyniki miały znaczną wartość dowodową w sądzie. Poza tym przyczyniły się one do udowodnienia dyskryminacji w sprawach, w których wydawało się to prawie niemożliwe. Warto także pamiętać, że testy mogą spełniać ważną rolę edukacyjną w społeczeństwie – szczególnie tam, gdzie zazwyczaj zaprzeczają się istnieniu dyskryminacji²⁰.

W Szwecji bodajże najbardziej znaną sprawą, która trafiła przed sąd i w której doszło do zastosowania technik eksperymentalnych, jest „kazus studentów prawa”²¹, gdy grupa studentów przeprowadziła badanie testowe w kilku restauracjach i klubach nocnych. Cztery osoby doznały dyskryminacji (nie pozwolono im wejść do lokalu ze względu na ich pochodzenie etniczne – inny wygląd) i wystąpiły na drogę sądową. Zarówno sąd I instancji, jak i sąd odwoławczy uznały, iż nawet jeśli celem wizyt w lokalach było testowanie zachowań dyskryminacyjnych, osoby te stały się ofiarami nierównego traktowania. Na podstawie regulacji prawa cywilnego Sąd Apelacyjny przyznał każdemu z czterech studentów odszkodowanie w wysokości ok. 1500 euro. Sąd Najwyższy zmniejszył jednak kwotę odszkodowania uznając, iż, co prawda, osoby stały się ofiarami dyskryminacji, to jednak ich celem i wolą nie było tak naprawdę dostanie się do lokalu, ale sprawdzenie pewnej sytuacji oraz testowanie określonego zachowania. Dlatego też okoliczności te wpłynęły na niższy wymiar odszkodowania. Jak widać, mimo że szwedzkie przepisy wprost nie dają możliwości przeprowadzania dowodu z testu dyskryminacyjnego, to jednak sądy je dopuszczają, i w sprawach, w których udowodniona zostaje dyskryminacja, zasądzają odszkodowanie nawet tym osobom, które zostały zdyskryminowane niejako „na życzenie”.

2.4. Opłacani przez powoda agenci

Kwestia stosowania testów do celów dowodowych była przez długi czas dyskutowana także i na Węgrzech. Tak naprawdę zaakceptowanie tego narzędzia nastąpiło dzięki prężnie działającej organizacji pozarządowej – NEKI (*Legal Defence Bureau for National and Ethnic Minorities*). Jeden z jej członków, przebywając w Stanach Zjednoczonych, obserwował, jak w praktyce wygląda „testowanie” w sektorze wynajmu i sprzedaży nieruchomości. Na podstawie jego doświadczeń organizacja zaczęła przeprowadzać testy w ten sposób, że otrzymując skargę na nierówne traktowanie czy to w dostępie do usług, czy w zatrudnieniu, wysyłała

²⁰ P. Lappalainen, NGOs, *situation testing in Sweden and the courts*, w: *Proving Discrimination Cases – The Role of Situation Testing*, red. I. Rorive, „European Anti-Discrimination Law Review” 2009, nr 8, str. 80–81.

²¹ Ibidem, str. 81–84.

odpowiednio przeszkolonego „testera” w miejsce domniemanej dyskryminacji, który podawał się za klienta i z ukrycia rejestrował zajście. Na podstawie uzyskanych wyników i oceny całej sytuacji prawnicy organizacji podejmowali decyzję, czy i jakie w danej sprawie podjąć kroki prawne. Jeśli rezultaty testu potwierdzały zeznania osoby, która doświadczyła dyskryminacji, były dołączane jako dowód w postępowaniu w sprawie. Niestety, sądy nie uznawały ich jako dowodów, gdyż nie dotyczyły one bezpośrednio powoda. NEKI zmieniło zatem strategię i zamiast wysyłać samego testującego, wysyłało wraz z nim osobę, która skarżyła się na dyskryminację w miejscu, w którym jej doświadczyła. Jeżeli osoba ta była gorzej traktowana niż testujący, taka okoliczność mogła już być uznana za dowód bezpośrednio dotyczący skarżącego.

Jednak testy wciąż budziły kontrowersje. Część sędziów otwarcie mówiła o testujących jako opłacanych przez powoda agentach, którzy nie są obiektywni i w związku z tym niewiarygodni. Pomimo tego w coraz większej liczbie spraw testy były akceptowane jako dowody²². Brakuje wyroków, które szczegółowo odnosiłyby się do prawnej możliwości dopuszczania tego typu dowodów w postępowaniu. Jednak pośrednio w tej kwestii wypowiedział się Sąd Najwyższy, uznając zeznania świadków – osób testujących – za dowody w sprawie z 2002 r. o dyskryminację dwóch Romów, kiedy odmówiono wpuszczenia do dyskoteki osób o innym pochodzeniu etnicznym²³.

W 2004 r. przyjęte zostało rządowe rozporządzenie uznające prawo węgierskiego organu równościowego do przeprowadzania testów i prezentowania ich wyników w sądach. W rozporządzeniu można znaleźć m.in. definicję testu dyskryminacyjnego. Metodologię jego przeprowadzenia zawiera art. 13 ust. 1 tego aktu, mówiący, że „w związku z zachowaniem, środkiem, wymogiem, zaniedbaniem, wskazówką lub praktyką podmiotu domniemanej dyskryminacji, organ ds. równego traktowania stawia w identycznej sytuacji dwie osoby, które różni jedynie określona cecha lub status [...], ale które są podobne z punktu widzenia innych cech, i bada czynność domniemanej dyskryminacji w odniesieniu do tych osób, mając na uwadze zasadę równego traktowania”²⁴. Zgodnie z kolejnym ustępem tego artykułu „wyniki testów mogą być użyte jako dowód w postępowaniach wszczętych z powodu naruszenia zasady równego traktowania”²⁵.

²² I. Rorive, *Proving...*, str. 66–67.

²³ A. Kádár, *Report on measures to combat discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country report 2008 Hungary*, European network of legal experts in the non-discrimination field, str. 31, <http://www.non-discrimination.net/content/media/2008-HU-Country%20Report%20final.pdf>.

²⁴ A. Kádár, *Report on measures...*, str. 29–30.

²⁵ Ibidem.

Ponadto węgierskie prawo zezwala na dołączenie do akt sprawy raportu z testów dyskryminacyjnych jako dowodu oraz na stosowanie testów w celu zdobycia dowodów, przyznając osobom testującym prawo występowania w roli powodów lub świadków. Zgodnie z art. 164(1) węgierskiego Kodeksu postępowania cywilnego fakty potrzebne do rozstrzygnięcia sprawy co do zasady muszą być udowodnione przed sądem przez stronę zainteresowaną ich przyjęciem. Następnie kodeks stanowi, że sąd nie jest związany formalnymi zasadami dowodzenia w postępowaniu cywilnym i dysponuje swobodą oceny dowodów – może dopuścić „wszelkie inne dowody pozwalające na ustalenie faktów sprawy”. Zgodnie z tą regułą sądy nie są niczym ograniczone w dopuszczaniu dowodów w rozpatrywanej sprawie i mogą uznać za dowód zarówno zeznania świadków, jak i dokumenty – są one dowodem pod warunkiem, że „wyrażają myśli istoty ludzkiej”. Ponadto prawo zezwala na wszczęcie postępowania w swoim imieniu, ale również w imieniu i na rzecz innych osób, choć za ich zgodą²⁶.

Testy dyskryminacyjne na Węgrzech mogą być stosowane w przypadku podejrzenia dyskryminacji z powodu wszystkich cech chronionych prawem, we wszystkich wskazanych w przepisach obszarach. Co niezwykle ważne, węgierskie sądy nie są już niechętne dopuszczaniu tego typu dowodów w postępowaniach w sprawach o dyskryminację, ale pod warunkiem, że w danej sytuacji uczestniczyli sami testujący. Innymi słowy, wynik testów jako dowód ogólnej tendencji dyskryminacji, przedstawiony w celu poparcia indywidualnej sprawy, nie zostanie przyjęty, jeżeli testujący nie byli bezpośrednimi świadkami skarżonego zachowania²⁷. Warto dodać, że testy dyskryminacyjne są przeprowadzane na Węgrzech przez organizacje pozarządowe, organ równościowy, a także przez wyspecjalizowaną instytucję powołaną do ochrony praw konsumentów²⁸.

3. Polskie prawo a testy dyskryminacyjne jako dowód w sprawach o dyskryminację

Polska jest przykładem państwa, w którym techniki eksperymentalne do badania dyskryminacji, nie dość, że nie są stosowane, to wydają się nieznanne zarówno powołanym do przeciwdziałania dyskryminacji instytucjom państwowym, jak również działającym w tym obszarze organizacjom pozarządowym²⁹. Sprawy

²⁶ F. Alemu, *Testing to prove racial discrimination: methodology and application in Hungary*, lipiec 2004, <http://www.errc.org/cikk.php?cikk=1016>.

²⁷ A. Kádár, *Report on measures...*, str. 30–31.

²⁸ Ibidem, str. 32.

²⁹ Po raz pierwszy metoda ta została zastosowana w Polsce w 2010 r. przez Instytut Spraw Publicznych do zbadania dyskryminacji obcokrajowców w dostępie do zatrudnienia, więcej na ten temat patrz w: *Sąsiedzi czy intruzy...*, str. 301–360.

nie ułatwia fakt, że przepisy prawne milczą na ten temat, poza tym widać wyraźny brak woli politycznej do zwrócenia uwagi na kwestie dowodowe w sprawach dyskryminacyjnych³⁰. Ponadto do takiego stanu rzeczy przyczyniał się do niedawna brak ustawy o równym traktowaniu³¹, która regulowałaby kwestie dyskryminacji w obszarach innych niż zatrudnienie, brak pogłębionych badań na temat możliwości stosowania testów oraz ignorancja kolejnych rządów w kwestii polityki antydyskryminacyjnej. Poza paroma dziennikarskimi prowokacjami i próbami podjętymi przez Helsińską Fundację Praw Człowieka (choć nie *stricte* w sprawach o dyskryminację) oraz przez kilka prywatnych osób (które w konsekwencji nie chciały ujawnić w sądzie, że pośrednio korzystały z tej metody), testy dyskryminacyjne w pełnym tego słowa znaczeniu nigdy nie były stosowane³². Nie ma zatem orzecznictwa, dającego jakiekolwiek wskazówki, jak należy traktować dowody pochodzące z ich zastosowania. Pojawia się jednak pytanie, czy gdyby takie testy zostały przeprowadzone w konkretnej sprawie, to ich rezultaty mogłyby zostać wykorzystane jako dowód na uprawdopodobnienie lub potwierdzenie faktu zaistnienia dyskryminacji w postępowaniu sądowym lub administracyjnym.

3.1. Odwrócony ciężar dowodu

Jedną z najważniejszych gwarancji ochrony praw ofiar dyskryminacji, niezależną od sposobu wykazywania dyskryminujących zachowań (jakim jest test dyskryminacyjny), stanowi zasada odwróconego ciężaru dowodu, zgodnie z którą w przypadku domniemanej dyskryminacji to strona pozwana musi udowodnić, że nie naruszyła zasady równego traktowania. Oczywiście reguła ta nie oznacza, że osoba, która twierdzi, że stała się ofiarą dyskryminacji, zwolniona jest od

³⁰ W uzasadnieniu do projektu ustawy z dnia 23 lipca 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (wersja przesłana na posiedzenie stałego Komitetu Rady Ministrów) można przeczytać, że uwagi (zgłoszone przez Koalicję na Rzecz Równych Szans, której Stowarzyszenie Interwencji Prawnej jest członkiem) do projektu ustawy dotyczące możliwości wytaczania powództwa w przypadkach, w których ofiara nie jest zindywidualizowana, oraz wprowadzenia tzw. sytuacji testowych nie zostały uwzględnione, „ponieważ znacząco wykraczają poza zakres regulacji dyrektyw oraz wymagałyby wprowadzenia zmian do ustawy Kodeks postępowania cywilnego, co z kolei – o ile pozytywnie zostałyby zaopiniowane przez Komisję Kodyfikacyjną – wydłużyłoby uchwalenie ustawy na bliżej nieokreślony termin.”, http://bip.kprm.gov.pl/g2/2010_08/3057_fi-leot.pdf, str. 36.

³¹ Z dniem 1 stycznia 2011 r. w życie weszła ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, Dz. U. z 2010 r., Nr 254, poz. 1700.

³² Ł. Bojarski, *Report on measures to combat discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country Report 2008 Poland*, str. 26–27, <http://www.non-discrimination.net/content/media/2008-PL-Country%20Report%20final.pdf>.

podejmowania jakichkolwiek działań i prób jej uprawdopodobnienia. Na przykład dyrektywa rasowa 2000/43/WE³³ wyraźnie stanowi, że „osoba, która uważa się za pokrzywdzoną nieprzestrzeganiem wobec niej zasady równego traktowania, przedstawia przed sądem lub właściwym organem fakty, z których można domniemywać istnienie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji”. Zasada ta została wprowadzona do polskiego Kodeksu pracy – przepis art. 18^{3b} § 1 *in fine* wprowadza przerzucenie ciężaru dowodu na pracodawcę w razie postawienia uprawdopodobnionego zarzutu naruszenia nakazu równego traktowania i zakazu dyskryminacji. W takich przypadkach pracownik powinien wskazać fakty uprawdopodobniające zarzut, a to pracodawca musi udowodnić, że nie dopuścił się zarzucanych mu zachowań (przerzucenie ciężaru dowodu na pracodawcę)³⁴. Instytucja odwróconego ciężaru dowodu została także uwzględniona w przepisach nowo obowiązującej ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Zgodnie z art. 14 ust. 2 „Kto zarzuca naruszenie zasady równego traktowania, uprawdopodobnia fakt jej naruszenia” i ust. 3 „W przypadku uprawdopodobnienia naruszenia zasady równego traktowania ten, któremu zarzucono naruszenie tej zasady, jest obowiązany wykazać, że nie dopuścił się jej naruszenia”. Odnosząc powyższe fakty do instytucji procesowej w postaci testu dyskryminacyjnego, warto wyjaśnić, że w przypadku zastosowania zasady odwróconego ciężaru dowodu, dowód z testów dyskryminacyjnych będzie wykorzystywany na dalszym etapie procesowym, gdyż w pierwszym rzędzie to pozwany (np. pracodawca) ma wykazać, że nie naruszył zasady równego traktowania. Powód (pracownik), gdyby chciał podważyć dowody przedstawione przez pozwanego pracodawcę, może zgłosić wniosek dowodowy np. w postaci testu dyskryminacyjnego. Wydaje się bowiem, że stosowanie tego dowodu wyłącznie jako środka mającego uprawdopodobnić fakt dyskryminacji (przed właściwym postępowaniem dowodowym) jest niecelowe, jako sprzeczne z zasadą ekonomii procesowej (może się bowiem okazać, że pracodawca nie jest w stanie udowodnić swoich racji).

