

MACIEJ GIARO*

DYLEMATY TZW. FORMY PRZYPADKOWEJ PO NOWELIZACJI ART. 77 K.C.

1. WPROWADZENIE

Nowelizacja kodeksu cywilnego z 10 lipca 2015 r.¹ wzmogła zainteresowanie problematyką formy czynności prawnych, która została poszerzona o nowe regulacje, dotyczące przede wszystkim formy dokumentowej. Nie powinno to jednak przysłańać dawniejszych i nadal dylematycznych zagadnień. Do takich właśnie należy zagadnienie tzw. formy przypadkowej. Zyskało ono nawet na aktualności, gdyż wskazana nowelizacja rzuca nowe światło na dotychczasowe poglądy, które wymagają weryfikacji pod kątem nowego stanu prawnego. Niniejsze opracowanie jest poświęcone dylematom formy przypadkowej pojawiającym się na tle znowelizowanego art. 77 k.c. Jak zostanie pokazane, są one na tyle poważne, że wobec znaczenia wymagań formalnych dla pewności obrotu prawnego uzasadniają ponowną interwencję legislacyjną.

* Autor jest adiunktem w Katedrze Prawa Cywilnego Porównawczego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego; ORCID: 0000-0001-5073-6612.

¹ Ustawa z dnia 10 lipca 2015 r. o zmianie ustawy — Kodeks cywilny, ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1311).

2. POJĘCIE TZW. FORMY PRZYPADKOWEJ I JEJ PROBLEM NA TLE ART. 77 K.C.

Tak zwana forma przypadkowa czynności prawnej jest pojęciem doktrynalnym². Nieco ściślej mówi się o przypadkowym³ lub incydentalnym⁴ zachowaniu formy. W istocie chodzi bowiem nie o jakiś jej rodzaj, lecz o okoliczność przyjęcia przez strony zawierające umowę formy niewymaganej⁵, w tym surowszej niż wymagana⁶. Pojęcie formy przypadkowej oznacza, że ewentualne porozumienie stron co do formy umowy nie ma charakteru czynności prawnej — umowy o formę z art. 76 k.c., lecz jedynie zestrojenia działań faktycznych, tak jak na przykład pójście do notariusza⁷.

Sama dopuszczalność przyjęcia przez strony niewymaganej formy umowy leży poza sporem w świetle zasady swobody formy, a jeśli chodzi o przyjęcie formy surowszej od wymaganej w świetle technicznej zastępowalności form łagodniejszych surowszymi. Sporna jest natomiast ocena, czy przyjęta ponad wymagania, w szczególności ustawowe, forma umowy została w celu jej zawarcia przez strony przewidziana czy nie. Rozbieżności w tym względzie są relewantne na tle art. 77 § 1 i § 3 zdanie do średnika k.c., regulującego formę tzw. następczych czynności prawnych, tj. zmiany lub uzupełnienia (w dalszym ciągu będzie mowa jednolicie o zmianie⁸) oraz rozwiązania umowy, które wymagają formy tożsamej właśnie z formą przewidzianą w celu zawarcia umowy. Można przy tym wskazać dwa zasadnicze stanowiska.

Zgodnie z pierwszym z nich fakt zawarcia umowy w niewymaganej formie szczególnej oznaczałby dorozumiane zastrzeżenie przez strony w celu zawarcia umowy takiej właśnie formy⁹. Ta forma faktycznie przyjęta byłaby więc w rozumie-

² Zob. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk: *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2020, s. 384; A. Jedliński (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, t. 1, pod red. A. Kidyby, Warszawa 2012, s. 532; M. Krajewski: *Zmiany regulacji formy czynności prawnych*, Przegląd Prawa Handlowego 2003, nr 7, s. 11; K. Korus (w:) K. Korus i in.: *Kodeks cywilny. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy — Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw*, LEX/el. 2003, komentarz do art. 77 § 1, pkt 2.

³ E. Drozd: *Problematyka formy czynności prawnych na tle art. 77 k.c.*, *Studia Prawnicze* 1973, z. 38, s. 222.

⁴ W. Robaczyński (w:) *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, pod red. M. Pyziak-Szafnickiej, P. Księżaka, Warszawa 2014, s. 918.

⁵ E. Drozd: *Problematyka...*, *op. cit.*, s. 222; A. Jedliński (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 532; M. Krajewski: *Zmiany...*, *op. cit.*, s. 11.

⁶ R. Strugała (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, Warszawa 2019, s. 211.

⁷ Z. Radwański (w:) *System prawa cywilnego*, t. 1, *Część ogólna*, pod red. S. Grzybowskiego, Ossolineum 1985, s. 637.

⁸ Odróżnianie zmiany od uzupełnienia umowy jest mniej lub bardziej kategorycznie podawane w wątpliwość. Zob. R. Strugała: *Standardowe klauzule umowne: adaptacyjne, salwatoryjne, merger, interpretacyjne oraz pactum de forma*, Warszawa 2013, s. 150; P. Sobolewski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2017, s. 638; inaczej J. Grykiel (w:) *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz. Art. 1–352*, pod red. M. Gutowskiego, Warszawa 2018, s. 766.

⁹ Z. Radwański, A. Olejniczak: *Prawo cywilne — część ogólna*, Warszawa 2019, s. 262; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk: *Prawo...*, *op. cit.*, s. 384; J. Strzebinczyk (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka,

niu art. 77 § 1 i 3 zdanie do średnika k.c. przewidziana w celu zawarcia umowy, co aktualizowałoby określone w tych przepisach dla zmiany i rozwiązania umowy wymagania formalne tożsamej formy. Przykładowo zmiana umowy sprzedaży samochodu zawartej typowo w formie pisemnej wymagałaby, w braku ustawowego zastrzeżenia dla tej czynności formy szczególnej, a w związku z art. 76 zd. 2 k.c. — formy pisemnej *ad probationem*¹⁰. W gruncie rzeczy stanowisko to neguje więc przypadkowość formy.

Zgodnie z drugim i zyskującym na popularności stanowiskiem fakt zawarcia umowy w niewymaganej formie szczególnej nie oznaczałby zastrzeżenia przez strony takiej formy w celu zawarcia umowy¹¹. Chociaż częściowo wniosku takiego się nie wyklucza¹². Koncept formy przypadkowej, znany już na gruncie pierwotnej wersji art. 77 k.c.¹³, znajduje obecnie wyraźniejsze podwaliny w sformułowaniach art. 77 § 1 i § 3 zdanie do średnika k.c. o formie przewidzianej przez strony w celu zawarcia umowy, które powszechnie odnosi się do zastrzeżenia formy (zob. art. 73, 76 k.c.). Ogólnie zasada się on na odróżnieniu formy rozumianej jako wymaganie od formy rozumianej jako fakt dokonany¹⁴, przy czym forma przypadkowa odpowiada temu drugiemu rozumieniu. Przyjęta przez strony forma umowy nie musiałaby więc oznaczać zadośćuczynienia jakiemś wymaganiu, tak jak w szczególności wywodzonemu, zgodnie z pierwszym z wymienionych stanowisk, z samego faktu jej przyjęcia. W rezultacie zależące od formy przewidzianej w celu zawarcia umowy wymagania formalne z art. 77 § 1 i § 3 zdanie do średnika k.c. nie miałyby zastosowania¹⁵. Mimo to, uznając brak wymagań formalnych za niepożądany, dla zmian i rozwiązania umowy wymaga się, a przynajmniej przed nowelizacją z 10 lipca 2015 r. wymagano, formy pisemnej *ad probationem*¹⁶. Po nowelizacji art. 77 § 2 k.c. wskazuje się już na formę dokumentową

P. Machnikowski, Warszawa 2016, s. 215; A. Brzozowski, W.J. Kocot, E. Skowrońska-Bocian: *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 2018, s. 315; wyrok SN z dnia 11 marca 2011 r., II CSK 385/10, LEX nr 863411.

¹⁰ Por. Z. Radwański, A. Olejniczak: *Prawo...*, *op. cit.*, s. 262.

¹¹ A. Jedliński (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 533; K. Korus (w:) K. Korus i in.: *Kodeks...*, *op. cit.*, komentarz do art. 77 § 1, pkt 2; J. Grykiel (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 767; R. Strugała (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 211; M. Krajewski: *Zmiany...*, *op. cit.*, s. 11; W. Robaczyński (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 915, 918; M. Pazdan: *O projektowanym unormowaniu formy czynności prawnych*, Rejent 2001, nr 9, s. 23; J. Pisuliński: *Forma czynności następczych* (w:) *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Bogusławowi Gawlikowi*, pod red. J. Pisulińskiego, P. Tereszkiewicz, F. Zolla, Warszawa 2012, s. 106; K. Górka: *Zastosowanie i funkcje formy dokumentowej*, Rejent 2016, nr 11, s. 52.

¹² J. Pisuliński: *Forma...*, *op. cit.*, s. 106; J. Grykiel (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 767; M. Grochowski: *Skutki braku zachowania formy szczególnej oświadczenia woli*, Warszawa 2017, s. 47, który w zakresie wykładni podkreśla brak ogólnej prawidłowości.

¹³ E. Drozd: *Problematyka...*, *op. cit.*, s. 210, 222; Z. Radwański (w:) *System...*, *op. cit.*, s. 637.

¹⁴ E. Drozd: *Problematyka...*, *op. cit.*, s. 210, 222.

¹⁵ A. Jedliński (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 533; J. Grykiel (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 767; M. Krajewski: *Zmiany...*, *op. cit.*, s. 11, 12.

¹⁶ A. Jedliński (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 533; K. Korus (w:) K. Korus i in.: *Kodeks...*, *op. cit.*, komentarz do art. 77 § 1, pkt 2, i do art. 77 § 3, pkt 6; J. Pisuliński: *Forma...*, *op. cit.*, s. 105, 106; w odniesieniu do rozwiązania umowy M. Krajewski: *Zmiany...*, *op. cit.*, s. 12.

*ad probationem*¹⁷. Jedynie wyjątkowo optuje się za zastosowaniem wymagań z art. 77 § 1 i § 3 zdanie do średnika k.c. także w przypadku umów zawartych w formie przypadkowej¹⁸.