Art. 18^{3b} § 1 Kodeksu pracy oraz art. 14 ust. 2 i 3 tzw. ustawy równościowej wprowadza więc wyjątek od generalnej zasady rozkładu ciężaru dowodu w sporze cywilnoprawnym („odwraca” tę zasadę) – zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne. Oznacza to, że strona, chcąc udowodnić swoje twierdzenia, powinna przedstawić dowody na ich poparcie, zaś fakty nieudowodnione nie zostaną uwzględnione i nie będą wywoływać skutków prawnych z nimi związanych, co w konsekwencji

³³ Dyrektywa Rady Nr 2000/43/WE z 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne.

³⁴ W. Muszański, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2010, str. 53.

może prowadzić do przegrania sprawy³⁵. Dowodzenie twierdzeń nie stanowi jednak obowiązku strony, sąd nie może też nakazać przeprowadzenia określonego dowodu³⁶. Zasada ta nie stosuje się wyłącznie do postępowań w sprawach cywilnych, obowiązuje także w procesach np. z zakresu prawa pracy (oczywiście poza sprawami o dyskryminację), prawa ubezpieczeń oraz w postępowaniu przed sądem antymonopolowym³⁷.

Niejasności mogą się pojawić wobec braku ogólnego przepisu wprowadzającego zasadę odwróconego ciężaru dowodu we wszystkich sprawach dotyczących naruszenia zasady równego traktowania, bowiem ustawowy zakaz dyskryminacji nie ma zastosowania do wszystkich obszarów życia społecznego i został ograniczony do wybranych „powodów dyskryminacji” – cech prawnie chronionych. Czy w tej sytuacji, w przypadku skargi podlegającej rozstrzygnięciu na drodze cywilnej sąd będzie stosował ogólną zasadę z art. 6 k.c.? Czy polski sąd zastosuje ją mimo braku odpowiedniego przepisu implementującego przepis art. 8 ww. dyrektywy, zgodnie z którym „Państwa Członkowskie podejmują takie środki, które są niezbędne, zgodnie z ich krajowymi systemami prawnymi, w celu zapewnienia, że gdy osoba, która uważa się za pokrzywdzoną nieprzestrzeganiem wobec niej zasady równego traktowania i przedstawia przed sądem lub właściwym organem fakty, z których można domniemywać istnienie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji, to na stronie pozwanej ciąży udowodnienie, że zasada równego traktowania nie została naruszona”? Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyjątkowych sytuacjach przepisy dyrektywy mogą być bezpośrednio stosowane. Na przykład w sprawie *Comitato di Coordinamento per la Difesa Della Cava* przeciwko *Regione Lombardia* (sygn. C – 236/92) Trybunał wskazał, że „jeśli przepisy dyrektywy wydają się odnośnie ich treści bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne, jednostka może polegać na treści takich przepisów względem Państwa, gdy Państwo to nie wprowadziło takich przepisów do prawa wewnętrznego w terminie przewidzianym w dyrektywie lub też wprowadziło dyrektywę nieprawidłowo”. W innym orzeczeniu w sprawie Komisji Europejskiej przeciw Hiszpanii (sygn. C – 71/92) Trybunał zwrócił uwagę, że interpretacja prawa krajowego musi uwzględniać reguły zawarte w dyrektywach, a w przypadku braku precyzyjnego wdrożenia do ustawodawstwa krajowego „tam gdzie celem dyrektyw jest nadanie praw jednostce, jednostka ta może korzystać z pełni swoich praw i w razie potrzeby powoływać się na nie przed sądem krajowym”. Ponadto w przypadku, gdy norma dyrektywy jest sformułowana

³⁵ M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Kodeks cywilny, część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2009, str. 116–117.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem, str. 119.

wyrażnie i nie zależy od krajowych przepisów wykonawczych, wówczas wywiera skutek bezpośredni nawet wtedy, gdy nie została inkorporowana do prawa krajowego. Jednostka, opierając się na dyrektywie, może dochodzić swych praw przed sądami krajowymi (sprawa C – 103/88 *Fratelli Constanzo SpA* przeciwko *Comune Milano*). Zatem nic nie stoi na przeszkodzie, by wobec braku wdrożenia do polskich przepisów zasady odwróconego ciężaru dowodu w sprawach o dyskryminację w obszarach innych niż wymienione i z przyczyn innych niż wskazane, powołać się na ww. przepis dyrektywy, który wydaje się wystarczająco jasny i precyzyjny. Warto dodać, że również sam sąd rozstrzygający sprawę o dyskryminację może, a nawet powinien, zastosować zasadę odwróconego ciężaru dowodu, niezależnie od tego, czy wskazywała na taką możliwość strona skarżąca³⁸.

W przypadku spraw rozstrzyganych na drodze postępowania administracyjnego sytuacja wygląda zupełnie inaczej – zgodnie z art. 77 § 1 k.p.a. „Organ administracji publicznej jest obowiązany w sposób wyczerpujący zebrać i rozpatrzyć cały materiał dowodowy”. Nie znajduje tu zastosowania zasada odwróconego ciężaru dowodu. Postępowanie ma charakter inkwizycyjny i widać wyraźnie sformułowany obowiązek organu do rzetelnego przeprowadzenia postępowania dowodowego, co oznacza inicjowanie z urzędu i przeprowadzanie niezbędnych dowodów. Nie można mówić o jakimkolwiek rozkładzie ciężaru dowodu – „nie występują tu żadne elementy zasady kontradyktoryjności; to organ działając jak inkwizytor, ma obowiązek zgromadzić wszelkie dowody”³⁹. Oczywiście, strona na poparcie swoich twierdzeń może, a nawet powinna, wnosić dowody, jeśli mają one znaczenie dla sprawy. A w przypadku zarzutu dyskryminacji, organ będzie musiał wykazać, że nie dopuścił się naruszenia zasady równego traktowania.

Zatem w obowiązującym stanie prawnym można stosować zasadę odwróconego ciężaru dowodu nie tylko w oparciu o Kodeks pracy (jednak wciąż nie we wszystkich obszarach i w przypadku każdej przyczyny dyskryminacji). Co ważne, w niektórych sprawach, np. odmowy dostępu do usług osobie o innym

³⁸ Na przykład bułgarski Sąd Apelacyjny wobec niepełnej implementacji dyrektywy rasowej do ustawodawstwa krajowego w wyroku z dnia 18 stycznia 2008 r. powołał się na bułgarską konstytucję i regulacje międzynarodowe – Europejską Konwencję Praw Człowieka oraz Konwencję Narodów Zjednoczonych w sprawie przeciwdziałania wszelkim formom dyskryminacji rasowej i zastosował przewidzianą prawem unijnym instytucję odwróconego ciężaru dowodu, uznając, że stosowanie tej zasady jest jak najbardziej uzasadnione słabszą pozycją osoby doznającej dyskryminacji, a celem regulacji antydyskryminacyjnych jest przecież zapewnienie jednostce skutecznej ochrony. Sprawa dotyczyła dyskryminacji romskiej kobiety przez szpital w przedmiocie odmowy udzielania pomocy medycznej w nagłym przypadku – sąd orzekł, iż w sprawie tej doszło do dyskryminacji ze względu na rasę.

³⁹ Ibidem, str. 120–121.

pochodzeniu etnicznym, z uwagi na wprowadzenie zasady odwróconego ciężaru dowodu do ustawy równościowej, jej zastosowanie nie powinno już stanowić problemu i zbędne będzie powołanie się wyłącznie na przepisy dyrektyw i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Jednak z uwagi na krótki okres obowiązywania nowej ustawy, trudno obecnie przewidzieć, jak ta zasada będzie stosowana przez sądy w sprawach innych niż dotyczących zatrudnienia.

Do niedawna bez odpowiednich przepisów, dyskusyjne było w ogóle wytaczanie powództw o dyskryminację w obszarach innych niż zatrudnienie. Na jakiej podstawie moglibyśmy bowiem oprzeć powództwo? Nie wystarczy odwołanie się do konstytucji czy regulacji międzynarodowych, wątpliwe jest także bezpośrednie stosowanie przez sądy przepisów dyrektyw. Możliwe wydaje się wytoczenie powództwa z tytułu naruszenia swoich dóbr osobistych – godności – poprzez czyjeś dyskryminujące traktowanie. W tym przypadku jednak należy udowodnić naruszenie dobra osobistego, a pozwany winien wykazać bezprawność działania. Przy zastosowaniu zasady odwróconego ciężaru dowodu jest to jedynie uprawdopodobnienie naruszenia, a ze strony pozwanego obowiązek wykazania, że nie dopuścił się aktu dyskryminacji. Należy mieć zatem nadzieję, że wraz z nowymi przepisami do sądów zaczną trafiać więcej spraw o dyskryminację w obszarach innych niż zatrudnienie, a sądy nie będą miały problemów z interpretacją nie do końca jasnej ustawy równościowej.

3.2. Nadużycie prawa i prowokacja

Ewentualne problemy w wykorzystaniu wyników testów dyskryminacyjnych jako dowodu w sprawie może powodować przyjęty na gruncie prawa cywilnego, ale także prawa pracy, zakaz nadużycia prawa podmiotowego. Zgodnie z art. 8 Kodeksu pracy „Nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”. Przepis ten jest dokładnym powtórzeniem art. 5 Kodeksu cywilnego, dlatego w celu jego interpretacji można posiłkować się doktryną i dorobkiem orzecznictwa prawa cywilnego. Przepis ten zawiera w sobie klauzulę współżycia społecznego, która dotyczy naruszenia norm moralnych, obyczajowych i zwyczajowych, oraz wyznacza granice, w ramach których dopuszczalne jest korzystanie z praw podmiotowych. Przyjmując, że klauzula ta nie doznaje już w dzisiejszych czasach żadnych ograniczeń ideologicznych⁴⁰ i odwołuje się wyłącznie do „powszechnie uznanych w kulturze

⁴⁰ Kryterium to do roku 1990 r. miało silną konotację ideologiczną, gdyż odnosiło się do „Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej”, którą to formułę zachował Kodeks cywilny w pierwotnej wersji.

naszego społeczeństwa wartości, które są zarazem dziedzictwem i składnikiem kultury europejskiej”⁴¹, należy się zastanowić, co w kontekście stosowania testu dyskryminacyjnego oznacza pojęcie „zasad współżycia społecznego”. Zdaniem niektórych autorów są to „szczególne reguły postępowania w życiu społecznym” (Stefan Grzybowski), według innych „ogólnie uznane normy moralne, zawierające reguły postępowania w stosunkach między ludźmi” (Adam Szpunar)⁴². Czy w takim rozumieniu testy dyskryminacyjne, noszące cechy prowokacji, mającej na celu wykazanie dyskryminacji, można byłoby uznać za działanie niemoralne, naruszające ogólnie przyjęte zasady i wartości?

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego „klauzula generalna zawarta w art. 5 k.c. nie może być rozumiana jako pozostawienie sądowi orzekającemu dowolności w udzielaniu stronie powodowej ochrony prawnej lub odmowy takiej ochrony”⁴³. Wyraża ono dominujące w piśmiennictwie i orzecznictwie wąskie ujęcie konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego, co oznacza możliwość powoływania się na art. 5 k.c. tylko w przypadku *verba legis* „czynienia użytku ze swego prawa”⁴⁴. Wąska koncepcja nadużycia prawa wymaga, by za każdym razem ustalić istnienie uprawnienia (materialnoprawnego) po stronie osoby, której zachowanie jest przedmiotem oceny. Brak prawa podmiotowego eliminuje natomiast dopuszczalność oceny zachowania osoby w świetle art. 5 k.c.⁴⁵ Poza tym wskazuje się na ostrożność i umiar w stosowaniu tego przepisu, gdyż art. 5 k.c. nie jest normą nadrzędną w stosunku do innych norm obowiązującego prawa. Jeśli dana instytucja prawna, na tle której miałoby dojść do stwierdzenia nadużycia prawa, jest uregulowana przepisami, wyłączenie stosowania klauzuli z art. 5 k.c. ma miejsce z uwagi na treść innych przepisów. Podkreśla się także, że powinno się wyłączyć stosowanie tego przepisu w przypadku nadrzędnego interesu społecznego oraz ze względu na ochronę wartości wyższego rzędu⁴⁶. Wreszcie istotny w kontekście spraw o dyskryminację wydaje się postulat wnikliwego rozważenia wszystkich okoliczności danej sprawy – sąd nie powinien się kierować „z góry założonymi schematami, zwłaszcza związanymi z charakterem podmiotów, których zachowanie jest poddane ocenie. Orzeczenie musi się opierać na wszechstronnym uwzględnieniu okoliczności konkretnego wypadku”⁴⁷.

⁴¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 października 2000 r., SK 5/99.

⁴² M. Pyziak-Szafnicka, *Kodeks cywilny...*, str. 84.

⁴³ Wyrok z dnia 3 lutego 1998 r., I CKN 459/97 Lex, nr 78424, cyt. za: M. Pyziak-Szafnicka, *Kodeks cywilny...*, str. 71.

⁴⁴ Ibidem, str. 72.

⁴⁵ Ibidem, str. 76.

⁴⁶ Ibidem, str. 114.

⁴⁷ Ibidem, str. 103.

Skutkiem skorzystania z konstrukcji „nadużycia prawa” jest odmowa udzielenia ochrony prawnej. Może to być na przykład odmowa uwzględnienia powództwa, którego wniesienie stanowi wyraz nadużycia prawa w sytuacji, gdy samo zgłoszenie żądania może być uznane za sprzeczne z ww. zasadami albo powództwo jest następstwem pozasądowego zachowania, mającego miejsce jeszcze wcześniej, które sąd oceni jako nadużycie prawa⁴⁸.

Jeżeli chodzi o przesłankę bezprawności zachowania naruszającego zasady wymienione w art. 5 k.c., nasuwa się wątpliwość, czy przeprowadzenie testów dyskryminacyjnych można uznać za bezprawne. Bezprawność nadużycia polega na tym, że ma miejsce „wkroczenie w cudzą sferę praw podmiotowych” i dotyczy wyłącznie osoby, której prawa zostały naruszone. Czy w tym znaczeniu można uznać np. sytuację weryfikacji dyskryminującej praktyki pracodawcy za bezprawną, naruszającą jego sferę praw podmiotowych?