Wskazane rozbieżności dotyczące formy przypadkowej mają duże znaczenie praktyczne. Nierzadko bowiem umowy są zawierane w niewymaganych ustawą lub wyraźną umową formach, nie tylko zwykłej pisemnej, lecz także z podpisami notarialnie poświadczonymi¹⁹. Wówczas istotne jest to, czy czynności następcze wobec tych umów podlegają wymaganiom formalnym, a jeżeli tak, to jakim.

3. UWAGI WSTĘPNE O CHARAKTERZE ART. 77 § 1 I 3 ZDANIE DO ŚREDNIKA K.C.

W związku z problemem formy przypadkowej, którego tłem jest art. 77 § 1 i § 3 zdanie do średnika k.c., pojawia się kwestia charakteru tych regulacji. Jeżeli bowiem forma szczególna zostanie przez strony przewidziana w celu zawarcia umowy, co zwłaszcza według pierwszego z podanych stanowisk byłoby prostą konsekwencją jej faktycznego przyjęcia, a w świetle drugiego z nich nie musi koniecznie być wykluczone, powstaje pytanie, na ile determinuje ona formę zmiany i rozwiązania umowy.

Ustawowym wymaganiom formalnym przyznaje się tradycyjnie charakter semiimperatywny²⁰. Tymczasem, jeśli chodzi o art. 77 k.c., sprawa się komplikuje. Przepisowi temu przyznaje się niekiedy charakter reguły interpretacyjnej w tym sensie, że w razie zawarcia umowy o formę wymaganą dla przyszłej umowy, a milczenia w kwestii formy wymaganej dla zmian, należałoby tak interpretować *pactum de forma* (chodzi więc o regułę interpretacyjną oświadczenia woli — przyp. M.G.), że dotyczy ona zarówno zawarcia, jak i zmian umowy. W rezultacie, jeżeli w odniesieniu do danej umowy obowiązuje swoboda formy, strony mogłyby różnie uregulować formę jej zawarcia i zmian²¹. Alternatywnie, jeśli chodzi o formę umowy pierwotnej przewidzianą przez strony, art. 77 § 1 k.c. przyznaje się charakter dyspozytywny, tak że mimo wymagania formalnego odnoszącego się do umowy strony mogłyby zrezygnować z wymagań formalnych w odniesieniu do jej zmian²².

¹⁷ R. Strugała (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 211 (zmiana umowy), 212 (rozwiązanie umowy); J. Grykiel (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 767 (zmiana umowy), 769 (rozwiązanie umowy).

¹⁸ Tak M. Grochowski: *Skutki...*, *op. cit.*, s. 226, przyp. 541.

¹⁹ A. Tkaczyński: *Notarialne poświadczenie podpisu — wybrane problemy* (w:) *Księga dla naszych kolegów. Prace prawnicze poświęcone pamięci doktora Andrzeja Ciska, doktora Zygmunta Masternaka, doktora Marka Zagrosika*, pod red. J. Mazurkiewicza, Wrocław 2013, s. 454.

²⁰ M. Grochowski: *Skutki...*, *op. cit.*, s. 219; J. Pisuliński: *Forma...*, *op. cit.*, s. 111; J. Grykiel (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 743; U. Ernst, A. Rachwał, F. Zoll: *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 2013, s. 195.

²¹ A. Jedliński (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 532, który w ten sposób różnicuje przypadek formy przewidzianej przez ustawę (nb 3) i przez strony (nb 4).

²² M. Krajewski: *Zmiany...*, *op. cit.*, s. 11; inaczej, o charakterze semiimperatywnym, J. Grykiel (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 765, 768.

Nie wyklucza się też nieformalnego dokonania zmian, oznaczającego dorozumiane uchylenie *pactum de forma*, dotyczącego umowy pierwotnej w zakresie przekładającym się na czynność zmieniającą²³. W końcu art. 77 § 1 k.c. uznaje się też za imperatywny²⁴.

Artykuł 77 § 1 k.c. nie ma z pewnością charakteru reguły interpretacyjnej, tj. normy ustalającej rozumienie niejasnego oświadczenia woli lub fakt jego złożenia²⁵, lecz charakter ustawowego zastrzeżenia formy. Przepis nie posługuje się bowiem typowym dla reguł interpretacyjnych sformułowaniem co do jego zastosowania „w razie wątpliwości”²⁶ ani podobnym wskazującym na proces wykładni oświadczenia woli. Natomiast wprost określa on wymaganą formę. Mamy więc do czynienia z formą ustawową, tyle że — jeśli chodzi o określenie jej rodzaju i rygoru — zależącą od formy przewidzianej w celu zawarcia umowy. Pod tym względem art. 77 § 1 k.c. różni się od typowych zastrzeżeń, które sztywno określają wymaganie formy zarówno w zakresie jej rodzaju, jak i rygoru. Źródłem wymagania formalnego pozostaje jednak ustawa.

Upatrywanie w art. 77 § 1 k.c. reguły interpretacyjnej prowadziłoby do wniosku, że forma zastrzeżona przez strony dla zmian umowy może być łagodniejsza niż forma przewidziana przez nie w celu jej zawarcia, ponieważ wyraźne postanowienie stron eliminowałoby zasadność posłużenia się regułą interpretacyjną dla tłumaczenia ich woli. Tymczasem, jeżeli w celu zawarcia umowy forma zostanie przewidziana przez strony, tak samo zresztą jak gdyby została przewidziana ustawą, spełniona zostaje hipoteza art. 77 § 1 k.c., a co za tym idzie — aktualizuje się zastrzeżenie tożsamej formy w odniesieniu do zmian umowy. Zastrzeżenie to ma swoje źródło bezpośrednio w art. 77 § 1 k.c., a nie w woli stron rekonstruowanej za pomocą tego przepisu²⁷. Tak więc jako ustawowemu wymaganiu formalnemu — zwłaszcza w braku zaznaczenia jego dyspozytywności, takiego jak dodane w art. 77 § 2 k.c.²⁸ — należy mu przyznać charakter semiimperatywny. Wobec tego nie może być ono przez strony złagodzone, ale jedynie obostrzone²⁹.

²³ M. Krajewski: *Zmiany...*, *op. cit.*, s. 11.

²⁴ P. Sobolewski (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 636–637; G. Stojek (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna (art. 1–125)*, t. 1, pod red. M. Habdasa, M. Frasa, Warszawa 2018, s. 744, 754.

²⁵ Zob. Z. Radwański: *Normy prawne regulujące wykładnię oświadczeń woli*, *Krakowskie Studia Prawnicze* 1988, nr 21, s. 41–42.

²⁶ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk: *Prawo...*, *op. cit.*, s. 103; Z. Radwański: *Normy...*, *op. cit.*, s. 41.

²⁷ Por. Z. Radwański: *Normy...*, *op. cit.*, s. 40, w kontekście odróżnienia norm interpretacyjnych i uzupełniających.

²⁸ Druk sejmowy nr 2678, pkt 4 uzasadnienia; J. Grykiel (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 765; M. Grochowski: *Forma ad probationem po nowelizacji kodeksu cywilnego z 10 lipca 2015 r.*, *Rejent* 2016, nr 11, s. 77; P. Sobolewski (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 637; por. jednak J. Pisuliński: *Forma...*, *op. cit.*, s. 111, który jeszcze w odniesieniu do projektowanych zmian zgłasza wątpliwość w świetle przyznawania przepisom o formie charakteru semiimperatywnego.

²⁹ J. Strzebinczyk (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 214; J. Grykiel (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 765; Z. Radwański, A. Olejniczak: *Prawo...*, *op. cit.*, s. 261–262; por. też P. Sobolewski (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 636–637; G. Stojek (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 744, 754, którzy w związku z zastępowalnością form dopuszczają zastrzeżenie form surowszych, określając przepis jako imperatywny.

Także przyznawanie art. 77 § 1 k.c., jeśli chodzi o formę umowy pierwotnej przewidzianą przez strony, charakteru dyspozytywnego nie przekonuje. Przepis jednakowo traktuje bowiem konsekwencje formy przewidzianej w celu zawarcia umowy przez ustawę i przez strony, przy czym brakuje w nim podstaw do rozróżnienia pierwszego przypadku, w którym byłby on semiimperatywny, oraz drugiego, w którym byłby on dyspozytywny. Teza o jego dyspozytywności stała się jeszcze mniej przekonująca po nowelizacji z 10 lipca 2015 r., którą dyspozytywność zastrzeżono tylko w art. 77 § 2 k.c.

Warto w szczególności podkreślić, że art. 77 § 1 k.c. nie jest dyspozytywny za sprawą nietypowego określenia formy wymaganej dla zmian umowy w zależności od formy przewidzianej w celu jej zawarcia. Jeżeli bowiem strony zmieniają formę przewidywaną dla zawarcia umowy, to nie modyfikują one dyspozycji art. 77 § 1 k.c. (nie regulują konsekwencji prawnych odmiennie niż ustawa³⁰), lecz jedynie pośrednio wpływają na ustalenie dyspozycji, operując jednak w zakresie hipotezy (przewidzenie przez strony formy dla zawarcia umowy jest elementem hipotezy, wymaganie formy tożsamej — elementem dyspozycji). W rezultacie tego automatycznie zmienia się wymaganie z art. 77 § 1 k.c.³¹

Uwzględniając powyższe, można odróżnić dwa sposoby zmiany wymagania z art. 77 § 1 k.c. Po pierwsze, strony, które przewidziały formę w celu zawarcia umowy, mogą zastrzec dla jej zmian formę surowszą od przewidzianej dla umowy. Będzie to stanowiło umowną modyfikację ustawowego wymagania z art. 77 § 1 k.c. w ramach semiimperatywnego charakteru tego przepisu. Po drugie, strony mogą zmienić formę przewidzianą przez nie w celu zawarcia umowy, wskutek czego automatycznie zmienia się ustawowe wymaganie z art. 77 § 1 k.c. Będzie to jednak stanowiło nie umowną modyfikację dyspozycji tego przepisu, lecz jedynie pośredni skutek wynikający z jego nietypowości, polegającej na określeniu wymaganej formy w sposób pochodny względem formy przewidywanej dla umowy.

W tym ostatnim względzie należy jednak uznać, że zmiana formy przewidzianej w celu zawarcia umowy jest możliwa tylko do chwili zawarcia tej umowy³². Nie może być bowiem logicznie mowy o przewidywaniu formy w celu zawarcia umowy już zawartej. Wskazuje na to użyty w art. 77 § 1 k.c. aspekt dokonany owego przewidzenia formy, które, ściśle rzecz ujmując, oznacza jej zastrzeżenie w rozumieniu art. 76 k.c.³³ Zastrzeżenie to dotyczy zaś, jak wynika ze sformułowania „ma być dokonana”, przyszłej czynności prawnej, a wynikające z niego wymaganie formalne aktualizuje się w chwili jej dokonania. Możliwość wstecznego uchylecia *pactum de forma* dotyczącego pierwotnej i zawartej już umowy

³⁰ Por. Z. Radwański, A. Olejniczak: *Prawo...*, *op. cit.*, s. 40.

³¹ Podobnie J. Strzebinczyk (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 214, który mówi o automatycznym odniesieniu formy wymaganej dla pierwotnej umowy do czynności modyfikujących.

³² Inaczej M. Krajewski: *Zmiany...*, *op. cit.*, s. 11.

³³ J. Grykiel (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 766.

ze skutkiem rzutującym na wymaganie formalne z art. 77 § 1 k.c. prowadziłyby też do wątpliwych celowościowo rezultatów, na przykład takiego, że wymagająca według woli stron aktu notarialnego *ad solemnitatem* umowa mogłaby zostać tuż po wyjściu od notariusza zmieniona ustnie, tak że „z dawnej umowy pozostałby nagłówek”³⁴.

Niejasne jest wreszcie przyznawanie art. 77 § 1 k.c. charakteru imperatywnego przy dopuszczaniu zastrzegania przez strony form surowszych niż ustawowe, a dokładniej zamiast form ustawowych, co miałyby wynikać z zastępowalności form łagodniejszych surowszymi³⁵. Zastrzeżenie formy umownej zamiast ustawowej nie wpisuje się w tradycyjnie rozumianą imperatywność. Ponadto dopuszczalność zastrzegania form surowszych niż ustawowe nie ma związku z tzw. zastępowalnością form. Zastępowalność ta stanowi bowiem jedynie kwestię faktu, a dokładniej tego technicznego aspektu, że formy surowsze wyczerpują zarazem cechy tych łagodniejszych³⁶. Natomiast semiimperatywność ustawowych wymagań formalnych znajduje uzasadnienie celowościowe: umowne zastrzeżenie formy surowszej niż ustawowa pozwala nie tylko na realizację celów typowych, dla których ustawodawca zastrzegł daną formę, ale i przyświecających akurat stronom celów partykularnych, które prawo cywilne uznaje³⁷. Umowa o formę jest więc sposobem na jednokierunkową zmianę ustawowego wymagania, które w ten sposób zostaje zastąpione. Najlepszym tego przykładem byłaby forma surowsza nie tyle pod względem rodzaju, ile jedynie rygoru, tak jak *ad solemnitatem* zamiast *ad probationem*³⁸. Nie sposób bowiem uznać, że forma danej czynności jest na raz obciążona dwoma niekompatybilnymi rygorami³⁹.

Postrzeżenie umownego zastrzeżenia formy surowszej od ustawowej jako dopuszczalnego w ramach autonomii woli zastąpienia semiimperatywnego zastrzeżenia ustawowego pozwala uniknąć wysuniętej⁴⁰ na tle art. 77 § 1 k.c. wątpliwości, czy w razie zastrzeżenia przez strony dla zawarcia umowy formy surowszej od ustawowej zmiana umowy wymaga formy przewidzianej przez ustawę czy strony. Należy zgodzić się z proponowanym rozstrzygnięciem, że zmiana wymaga wówczas formy przewidzianej przez strony⁴¹. Dylemat jest jednak w gruncie rzeczy pozorny. Jeżeli bowiem wymaganie umowne zastępuje to ustawowe, mamy już do czynienia tylko z formą przewidzianą przez strony. Zastosowanie art. 77 § 1 k.c. nie może

³⁴ E. Drozd: *Problematyka...*, *op. cit.*, s. 221, w polemice z jednym z wariantów wykładni dawnego art. 77 k.c.

³⁵ P. Sobolewski (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 624, 636.

³⁶ Podobnie M. Grochowski: *Skutki...*, *op. cit.*, s. 46–47.

³⁷ Co do celów formy zastrzeżonej wolą stron na tle celów formy zastrzeżonej ustawą M. Grochowski: *Skutki...*, *op. cit.*, s. 40–41.

³⁸ J. Grykiel (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 761.

³⁹ O ile w razie zachowania formy można uznać, że dochodzi do spełnienia dwóch wymagań (imperatywnego ustawowego i surowszego umownego), o tyle problem pojawia się w braku zachowania formy, gdy rygory formalne są różne.

⁴⁰ J. Grykiel (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 767.

⁴¹ *Ibidem*.

więc polegać na przyjęciu wymagania formy tożsamej z wymaganiem ustawowym. Skoro go nie ma, to nie ma też wymagania z nim tożsamego.

Semiimperatywny charakter należy jednakowo przyznać art. 77 § 3 zdanie do średnika k.c. Wprawdzie redakcyjnie różni się on od art. 77 § 1 k.c. objęciem faktu zawarcia umowy w innej formie szczególnej, co nawiązuje do treści art. 77 § 2 k.c. Ponieważ jednak art. 77 k.c. reguluje formę czynności następczych, które z istoty rzeczy dotyczą umowy już zawartej, wskazana różnica jest irrelevantna z perspektywy charakteru wymagania z art. 77 § 3 zdanie do średnika k.c.

4. DYLEMATY FORMY PRZYPADKOWEJ

Z konceptem formy przypadkowej wiążą się dwojakie dylematy: po pierwsze, ogólne dotyczące samego zjawiska przypadkowości formy, a po drugie, dotyczące zastosowania tego konceptu na tle złożonej regulacji art. 77 k.c. Niniejsze opracowanie koncentruje się przede wszystkim na tych drugich dylematach, ponieważ pierwsze stanowią pochodną przyjęcia pewnych założeń wstępnych dotyczących oświadczenia woli.

4.1. DYLEMATY OGÓLNE DOTYCZĄCE PRZYPADKOWOŚCI FORMY

Dylematy ogólne biorą się przede wszystkim z obiektywizującej koncepcji oświadczenia woli. W jej świetle naturalnie nasuwa się bowiem wniosek, że jeżeli strony zawarły umowę w niewymaganej formie szczególnej, to właśnie ta forma została przez nie w celu zawarcia umowy przewidziana. Prawniczy laik nie miałby co do tego prawdopodobnie wątpliwości. Racjonalność uczestników obrotu, zakładająca celowość ich działania, jest jedną z dyrektyw wykładni oświadczeń woli. Wydaje się więc, że w ramach wykładni powinien to być przynajmniej domyślny punkt wyjścia⁴², a w każdym razie w odniesieniu do form surowszych niż dokumentowa. O specyfice tej ostatniej będzie jeszcze mowa.

Przesadzony jest argument⁴³, jakoby strony zawierające umowę w niewymaganej formie, gdyby uznać ją za formę przewidzianą w celu zawarcia umowy, nakładały na siebie dolegliwe obowiązki zachowania tożsamej formy w przypadku czynności następczych. Jeżeli mimo braku stosownego wymagania strony zastosowały daną formę, to znaczy, że nie była ona dla nich dolegliwa. Ponadto w praktyce przeważnie będzie chodziło o zwykłą formę pisemną, co pociągałoby za sobą

⁴² Jak się wydaje, odwrotnie J. Grykiel (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 767.

⁴³ K. Korus (w:) K. Korus i in.: *Kodeks...*, *op. cit.*, komentarz do art. 77 § 1, pkt 2.

wymaganie dla zmian jedynie formy pisemnej *ad probationem* (art. 77 § 1 k.c. w zw. z art. 76 zd. 2 k.c.), a dla czynności zmierzających do zakończenia umowy — formy dokumentowej *ad probationem* (art. 77 § 2 k.c.). Zachowanie formy pisemnej, a tym bardziej dokumentowej, nie jest dla stron szczególnie dolegliwe, podobnie zresztą jak rygor *ad probationem*. Jeśli zaś chodzi o inne niż pisemna formy szczególne, można zakładać, że w ten sposób strony nadały umowie solenność, w świetle której obowiązek zachowania tożsamej formy dla zmian i rozwiązania umowy jawi się raczej jako konsekwencja.

Z przyczyn konstrukcyjnych nie przekonuje argument o zachowaniu formy przy okazji zawierania umowy. Forma czynności prawnej, stanowiąca o określonych cechach substratu oświadczenia woli, inkorporuje to oświadczenie — samą czynność prawną. Ta jest dokonywana w formie, a nie forma jest zachowywana przy jej okazji. Doniosłość takiego ujęcia obrazuje wymaganie doręczenia adresatowi oświadczenia woli w przepisanej formie szczególnej, a nie jedynie poinformowania go o fakcie utrwalenia oświadczenia w tej formie⁴⁴. Jest tak właśnie dlatego, że forma jest elementem czynności prawnej, a nie elementem wobec niej zewnętrznym, pojawiającym się raptem przy okazji jej dokonania.

Do usunięcia niezręczności wynikającej z uznania formy umowy za przypadkową zmierza wyjaśnienie, że jej przyjęcie może służyć także innym niż zawarcie umowy celom. Te inne cele eliminowałyby więc niejako sam cel zawarcia umowy, a co za tym idzie — wymagania formalne z art. 77 § 1 i § 3 zdanie do średnika k.c. To prawda, że strony mogą zawrzeć umowę w danej formie szczególnej dlatego, że potrzebują dokumentu dla jakichś dalszych celów, na przykład urzędowo-rejestracyjnych⁴⁵. Mimo to można twierdzić, że wówczas niezmiennie mamy do czynienia z formą przewidzianą w celu zawarcia umowy. Czy w gruncie rzeczy nie jest bowiem tak, że strony muszą ją przewidzieć w tym prymarnym celu, by móc następnie realizować te dalsze cele? Nie tyle eliminowałyby one cel zawarcia umowy, ile raczej by go implikowały.