Z zakazem nadużycia prawa podmiotowego wiąże się doktryna „owoców zatrutego drzewa” i zanim przejdę do przeanalizowania przepisów odnoszących się do przedmiotu i oceny dowodów w postępowaniu sądowym, warto odnieść się w kilku słowach do reguły zakazującej wykorzystywania w procesie dowodów uzyskanych w sposób sprzeczny z prawem. Doktryna ta, wypracowana w prawie amerykańskim, nie przyjęła się w systemach prawnych kontynentu europejskiego, w których nie istnieje ogólny zakaz wykorzystywania tego typu dowodów w postępowaniu cywilnym (wyjątkiem w tym zakresie są Niemcy). Jedną z przyczyn takiego stanu rzeczy jest fakt, że obowiązująca w większości krajów europejskich zasada swobodnej oceny dowodów wyklucza potrzebę wypracowania doktryny „owoców zatrutego drzewa”⁴⁹.

Czym jest dowód uzyskany w sposób sprzeczny z prawem? Zdaniem niektórych autorów jest to dowód uzyskany niezgodnie z prawem materialnym, ale także uzyskany w sposób niezgodny z przepisami postępowania cywilnego. Pojęcie „dowodu niedopuszczalnego” w postępowaniu cywilnym łączy się nie tylko z dowodem uzyskanym w sposób sprzeczny z prawem, ale i z zasadami współżycia społecznego oraz powszechnie akceptowanymi normami etycznymi⁵⁰. Polski Kodeks postępowania cywilnego nie zawiera ogólnego zakazu wykorzystywania w postępowaniu cywilnym dowodów uzyskanych w sposób sprzeczny z prawem. Jednakże analiza przepisów Konstytucji, Kodeksu cywilnego (art. 5) oraz Kodeksu pracy (art. 8), wyrażających wspomniany wcześniej zakaz nadużycia prawa, uzasadniałaby tezę o niedopuszczalności wyko-

⁴⁸ Ibidem, str. 98.

⁴⁹ A. Laskowska, *Dowody w postępowaniu cywilnym uzyskane w sposób sprzeczny z prawem*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 12, str. 90.

⁵⁰ A. Laskowska, *Dowody...*, op. cit., str. 89.

rzystywania w postępowaniu cywilnym dowodów uzyskanych w taki właśnie sposób⁵¹.

Sąd rozstrzyga daną sprawę w oparciu o zgromadzony w niej materiał dowodowy, kierując się zasadą swobodnej oceny dowodów, interpretowaną w świetle zasady równości stron – uczestników postępowania, a także zasadą kontradyktoryjności, umożliwiającej sądowi wykluczenie dowodów niewiarygodnych oraz uzyskanych w sposób sprzeczny z prawem⁵². Co prawda, na mocy art. 6 k.c. i 232 k.p.c. (o czym napiszę niżej) na stronach ciąży obowiązek udowodnienia faktu, z którego wywodzą skutki prawne, to w odniesieniu do spraw o dyskryminację powinna mieć zastosowanie zasada odwróconego ciężaru dowodu. W tym przypadku zasada równości stron doznaje pewnego ograniczenia i zgodnie z regułą odwróconego ciężaru dowodu to strona pozwana zobowiązana jest obalić powstałe domniemanie dyskryminacji.

W polskim prawie brakuje zatem generalnego zakazu wykorzystywania w postępowaniu cywilnym dowodów uzyskanych w sposób sprzeczny z prawem. Jednakże analiza szeregu przepisów oraz orzecznictwa skłania do przyjęcia, że takie dowody nie będą dopuszczone przez sąd. Pytanie, jakie się pojawia, brzmi następująco: czy wyniki testów dyskryminacyjnych, użyte jako dowód w postępowaniu cywilnym, można uznać za dowody uzyskane w sposób niezgodny z prawem? W sprawach o dyskryminację, w których zastosowano testy, dochodziłoby zapewne do „ważenia” praw dwóch stron postępowania, przy zastosowaniu zasady, że naruszenie praw jednej osoby nie może być uzasadnione dążeniem do ochrony prywatnego interesu drugiego człowieka⁵³. Jednakże w stosunkach typu pracodawca-pracownik, usługodawca-usługobiorca lub urzędnik-petent trudno byłoby uzasadnić tezę, że testując zachowanie dyskryminacyjne, badający narusza jakiegokolwiek uprawnienia przysługujące tym podmiotom, a więc że działanie to nosi cechy bezprawności.

Na zakończenie warto jeszcze wspomnieć o instytucji prowokacji, która co prawda, nie powinna być utożsamiana z testami dyskryminacyjnymi, jednak – jak pokazuje doświadczenie innych krajów – nieraz pojawiały się takie porównania. Na gruncie prawa polskiego jedynie Kodeks karny odnosi się wprost do tego zagadnienia – zgodnie z art. 24 k.k. „Odpowiada jak za podżeganie, kto w celu skierowania przeciwko innej osobie postępowania karnego nakłania ją do popełnienia czynu zabronionego”. Celem prowokatora nie jest rzeczywiste dokonanie czynu zabronionego przez osobę nakłanianą, a rezultat podjętego przez nią

⁵¹ T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom 1*, Warszawa 2007, str. 539.

⁵² A. Laskowska, *Dowody...*, op. cit., str. 93.

⁵³ Ibidem, str. 101.

czynu przestępnego oraz konsekwencje w postaci wszczęcia i prowadzenia przeciwko niej postępowania karnego⁵⁴. W tym znaczeniu nie można jednak mówić o prowokacji w kontekście testów dyskryminacyjnych, np. w takich obszarach jak zatrudnienie, mieszkalnictwo lub dostęp do pomocy społecznej, przede wszystkim dlatego, że ewentualne zachowanie dyskryminacyjne nie będzie przestępstwem w rozumieniu Kodeksu karnego. Można byłoby, co prawda, teoretycznie rozważyć sytuację, kiedy badane metodą testów dyskryminacji byłoby zachowanie osoby nawołującej do nienawiści na tle rasowym, który to czyn wyczerpuje już znamiona przestępstwa. Trudno byłoby jednak udowodnić twierdzenie o nakłanianiu takiego podmiotu do popełnienia przestępstwa. W kontekście prawa karnego ciekawym zagadnieniem jest także problematyka wykorzystywania w procesie karnym „owoców zatrutego drzewa”, jednakże omówienie tego zagadnienia wykracza poza ramy niniejszego opracowania⁵⁵.

Warto też zauważyć, że – nawet przyjmując, iż techniki eksperymentalne są rodzajem „prowokacji” – to analogicznie do przypadku prawa karnego, podżeganie nie zwalnia sprawcy czynu z odpowiedzialności za popełnienie przestępstwa, a prowokacja w postaci testu nie zwalnia np. pracodawcy z odpowiedzialności za akt dyskryminacji.

3.3. Swobodna ocena dowodów

Kodeks postępowania cywilnego przewiduje możliwość przeprowadzenia dowodu z dokumentów, przesłuchania świadków, zeznań biegłych, oględzin oraz przesłuchania stron. Katalog ten nie jest zamknięty i podobnie prezentuje się w Kodeksie postępowania administracyjnego, który w art. 75 § 1 wyraźnie stanowi, że „jako dowód należy dopuścić wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, a nie jest sprzeczne z prawem”.

Zgodnie z art. 227 k.p.c. „przedmiotem dowodu są fakty, mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie”, co oznacza, że wszelkie zdarzenia i stany faktyczne, które są ważne dla danej sprawy, mogą podlegać dowodzeniu. Selekcji faktów dokonuje sąd przy uwzględnieniu zasady prawdy materialnej i zasady kontrydiktoryjności. Co ważne, istotność dowodu bezpośrednio wynika z przedmiotu postępowania i wiąże się z tym, co twierdzą obie strony. Istotność

⁵⁴ M. Królikowski (red.), R. Zawłocki, *Kodeks karny, część ogólna, tom I. Komentarz do artykułów 1–31*, Warszawa 2010, str. 729–730.

⁵⁵ Więcej na ten temat S. Skubisz, *Problematyka wykorzystania w procesie karnym „owoców zatrutego drzewa*, [w:] L. Bogunia (red.), *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. VIII, Wrocław 2001, R. Janiszowski-Downarowicz, *Granice dozwolonej prowokacji w polskim prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 3.

jest także oceniana przez sąd⁵⁶. Z problematyką tą ściśle związane jest zagadnienie ciężaru dowodu, unormowane w art. 6 Kodeksu cywilnego i art. 232 k.p.c. Zgodnie z przepisem Kodeksu postępowania cywilnego „strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Sąd może dopuścić dowód nie wskazany przez stronę”. Oznacza to, że jeżeli strona twierdzi, iż jakiś fakt miał miejsce, powinna przedstawić na to dowód. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że sąd, co prawda, może sam dopuścić dowód niewskazany przez stronę, ale nie jest to jego obowiązek, a prawo. Nie musi on zastępować swoim działaniem bezczynności strony i kieruje się własną oceną, czy zgromadzony materiał jest wystarczający do rozstrzygnięcia sprawy⁵⁷. W literaturze można się spotkać ze stanowiskiem, że sąd ma obowiązek działania z urzędu, jeżeli przemawia za tym interes publiczny⁵⁸. Innymi słowy, w sytuacjach szczególnych sąd powinien dopuścić dowód niewskazany przez strony (na przedstawiane przez nie istotne i sporne okoliczności faktyczne), gdyby w jego ocenie zebrany w toku sprawy materiał dowodowy nie wystarczał do jej rozstrzygnięcia⁵⁹.

Zasada swobodnej oceny dowodów unormowana jest w art. 233 § 1 k.p.c., zgodnie z którym „sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału”. Reguła ta oznacza zatem, że sąd ocenia materiał dowodowy z uwzględnieniem wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, jak również wszelkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych dowodów i mających znaczenie w ocenie ich mocy i wiarygodności⁶⁰. Przepis ten przyznaje sędziemu znaczny luz decyzyjny w ocenie materiału dowodowego, który, co warto podkreślić, z jednej strony może nieść pewne ograniczenia, z drugiej jednak daje przestrzeń do ewentualnego przyjęcia dowodu z testu dyskryminacyjnego.

Zasada swobodnej oceny dowodów odnosi się do wyboru określonych środków dowodowych i do sposobu ich przeprowadzenia. Jej granice wyznaczają trzy czynniki: logiczny, ustawowy i ideologiczny⁶¹. Pierwszy z nich oznacza, że wnioski z analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego mają być logicznie prawidłowe, a między różnymi wnioskami sądu nie mogą istnieć sprzeczności. Czynniki ustawowy to reguła, zgodnie z którą swobodna ocena dowodów musi się dokonywać na podstawie warunków określonych przez prawo procesowe – dowody powinny być prawidłowo przeprowadzone, a sąd zobowiązany jest dokonać

⁵⁶ T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego...*, op. cit., str. 538.

⁵⁷ M. Uliasz, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2008, str. 357.

⁵⁸ T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego...*, op. cit., str. 550.

⁵⁹ Ibidem, str. 348.

⁶⁰ Ibidem, str. 349.

⁶¹ Ibidem, str. 552.

wszechstronnego rozważenia zebranego materiału oraz przeprowadzić selekcję dowodów i należycie uzasadnić swój wybór w wyroku. Ostatni element – ideologiczny – wydaje się szczególnie istotny. „Musi istnieć zgodność między wewnętrznym przekonaniem sędziego, ukształtowanym na podstawie logicznej i wszechstronnej analizy dowodów, a jego świadomością prawną. Obok znajomości przepisów, doktryny i orzecznictwa na postępowanie sędziego i sposób oceny przez niego różnych środków dowodowych wpływają także informacje dotyczące różnych faktów życia społecznego, jego ogólna kultura prawna, jak również system pozaprawnych reguł i ocen społecznych, do których odsyłają przepisy obowiązującego prawa”⁶². Zasada swobodnej oceny dowodów, jako antyteza dowolności, odnosi się do wszystkich środków dowodowych, co jednak nie oznacza, że nie ma różnicy w podejściu do poszczególnych ich rodzajów. W każdym razie nie ma podstaw do przyjęcia jakiegś formalnej hierarchii środków dowodowych z punktu widzenia ich wiarygodności i mocy⁶³. Ponadto sąd nie zawsze musi brać pod uwagę materiały źródłowe. Pozytywne ustalenia może on opierać także na dowodach pośrednich. Jak zauważył Sąd Najwyższy, w systemie opierającym się na swobodnej ocenie dowodów i tzw. dowodzie wolnym nie można z góry pozbawiać mocy dowodowej innych dowodów (obok dowodów bezpośrednich)⁶⁴. Zasada swobodnej oceny dowodów obowiązuje także na gruncie postępowania administracyjnego – zgodnie z art. 80 k.p.a. „organ administracji publicznej ocenia na podstawie całokształtu materiału dowodowego, czy dana okoliczność została udowodniona”, choć nie należy zapominać, że postępowanie administracyjne różni się w swoim charakterze od postępowania cywilnego.

Z punktu widzenia stosowania testów dyskryminacyjnych istotne znaczenie ma art. 308 § 1 k.p.c., zgodnie z którym sąd w toku postępowania może dopuścić dowód o charakterze wizualnym i audialnym (np. dowód z filmu, telewizji, fotokopii, fotografii, płyt lub taśm dźwiękowych, a także innych przyrządów utrwalających lub przenoszących obrazy albo dźwięki). Ze względu na coraz większe techniczne możliwości manipulowania takimi dowodami, dowód powinien zostać przeprowadzony w sposób wykluczający możliwość zniekształcenia zawartych w nim informacji. W tym przypadku ma zastosowanie także zasada swobodnej oceny dowodów zawarta w art. 233 k.p.c.⁶⁵ Zatem sąd teoretycznie mógłby dopuścić dowód z nagrania, na którym utrwalona zostałaby np. rozmowa telefoniczna w sprawie wynajmu mieszkania, podczas której właściciel

⁶² Ibidem, str. 554.

⁶³ A. Jakubecki, *Kodeks...*, op. cit., str. 350.

⁶⁴ T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego...*, op. cit., str. 556.

⁶⁵ A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2010, str. 507.

odmawia zawarcia umowy z osobą o innym pochodzeniu etnicznym, ale już chwilę później umawia się na spotkanie z „autochtonem”.