Założenie, że niewymagana, a przyjęta forma umowy byłaby nieprzewidziana w celu jej zawarcia, z pewnością nie sprzyja pewności obrotu. Otwiera ono stronom pole do nadużyć, polegających na postfaktycznym twierdzeniu, że forma umowy była przewidziana w najrozmaitszych celach, na przykład sentymentalnym, tak jak wyeksponowaniu dokumentu w ramce czy dania zarobku znajomemu notariuszowi (*argumentum ad absurdum*).

⁴⁴ P. Machnikowski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, Warszawa 2019, s. 145; B. Janiszewska: *Glosa do wyroku SN z 30 maja 2000 r., IV CKN 898/00*, Przegląd Sądowy 2002, nr 1, s. 124; M. Słomko: *Złożenie oświadczenia woli w formie aktu notarialnego*, Przegląd Sądowy 2005, nr 3, s. 35; M. Giaro: *Glosa do wyroku SN z 26 sierpnia 2009 r., I CSK 32/09*, Państwo i Prawo 2011, z. 1, s. 117; J. Grykiel (w:) *Kodeks..., op. cit.*, s. 612–613.

⁴⁵ J. Grykiel (w:) *Kodeks..., op. cit.*, s. 767.

4.2. DYLEMATY DOTYCZĄCE ZASTOSOWANIA KONCEPTU FORMY PRZYPADKOWEJ NA TLE ART. 77 K.C.

Jak już zaznaczono, skoro według konceptu formy przypadkowej nie mielibyśmy do czynienia z formą przewidzianą przez strony w celu zawarcia umowy, na pierwszy rzut oka *a contrario* nie miałyby zastosowania wynikające z art. 77 § 1 i § 3 zdanie do średnika k.c. wymagania tożsamej formy dla zmian i rozwiązania umowy. Wprawdzie stosunkowo nowy i dotąd odosobniony pogląd opowiada się za zastosowaniem do tych czynności wymagań z art. 77 § 1 i § 3 zdanie do średnika k.c.⁴⁶, co w praktyce zrównuje formę przypadkową z formą przewidzianą w celu zawarcia umowy. Zasadniczo jednak dla zmian i rozwiązania umowy zawartej w formie przypadkowej przed nowelizacją z 10 lipca 2015 r. wymagano w oparciu o art. 77 § 2 k.c. formy pisemnej *ad probationem*⁴⁷. Po nowelizacji, wobec zmiany tego przepisu, wymaga się zaś formy dokumentowej *ad probationem*⁴⁸. Ponieważ doktrynalne uzasadnienie takiego wymagania nie jest w odniesieniu do zmiany i rozwiązania umowy identyczne, forma tych czynności następczych zostanie dalej potraktowana odrębnie.

4.2.1. FORMA ZMIANY UMOWY ZAWARTEJ W FORMIE PRZYPADKOWEJ (ART. 77 § 1 K.C.)

Wyjdźmy od tego, że wymaganie formy pisemnej *ad probationem* dla zmiany umowy zawartej w formie przypadkowej było oczywiste na gruncie dawnego art. 77 k.c., który w sposób ogólny przepisywał właśnie tę formę dla czynności następczych wobec umowy zawartej w formie pisemnej. Ogólne sformułowanie tego przepisu rodziło wówczas odmienne niż dziś dylematy⁴⁹. Za dominujące uchodziło stanowisko o zastosowaniu tego przepisu do umowy zawartej w formie pisemnej, w tym kwalifikowanej, bez względu na umowne lub ustawowe źródło wymagania formalnego oraz rygor⁵⁰. Niemniej w kontekście aktualnego art. 77 § 1 k.c. na uwagę zasługuje inny niepopularny wówczas⁵¹ — choć oceniony jako błyskotliwy⁵² — pogląd, dostrzegający problematyczność zastosowania art. 77 k.c. do zmiany umowy wymagającej przez ustawę formy pisemnej *ad solemnitate*. Zwracał on bowiem

⁴⁶ Tak M. Grochowski: *Skutki...*, *op. cit.*, s. 226, przyp. 541.

⁴⁷ A. Jedliński (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 533; K. Korus (w:) K. Korus i in.: *Kodeks...*, *op. cit.*, komentarz do art. 77 § 1, pkt 2, i do art. 77 § 3, pkt 6; J. Pisuliński: *Forma...*, *op. cit.*, s. 105, 106; w odniesieniu do rozwiązania umowy M. Krajewski: *Zmiany...*, *op. cit.*, s. 12.

⁴⁸ R. Strugała (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 211 (zmiana umowy), 212 (rozwiązanie umowy); J. Grykiel (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 767 (zmiana umowy), 769 (rozwiązanie umowy).

⁴⁹ Zob. J. Pisuliński: *Forma...*, *op. cit.*, s. 100–102.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 101.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² A. Szpunar: *Uwagi o formie przewidzianej dla celów dowodowych*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1985, z. 4, s. 49.

uwagę, że prowadziłyby to do odmiennych wymagań formalnych odnoszących się do postanowień umownych w zależności od czasu ich wprowadzenia, a dokładniej od tego, czy były one ujęte w umowie pierwotnej, kiedy wymagana byłaby forma *ad solemnitate*m, czy w umowie zmieniającej, kiedy właśnie z mocy art. 77 k.c. wymagana byłaby forma pisemna *ad probationem*⁵³. Stąd postulowano redukcję teleologiczną art. 77 k.c. w zakresie umowy zawartej w formie pisemnej, w tym pisemnej szczególnej, wymaganej ustawą *ad solemnitate*m⁵⁴. Po tej redukcji wymaganie dla zmian umowy, wymagającej formy *ad solemnitate*m, tożsamej formy wywodzone było już w ślad za nauką niemiecką z traktowania umowy zmieniającej za część umowy pierwotnej⁵⁵. Przy czym należy potwierdzić, że poddanie zmian umowy wymaganiom formalnym przewidzianym dla jej zawarcia jest dziś w prawie niemieckim nadal przyjmowane. Mieści się to w ramach obcego polskiej doktrynie zagadnienia czasowego zakresu wymagań formalnych⁵⁶. Do tego aspektu będzie należało jeszcze wrócić.

Obecnie rozważania co do formy wymaganej dla zmian umowy zawartej w formie przypadkowej muszą uwzględniać znowelizowaną w 2003 r. treść art. 77 k.c. Nie przewiduje on już ogólnego minimalnego wymagania formalnego jednolicie dla wszystkich następczych czynności prawnych, lecz wymagania dla poszczególnych czynności. Zweryfikujmy więc argumenty mające przemawiać za poddaniem zmiany umowy zawartej w formie przypadkowej wymaganiu z art. 77 § 2 k.c.

Naprzód art. 77 § 2 k.c. miałyby przewidywać minimalny standard formy czynności następczych wobec umów zawartych w formie szczególnej, czemu wsparcia dostarczałyby pogląd wyrażony jeszcze na tle dawnego art. 77 k.c.⁵⁷ Jak dopiero co wskazano, standard taki mógł przewidywać dawny art. 77 k.c., który jednolicie przepisywał formę pisemną *ad probationem* dla czynności następczych wobec umowy zawartej w formie pisemnej. Wówczas uzasadniano wyłączenie spod zastosowania tego przepisu przypadków umowy zawartej w wymaganej ustawą kwalifikowanej formie pisemnej⁵⁸ lub formie pisemnej (w tym także szczególnej) wymaganej ustawą pod rygorem nieważności⁵⁹, kiedy wymagana miała być tożsama

⁵³ E. Drozd: *Problematyka...*, *op. cit.*, s. 220.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 221.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 213–214, 221–222, który jednak odnosił to tylko do formy wymaganej ustawą (s. 222); por. podobnie Z. Radwański (w:) *System prawa cywilnego...*, *op. cit.*, s. 641, który wymaganie takie odnosi do zmiany umowy, wymagającej w myśl przepisów kwalifikowanej formy pisemnej (nie każdej pisemnej *ad solemnitate*m), z powołaniem na traktowanie umowy zmieniającej w takich samych kategoriach jak zawarcie umowy pierwotnej z uwagi na takie same ryzyka; ten ostatni pogląd podzielił A. Szpunar: *Uwagi...*, *op. cit.*, s. 49. Przy czym nasuwa się od razu zastrzeżenie, dlaczego to samo nie dotyczyłoby zwykłej formy pisemnej *ad solemnitate*m, która zbliża ją do innej formy szczególnej (o tym zbliżeniu E. Drozd: *Problematyka...*, *op. cit.*, s. 220).

⁵⁶ J. Neuner: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München 2020, s. 530; R. Bork: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Tübingen 2016, s. 420; W. Brehm: *Allgemeiner Teil des BGB*, Stuttgart 2008, s. 207; J. Ellenberger (w:) *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, München 2020, s. 111.

⁵⁷ K. Korus (w:) K. Korus i in.: *Kodeks...*, *op. cit.*, komentarz do art. 77 § 1, pkt 2.

⁵⁸ Z. Radwański (w:) *System...*, *op. cit.*, s. 641; A. Szpunar: *Uwagi...*, *op. cit.*, s. 49.

⁵⁹ E. Drozd: *Problematyka...*, *op. cit.*, s. 221.

forma. W sumie pozwalało to upatrywać w art. 77 k.c. wymagań minimalnych, skoro poza tym przepisem wywodzono wymagania surowsze.