Przedstawiona wyżej doktryna dowodów zdobytych niezgodnie z prawem silnie wiąże się z treścią prawa do prywatności, natomiast argument, że test dyskryminacyjny narusza prawo do prywatności (np. prywatnego najemcy czy nawet pracodawcy) był podnoszony w trakcie debaty, jaka miała miejsce w Belgii, o czym była mowa wcześniej⁶⁶. Pojawia się także kontrowersja, że stosowanie przepisów o równym traktowaniu narusza wolność zawierania umów (zatrudnienia pracownika, wpuszczenia do klubu czy wynajęcia mieszkania lokatorowi według swojego wyboru). Wątpliwości mogą się także pojawić w kontekście wyłączeń stosowania ustawy równościowej, która w art. 5 stanowi, że ustawy nie stosuje się m.in. do „sfery życia prywatnego i rodzinnego oraz czynności prawnych pozostających w związku z tymi sferami” czy „swobody wyboru strony umowy, o ile tylko nie jest oparty na płci, rasie, pochodzeniu etnicznym lub narodowości”. Takie rozumowanie jest jednak niewłaściwe w kontekście ogólnego zakazu dyskryminacji, wskutek którego ograniczona zostaje wolność „kontraktowania”. Sens zakazu dyskryminacji bierze się m.in. stąd, że osoba fizyczna lub prawna zatrudniająca, świadcząca pewne usługi lub produkująca dobra, zarówno w sferze publicznej, jak i prywatnej, nie jest w pełni wolna, jeśli dokonuje wyborów zawodowych w oparciu o swoje preferencje lub uprzedzenia, np. niechęć do osób homoseksualnych czy o innym kolorze skóry.

Wracając na moment do kwestii korelacji między wykorzystywaniem dowodu „owoców zatrutego drzewa” a prawem do prywatności, orzecznictwo sądów polskich w tej materii wydaje się dosyć zróżnicowane. Na przykład w jednej ze spraw sąd uznał, że niedopuszczalne jest wykorzystywanie w postępowaniu cywilnym taśmy magnetofonowej czy wideo, która nagrana została bez zgody lub wiedzy osoby zainteresowanej, jeżeli nagranie dotyczy jej życia prywatnego i zostało wykonane w domu, ogrodzie albo hotelu⁶⁷. Ale już w innej sprawie sąd uznał za dowód w procesie rozwodowym w zakresie wykazania winy w rozkładzie pożycia małżeńskiego nagranie magnetofonowe rozmów prowadzonych przez strony, nawet jeśli tych nagrań dokonano bez wiedzy jednej z nich⁶⁸.

Kodeks postępowania cywilnego w art. 309 stanowi jednak, że sposób przeprowadzenia dowodu innymi środkami dowodowymi sąd określi zgodnie z ich charakterem, stosując odpowiednio przepisy o dowodach. Przepis ten sprawia, że katalog dowodów nie jest zamknięty i otwiera drogę do wykorzystania w postępowaniu dowodowym wszelkich innych zdobyczy wiedzy i techniki.

⁶⁶ V. van der Plancke, *Les tribulations du testing en Belgique...*, op. cit., str. 4–5.

⁶⁷ A. Laskowska, *Dowody...*, op. cit., str. 99.

⁶⁸ Ibidem, str. 508.

W doktrynie i praktyce do „innych środków dowodowych” zalicza się m.in. dokumenty związane z urządzeniami przesyłającymi wiadomości na odległość lub urządzeniami rejestrującymi, wywiad środowiskowy, wydruk komputerowy i eksperyment sądowy⁶⁹.

4. Podsumowanie

W polskim prawie nie ma przepisu mówiącego wprost o możliwości stosowania dowodów z testów dyskryminacyjnych w sprawach sądowych czy administracyjnych. Choć zacząć należałoby raczej od stwierdzenia, że do niedawna brakowało w ogóle regulacji, poza Kodeksem pracy, wprowadzających zasadę równego traktowania wyrażoną w Konstytucji i dających możliwość dochodzenia roszczeń od osób prywatnych na drodze innej niż cywilne powództwo o naruszenie dóbr osobistych. Obecnie obowiązujące w Polsce prawo antydyskryminacyjne, choć wciąż niedoskonałe, daje nadzieję na skuteczniejszą ochronę swoich praw w sprawach o naruszenie zakazu równego traktowania. Mamy bowiem do dyspozycji nowe narzędzie – ustawę równościową, która m.in. wprowadza stosowanie zasady odwróconego ciężaru już nie tylko w sprawach dotyczących dyskryminacji w zatrudnieniu. Pytanie tylko, czy i w jaki sposób polskie sądy będą tego narzędzia używać.

Jeżeli chodzi o testy dyskryminacyjne, nie obowiązuje zakaz użycia „owocu zatrutego drzewa”, choć nie wydaje się, aby wyniki z zastosowania testów dyskryminacji mogły zostać uznane za dowody zdobyte w sposób niezgodny z prawem. Co ważne, z uwagi na ogólne trudności w dowodzeniu dyskryminacji, na gruncie prawa cywilnego mamy do czynienia z zasadą wolności dowodowej, otwartego katalogu środków dowodowych i swobodnej oceny dowodów. W tej ostatniej kwestii niezwykle istotna jest rola sądu. To od jego wiedzy, kultury prawnej, doświadczenia i intuicji będzie bowiem zależeć, czy w danej sprawie zostanie dopuszczony dowód z testu. Sąd może odrzucić jednak taki dowód, mając na względzie zakaz nadużycia prawa (w celu ochrony przed szeroko rozumianymi prowokacjami i podstępными działaniami, w imię zasady słuszności i dobrej wiary), albo też oddalić całe powództwo z uwagi na to, że testujący nie jest ofiarą, a raczej „aktorem” grającym daną rolę, nie odniósł żadnej szkody i nie może żądać odszkodowania⁷⁰. Z tego właśnie względu warto byłoby prowadzić testy dyskryminacyjne w taki sposób, aby była w nim obecna osoba rzeczywiście doznająca dyskryminacji (na słuszność wyboru tej drogi pokazują doświadczenia Węgier). Z drugiej

⁶⁹ Ibidem, str. 437.

⁷⁰ Ł. Bojarski, *Report on measures...*, op. cit., str. 25.

strony zupełnie inaczej przedstawia się sytuacja w Szwecji, gdzie zapadły wyroki, w których sąd zasądził odszkodowanie nawet „testującym aktorom”.

Choć w polskim systemie nie obowiązuje prawo precedensowe, jednak sędziowie orzekają w oparciu o przyjętą przez inne sądy linię orzecniczą i nie są skłonni do stosowania na sali sądowej nowatorskich rozwiązań. Wydaje się, że w sprawach o dyskryminację może się sprawdzić np. dowód z przesłuchania świadka – osoby, która potwierdzi, że będąc w podobnej jak powód sytuacji została lepiej od niego potraktowana. Na przykład Polak – znajomy powoda cudzoziemca – w odpowiedzi na ofertę wynajmu dzwoni, aby umówić się na obejrzenie mieszkania, w sytuacji gdy kilka minut wcześniej odmówiono tej możliwości jego koledze, cudzoziemcowi. Rozmowy zostają zarejestrowane. Następnie w sądzie świadek składa zeznania, że taki test został przeprowadzony i tym samym potwierdza słowa powoda. Dowodem na potwierdzenie dyskryminacji mogłoby być zeznanie świadka – znajomego powoda, osoby o innym pochodzeniu, który także doznał dyskryminacji, oraz nagrania z przeprowadzonych rozmów.

W polskiej rzeczywistości, w której brakuje przepisów prawnych przyznających wprost możliwość przeprowadzania testów dyskryminacyjnych, orzecznictwa w tej materii oraz świadomości prawa antydyskryminacyjnego nawet wśród prawników, sędziów, urzędników państwowych czy polityków, dopuszczanie dowodów z testów dyskryminacji może być problematyczne, choć nie wydaje się niemożliwe.

* Artykuł powstał w ramach projektu „Sąsiedzi czy intruzi – badania dyskryminacji cudzoziemców w Polsce” współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu na rzecz Integracji Obywateli Państw Trzecich oraz budżetu państwa.

FRUIT OF THE POISONOUS TREE? SITUATION TESTING AS A PROOF IN DISCRIMINATION CASES

The article presents an issue of using the results of situation testing in discrimination cases. It consists of two main parts: the first one describes experience of other EU countries in conducting situation testings and using their results in lawsuits. The second one is an analysis of Polish legal regulations in this respect.

Situation testing is an experimental technique aiming at proving discriminatory behaviours. It has been developed and conducted in the United States and the United Kingdom from the 1960s, initially in housing and employment sector. Later on it has been adopted in certain European Union states. According to the method, pairs (e.g. of applicants for accommodation or a job vacancy, clients of a restaurant, a nightclub etc.) are established in such a way that they differ solely on the basis of a single characteristic reflecting the discriminatory ground (gender, ethnicity, age, disability, religion or belief, sexual orientation) under scrutiny. If one person in the pair faces different treatment, the distinction points to discriminatory behaviour. Regardless of long-term experience of the Anglo-Saxon countries and multiple scientific researches, a possibility to use this method and present its result in the court remains doubtful, if not controversial. In Poland the issue of situation testing is hardly known, even among experts dealing with anti-discrimination law, judges or public institutions competent for counteracting discrimination.

First of all, one should make a distinction between experimental tests used for scientific purposes and for individual case. As far as the scientific test is concerned, its results do not necessary serve proving concrete discrimination case, however they may support the claim as statistic data making fact of discriminatory behaviour more probable. The situation testings conducted for the only purpose of trial are something different and it is not so evident whether their result may be accepted as a legal proof.

Within the European Union situation testings have been conducted in Belgium, Bulgaria, Czech Republic, Denmark, Finland, France, the Netherlands, Slovakia, Sweden, Hungary and Latvia. France, Hungary and Belgium are examples of the countries where using their results as evidences is regulated directly by the law. But even over there it has been problematic and posed a lot of questions as for the legality, methodology and “moral” aspects of the technique. For instance in Belgium the issue became a subject of political debate and the right-wing parties strongly opposed to possibility of legalizing this method. Actually conducting the tests is accepted by law and Belgium courts allow to use its results. In France the method is also regulated by law (Criminal Code) and there have even been

special recommendations adopted in order to clarify and explain to judges how to understand the notion of situation testing and use it in practice. In Sweden the method of testing has been for a long time problematic and treated as a provocation forbidden by law. However using its results in the courts became possible because of general legal rule of freedom of evidence applied in the proceedings. The Swedish court once even granted a compensation for discrimination to the “actors” testing discriminatory behaviour of doormen at the entrance to the night clubs, regardless their lack of status of a real victim. An interesting example of a country where the situation testing has been progressively accepted is Hungary. Not only the courts finally permitted to use the result of this method, but also it has been introduced to the legal regulations. All this happened thanks to one non-governmental organization which made the notion of situation testings popular and consequently conducted tests proving discrimination.

In Poland the method is not known, nor is it applied in practice. The law does not regulate the possibility to use the results of such a testing as evidence in discrimination cases. Moreover until recently it was difficult to suit a person for unequal treatment in the areas other than employment. There have also been doubts as for the rule of reversed burden of proof, since it was regulated only in the Labour Code. Since the act on equal treatment came into force it has changed. Although the Polish legal system does not provide for the possibility to use in the court the results of the experimental tests, it would not be completely unlikely to do so. First of all there is a rule of freedom of evidence and all evidences essential for the case should be taken into consideration. Secondly, a judge has also certain scope of discretion in examining presented proofs. Finally, the catalogue of possible evidences is not limited. However, it is not certain whether a judge would accept such a proof which comes from sort of “provocation” and has been obtained in a tricky way.

The conclusion is that bearing in mind experience of other EU countries where acceptance of situation testing and using its results in the judicial proceedings has not come easily but finally became reality, conducting tests in Poland does not seem impossible. However certain obstacles may appear. Undoubtedly not only judges would play the important role but also lawyers-activists who are invited to conduct such a test, present in the court its results and popularize the idea of situation testing in Poland.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3(185) 2010
Warszawa 2010

Szczęsny T. Szymański ■
Elżbieta Zatyka

UWAGI W KWESTII ODPOWIEDZIALNOŚCI KARNEJ LEKARZA ZA ZANIECHANIE (NA PODSTAWIE STUDIUM PRZYPADKU)

1. Wprowadzenie

W świetle obowiązującej regulacji Kodeksu karnego z 1997 r. ocena prawnokarna zjawiska zaniechania udzielenia pomocy przez lekarza w sytuacji zagrożenia życia lub zdrowia człowieka ma charakter dwutorowy. Po pierwsze, zachowanie takie może stanowić formalne przestępstwo nieudzielenia pomocy z art. 162 § 1 k.k. Po drugie zaś, zaniechanie leczenia może być formą realizacji znamion przestępstwa skutkowego popełnionego przez zaniechanie, skierowanego przeciwko życiu lub zdrowiu, jeżeli zostanie ustalone, iż w konkretnych okolicznościach ciążył na konkretnym lekarzu prawny, szczególnie obowiązek zapobiegnięcia skutkowi. W oparciu o przegląd piśmiennictwa stwierdzono, iż zagadnienia pojmowania prawnego, szczególnie obowiązkowego zapobiegnięcia skutkowi i źródeł obowiązku gwaranta w polskim prawie karnym zrodziły wiele wątpliwości¹. Praktyka sądowa w okresie obowiązywania kodeksów karnych z 1932 i 1969 r. sięgała do konstrukcji gwaranta bardzo rzadko i z wielką

¹ Zob. m. in. L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1975, J. Kulesza, *Źródła obowiązku gwaranta a odpowiedzialność karna lekarza za zaniechanie pomocy*, „Prawo i Medycyna” 2008, nr 1, J. Majewski, *O pożytkach i szkodach dotychczasowych dociekań nad problematyką obowiązku źródeł gwaranta*, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2004, z. 4, M. Kliś, *Źródła obowiązku gwaranta w polskim prawie karnym*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1999, z. 2.

powściągliwością². Obecnie, pomimo wprowadzenia do kodyfikacji karnej przepisu o odpowiedzialności za przestępstwo skutkowe popełnione w formie zaniechania przez osobę prawnie, szczególnie zobowiązaną do zapobiegnięcia skutkowi, również nie jest to konstrukcja nadużywana przez judykaturę.