Tymczasem aktualne sformułowanie art. 77 k.c. nie pozwala na przypisanie takiego znaczenia jego § 2. Nie dotyczy on bowiem wszystkich czynności następczych, lecz tylko czynności niweczących, podczas gdy zmiany dotyczy wyłącznie § 1 k.c. W ten sposób § 1 i § 2 art. 77 k.c. wyczerpują zbiór czynności następczych. Z zestawienia tych dwóch przepisów wynika, że wymienione w nich czynności traktowane są rozłącznie, co sprzeciwia się traktowaniu regulacji dotyczącej tych wymienionych w § 2 jako wyznaczającej minimalne standardy dla tych wymienionych w § 1. W przeciwnym razie nie byłoby sensu ich rozdzielania, które to rozdzielanie, jak się wskazuje⁶⁰, znajdowało uzasadnienie w odrębnym charakterze zmian umowy i czynności umowę niweczących, stanowiąc czytelny motyw nowelizacji art. 77 k.c. Przemawia to zresztą także przeciwko argumentowi⁶¹, że skoro rozwiązanie umowy wymaga co najmniej formy pisemnej (obecnie byłaby to forma dokumentowa — przyp. M.G.), to zmiana umowy powinna również takiej formy wymagać.

Teza o minimalnym standardzie formalnym wyznaczonym dla czynności następczych w art. 77 § 2 k.c. staje się jeszcze mniej przekonująca, jeżeli poprzedza się ją założeniem⁶², że właściwą płaszczyzną analizy przepisów o formie jest zasada swobody formy. Dlaczego bowiem po wstępnym ustaleniu na podstawie art. 77 § 1 k.c., że zmiana umowy zawartej w formie przypadkowej nie wymagałaby żadnej formy, bo żadna forma nie była w celu zawarcia umowy przewidziana, zmierza się w odwrotnym niż wynikający ze wspomnianej zasady kierunku?

Wymaganie formy z art. 77 § 2 k.c. dla zmian umowy zawartej w formie przypadkowej miałoby dalej uzasadniać rozsądny kompromis między swobodą umów a ochroną interesów uczestników czynności prawnej przy domniemaniu, że sporządzenie umowy w formie szczególnej nie było dla stron mimo wszystko pozbawione znaczenia, gdyż w przeciwnym razie zawarłyby one umowę nieformalnie⁶³. To ostatecznie stwierdzenie jest w świetle konceptu formy przypadkowej zaskakujące. Skoro bowiem forma zawarcia umowy nie byłaby dla stron bez znaczenia, mamy argument za dokładnie przeciwnym stanowiskiem, że przyjęcie formy nie było wcale dla stron przypadkowe, lecz właśnie przewidziane. W myśl omawianego uzasadnienia musiałyby ono jednak być przewidziane „tylko trochę”, tzn. na tyle, by zmiany umowy wymagały tylko formy z art. 77 § 2 k.c., ale już nie formy tożsamej z art. 77 § 1 k.c. Sposobem na uzasadnienie takiego wymagania mogłoby być przyjęcie, że wymaganie takie zostało przez strony w sposób dorozumiany

⁶⁰ M. Krajewski: *Zmiany...*, *op. cit.*, s. 10.

⁶¹ J. Grykiel (w.): *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 767.

⁶² K. Korus (w.): K. Korus i in.: *Kodeks...*, *op. cit.*, komentarz do art. 77 § 1, pkt 2, który wysuwa ten argument przeciwko koncepcji dorozumianego zastrzeżenia formy przez fakt jej zachowania.

⁶³ *Ibidem*, komentarz do art. 77 § 1, pkt 2.

zastrzeżone. Godziłoby to jednak prosto w rdzeń konceptu formy przypadkowej, jakim jest nieprzyznawanie faktowi zawarcia umowy w niewymaganej formie znaczenia umowy o formę. Raziłoby to też sztucznością w przeciwieństwie do samo nasuwającego się uznania niewymaganej, a przyjętej formy umowy za formę przewidzianą.

Niedawno wymaganie formy z art. 77 § 2 k.c. dla zmian umowy zawartej w formie przypadkowej uzasadniono regulacją procesową art. 247 k.p.c., tj. zakazu dowodu przeciwko lub ponad osnowę dokumentu. Jak się wskazuje, w przeciwnym razie strony mogłyby dowodzić nieformalnych uzgodnień dokonanych po sporządzeniu dokumentu, choć nie mogłyby tego czynić w odniesieniu do pierwotnych uzgodnień towarzyszących jego sporządzaniu⁶⁴. Również w tym względzie nasuwają się pewne wątpliwości.

Po pierwsze, dotyczący formalnie zawartej umowy zakaz z art. 247 k.p.c. nie zmienia niczego z perspektywy prawa materialnego. Nie prowadzi on do nierównego pod względem wymagań formalnych traktowania postanowień umownych ze względu na czas ich wprowadzenia, w umowie pierwotnej lub zmieniającej, co wcześniej stanowiło jeden z argumentów w dyskusji nad dawnym art. 77 k.c.⁶⁵, a obecnie jest argumentem za rozumieniem w art. 77 § 1 k.c. tożsamej formy w aspekcie jej rodzaju i rygoru⁶⁶. Zarówno w przypadku zawarcia umowy, jak i jej zmiany mielibyśmy bowiem do czynienia ze swobodą formy. Natomiast zakaz z art. 247 k.p.c. stanowi jedynie dalszą procesową konsekwencję udokumentowania konkretnej czynności prawnej, które pozwala domniemywać, że dokument obejmuje całość oświadczeń woli i że czyni to dokładnie⁶⁷. Z tym mechanizmem ochrony wiarygodności dokumentu strony dokumentujące daną czynność prawną muszą się liczyć. Nie oznacza to jednak, by zmiana umowy miała nagle w perspektywie prawa materialnego jakiejś formy wymagać, skoro w myśl konceptu formy przypadkowej nie wymagała jej umowa pierwotna.

Po drugie, mogłoby się zdarzyć na odwrót, że strony w sposób formalny zmieniały umowę zawartą nieformalnie. Wówczas w stosunku do tej umowy nie sposób będzie przyjmować jakiegokolwiek wymagania formalnego i w związku z tym zakazu dowodowego, podczas gdy zakaz z art. 247 k.p.c. będzie dotyczył formalnie dokonanej zmiany. Wtedy strony zamiast dowodzenia ponad osnowę dokumentu obejmującego zmianę też będą mogły, przynajmniej w pewnym zakresie, dowodzić odmiennej treści umowy pierwotnej lub nieformalnych zmian poprzedzających zmianę dokonaną formalnie. Umowa pierwotna i zmieniająca będą więc i tak traktowane nierówno pod względem dowodowym.

⁶⁴ R. Strugała (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 211–212.

⁶⁵ Por. E. Drozd: *Problematyka...*, *op. cit.*, s. 221.

⁶⁶ M. Krajewski: *Zmiany...*, *op. cit.*, s. 10.

⁶⁷ Por. Z. Radwański (w:) *System prawa prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne — część ogólna*, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2008, s. 123.

Po trzecie, zakaz z art. 247 k.c. nie ma charakteru bezwzględny. Bezwzględnie dotyczy on tylko formy zastrzeżonej pod rygorem nieważności⁶⁸. Wówczas nie mamy jednak do czynienia z formą przypadkową, lecz przewidzianą w rozumieniu art. 77 § 1 k.c. (musi być ona przewidziana, by dotyczył jej rygor nieważności), a co za tym idzie — zmiana umowy będzie wymagała formy tożsamej. Tak więc w odniesieniu do formy przypadkowej argument z art. 247 k.c. może dotyczyć tylko przypadków, w których prowadzenie dowodu przeciwko lub ponad osnowę dokumentu umowy zależy od uznania sędziowskiego. Powstaje więc problem, czy forma dokumentowa *ad probationem* byłaby wymagana dla zmian umowy także wtedy, gdy w odniesieniu do tej umowy zakaz z art. 247 k.p.c. nie miałby ostatecznie zastosowania. W takim przypadku odpadałoby bowiem podyktowane tym zakazem uzasadnienie dla przyjęcia wymagania formalnego dla zmian umowy. To, czy umowa podlega wymaganiu formalnemu, musi być jednak oceniane na moment jej zawierania. Nie można tego ustalać wstecznie przez pryzmat późniejszego zastosowania albo niezastosowania przez sąd zakazu z art. 247 k.c. w odniesieniu do nieformalnych uzgodnień towarzyszących sporządzaniu dokumentu umowy. Argument z art. 247 k.p.c. grozi więc niespójnością, polegającą na przyjęciu wymagania formalnego dla zmian formalnie zawartej umowy, której nie dotknie zakaz z art. 247 k.p.c., mający owo wymaganie uzasadniać.

Podsumowując, argumenty za przyjęciem dla zmian umowy zawartej w formie przypadkowej wymagania z art. 77 § 2 k.c. są kwestyjne. Nasuwają one zasadnicze pytanie, dlaczego przyjmując koncept formy przypadkowej, podważa się jego założenie wyjściowe jako faktu nieświadczącego o zastrzeżeniu przyjętej formy. Odnośnienie wymagań formalnych dotyczących umowy pierwotnej do jej zmiany jest w nauce uznawane za wynikające z natury rzeczy⁶⁹. Konstrukcyjnie wyjaśniano to uznaniem umowy zmieniającej za część umowy pierwotnej⁷⁰. W prawie niemieckim bywa to zaś ujmowane jako zagadnienie zakresu czasowego wymagania formalnego⁷¹. Jeżeli więc z natury rzeczy do zmiany umowy odnoszą się (w aspekcie pozytywnym) tożsame wymagania formalne, to, jak się wydaje, konsekwentnie powinno to chyba dotyczyć (w aspekcie negatywnym) braku takich wymagań. Do wniosku takiego prowadziłoby również utożsamianie wymagań formalnych umowy pierwotnej i zmieniającej z uwagi na towarzyszące im identyczne ryzyka⁷². Wymagania formalne mają bowiem swoje uzasadnienie: w przypadku wymagań ustawowych — typowe, a w przypadku wymagań umownych — partykularne⁷³. Jeżeli więc w danym przypadku ustawodawca ani same strony nie widzą uzasadnienia dla wymagania formalnego, tzn. *de facto*

⁶⁸ Por. K. Piasecki (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1–366*, t. 1, pod red. A. Marciniaka, K. Piaseckiego, Warszawa 2014, s. 992.

⁶⁹ Por. M. Krajewski: *Zmiany...*, *op. cit.*, s. 10, 11.

⁷⁰ Por. E. Drozd: *Problematyka...*, *op. cit.*, s. 213–214.