Określenie granic odpowiedzialności karnej za zaniechanie, które łączy się ze stanowiącym znamię przestępstwa skutkiem, jest kwestią szczególnie trudną w przypadku, gdy mamy do czynienia z gwarantem nienastąpienia skutku niekorzystnego dla życia lub zdrowia w postaci osoby wykonującej zawód lekarza. Realizacja odpowiedzialności karnej napotyka w tym przypadku wiele barier, nie tylko natury prawnej, ale również barier związanych z niechęcią środowiska lekarskiego do negatywnej oceny aktywności zawodowej kolegów. Sąd staje w tego rodzaju sprawach przed trudnym zadaniem ustalenia istnienia powiązania pomiędzy zaniechaniem podjęcia określonych czynności przez lekarza a skutkiem czynu w postaci naruszenia bądź narażenia życia lub zdrowia. Ustalenie istotnego dla odpowiedzialności prawnokarnej powiązania nie byłoby możliwe bez wsparcia profesjonalistów – lekarzy występujących jako biegli.

Rozważając odpowiedzialność karną lekarza, należy zaznaczyć, że pierwotną przyczyną zagrożenia bądź naruszenia dobra prawnego w postaci życia lub zdrowia pacjenta stanowi proces chorobowy, toczący się początkowo niezależnie od lekarza. Lekarz, poprzez czynności lecznicze, ingeruje w ten proces, zapobiegając negatywnym skutkom, do których by doszło, gdyby tych czynności nie podjął. Możliwa jest również sytuacja, w której lekarz nie podejmuje właściwych czynności leczniczych, nie przeciwdziałając procesowi chorobowemu. Nieleczony lub niewłaściwie leczony proces chorobowy dynamizuje się, przez co wzrasta niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia pacjenta. Niebezpieczeństwo to może osiągnąć stopień bezpośrednio zagrażający śmiercią lub uszczerbkiem na zdrowiu, bądź zrealizować się w postaci czysto fizycznej zmiany w świecie zewnętrznym: śmierci lub uszczerbku na zdrowiu. Należy podkreślić, że w przypadku istnienia prawnego, szczególnego obowiązku zapobiegnięcia skutkowi, o którym mowa w art. 2 k.k., lekarz, od chwili kontaktu z chorym, zobowiązany jest pod groźbą odpowiedzialności karnej do monitorowania tego procesu i podejmowania właściwych w danym przypadku czynności zgodnie z zasadami sztuki medycznej.

Uznano za celowe zilustrowanie reguł odpowiedzialności karnej lekarza za związane z wykonywaniem zawodu przestępne zaniechanie poprzez posłużenie się studium przypadku, do którego wybrano dwie sprawy zakończone prawomoc-

² A. Wąsek, *Komentarz. Tom 1 (art. 1–31 k.k.)*, Gdańsk 1999, str. 48. Jako powód takiego stanu rzeczy A. Wąsek wskazywał brak wyraźnego unormowania tej kwestii w k.k. i wynikającą z tego faktu obawę przed zarzutem naruszenia zasady *nullum crimen sine lege poenali stricta*.

nymi orzeczeniami. Kryterium doboru przypadków poddanych analizie stanowiła osoba skazanego – wykonującego zawód lekarza, który popełnił przestępstwo, polegające w istocie na zaniechaniu podjęcia działań ratujących życie i zdrowie. Wybrano dwie sprawy o przestępstwa, u źródeł popełnienia których legła błędna diagnoza postawiona przez lekarza.

2. Studium przypadku

Pomimo widocznych na pierwszy rzut oka analogii zachodzących pomiędzy zaprezentowanymi stanami faktycznymi, ocena prawna zachowania się lekarza, które polegało na zaniechaniu, w obu sprawach była różna. W pierwszym przypadku lekarz został skazany przy zastosowaniu konstrukcji gwaranta, za wywołanie skutku w postaci śmierci pacjenta (art. 155 k.k.), w drugim zaś podstawą odpowiedzialności lekarza stał się art. 160 § 3 k.k., bez wskazania, czy na sprawcy ciążył obowiązek opieki nad osobą narażoną.

Przypadek 1

Podstawę odpowiedzialności lekarza w analizowanym przypadku stanowił następujący stan faktyczny³.

Andrzej G. był uczniem gimnazjum w W. W dniu 10 lutego 2004 r. lekcja historii prowadzona przez Agnieszkę W. odbywała się w sali tradycji. Andrzej G. siedział w pierwszej ławce przy drzwiach wejściowych. Około godziny 13.30 Andrzej G. chciał przesiąść się do innej ławki. Przechodząc w jednej ręce trzymał plecak, który ciągnął po ziemi, zaś w drugiej miał podręczniki. Idąc zaczepił się o własny plecak, przewrócił się i uderzył głową w róg biurka nauczycielskiego. W wyniku uderzenia rozciął skórę w okolicy małżowiny usznej prawej na długości 2,2 cm. Rana znajdowała się na kości skroniowej prawej. Uderzenie spowodowało dalej idące skutki – w jego wyniku doszło bowiem do złamania z wgłobieniem do wnętrza czaszki łuski kości skroniowej prawej. Dalszą konsekwencją tych obrażeń było krwawienie wewnętrzne, w wyniku którego zaczął formować się krwiak nadtworówkowy. Od chwili powstania rany krwiak nadtworówkowy stale narastał, powodując ciasnotę wewnątrzczaszkową, ale początkowo jedynym widocznym skutkiem wypadku było krwawienie z rany znajdującej się na skórze głowy. Andrzej G. ani na chwilę nie stracił świadomości. Po upadku natychmiast podniósł się z podłogi. Agnieszka W. widząc, że chłopiec krwawi, przerwała lekcję i odprowadziła go do łazienki. Powiadomiła też o wypadku wicedyrektor szkoły Filomenę G. Obie nauczycielki po obejrzeniu rany podjęły decyzję o przewiezieniu Andrzeja G. do ośrodka zdrowia.

³ W obu przypadkach zmieniono inicjały pokrzywdzonego oraz sprawców.

Około godziny 14.00 Andrzej G. został zbadany w ośrodku zdrowia w W. przez lekarza Wiesławę J. W tym czasie jego stan był dobry. Jednak Wiesława J. – widząc potrzebę zszycia rany i dodatkowych badań, wystawiła skierowanie do chirurga. W rubryce rozpoznanie i cel konsultacji wpisała „Rana cięta ok. ucha prawego (w czasie zajęć szkolnych – uderzenie w krawędź ławki)”. Towarzyszącej chłopcu nauczycielce zaleciła odwiezienie go do domu i przekazanie rodzicom, by jak najszybciej udali się z nim do lekarza chirurga. Filomena G. wraz z woźnym odwiozły Andrzeja G. do domu. Spotkała tam matkę chłopca Grażynę B., której przekazała skierowanie oraz zalecenie lekarza, by jak najszybciej udać się do chirurga.

Grażyna B. poprosiła Piotra K., narzeczonego jej córki Elżbiety B., o przewiezienie chłopca do szpitala w Ł. Andrzej G. wraz z matką, siostrą i Piotrem K. udał się do szpitala. Około godziny 15.20 Andrzej G. i jego matka weszli do izby przyjęć szpitala w Ł. W tym czasie dyżur pełniła tam pielęgniarka Hanna C. Zapoznała się ze skierowaniem, a następnie po zarejestrowaniu chłopca wezwała telefonicznie lekarza. Powiedziała mu, że „jest chłopak z raną twarzy do zszycia”. Lekarzem dyżurującym na izbie przyjęć był tego dnia Wojciech G. Telefonicznie zlecił pielęgniarence przygotowanie rany do zszycia. Hanna C. położyła skierowanie na biurko lekarza, poprosiła Andrzeja G. i jego matkę do sali zabiegowej i kiedy tam weszli, rozpoczęła przygotowanie rany do zszycia. Zdjęła opatrunek i przemyła okolice rany. W tym czasie Andrzej G. siedział.

Po wykonaniu tych zabiegów do sali zabiegowej izby przyjęć przyszedł Wojciech G. Podeszedł do Andrzeja G., obejrzał pobieżnie ranę. Następnie Andrzej G. położył się na kozetce. Lekarz zapytał, w jaki sposób doszło do powstania rany, a Andrzej G. krótko odpowiedział mu, że wstając z ławki potknął się i skaleczył o jej brzeg. Wojciech G. stwierdził, że to niemożliwe, a Hanna C. zapytała Andrzeja G., czy nikt mu nie podstawił nogi, na co chłopiec odpowiedział, że zaczął się o plecak i uderzył się. Po tej krótkiej rozmowie Wojciech G. przystąpił do badania rany. Włożył palec w ranę, aby sprawdzić, czy nie ma szczeliny złamania, niczego jednak nie stwierdził. Spojrzał też w źrenice, aby sprawdzić ich wielkość, ale nie zauważył, by były nierówne. Po tych czynnościach znieczulił ranę i założył szwy. W trakcie badania rany i zabiegu chłopiec skarżył się na ból. Po zakończeniu zszywania rany lekarz polecił Grażynie B. zgłosić się następnego dnia w celu kontroli, po czym opuścił izbę przyjęć.

Andrzej G. pozostawał po opieką pielęgniarki Hanny C., która postanowiła go przez pewien czas obserwować. Leżąc na kozetce, Andrzej G. poczuł nudności. Hanna C. podała mu naczynie, do którego zwymiotował śliną z niewielką ilością soków żółtkowych. Wymioty były objawem narastającej ciasnoty wewnątrzczaszkowej, jednak Hanna C. uznała, że są reakcją na stres i znieczulenie, która zdarza się u młodych pacjentów. W związku z dokonaną oceną, że przyczyna wymiotów jest błaha, nie powiadomiła o nich lekarza. Podała mu jedynie termometr, aby zmierzył tempera-

ture. Po zmierzeniu temperatury Andrzej G. poczuł się lepiej, usiadł na kozetce i powiedział, że może już jechać do domu. Gdy Andrzej G. i jego matka opuszczali izbę przyjęć, Hanna C. powiedziała Grażynie B., by obserwowała chłopca, nie mówiła jej jednak, na jakie objawy ma zwrócić uwagę.

W drodze powrotnej stan zdrowia Andrzeja G. się pogarszał. Chłopca bolała głowa. Po powrocie do domu nadal odczuwał silny ból głowy. Był też senny i położył się do łóżka, i wtedy zaczął tracić przytomność. Jego oddech stał się nieregularny. Grażyna B. zauważyła to i powiedziała o swoich spostrzeżeniach mężowi, który natychmiast podjął decyzję o odwiezieniu chłopca do szpitala w Ł. Zwrócił się do mieszkającego w sąsiedztwie Daniela F. o podwiezienie do szpitala. Około godziny 17.30 Grażyna B. ponownie odwiozła syna do szpitala. Po drodze do Ł. stan zdrowia chłopca pogorszył się do tego stopnia, że Daniel F. przez telefon komórkowy wezwał karetkę pogotowia, kontynuując jazdę w kierunku szpitala. W K. doszło do spotkania z karetką. Andrzej G. znajdował się wtedy w stanie agonalnym. Lekarz pogotowia Marek T. rozpoczął reanimację, ale przynosiła ona jedynie niewielkie efekty – po defibrylacji aparat wykazywał jedynie niewielkie skurcze komorowe. Marek T. zdecydował o przewiezieniu chłopca do szpitala odległego zaledwie o około 800 m. W karetce kontynuowano reanimację. Chłopca reanimowano również w szpitalu. Zabiegi reanimacyjne nie przyniosły efektów i około godziny 18.30 Andrzej G. zmarł.

Przyczyną śmierci Andrzeja G. był wzrost ciasnoty wewnątrzczaszkowej z wklonowaniem się pnia mózgu do otworu potylicznego wielkiego. Uszkodzenie pnia mózgu, w którym znajdują się ważne ośrodki życiowe, spowodowało nagłe zatrzymanie czynności oddychania i krążenia. Wzrost ciasnoty wewnątrzczaszkowej nastąpił na skutek narastania krwaka nadtworówkowego, który powstał w wyniku złamania z wgłobieniem do wewnątrz czaszki łuski kości skroniowej prawej. W czasie badania lekarskiego przeprowadzonego na izbie przyjęć szpitala w Ł. było możliwe stwierdzenie złamania czaszki i zapobiegnięcie śmierci Andrzeja G. poprzez podjęcie niezbędnych zabiegów leczniczych. Prowadzący badanie Wojciech G. nie przeprowadził jednak wszelkich niezbędnych badań, które doprowadziłyby do ujawnienia złamania czaszki i będącego jej następstwem krwaka. Przede wszystkim Wojciech G. nie przeprowadził wnikliwego wywiadu, by ustalić sposób powstania rany. Poprzedził na odebraniu od pacjenta oświadczenia, że do skaleczenia doszło o krawędź ławki. Lekarz nie zadawał pytań mających na celu ustalenie, czy rana była raną ciętą, czy tłuczoną. Zaniechanie ustalenia, że rana powstała od silnego uderzenia o ostrą krawędź skutkowało dalszymi konsekwencjami – Wojciech G. nie podejrzewając, że mogły wystąpić inne niż powierzchowne rozcięcie skóry obrażenia, nie przeprowadził badania neurologicznego, które wykonuje się w wypadku urazów głowy. Ponadto nie zlecił wykonania zdjęć przeglądowych RTG czaszki, które mogłyby ujawnić złamanie kości skroniowej. Zaniechanie czynności diagnostycznych było przyczyną

błędnej diagnozy – potraktowania rany jako banalnego przypadku wymagającego jedynie zszycia. Błąd diagnostyczny pociągał za sobą zaniechanie podjęcia czynności terapeutycznych w postaci trepanacji czaszki, które mogłyby zapobiec śmierci chłopca.

Wymioty na izbie przyjęć po przeprowadzeniu zabiegu zszycia rany przez Wojciecha G. stanowiły objaw ciasnoty wewnątrzczaszkowej. Hanna C. powinna była powiadomić o nich lekarza, gdyż stanowią jeden z podstawowych objawów narastania krwaka wewnątrz czaszki. Gdyby Wojciech G. wiedział o tym, że po zabiegu chłopiec zwymiotował, pozostawiłby go w szpitalu i zlecił wykonanie wszelkich możliwych badań, w tym wykonanie zdjęć RTG przeglądowych czaszki. Niepowiadomienie lekarza o wystąpieniu niezwykle ważnego objawu klinicznego uniemożliwiło weryfikację poprzedniej błędnej diagnozy i postawienie diagnozy prawidłowej. Skutkiem tego było zaniechanie czynności leczniczych i śmierć Andrzeja G.

Nie ma wprawdzie pewności, że w razie właściwej diagnozy i podjęcia czynności leczniczych chłopiec by przeżył, gdyż śmiertelność w przypadku krwaków nadtwardówkowych wynosi około 50%, ale chłopiec ze znacznym, bo około 50% prawdopodobieństwem pozostałby przy życiu. Wobec dużego – pięćdziesięcioprocentowego prawdopodobieństwa przeżycia Andrzeja G. w razie przeprowadzenia wszelkich niezbędnych badań, postawienia trafnej diagnozy i podjęcia właściwych zabiegów terapeutycznych, jego śmierć stanowiła skutek zaniechania Wojciecha G. i Hanny C.⁴

Lekarz Wojciech G. został uznany winnym tego, że w dniu 10 lutego 2004 r. w Ł. rejonu białostockiego, pełniąc obowiązki lekarza Oddziału Chirurgii SP ZOZ w Ł., w trakcie badania Andrzeja G. wyżej wymienionego dnia około godziny 15.20 na Izbie Przyjęć SP ZOZ w Ł., w związku z odniesionym przez niego urazem głowy, nie ustalił w drodze wywiadu okoliczności powstania urazu, nie przeprowadził badania neurologicznego i nie zlecił wykonania zdjęcia przeglądowego RTG czaszki, w następstwie czego nie podjął właściwego leczenia, czym nieumyślnie spowodował jego śmierć, tj. czynu z art. 155 k.k. i za to na mocy art. 155 k.k. skazano go na karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności. Na mocy art. 69 § 1 i 2 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 k.k. wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności warunkowo zawieszono na okres próby wynoszący trzy lata. Wobec oskarżonego orzeczono na mocy art. 71 § 1 k.k. karę stu osiemdziesięciu stawek dziennych grzywny, ustalając, że wysokość jednej stawki dziennej jest równa kwocie pięćdziesięciu złotych. Na mocy art. 41 § 1 k.k. orzeczono wobec Wojciecha G. środek karny w postaci zakazu wykonywania zawodu lekarza na okres 2 lat⁵. Zatem podstawę faktyczną przypisania lekarzowi Wojciechowi G. odpowiedzialności karnej za skutek stanowiło popełnienie przez niego tzw. błędu diagnostycznego, który wynik-

⁴ Z uzasadnienia wyroku Sądu Rejonowego w Białymstoku z dnia 19 maja 2005 r., III K 4088/04.

⁵ Wyrok Sądu Rejonowego w Białymstoku z dnia 19 maja 2005 r., III K 4088/04.

nał z zaniechania podjęcia czynności niezbędnych do prawidłowego rozpoznania (błąd przez zaniechanie)⁶.

Pielęgniarka Hanna C. została uznana winną tego, że w dniu 10 lutego 2004 r. w Ł. rejonu białostockiego, pełniąc obowiązki pielęgniarki na Izbie Przyjęć SP ZOZ w Ł., po zakończonym zaopatrzeniu chirurgicznym rany głowy Andrzeja G. nie powiadomiła o wystąpieniu u niego wymiotów, przez co lekarz został pozbawiony szczególnie ważnej informacji klinicznej, co skutkowało niepodjęciem dalszego właściwego leczenia, czym nieumyślnie spowodowała jego śmierć i za to na mocy art. 155 k.k. została skazana na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności. Na mocy art. 69 § 1 i 2 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 k.k. wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności warunkowo zawieszono na okres próby wynoszący trzy lata. Wobec oskarżonej orzeczono na mocy art. 71 § 1 k.k. karę stu stawek dziennych grzywny, ustalając, że wysokość jednej stawki dziennej jest równa kwocie dwudziestu złotych. Na mocy art. 41 § 1 k.k. orzeczono wobec Hanny C. środek karny w postaci zakazu wykonywania zawodu pielęgniarki na okres 2 lat. Zaskarżony apelacją wniesioną przez obrońców oskarżonych wyrok Sądu Rejonowego w Białymstoku z dnia 19 maja 2005 r. sygn. Akt III K 4088/04 utrzymano w mocy, uznając apelacje obrońców za oczywiście bezzasadne.

Pomijając rozważania sądu odnośnie ustalenia stanu faktycznego, oceny postępowania oskarżonych, w tym problemu ustalenia związku pomiędzy zaniechaniami oskarżonych a skutkiem w postaci śmierci ofiary, jako zagadnienia nie służące realizacji celów niniejszego opracowania, należy zwrócić uwagę na proces oznaczania źródeł obowiązku oskarżonych, który pozwolił na przypisanie im odpowiedzialności za nieumyślne spowodowanie śmierci popełnione przez zaniechanie.

W uzasadnieniu wyroku pierwszej instancji sąd zważył, iż czyn oskarżonego Wojciecha G. wypełnił znamiona przestępstwa określonego w art. 155 k.k. W sytuacji, w jakiej znalazł się oskarżony, reguły sztuki lekarskiej wymagały

⁶ Z błędem przez zaniechanie mamy do czynienia wtedy, gdy w celu rozpoznania schorzenia lekarz nie przedsięwzię wszystkich czynności uznanych za wskazane i znane nauce medycznej (metody i środki badawcze). Tak J. Sawicki, *Błąd sztuki przy zabiegu leczniczym w prawie karnym*, Warszawa 1965, str. 68 i n., zob. także S. Raszeja, *Zagadnienia prawnomedyczne ze szczególnym uwzględnieniem odpowiedzialności prawnej*, [w:] S. Raszeja, Ł. Nasiłowski, J. Markiewicz, *Medycyna sądowa. Podręcznik dla studentów*, Warszawa 1993, str. 275. Według A. Liszewskiej błąd diagnostyczny zachodzi wówczas, gdy nastąpi wadliwe rozpoznanie stanu zdrowia pacjenta, którego źródłem jest naruszenie przez lekarza obowiązujących zasad postępowania medycznego. Błąd ten może polegać na nieprawidłowym ustaleniu, że pacjent cierpi na określone schorzenie, pomimo iż faktycznie jest on zdrowy (tzw. błąd pozytywny) albo na stwierdzeniu braku choroby w przypadku jej występowania, albo rozpoznaniu innej choroby niż ta, która rzeczywiście wystąpiła (błąd negatywny). A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998, str. 154 i n.

przeprowadzenia wszechstronnych badań – odebrania szczegółowego wywiadu, przeprowadzenia badania neurologicznego i wykonania zdjęć przeglądowych RTG czaszki. Zaniechanie wykonania tych badań stanowiło naruszenie zasad ostrożności wymaganych od oskarżonego i prowadziło do skutku w postaci śmierci pokrzywdzonego Andrzeja G. Przestępstwo oskarżonego było popełnione przez zaniechanie, dlatego przypisanie mu skutku wymaga ustalenia, czy był gwarantem nienastąpienia skutku, o jakim mowa w art. 2 k.k. Oskarżony miał szczególny prawny obowiązek niedopuszczenia do śmierci pokrzywdzonego, co wynika zarówno z Ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Tekst jednolity Dz. U. 2002 r., Nr 21, poz. 204), jak i z łączącego go ze szpitalem w Ł. stosunku pracy. (...) Ponadto Wojciech G., jako pracownik szpitala w Ł. miał obowiązek udzielania świadczeń medycznych, a więc również podejmowania czynności zmierzających do ratowania życia. Dlatego ciążył na nim szczególny prawny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi w postaci śmierci jego pacjenta Andrzeja G. Oskarżony nie chciał popełnić czynu zabronionego, ale mógł i powinien był przewidzieć skutek swojego zachowania. Jego zachowanie wypełniło wszystkie znamiona strony przedmiotowej i podmiotowej przestępstwa nieumyślnego spowodowania śmierci określonego w art. 155 k.k.

Również oskarżona Hanna C. popełniła przestępstwo określone w art. 155 k.k. (...) Wprawdzie żaden z przepisów Ustawy z dnia 5 lipca 1996 r. o zawodach pielęgniarstwa i położnej nie zobowiązuje pielęgniarek do informowania lekarzy o ważnych objawach klinicznych, które wystąpiły u pacjentów, jednak taki obowiązek należy uznać za regułę ostrożności nieskodyfikowaną, wynikającą z ustaleń wiedzy medycznej i zasad udzielania świadczeń zdrowotnych. (...) Czyn oskarżonej polegał na zaniechaniu, więc również w jej przypadku należało ustalić, czy ciążył na niej obowiązek zapobiegnięcia skutkowi. W ocenie sądu obowiązek taki wynikał z art. 19 Ustawy z dnia 5 lipca 1996 r. o zawodach pielęgniarstwa i położnej. W myśl powyższego przepisu pielęgniarka ma obowiązek udzielić pomocy w każdym przypadku niebezpieczeństwa utraty życia lub poważnego uszczerbku na zdrowiu pacjenta zgodnie z posiadanymi kwalifikacjami. Natomiast z art. 4 ust. 2 pkt 1 cytowanej ustawy udzielanie świadczeń zdrowotnych polega między innymi na rozpoznawaniu potrzeb zdrowotnych. Z art. 19 Ustawy o zawodach pielęgniarstwa i położnej wynika, że osoba wykonująca zawód pielęgniarstwa w sytuacji zagrożenia życia ma obowiązek udzielić pomocy w każdym przypadku zagrożenia życia, niezależnie od tego, czy opieka nad pacjentem została jej zlecona, czy podjęta jej się sama. Obowiązek ten dotyczy również udzielenia pomocy osobom, które przypadkowo znalazły się w sytuacji zagrożenia życia, a pielęgniarka przypadkowo jest w pobliżu takiej osoby. Tym bardziej pielęgniarka ma obowiązek udzielić pomocy i podjąć czynności zmierzające do ratowania życia w przypadku pacjentów jednostki, w której

jest zatrudniona. Niewątpliwie Andrzej G. był pacjentem szpitala w Ł. i znalazł się w sytuacji zagrożenia życia. Hanna C. powinna była rozpoznać jego potrzeby zdrowotne i właściwie zareagować, co w tym przypadku oznacza powiadomienie lekarza o wymiotach chłopca.

Prawny, szczególnie obowiązek zapobiegnięcia śmierci chłopca wynikał nie tylko z ustawy, ale również z zachowania oskarżonej, która po zabiegu z własnej woli podjęła się krótkiej obserwacji pokrzywdzonego. W tym czasie Andrzej G. znajdował się pod jej opieką medyczną i miał prawo oczekiwać, że będzie ona wykonywana w sposób fachowy. Nie ma znaczenia, że opieka była doraźna i podjęta bez zlecenia lekarza, bowiem przyjęcie na siebie obowiązku pieczy nad dobrem prawnym, czyli funkcji gwaranta, może być dobrowolne i doraźne. Reasumując, należy stwierdzić, że można wskazać dwa źródła ciężącego na oskarżonej obowiązku prawnego pieczy nad życiem Andrzeja G., więc niewątpliwie była ona gwarantem nienastąpienia skutku, o którym mowa w art. 2 k.k. Oskarżona nie chciała śmierci chłopca, ani nie godziła się na taki skutek swojego postępowania, jednak powinna i mogła była przewidzieć, że jej zachowanie do takiego skutku doprowadzi, dlatego popełniła czyn nieumyślnie. Zachowanie oskarżonej wypełniło wszystkie znamiona strony przedmiotowej i podmiotowej przestępstwa nieumyślnego spowodowania śmierci.

Przypadek 2

Jarosław P. został oskarżony o to, że w dniu 7 czerwca w Ł. rejonu białostockiego, będąc zatrudnionym w charakterze lekarza w Pogotowiu Ratunkowym w Ł., w trakcie udzielania pomocy medycznej Michałowi Rz., nieumyślnie naraził go na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu poprzez zaniechanie wykonania powtórnego poprawnego zdjęcia RTG czaszki w projekcji przednio-tylnej bądź tomografii komputerowej oraz konsultacji z neurochirurgiem, co doprowadziło do nieuzasadnionego odstąpienia od bezwzględnej hospitalizacji obserwacyjnej pokrzywdzonego, która umożliwiłaby dogłębną ocenę kliniczną jego stanu zdrowia, tj. o czyn z art. 160 § 3 k.k.

Wyrokiem Sądu Rejonowego w B. z dnia 14 maja 2003 r. został uznany winnym tego, że w dniu 7 czerwca 1999 r., będąc zatrudnionym w charakterze lekarza w Pogotowiu Ratunkowym w Ł., w trakcie udzielania pomocy medycznej Michałowi Rz., nieumyślnie naraził go na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu poprzez zaniechanie wykonania powtórnego poprawnego zdjęcia RTG czaszki w projekcji przednio-tylnej bądź tomografii komputerowej oraz konsultacji z neurochirurgiem, co doprowadziło do nieuzasadnionego odstąpienia od bezwzględnej hospitalizacji obserwacyjnej pokrzywdzonego, która

umożliwiłaby dogłębną ocenę kliniczną jego stanu zdrowia, tj. o czyn z art. 160 § 3 k.k. i skazany na karę 100 stawek dziennych grzywny, przy czym wysokość jednej stawki dziennej sąd ustalił na 20 zł⁷. Wyrok nie został zaskarżony.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny: W dniu 7 czerwca Michał Rz. został pobity przez n.n. Do pobicia doszło około godziny 22. Po pobiciu pozostawiono go leżącego bez jakiejkolwiek pomocy na asfaltowej uliczce. Tego dnia w Zakładzie Pomocy Doraźnej w Ł. pełnił dyżur Jarosław P. Późnym wieczorem został wezwany do pacjenta z urazem głowy. Po przybyciu na miejsce zastał funkcjonariuszy policji i dziewczynę oraz leżącego młodego mężczyznę – Michała Rz. Ani funkcjonariusze policji, ani dziewczyna nie wiedzieli, dlaczego leżał on na ulicy, znajdująca się na miejscu dziewczyna widziała jedynie, że wcześniej Michał Rz. spożywał alkohol, zaś funkcjonariusze policji uzyskali informację, że młody mężczyzna leży pod blokiem, więc przyjechali i wezwali karetkę pogotowia. Po przeprowadzeniu wywiadu z osobami zastanymi na miejscu Jarosław P. próbował nawiązać kontakt z leżącym mężczyzną. Na jego pytanie o dane personalne odpowiedział, że nazywa się Michał Rz. Na pozostałe pytania nie odpowiadał. Jego mowa była bełkotliwa. Badając Michała Rz. Jarosław P. stwierdził, że w okolicy potylicznej głowy znajdują się dwa otarcia naskórka z dużymi ilościami przyschniętej krwi. Wokół otworu nosowego stwierdził niewielkie ślady przyschniętej krwi. Wobec tych spostrzeżeń Jarosław P. zdecydował o przetransportowaniu Michała Rz. do ambulatorium.