⁷¹ J. Neuner: *Allgemeiner Teil...*, *op. cit.*, s. 530.

⁷² Z. Radwański (w:) *System...*, *op. cit.*, s. 641, który jednak odnosił to do kwalifikowanej formy pisemnej.

⁷³ Por. M. Grochowski: *Skutki...*, *op. cit.*, s. 40–41.

ryzyka, któremu forma miałaby przeciwdziałać, to konsekwentnie nie ma uzasadnienia, by wymaganie takie odnosiło się do zmiany umowy. W tym świetle w art. 77 § 1 k.c. można upatrywać potwierdzenia reguły ogólnej, która w prawie niemieckim bywa rozumiana samoistnie w aspekcie zasięgu czasowego wymagań formalnych. Jej wyraźne uregulowanie, które w takim ujęciu miałoby charakter eksplikatywny, daje się przy tym wyjaśnić rozbieżnościami, jakie wcześniej rodził art. 77 k.c. co do objęcia nim form kwalifikowanych czy formy pisemnej szczególnej.

Po nowelizacji z 10 lipca 2015 r. posiłkowanie się art. 77 § 2 k.c. w odniesieniu do formy zmian umowy zawartej w formie przypadkowej straciło na praktycznym znaczeniu z kilku powodów:

- 1) przepis ten wymaga obecnie tylko formy dokumentowej, podczas gdy wcześniej wymagał on formy pisemnej⁷⁴, a różnica między nimi jest znacząca;
- 2) przewidziany w tym przepisie (w zw. z art. 74 § 1 k.c.) rygor *ad probationem* został poluzowany, przede wszystkim przez rozszerzenie wyjątku określonego w art. 74 § 2 *in fine* k.c., tj. możliwość uprawdopodobnienia faktu dokonania czynności prawnej dokumentem zamiast pismem⁷⁵;
- 3) przepisowi temu nadano charakter dyspozytywny zamiast semiimperatywnego, co oznaczałoby możliwość jego uchylecia w umowie pierwotnej, podczas gdy wcześniej nie było to możliwe.

Obecnie posiłkowanie się art. 77 § 2 k.c. graniczy więc niemal pod względem praktycznym z brakiem wymagania formalnego, czemu chciano przeciwdziałać.

4.2.2. FORMA ROZWIĄZANIA UMOWY ZAWARTEJ W FORMIE PRZYPADKOWEJ (ART. 77 § 3 ZDANIE DO ŚREDNIKA K.C.)

Kwestia formy rozwiązania umowy przedstawia się nieco inaczej niż kwestia zmiany umowy wobec innego w porównaniu z art. 77 § 1 k.c. sformułowania art. 77 § 3 zdanie do średnika k.c. Obejmuje ono fakt zawarcia umowy w innej formie szczególnej, nawiązując tym samym do art. 77 § 2 k.c., co w odniesieniu do rozwiązania umowy rodzi obowiązek zachowania formy tożsamej z przewidzianą w celu zawarcia umowy. Wymaganie formalne odnoszące się do rozwiązania umowy zawartej w formie przypadkowej uzasadnia się zasadniczo na dwa różne sposoby:

- 1) zastosowaniem art. 77 § 2 k.c., gdyż umowa zawarta w innej formie szczególnej miałaby być zawarta w formie pisemnej w rozumieniu tego przepisu⁷⁶ lub

⁷⁴ Z dotychczasowych wypowiedzi na temat formy dokumentowej można wręcz wynioskować ocenę, że niewiele różni się od zwykłego oświadczenia woli, co zrozumiałe, bo obejmuje swoim zakresem wykorzystanie takich środków, które przed nowelizacją nie wiązały się z zachowaniem żadnej formy szczególnej.

⁷⁵ Por. M. Grochowski: *Nowe koncepcje regulacji wymogów formalnych*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2017, z. 4, s. 837. W szczególności wymagano, by pismo uprawdopodobniające miało postać znaków pisma, podczas gdy definicja dokumentu w art. 77³ k.c. takiego wymagania nie przewiduje.

⁷⁶ J. Pisuliński: *Forma...*, *op. cit.*, s. 106.

przepis ten miałby przewidywać minimalne wymagania dla umowy rozwiązującej⁷⁷;

- 2) wymaganie formy pisemnej *ad probationem*, gdyż wynikałoby to z konstrukcji art. 77 § 3 k.c., wskazującego na wolę ustawodawcy, by większy rygoryzm dotyczył rozwiązania umowy niż innych czynności niweczących, wobec czego forma rozwiązania nie mogłaby być mniej surowa⁷⁸.

Na wstępie należy podkreślić, że przed nowelizacją z 10 lipca 2015 r. oba te uzasadnienia prowadziły do tego samego wymagania formy pisemnej *ad probationem*. Tymczasem po nowelizacji prowadzą one do różnych wymagań: pierwsze oparte na art. 77 § 2 k.c. — do wymagania formy dokumentowej *ad probationem*, a drugie oparte na art. 77 § 3 k.c. — do wymagania formy pisemnej *ad probationem*. Ponadto o ile art. 77 § 2 k.c. ma być po nowelizacji dyspozytywny, o tyle art. 77 § 3 k.c. pozostał semiimperatywny.

Uzasadnienie pierwsze nawiązuje w pierwszym jego wariantach do wcześniejszego dorobku nauki. Założenie, że na przykład forma aktu notarialnego jest formą pisemną, gdy chodzi o formę rozumianą jako fakt dokonany, przyjmowano już bowiem na gruncie dawnego art. 77 k.c.⁷⁹, podczas gdy formę pisemną i inne formy szczególne uznawano za wykluczające się, gdy chodzi o formę rozumianą jako obowiązek jej zachowania, tak jak na gruncie art. 73 k.c.⁸⁰

Wprawdzie w obowiązującym stanie prawnym akt notarialny można uznać za sposób zachowania formy pisemnej. Artykuł 78 k.c. stanowi bowiem, że do jej zachowania wystarcza złożenie podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli, tak jak właśnie akt notarialny. Jednak art. 78 k.c. ma pierwszoplanowe znaczenie w kontekście ustalenia, czy danemu wymaganiu formy pisemnej zostało zadośćuczynione, na co wskazuje jego początkowe sformułowanie „Do zachowania formy”. „Zachowanie” oznacza podporządkowanie się nakazowi, czyli w kontekście rozważań o formie — wymaganiu formalnemu. Interpretacja taka może doznawać wsparcia w art. 77 k.c., który w § 2 i § 3 zdanie po średniku nie stanowi o zachowaniu formy umowy, lecz o jej zawarciu w danej formie. Stąd można by wyciągnąć pewien wniosek dla formy przypadkowej. Skoro nie byłaby ona wynikiem zadośćuczynienia wymaganiu formalnemu, a co za tym idzie — nie jest ona formą zachowywaną, to znaczy, że na przykład sporządzony przypadkowo akt notarialny nie jest formą pisemną. Jest to zresztą wniosek intuicyjny, bo sporządzony akt notarialny jest po prostu aktem notarialnym.

Abstrahując od powyższego ekskursu, należy jednak pamiętać, że rozważania w kwestii formy przypadkowej mają ściśle określone tło art. 77 k.c. Stąd też przyjmowanego na gruncie poprzedniego brzmienia tego przepisu rozumienia pojęcia

⁷⁷ J. Grykiel (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 769.

⁷⁸ K. Korus (w:) K. Korus i in.: *Kodeks...*, *op. cit.*, komentarz do art. 77 § 3, pkt 6.

⁷⁹ E. Drozd: *Problematyka...*, *op. cit.*, s. 210–211.

⁸⁰ *Ibidem*, s. 209.

innej formy szczególnej jako formy pisemnej nie należy automatycznie przenosić na grunt brzmienia obowiązującego, do którego ono nie przystaje.

Kluczowe jest to, że o ile dawny art. 77 k.c. w ogóle nie stanowił o innej formie szczególnej, więc taką formę można było na jego gruncie łatwiej uznawać za pisemną, o tyle obowiązujący art. 77 § 3 zdanie do średnika k.c. stanowi o innej formie szczególnej. Jest przy tym jasne, że chodzi o inne niż wymienione we wcześniejszym § 2 formy (dokumentową, pisemną i elektroniczną). W świetle art. 77 § 2 i § 3 k.c. zbiór form szczególnych jest więc podzielony na dwie części⁸¹: trzy formy wymienione w § 2 i pozostałe formy określone w § 3 zbiorczo mianem innych, co nie pozwala traktować tych innych form określonych później jako zarazem formy wcześniej wymienionej (już językowo forma „inna” nie jest „tożsama”). Dlatego chociaż art. 77 § 2 i § 3 zdanie do średnika k.c. traktują o formie jako o fakcie dokonanym („Jeżeli umowa została zawarta...”), a nie jako o obowiązku, to przyjęte w nich rozumienie formy pokrywa się z tym przyjętym w art. 73 § 1 i 2 k.c., gdzie mowa o formie jako o obowiązku. Jest to rozumienie rozłączne. Właśnie z tego powodu między § 3 i § 2 art. 77 k.c. nie zachodzi relacja *lex specialis lex generalis* — hipoteza § 3 nie zawiera się w hipotezie § 2⁸². W rezultacie niezastosowanie art. 77 § 3 zdanie do średnika k.c. nie prowadzi prosto do zastosowania art. 77 § 2 k.c.

Przejdźmy teraz do drugiego z wymienionych wariantów uzasadnienia zastosowania art. 77 § 2 k.c. do rozwiązania umowy zawartej w innej formie szczególnej, który to wariant zakłada, jakoby przepis ten przewidywał minimalne wymaganie formalne dla umowy rozwiązującej. Jak już wspomniano, nie przewiduje on jednak wymagań minimalnych, lecz konkretne wymaganie w odniesieniu do umów zawartych w wymienionych w nim formach dokumentowej, pisemnej i elektronicznej.