W trakcie transportu Michał Rz. zwymiotował treścią pokarmową o silnej woni alkoholu. Po przybyciu do ambulatorium Jarosław P. przystąpił do badania Michała Rz. W trakcie badania w skórze głowy stwierdził dwa otarcia naskórka, które zauważył już wcześniej, nie stwierdził wylewów podskórnych ani odruchów, które mogłyby świadczyć o urazie centralnego układu nerwowego. Zlecił on wykonanie dwóch zdjęć rentgenowskich czaszki: jednego w projekcji przednio-tylnej, drugiego w projekcji bocznej.

W czasie badania rodzice Michała Rz. zostali powiadomieni przez funkcjonariuszy policji, że ich syn został odwieziony na pogotowie. W związku z otrzymaną wiadomością Irena Rz. i Jan Rz. udali się do ambulatorium, gdzie przebywał ich syn. Przybyli w chwili, gdy Jarosławowi P. dostarczono wywołane zdjęcia rentgenowskie czaszki Michała Rz. Jarosław P. obejrzał zdjęcia i nie stwierdzając uszkodzeń czaszki stwierdził, że Michał Rz. jest w stanie głębokiego upojenia alkoholowego, ponadto doznał powierzchownego urazu głowy. W związku z tym skierował pacjenta do izby wytrzeźwień. Rodzice Michała Rz. chcieli jednak zabrać syna do domu, na co Jarosław P. się zgodził. Po chwili Irena i Jan Rz. sprowadzili samochód i przewieźli Michała Rz. do domu.

⁷ Wyrok Sądu Rejonowego w Białymstoku z dnia 14.05.2003 r., 1909/01.

Postawiona przez Jarosława P. diagnoza była błędna. Michał Rz. w wyniku pobicia doznał kilku otarć naskórka, obrzęku i podbiegnięć krwawych na tyłogłowie, drobnego pęknięcia skóry i podbiegnięcia krwawego w okolicy lewego łuku brwiowego, rozległego podbiegnięcia krwawego na wewnętrznej powierzchni powłok miękkich głowy w okolicy skroniowo-ciemieniowo-potylicznej lewej, złamania łuski kości potylicznej lewej, przy czym linia złamania biegła w kierunku podstawy czaszki i w kierunku sklepienia, krwiaka podtwardówkowego po stronie prawej, stłuczenia biegunów przednich obu płatów czołowych i biegunów przednich obu płatów skroniowych, krwiaków wśródmózgowych, stłuczenia kory mózgowej płata potylicznego lewego, drobnych ognisk stłuczenia w pniu mózgu, wstrząśnienia mózgu i obrzęku mózgu dużego stopnia. Obrażenia, których doznał, realnie zagrażały jego życiu, wymagały jego hospitalizacji obserwacyjnej i po wnikliwej diagnozie podjęcia zabiegów terapeutycznych. Było to możliwe jedynie w warunkach szpitalnych. Tymczasem na skutek decyzji Jarosława P. Michał Rz. znalazł się w domu pod opieką rodziców, którzy ze względu na brak kwalifikacji nie mogli mu udzielić właściwej pomocy. Diagnoza postawiona przez Jarosława P. była poprzedzona jedynie pobieżnym badaniem. Zdjęcia rentgenowskie były wykonane w sposób nieprawidłowy, zaś badający nie uwzględnił, że objawy stłuczenia mózgu zwykle narastają w ciągu kilku godzin i nie muszą być widoczne bezpośrednio po pobiciu. Nie wziął też pod uwagę, że upojenie alkoholowe, w którym znajdował się Michał Rz., może maskować objawy urazu centralnego układu nerwowego, gdyż utrata przytomności i wymioty są charakterystyczne dla stłuczenia mózgu, jak i upojenia alkoholowego. Na skutek błędnej diagnozy Jarosława P. i podjętej w jej wyniku decyzji wydania go pod opiekę rodziców niebezpieczeństwo utraty życia, które zagrażało Michałowi Rz. na skutek pobicia i doznanych obrażeń ciała, istotnie się powiększyło, gdyż został on pozbawiony fachowej opieki medycznej w sytuacji, gdy stan jego zdrowia z każdą chwilą się pogarszał.

W dniu 8 czerwca 1999 r. w godzinach rannych najbliżsi Michała Rz. stwierdzili, że pomimo upływu kilku godzin nie odzyskuje on przytomności. Zaniepokojeni tym faktem wezwali karetkę pogotowia. Przybyły na miejsce lekarz Marek T. zastał Michała Rz. w ciężkim stanie i natychmiast zabrał go do szpitala. Tam przeprowadzono ponowną diagnozę i podjęto zabiegi zmierzające do ratowania życia Michała Rz. Tego samego dnia około godziny 14.50 Michał Rz. został przyjęty do Kliniki Neurologii Szpitala PSK w B., gdzie rozpoczęto jego dalsze leczenie. Kolejne zabiegi operacyjne nie przyniosły jednak efektu i w dniu 22 czerwca 1999 r. o godzinie 11.15 Michał Rz. nie odzyskując przytomności zmarł.

Sąd stwierdził, że вина oskarżonego nie budzi wątpliwości. Z uzasadnienia: „Oskarżony nie przeprowadził rzetelnej diagnozy pokrzywdzonego i wyciągnął błędne wnioski co do jego stanu zdrowia (...). Pozostawienie pokrzywdzonego bez fachowej

opieki lekarskiej skutkowało rozwojem doznanych przez niego obrażeń i zmniejszyło szansę na uratowanie jego życia, redukując ją niemal do zera. Zasady postępowania w takich przypadkach powinny być znane każdemu lekarzowi”.

Ważnymi dowodami w sprawie były opinie biegłych z dwóch różnych ośrodków. *„Biegli stwierdzili, że oskarżony nie tylko przyczynił się do powstania stanu niebezpieczeństwa, ale mógł się również przyczynić do jego śmierci. Wobec tego, że stwierdzenie to nie było kateryczne, sąd kierując się zasadą in dubio pro reo ustalił, że oskarżony przyczynił się jedynie do powstania bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia bądź ciężkiego uszkodzenia ciała⁸. Sąd uznał, że wymierzona sprawcy kara jest wystarczająca, aby wykazać oskarżonemu naganność jego postępowania oraz uświadomić mu konieczność rzetelnego wykonywania obowiązków zawodowych. Wymierzona oskarżonemu kara stanowić będzie też sygnał dla innych, że czyny polegające na niewłaściwym wypełnianiu obowiązków zawodowych spotykają się z reakcją i nie pozostają bezkarne”.*

W zaprezentowanym przypadku trafnie przyjęto kwalifikację czynu z art. 160 § 3 k.k., ponieważ nie budzi wątpliwości, iż czyn ten może zostać popełniony zarówno przez działanie, jak i zaniechanie. Zaniechanie to może wystąpić w postaci prostego zaniechania, lub, tak jak w obu zaprezentowanych kazusach, w postaci zaniechania powstałego w wyniku błędu w diagnozie⁹. Sąd nie uznał jednak za stosowne odwołanie się do treści art. 2 k.k., poprzestając jedynie na wskazaniu art. 160 § 3 k.k. jako podstawy prawnej odpowiedzialności karnej lekarza. Oznacza to, iż sąd ustalił, iż czyn polegający na narażeniu na niebezpieczeństwo został popełniony nieumyślnie, lecz nie wskazał, czy czyn ten odpowiada opisowi z art. 160 § 1 k.k., czy 160 § 2 k.k. W piśmiennictwie znalazło wyraz nie budzące wątpliwości przekonanie, iż ciążyący na sprawcy przestępstwa z art. 160 § 2 k.k. obowiązek opieki nad osobą narażoną na niebezpieczeństwo należy rozumieć w znaczeniu art. 2 k.k., a więc powinien to być prawny, szczególnie obowiązek zapobiegnięcia powstaniu bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia pokrzywdzonego¹⁰. Zatem należy uznać, iż zachowanie lekarza odpowiada opisowi z art. 160 § 2 k.k. Należy zaznaczyć, iż udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy na lekarzu ciążył obowiązek opieki, nie było w przypadku drugim istotne z punktu widzenia wysokości sankcji.

⁸ Trafnie uznano, że skutek z art. 160 § 3 k.k. polegać może nie tylko na wywołaniu niebezpieczeństwa, ale też na zwiększeniu stopnia niebezpieczeństwa. Zob. wyrok SN z dnia 3 czerwca 2004 r., V KK37/04, OSNKW 2004, nr 7–8, poz. 73.

⁹ M. Filar, *Odpowiedzialność karna lekarza za zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego (nieudzielenie pomocy)*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 3, str. 33.

¹⁰ A. Zoll [w:] A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom II*, Warszawa 2008, str. 347.

3. Wnioski

W piśmiennictwie wskazuje się, iż w takich jak analizowane sprawach, w których istotą jest popełnienie przez lekarza błędu medycznego, w większości nie jest możliwe przypisanie lekarzom spowodowania skutków w postaci śmierci pacjenta, naruszenia czynności jego ciała lub rozstroju zdrowia. Z powodu niemożności udowodnienia związku pomiędzy nieprawidłowym postępowaniem lekarza a skutkiem w postaci czysto fizycznej zmiany w świecie zewnętrznym w praktyce wymiaru sprawiedliwości często przyjmuje się kwalifikację z art. 160 k.k. Z punktu widzenia prawa, nieprawidłowości popełnione w przebiegu leczenia nie są bowiem „bezsłowne”, o ile wywołały materialny skutek w postaci bezpośredniego zagrożenia dla zdrowia lub życia. Stanowiące skutek konkretne niebezpieczeństwo powinno charakteryzować się cechą bezpośredniości, rozumianą jako wysokie prawdopodobieństwo wystąpienia ujemnych następstw groźących niezwłocznie¹¹. Wyrażono pogląd, iż „przedmiotem zainteresowania organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości (...) są bowiem nie tylko cielesne skutki ostateczne i możliwość udowodnienia, iż zachodzi związek przyczynowy między nimi a konkretnym działaniem (zaniechaniem) lekarza, lecz również (a może przede wszystkim) wykazanie charakteru popełnionych nieprawidłowości”¹².

Warunkiem koniecznym przypisania sprawcy odpowiedzialności za skutek jest stwierdzenie istnienia powiązania pomiędzy jego zachowaniem się a skutkiem. Uznając, iż obok działania lekarza, również jego zaniechanie może być związane ze skutkiem stanowiącym znamię czynu zabronionego, należy wskazać, iż pomiędzy zaniechaniem lekarza a niekorzystnym dla życia lub zdrowia człowieka skutkiem nie musi zachodzić powiązanie przyczynowe. Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie wskazano, iż ustalenie odpowiedzialności za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie powinno zostać stwierdzone w świetle możliwości obiektywnego przypisania skutku. Według stanowiska SN, dla przypisania odpowiedzialności za spowodowanie skutku poprzez zaniechanie, zaniechanie to musi być bezprawne, oparte wyłącznie na powiązaniu normatywnym ze skutkiem¹³. A. Zoll podkreślił, iż „zaniechanie, jako cecha wskazująca na brak ruchu w nakazanym przez normę prawną kierunku, nie pozostaje ze skutkiem w związku przyczynowym”¹⁴.

¹¹ A. Marek, op. cit., str. 118.

¹² G. Teresiński, R. Mądro, *Lekarskie aspekty narażenia na niebezpieczeństwo utraty zdrowia lub życia. I. Problem skutku potencjalnego w opiniowaniu sądowo-lekarskim*, „Z Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 2001, nr 1.

¹³ Wyrok SN z dnia 22 listopada 2005 r., V KK 100/05, LEX nr 164374.

¹⁴ A. Zoll [w:] A. Zoll, *Kodeks karny...*, str. 62.

W przypadku przestępstw polegających na narażeniu dobra prawnego na konkretne niebezpieczeństwo popełnionych przez zaniechanie należy przeanalizować, czy zachowanie sprawcy stwarzało lub istotnie zwiększało nieakceptowane prawnie niebezpieczeństwo dla dobra prawnego stanowiącego przedmiot zamachu i właśnie to niebezpieczeństwo zrealizowało się w postaci wystąpienia danego skutku¹⁵. W przypadku skutku w postaci narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo irrelevantne jest, czy zobowiązany do działania (lekarz) swoim zachowaniem nie przeszkodził wystąpieniu bezpośredniego niebezpieczeństwa, czy też jedynie przez zaniechanie wykonania obowiązku nastąpiło zwiększenie bezpośredniego zagrożenia, którego samego powstania nie można przypisać zobowiązanemu¹⁶.

W piśmiennictwie wystąpił pogląd zawężający możliwość przypisania skutku w przypadku zaniechania do sytuacji, gdy „na podstawie wiedzy i doświadczenia życiowego można stwierdzić, że gdyby zobowiązany podjął działanie zgodnie z regułami postępowania, to nie doszłoby do nastąpienia skutku”¹⁷. Według A. Wąska, do przypisania odpowiedzialności karnej za dokonanie przestępstwa skutkowego z zaniechania konieczne jest ustalenie, że spełnienie przez sprawcę wymaganego obowiązku działania przeszkodziłoby (z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością) nastąpieniu skutku przestępnemu albo istotnie zmniejszyłoby ryzyko jego nastąpienia¹⁸. Należy uznać, że takie właśnie, szersze ujęcie lepiej odpowiada realiom, zwłaszcza dotyczącym prawnokarnej oceny zachowania lekarza, ponieważ w toku leczenia rzadko można mówić o pewności w kwestii oczekiwanych rezultatów leczenia, natomiast ocenia się prawdopodobieństwo wystąpienia określonych efektów czynności podejmowanych przez lekarza.

W doktrynie wyrażono trafny pogląd, iż w przypadku przestępstw konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo popełnionych przez zaniechanie, brak aktywności gwaranta doprowadza do tego, że nie zostaje zmniejszony stan istniejącego niebezpieczeństwa dla dobra, które jest on zobowiązany chronić¹⁹. Zatem skutek w przypadku przestępstw materialnych polegających na narażeniu dobra prawnego na niebezpieczeństwo konkretne, popełnionych przez zaniechanie, polegać może na zwiększeniu stanu konkretnego niebezpieczeństwa dla do-

¹⁵ J. Giezek [w:] J. Giezek (red.), op. cit., str. 47, także wyr. SN z dnia 9 maja 2002 r., V KK 21/02, LEX nr 54393, wyr. SN z dnia 24 lutego 2005 r., V KK 375/04, OSNKW 2005, z. 3, poz. 31.

¹⁶ A. Zoll [w:] A. Zoll, *Kodeks karny...*, str. 62–63.

¹⁷ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, str. 201.

¹⁸ A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz, tom I (art. 1–31)*, Gdańsk 1999, str. 43.

¹⁹ M. Bielski, *Prawnokarne przypisanie skutku w postaci konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo – uwagi na marginesie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2004 r., V KK 37/04, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 4, str. 119.*

bra prawnego lub też jedynie na utrzymaniu poziomu niebezpieczeństwa, który to poziom gwarant winien swoim zachowaniem obniżyć. W orzecznictwie podkreślono, iż w kwestii pociągnięcia lekarza-gwaranta do odpowiedzialności karnej na podstawie art. 160 k.k. bez znaczenia pozostaje, czy lekarz ten w wyniku zaniechania udzielenia świadczenia zdrowotnego spowodował bezpośrednio niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia pacjenta, czy też jedynie poprzez swoją beczynność zdynamizował przebieg i rozwój procesów chorobowych w ten sposób, że zaczęły one zagrażać bezpośrednio życiu lub zdrowiu²⁰. Podkreślić trzeba, iż zgodnie z powyższym, nawet jeśli zaniechanie lekarza-gwaranta nie spowodowało zmiany w świecie zewnętrznym w postaci zdynamizowania stanu konkretnego niebezpieczeństwa, to samo niedopełnienie obowiązku poprzez niepodjęcie działania zmierzającego do zapobiegnięcia skutkowi (beczynność lekarza) stanowić będzie wystarczającą podstawę do przypisania mu odpowiedzialności karnej w świetle art. 2 k.k., ponieważ powinien on dążyć do zmniejszenia niebezpieczeństwa grożącego pacjentowi.

W świetle koncepcji obiektywnego przypisania skutku sprawca może zostać pociągnięty do odpowiedzialności jedynie wtedy, gdy w zaistniałym skutku urzeczywistniło się stworzone przez sprawcę niebezpieczeństwo, którego powstaniu miało zapobiec przestrzeganie naruszonej przez sprawcę reguły ostrożności²¹. Dlatego też lekarz może zostać pociągnięty do odpowiedzialności za skutek wtedy, gdy jego zachowanie (działanie lub zaniechanie) pozostawiać będzie w sprzeczności z zasadami sztuki medycznej i to właśnie naruszenie zasad sztuki medycznej stało się przyczyną zaistnienia skutku w postaci naruszenia dobra prawnego lub narażenia go na niebezpieczeństwo (choćby nieumniejszenia konkretnego niebezpieczeństwa)²². Cytując orzeczenie SN, „niedopełnienie obowiązku polega na zaniechaniu podjęcia takich czynności, które w danej sytuacji faktycznej, zgodnie z obowiązującymi przepisami i regułami postępowania, należało podjąć²³. Jeżeli działania, których zaniechał lekarz, naruszając przy tym zasady sztuki lekarskiej, nie byłyby skutecznym sposobem na zmniejszenie poziomu niebezpieczeństwa, to nie można w świetle teorii obiektywnego przypisania skutku pociągnąć go do odpowiedzialności za popełnienie materialnego przestępstwa z zaniechania²⁴. W orzecznictwie podkreślono, iż w wypadku, gdy skutek stanowiący znamie materialnego przestępstwa z zaniechania wynikł z bezprawnych zachowań wielu osób, to odpowiedzialność za ten skutek w świetle art. 2 k.k. można przypisać

²⁰ Wyrok SN z dnia 5 listopada 2005 r., IV KKN 347/99, LEX nr 74394.

²¹ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2009, str. 75.

²² M. Bielski, op. cit., str. 19.

²³ Wyrok SN z dnia 10 grudnia 2002 r., IV KKN 667/99, LEX nr 74384.

²⁴ Ibidem, str. 19.

jedynie tym osobom, które nie dopełniły prawnego, szczególnego obowiązku zapobiegnięcia skutkowi i jedynie wtedy, gdy „w nastąpieniu skutku urzeczywistniło się niebezpieczeństwo, które wykonanie tego obowiązku miało odwrócić”²⁵.

Trudności w przypisaniu skutku może nastęrczać sytuacja, w której nieleczone zgodnie z zasadami sztuki lekarskiej proces chorobowy może prowadzić do różnych skutków – bezpośredniego niebezpieczeństwa ciężkiego uszczerbku na zdrowiu lub utraty życia, względnie skutku w postaci śmierci lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Na gruncie teorii obiektywnego przypisania skutku trudno jest sformułować kryteria pozytywne umożliwiające przypisanie w konkretnej sytuacji takiego, a nie innego skutku. Cytowane wyżej orzeczenie SN stanowi wskazówkę, która umożliwia eliminację i przypisanie odpowiedzialności za jeden z możliwych skutków. Należy podzielić pogląd, iż „jeżeli działania, których zaniechał lekarz, naruszając przy tym zasady sztuki lekarskiej, nie byłyby skutecznym sposobem na zmniejszenie poziomu niebezpieczeństwa, to nie można w świetle teorii obiektywnego przypisania skutku pociągnąć go do odpowiedzialności za popełnienie materialnego przestępstwa z zaniechania”²⁶.

Na gruncie konkretnej sytuacji, stosując się do wymienionej wyżej zasady, nie będzie można pociągnąć do odpowiedzialności lekarza za skutek w postaci śmierci lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, gdyby czynności, których zaniechał, nie zapobiegłyby śmierci pacjenta lub doznaniu przez niego ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. W takiej sytuacji można przypisać jedynie skutek w postaci bezpośredniego niebezpieczeństwa spowodowania śmierci lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Jeżeli zatem podjęcie zgodnych z zasadami sztuki lekarskiej zabiegów leczniczych nie prowadzioby do ocalenia życia chorego, w razie zaniechania podjęcia takich zabiegów lekarz może ponosić odpowiedzialność jedynie za skutek w postaci narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo spowodowania śmierci lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, czyli skutek określony w art. 160 k.k. (*vide* przypadek 2).

Trudność w przypisaniu skutku wynika również z tego, że pewne procesy chorobowe prowadzą do określonych skutków nie w każdym przypadku, ale jedynie w pewnej ich części. Przykładem tego mogą być obrażenia ciała w postaci krwaka nadtwardówkowego, którego doznał pokrzywdzony opisany w pierwszym przypadku. Podjęcie zabiegów leczniczych nie musiało prowadzić do zapobiegnięcia śmierci chorego, ponieważ śmiertelność w przypadku krwaków nadtwardówkowych wynosi około 50%. Z drugiej jednak strony przeżywalność w przypadku leczonych krwaków nadtwardówkowych wynosi również 50%. W takim przy-

²⁵ Wyrok SN z dnia 24 lutego 2005 r., OSNKW 2005, Nr 3, poz. 31.

²⁶ Wyrok SN z dnia 5 listopada 2005 r., IV KKN 347/99, LEX nr 74394, op. cit.

padku określenie skutku, któremu nie zapobiegł lekarz, jest szczególnie trudne. Nawet jednak, gdyby przeżywalność w przypadku jakiejś choroby kształtowała się na poziomie wyższym niż 50%, np. wynosiłaby 70%, to nie oznacza to, iż w konkretnym przypadku podjęcie właściwych zabiegów leczniczych zapobiegłoby śmierci chorego. Należy podkreślić, że wiedza medyczna daje odpowiedź na to, w ilu procentach przypadków, pomimo właściwego leczenia, następuje śmierć chorego, a nie na pytanie, czy konkretny chory w razie poddania go zabiegom leczniczym przeżyłby, czy nie.

W takiej sytuacji rodzi się pytanie, kiedy przypisać lekarzowi odpowiedzialność za skutek w postaci śmierci, a kiedy jedynie skutek w postaci bezpośredniego niebezpieczeństwa spowodowania śmierci lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Trudno uniknąć odniesienia się do kryterium prawdopodobieństwa wystąpienia śmierci (ciężkiego uszczerbku na zdrowiu). Jeżeli leczenie określonej choroby z dużym prawdopodobieństwem zapobiegłoby skutkowi, to niewątpliwie lekarzowi, który leczenia zaniechał, należałoby przypisać skutek w postaci śmierci chorego i na odwrót, w razie gdyby prawdopodobieństwo zapobieżenia śmierci było małe, lekarzowi, który zaniechał leczenia, można by przypisać skutek w postaci bezpośredniego niebezpieczeństwa spowodowania śmierci (ciężkiego uszczerbku na zdrowiu). Stosowanie kryteriów ilościowych i powoływanie się na prawdopodobieństwo wystąpienia określonego skutku zbliża tę teorię do teorii adekwatnego związku przyczynowego. Różnica polega na tym, że sprawca poprzez swoje zaniechanie nie zapobiega prawdopodobnemu skutkowi, ale go nie powoduje, bowiem jak zaznaczono na wstępie, zaniechanie nie pozostaje w związku przyczynowym ze skutkiem.

W praktyce powyższa różnica ulega jednak zatarciu. Niezależnie od poglądów dotyczących przyczynowości zaniechania rolą organów procesowych jest ustalenie, czy prawidłowe z punktu widzenia sztuki medycznej leczenie zapobiegłoby konkretnemu skutkowi i jakie było tego prawdopodobieństwo. Kluczowe z punktu widzenia konstrukcji gwaranta znaczenie dla zagadnienia odpowiedzialności karnej ma ustalenie, na kim spoczywał prawny obowiązek podjęcia leczenia. Przypisanie sprawcy odpowiedzialności za określony skutek odbywa się zatem w dwóch płaszczyznach – ustaleniu wynikającego z przepisu prawa obowiązku dotyczącego konkretnego lekarza oraz ustaleniu możliwości zapobieżenia skutkowi poprzez podjęcie odpowiedniego leczenia. Konstrukcja gwaranta określona w art. 2 k.k. ogranicza krąg podmiotów, którym można przypisać odpowiedzialność prawną za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie, i zarazem stanowi podstawę normatywnego powiązania zaniechania ze skutkiem. Zważywszy na fakt, że przestępstwa popełniane przez lekarzy na skutek błędu w leczeniu są zawsze przestępstwami skutkowymi, w przypadku przestępstw popełnionych

przez zaniechanie zawsze konieczne jest rozważanie odpowiedzialności lekarza przez pryzmat art. 2 k.k. i odwoływanie się do konstrukcji gwaranta.

COMMENTS CONCERNING CRIMINAL RESPONSIBILITY OF A PHYSICIAN FOR AN OMISSION (*BASED ON A CASE STUDY*)

The present paper discusses the issue of criminal responsibility of a physician for an omission. In the light of the applicable provision of the Penal Code of 1997, the criminal-law evaluation of an omission to provide medical aid by a physician in the presence of a risk to life or health of a person is two-directional. First, such behavior may constitute the formal crime of not providing aid, under art. 162 (1) of the Penal Code. Secondly, an omission to provide treatment may meet the criteria of a consequential crime committed by omission, directed against the life or health of a person, if it found that in the specific circumstances the physician had a special legal duty to prevent the consequence. Based on the literature, it was concluded that the matters of understanding of the special legal duty to prevent a consequence and of the sources of the guarantor's duty in the Polish criminal law raise numerous doubts.

The original cause of the risk faced by the patient is the disease, which initially develops independently of the physician's actions. By taking medical measures, the physician interferes with this process to prevent the negative effects, which would have taken place if such measures were not taken. A situation is also possible where the physician fails to take appropriate medical measures and to prevent the development of the disease. Without any treatment, or proper treatment, the patient's disease becomes exacerbated and the risk to the patient's life or health increases. The risk may reach a level that puts the patient's life and health in imminent danger or may materialize as a purely physical change in the outside world when the patient dies or loses health. It must be underscored that even if the source of this risk is an element of the outside world, which is independent of the physician, since the first contact with the patient the doctor can influence the development of the disease. In the case of presence of a special legal duty to prevent a consequence, mentioned in art. 2 of the Penal Code, the physician, under criminal responsibility, must monitor the development of the disease and take steps that are appropriate in the specific case in accordance with the principles of medicine.

The authors illustrated the principles of criminal responsibility of physicians for criminal omissions in connection with their professional practice using, as case studies, two cases in which enforceable verdicts were issued. The criterion for the selection of the cases to be studied was the person of the convict – a physician who committed a crime consisting, in its essence, in not taking life- and health-saving measures. The two selected cases concerned crimes whose source was a physician's

erroneous diagnosis. The literature indicates that in most such cases, where the essence of the crime is a physician's medical error, it is not possible to convict the physician of causing consequences such as the death of a patient, disturbance of his or her bodily functions, or a health disorder. Because it is not possible to prove the connection between the physician's improper behavior and the effect, taking the form of a purely physical change in the outside world, in practice the judicial system often qualifies the offense under art. 160 of the Penal Code.

Informacje dla Autorów

Prosimy o nadsyłanie artykułów w formie elektronicznej (na dyskietkach bądź e-mailem) oraz w formie komputerowych wydruków na adres:

Kwartalnik „Studia Prawnicze”
Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk
ul. Nowy Świat 72
00-330 Warszawa
e-mail: inp@inp.pan.pl

Komputerowy wydruk winien być podpisany własnoręcznie przez Autora.

Artykuły powinny spełniać następujące warunki formalne:

- **Abstrakt:** tekst powinien być poprzedzony nie dłuższym niż 200 słów streszczeniem, zawierającym informację o tematyce i głównych tezach artykułu. Abstrakt, łącznie z tytułem, należy przetłumaczyć na język angielski.
- **Tekst:** Objętość artykułu nie powinna przekraczać dwóch arkuszy wydawniczych (ok. 44 strony znormalizowane, 80 000 znaków typograficznych). Cytowanie i powołania innych autorów powinny być oznaczone w tekście w formie przypisów, umieszczonych na dole odnośnej strony i mieć formę przyjętą w ostatnich zeszytach kwartalnika. Pełną bibliografię należy dołączyć na osobnej stornie na końcu artykułu.

Autor jest zobowiązany podać swoją afiliację i tytuł naukowy oraz adres korespondencyjny: stacjonarny i mailowy.

Recenzje: o przyjęciu bądź nieprzyjęciu artykułu do druku decyduje opinia dwóch recenzentów.

Nadesłane materiały nie będą zwracane.