Oczywiście ściśle zastosowanie konceptu formy przypadkowej, tzn. uznanie *a contrario* z art. 77 § 3 zdanie do średnika k.c., że rozwiązanie umowy zawartej przypadkowo w innej formie szczególnej nie wymaga żadnej formy, prowadziłoby do zaskakującego na płaszczyźnie aksjologicznej wniosku, że pod względem wymagań formalnych ustawodawca łagodniej traktuje rozwiązanie umowy zawartej w innych formach szczególnych, będących formami surowszymi niż formy wymienione w art. 77 § 2 k.c. Z perspektywy konsekwentności ocen aksjologicznych ustawodawcy pojawia się więc pole dla wnioskowania *a fortiori*⁸³. Jeżeli rozwiązanie umowy zawartej w najniższych hierarchicznie formach wymaga formy dokumentowej *ad probationem*, to co najmniej takiej formy powinno też wymagać rozwiązanie umowy zawartej w formach surowszych.

Zastosowanie wymagania formalnego z art. 77 § 2 k.c. do rozwiązania umowy zawartej przypadkowo w innej formie szczególnej straciło po nowelizacji tego

⁸¹ Sformułowanie to autor zawdzięcza rozmowie z K. Osajdą.

⁸² Por. ogólnie A. Ohanowicz: *Zbieg norm w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 1963, s. 45; S. Grzybowski: *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1985, s. 71.

⁸³ M. Krajewski: *Zmiany...*, *op. cit.*, s. 12.

przepisu z 10 lipca 2015 r. na znaczeniu, tak samo jak zastosowanie go do zmiany umowy. Przypomnijmy, że chodzi o złagodzenie wymaganej formy, którą jest forma dokumentowa zamiast pisemnej, o poluzowanie rygoru *ad probationem* i o dyspozytywność, w rezultacie czego jesteśmy blisko braku wymagania formalnego. Przy czym akurat w kontekście rozwiązania umowy pojawia się jeszcze niespójność w ramach art. 77 § 3 k.c. Mianowicie, doszłoby do zróżnicowania łagodniejszego wymagania formy dokumentowej dla rozwiązania umowy (zastosowanie art. 77 § 2 k.c.) oraz surowszego wymagania formy pisemnej dla wypowiedzenia i odstąpienia od umowy (zastosowanie art. 77 § 3 zdanie po średniku k.c.). Tymczasem z jednej strony doktryna rozpoznawała raczej przeciwną ideę łagodniejszego traktowania jednostronnych czynności zmierzających do zakończenia stosunku umownego⁸⁴. Z drugiej strony z art. 77 § 2 k.c. wynika idea równego traktowania wszystkich czynności niweczających. Trudno jest zaś aksjologicznie uzasadnić, dlaczego akurat rozwiązanie umowy zawartej w innej formie szczególnej wymagałoby takiej samej formy jak w przypadku rozwiązania umowy zawartej w najniższych hierarchicznie formach, podczas gdy jednostronne czynności niweczające wymagałyby formy surowszej. Przed nowelizacją niespójność ta nie powstawała, ponieważ art. 77 § 2 i § 3 zdanie po średniku k.c. wymagały identycznej formy pisemnej *ad probationem*.

Przejdźmy teraz do uzasadnienia wskazanego jako drugie, zgodnie z którym z konstrukcji art. 77 § 3 k.c. wynikałaby idea bardziej rygorystycznego traktowania rozwiązania umowy za zgodą stron niż jednostronnych czynności niweczających i dlatego rozwiązanie umowy zawartej przypadkowo w innej formie szczególnej wymagałoby formy pisemnej *ad probationem*. Formę rozwiązania umowy zawartej w innej formie szczególnej przepis traktuje jednak bardziej rygorystycznie tylko wtedy, gdy była ona przewidziana w celu zawarcia umowy, a więc gdy była ona nieprzypadkowa. Omawiane uzasadnienie nie zasadza się więc na konstrukcji § 3, która za pomocą średnika różnicuje sytuacje: zadośćuczynienia przy zawarciu umowy wymaganiu innej formy szczególnej (przed średnikiem) oraz zawarcia umowy w innej formie szczególnej bez względu na istnienie wymagania formalnego (po średniku). W perspektywie § 3 trudno jest uznać za spójne uzasadnianie konsekwencji konceptu formy przypadkowej w zakresie formy wymaganej dla rozwiązania umowy za pomocą argumentu sprzecznego z wyjściowym założeniem tego konceptu, bo odczytującego konstrukcję przepisu pod kątem formy nieprzypadkowej. Skoro tak, to znajdujemy się o krok od stwierdzenia, że w art. 77 § 3 k.c. ustawodawca bardziej rygorystycznie traktował formę wymaganą dla rozwiązania umowy, gdyż przyjętą przez strony inną formę szczególną umowy traktował po prostu jako formę przewidzianą. Kto bowiem przypadkowo zawiera umowę w formie aktu notarialnego?

⁸⁴ J. Strzebinczyk (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 216; K. Korus (w:) K. Korus i in.: *Kodeks...*, *op. cit.*, komentarz do art. 77 § 1, pkt 2.

Z dotychczasowych rozważań wynika, że sięganie w kwestii formy rozwiązania umowy zawartej przypadkowo w innej formie szczególnej w rozumieniu art. 77 § 3 do średnika k.c. do samego art. 77 § 2 k.c. albo do samego art. 77 § 3 zdanie po średniku k.c. rodzi wątpliwości. Rozstrzygnięcia mogłoby dostarczyć bardziej kompleksowe spojrzenie na regulację art. 77 k.c. Artykuł 77 § 3 k.c. niewątpliwie nawiązuje do art. 77 § 2 k.c. za pomocą pojęcia innej formy szczególnej odnoszącego się do form wymienionych w art. 77 § 2 k.c. Posiłkowanie się art. 77 § 2 k.c. mogłoby więc polegać nie tyle na ścisłym określeniu na jego podstawie wymaganej formy, ile na odczytaniu z niego idei równego traktowania wymagań formalnych odnoszących się do czynności niweczających (rozwiązanie, odstąpienie, wypowiedzenie) formalnie zawartą umowę⁸⁵. Byłby to punkt wyjścia, wymagający dodatkowo uwzględnienia regulacji art. 77 § 3 zdanie po średniku k.c. w zakresie formy pisemnej *ad probationem*. Wówczas nie powstałaby niespójność wynikająca z zastosowania do rozwiązania umowy art. 77 § 2 k.c., a polegająca na tym, że ustawa raz traktowałaby wszystkie czynności niweczające tak samo (w razie zawarcia umowy w formie dokumentowej, pisemnej lub elektronicznej), a innym razem — rozwiązanie umowy łagodniej od czynności jednostronnych (w razie przypadkowego zawarcia umowy w innej formie szczególnej). W prezentowanym ujęciu wymaganie formy pisemnej *ad probationem* musiałoby jednak zostać wyinterpretowane łącznie z art. 77 § 2 i art. 77 § 3 zdanie po średniku k.c.

5. FORMA DOKUMENTOWA JAKO FORMA PRZYPADKOWA

Problem formy przypadkowej dotyczy również formy dokumentowej, w przypadku której jest on jednak na tle pozostałych form wyjątkowy. Przesłanki zachowania formy dokumentowej (art. 77²⁻³ k.c.), która po nowelizacji z 10 lipca 2015 r. zastąpiła formę pisemną na miejscu formy progowej, są bowiem nie tylko najbardziej liberalne spośród form ustawowych, ale w ogóle niezwykle liberalne. Obejmuje ona szerokie spektrum powszechnie stosowanych środków komunikacji⁸⁶, takich jak SMS czy e-mail. Pojawia się przy tym interesująca rozbieżność: mimo że wspomniane środki są w odbiorze społecznym uznawane za dość nieformalne, wykorzystanie ich do dokonania czynności prawnej oznacza formalizm. Właśnie łatwość przyjęcia formy dokumentowej i powszechność jej zastosowania w procesie komunikacji jest powodem większych niż w pozostałych przypadkach wątpliwości, czy samo zawarcie umowy w tej formie oznacza jej zastrzeżenie w celu zawarcia umowy. W tym względzie w doktrynie wyrażono już zapatrywanie negatywne⁸⁷.

⁸⁵ Por. E. Drozd: *Problematyka...*, *op. cit.*, s. 231, który sięgał do art. 77 k.c. nie w zakresie zastrzeżonej formy, lecz zasady jednakowego traktowania czynności następczych.

⁸⁶ K. Górka: *Zastosowanie...*, *op. cit.*, s. 52.

⁸⁷ *Ibidem*.

Na tle art. 77 k.c. problem formy dokumentowej jako formy przypadkowej ogranicza się jednak do kwestii zmiany umowy. Jeśli bowiem chodzi o jej rozwiązanie, zastosowanie znajdzie zawsze (tzn. bez względu na to, czy forma była przewidziana czy nie) art. 77 § 2 k.c. wymagający formy dokumentowej *ad probationem*. W razie uznania przyjętej przez strony formy dokumentowej umowy za formę przewidzianą w celu zawarcia umowy jej zmiana wymagałaby również formy dokumentowej *ad probationem* (art. 77 § 1 w zw. z art. 76 zdanie drugie k.c.). Natomiast według ściśle stosowanego konceptu formy przypadkowej zmiana umowy powinna być *a contrario* z art. 77 § 1 k.c. wolna od wymagania formalnego. Niemniej, jak już powiedziano, doktryna powszechnie optuje za zastosowaniem do zmiany umowy zawartej w formie przypadkowej art. 77 § 2 k.c., czyli wymagania formy dokumentowej *ad probationem*. Rezultat praktyczny okazuje się więc w zasadzie identyczny z tym, do jakiego prowadzi uznanie formy faktycznie przyjętej za formę przewidzianą w celu zawarcia umowy. O różnicy stanowiłoby jedynie końcowe zastrzeżenie dyspozytywności w art. 77 § 2 k.c., podczas gdy wymaganie z art. 77 § 1 k.c. ma charakter semiimperatywny. Jakkolwiek należy wątpić, czy uczestnikom obrotu przyszłoby w ogóle na myśl korzystać z tego zastrzeżenia.

Problem formy dokumentowej jako formy przypadkowej skłania do ogólniejszej refleksji, czy jej przesłanki nie zostały określone zbyt liberalnie. Konsekwencją tego, *prima facie* wydawałoby się nowocześniejszego w porównaniu ze wzorcową formą tekstową (*Textform*; § 126b BGB) rozwiązania, jest bowiem paradoksalnie do przyświecającego nowelizacji z 10 lipca 2015 r. celu odformalizowania obrotu prawnego jego faktyczne sformalizowanie, a co za tym idzie — zaktualizowanie wymagań formalnych dla czynności następczych. Gdyby natomiast przesłanki formy dokumentowej były nieco surowsze, tj. gdyby obejmowała ona mniejsze spektrum komunikatów, mniejszy byłby też zakres formalizacji. Wcześniej czynności następcze wobec umowy zawartej przykładowo za pośrednictwem e-maila nie podlegały żadnym rygorom formalnym, ponieważ wiadomości e-mail nie utożsamiano z formą szczególną.

6. WNIOSKI

Regulacja art. 77 k.c. jest wolna od wątpliwości w razie odrzucenia konceptu formy przypadkowej i uznania niewymaganej, a przyjętej formy umowy za przewidzianą przez strony w celu jej zawarcia. Natomiast przyjęcie tego konceptu, który zyskuje na popularności, rodzi na tle art. 77 § 1 i § 3 zdanie do średnika k.c. wątpliwości dotyczące formy wymaganej do zmiany i rozwiązania umowy. Wątpliwości zostały dodatkowo spotęgowane wskutek nowelizacji z 10 lipca 2015 r., zmieniającej punktowo art. 77 § 2 k.c., który był dotychczas wskazywany za podstawę ustalenia stosownych wymagań formalnych dla czynności następczych wobec umo-

wy zawartej w formie przypadkowej. Wobec dwojakiego zróżnicowania wymagań z art. 77 § 2 i z § 3 zdanie po średniku k.c.: po pierwsze, w zakresie rodzaju wymaganej formy (§ 2 — forma dokumentowa, § 3 zdanie po średniku — forma pisemna), a po drugie, w zakresie mocy wiążącej (§ 2 — dyspozytywny, § 3 — semiimperatywny), nowelizacja ta obnażyła wagę metody dogmatycznej — ważne jest nie tylko to, jakie wymaganie formalne się wywodzi, lecz także za pomocą jakich zabiegów interpretacyjnych (na jakiej podstawie) się to czyni.

Z perspektywy pewności obrotu prawnego, której przepisy o formie czynności prawnych powinny sprzyjać, zbyt duża jest obecnie rozbieżność między rozstrzygnięciami, do jakich mogą doprowadzić różne zapatrywania na formę przypadkową, tak jak na przykład między zmianą umowy zawartej w formie z podpisami notarialnie poświadczonymi w tożsamej formie *ad solemnitatem* (zastosowanie art. 77 § 1 w zw. z art. 76 zdanie pierwsze k.c. przy uznaniu formy przyjętej za formę przewidzianą w celu zawarcia umowy) a formie dokumentowej *ad probationem* (zastosowanie art. 77 § 2 k.c.) czy wreszcie bez wymagania formalnego (zastosowanie art. 77 § 1 k.c. *a contrario*). W takim stanie rzeczy istnieje realna potrzeba interwencji legislacyjnej.

Jeżeli koncept formy przypadkowej miałby być jednym z motywów regulacji formy następczych czynności prawnych, czego tu nie przesadzamy, ale jedynie bazujemy na widocznej w doktrynie tendencji, lepiej byłoby wyjść nie od obowiązującej, lecz od pierwotnej regulacji, przewidującej ogólne minimalne wymaganie formalne dla następczych czynności prawnych wobec umowy zawartej w formie szczególnej. Na tej bazie można by w odniesieniu do zmiany i rozwiązania umowy dodać szczególne surowsze wymagania formy tożsamej z formą przewidzianą w celu zawarcia umowy. Wówczas w przypadku formy przypadkowej, a nie przewidzianej, bezspornie znalazłoby zastosowanie ustawowo określone wymagania minimalne. Zarazem nie byłoby wątpliwości, że owe wymagania minimalne nie dotyczą przypadków, w których forma była przewidziana przez ustawę lub strony.

Zmiana taka nie rozwiązałaby jednak problemu wykładni, jaki koncept formy przypadkowej rodzi w zakresie formy przewidzianej przez strony w celu zawarcia umowy, co może być zarzewiem sporów. Pewne remedium mogłoby tu stanowić wprowadzenie tzw. konkretnej reguły interpretacyjnej, na przykład nakazującej w razie wątpliwości poczytywać faktycznie przyjętą formę umowy za przewidzianą w celu jej zawarcia. Reguła taka byłaby cenna dla pewności obrotu wobec spolaryzowania doktrynalnych ocen faktu zawarcia umowy w niewymaganej formie.

BIBLIOGRAFIA

- Bork R.: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Tübingen 2016.
Brehm W.: *Allgemeiner Teil des BGB*, Stuttgart 2008.

- Brzozowski A., Kocot W.J., Skowrońska-Bocian E.: *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 2018.
- Drozd E.: *Problematyka formy czynności prawnych na tle art. 77 k.c.*, *Studia Prawnicze* 1973, z. 38, s. 201–232.
- Ellenberger J. (w.): *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, München 2020.
- Ernst U., Rachwał A., Zoll F.: *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 2013.
- Giaro M.: *Glosa do wyroku SN z 26 sierpnia 2009 r., I CSK 32/09*, *Państwo i Prawo* 2011, z. 1, s. 117–122.
- Górska K.: *Zastosowanie i funkcje formy dokumentowej*, *Rejent* 2016, nr 11, s. 44–67.
- Grochowski M.: *Forma ad probationem po nowelizacji kodeksu cywilnego z 10 lipca 2015 r.*, *Rejent* 2016, nr 11, s. 68–91.
- Grochowski M.: *Nowe koncepcje regulacji wymogów formalnych*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2017, z. 4, s. 805–843.
- Grochowski M.: *Skutki braku zachowania formy szczególnej oświadczenia woli*, Warszawa 2017.
- Grzybowski S.: *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1985.
- Grykiel J. (w.): *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz. Art. 1–352*, pod red. M. Gutowskiego, Warszawa 2018.
- Janiszewska B.: *Glosa do wyroku SN z 30 maja 2000 r., IV CKN 898/00*, *Przeegląd Sądowy* 2002, nr 1, s. 124–133.
- Jedliński A. (w.): *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, t. 1, pod red. A. Kidyby, Warszawa 2012.
- Korus K. (w.): K. Korus i in.: *Kodeks cywilny. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy — Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw*, LEX/el. 2003.
- Krajewski M.: *Zmiany regulacji formy czynności prawnych*, *Przeegląd Prawa Handlowego* 2003, nr 7, s. 4–12.
- Machnikowski P. (w.): *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, Warszawa 2019.
- Neuner J.: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München 2020.
- Ohanowicz A.: *Zbieg norm w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 1963.
- Pazdan M.: *O projektowanym unormowaniu formy czynności prawnych*, *Rejent* 2001, nr 9, s. 15–24.
- Piasecki K. (w.): *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1–366*, t. 1, pod red. A. Marciniaka, K. Piaseckiego, Warszawa 2014.
- Pisuliński J.: *Forma czynności następczych (w:) Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Bogusławowi Gawlikowi*, pod red. J. Pisulińskiego, P. Tereskiewiczza, F. Zolla, Warszawa 2012, s. 99–115.

- Radwański Z.: *Normy prawne regulujące wykładnię oświadczeń woli*, Krakowskie Studia Prawnicze 1988, nr 21, s. 31–53.
- Radwański Z., Olejniczak A.: *Prawo cywilne — część ogólna*, Warszawa 2019.
- Radwański Z. (w:): *System prawa cywilnego*, t. 1, *Część ogólna*, pod red. S. Grzybowskiego, Ossolineum 1985.
- Radwański Z. (w:): *System prawa prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne — część ogólna*, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2008.
- Robaczyński W. (w:): *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, pod red. M. Pyziak-Szafnickiej, P. Księżaka, Warszawa 2014.
- Słomko M.: *Złożenie oświadczenia woli w formie aktu notarialnego*, Przegląd Sądowy 2005, nr 3, s. 17–41.
- Stojek G. (w:): *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna (art. 1–125)*, t. 1, pod red. M. Habdas, M. Frasa, Warszawa 2018.
- Strugała R. (w:): *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, Warszawa 2019.
- Strugała R.: *Standardowe klauzule umowne: adaptacyjne, salvatoryjne, merger, interpretacyjne oraz pactum de forma*, Warszawa 2013.
- Strzebinczyk J. (w:): *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, Warszawa 2016.
- Szpunar A.: *Uwagi o formie przewidzianej dla celów dowodowych*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1985, z. 4, s. 39–53.
- Tkaczyński A.: *Notarialne poświadczenie podpisu — wybrane problemy (w:) Księga dla naszych kolegów. Prace prawnicze poświęcone pamięci doktora Andrzeja Ciska, doktora Zygmunta Masternaka, doktora Marka Zagrosika*, pod red. J. Mazurkiewicza, Wrocław 2013, s. 453–459.
- Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K.: *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2020.

Słowa kluczowe: forma przypadkowa umowy, forma następczych czynności prawnych, wypowiedzenie, odstąpienie, zmiana, rozwiązanie.

MACIEJ GIARO

DILEMMAS RELATING TO THE SO-CALLED RANDOM
FORM OF A CONTRACT FOLLOWING THE AMENDMENT
OF THE ARTICLE 77 OF THE POLISH CIVIL CODE

S u m m a r y

The paper discusses the dilemmas of the so-called accidental form of a contract after the amendment of the Article 77 of the Polish Civil Code. The concept of the random form, i.e. a form for execution of a contract that is not required by the law or by the parties, but in fact applied, was and continues to be an issue discussed in Polish legal doctrine. It is relevant in the context of the form required by the Article 77 of the Polish Civil Code for subsequent legal acts aimed at modifying and rescinding a contract, as well as for a termination notice and withdrawal. The amendment of the Article 77 of the Polish Civil Code sheds new light on the discussion.

Keywords: random form of a contract, form of a subsequent juridical act, notice of termination, withdrawal, modification, termination.