

WOJCIECH JAROSIŃSKI*

WPLYW STOSOWANIA NORMY PRETORSKIEJ NA TREŚĆ ZOBOWIĄZAŃ W PRAWIE POLSKIM I ANGIELSKIM

WPROWADZENIE

Celem niniejszej pracy jest próba odnalezienia odpowiedzi na pytanie, czy sędzia angielski dysponuje dostatecznymi kompetencjami, aby móc orzekać na podstawie dobrej wiary implementowanej do brytyjskiego systemu prawnego na mocy europejskich dyrektyw konsumenckich. Kompetencja sędziego angielskiego będzie badana na podstawie mechanizmów korekcji zobowiązań istniejących już w systemie angielskiego prawa umów. Zostaną one porównane z mechanizmami korekcji zobowiązań obecnymi w polskim prawie cywilnym. Jako założenie zostało przyjęte, że sędzia polski jest w stanie stosować klauzule dobrej wiary, zawarte w dyrektywach konsumenckich. Kompetencja ta bierze się z tradycji polskiego systemu prawnego, któremu nieobce są normy zawierające dobrą wiarę. Analiza polegać będzie na porównaniu instytucji istniejących w tradycji systemu angielskiego z tymi, które w systemie polskim umożliwiają sędziemu stosowanie dobrej wiary. Rezultatem porównania będzie wniosek, czy w ramach systemu angielskiego istnieją instytucje analogiczne do tych, które w systemie polskim pozwalają sędziemu stosować dobrą wiarę zawartą w dyrektywach konsumenckich.

Konsekwentnie, pierwsza część tego artykułu przybliży strukturę instytucjonalną działania sądów w Anglii oraz porównanie metody stosowania prawa w Polsce i Anglii na poziomie ogólnym, przechodząc następnie do przedstawienia różnych ujęć klauzul generalnych oraz postrzeganych w nich przez prawników *common law*

* Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

zagrożeń. Część druga zawiera natomiast rekonstrukcję polskiej normy pretorskiej¹, takiej, jaka stosowana jest przez sędziego polskiego w celu korekcji zobowiązania. Część trzecia niniejszej analizy pokazuje angielskie narzędzia na tle polskich instytucji opisanych w części drugiej, starając się dać odpowiedź na pytanie o kompetencję sędziego angielskiego do wydawania orzeczeń opartych na wartościach implementowanych zgodnie z dyrektywami konsumenckimi.

WSTĘP

Na postanowienia uzgodnione między dwoma lub więcej podmiotami prawa, tj. umowę, można spojrzeć z dwóch perspektyw. Pierwsza perspektywa ukazuje, że umowa to rodzaj czynności prawnej wymagającej zawarcia w formie i kształcie określonym przez prawo. Spełnienie przesłanek formy i kształtu gwarantuje przyznanie postanowieniom skuteczności polegającej na zagwarantowaniu jej wykonania przez prawodawcę, który przesłanki ustanowił. Druga perspektywa wskazuje, że to nie ustawa, precedens czy rozporządzenie determinuje umowę, lecz wola stron. Strony umowy mogą zobowiązać się do wszystkiego. Mogą uzgodnić dostawę Słońca w partiach po 10 ton. Mogą także umówić się na sprzedaż siedmiu jabłek, sprzedaż Morza Bałtyckiego, najem mieszkania lub Wawelu. Umowy nie mają ograniczeń, a postanowienia umowy stanowią prawo między stronami. Nie zmienia to oczywiście faktu, że tylko niektóre z wymienionych wyżej zobowiązań zostaną uznane przez sądy za godne ochrony państwowej — za godne zabezpieczenia ich wykonania sankcją. Zobowiązania, których wykonanie godne jest zabezpieczenia sankcją, uregulowane są w ustawach (w prawie kontynentalnym i *common law*) i precedensach (w *common law*). To pierwsze podejście jest punktem wyjścia do zrozumienia umowy w polskim prawie zobowiązań², to drugie w angielskim³.

Kontynuując rozważania z perspektywy angielskiej, należy podkreślić, że wszystkie postanowienia umowy są prawem między stronami. Jednakże tylko niektóre z tych postanowień prawodawca polski czy angielski postanowił poddać ochronie. Wykonanie postanowień, którym prawodawca nie przyznał ochrony, może się opierać wyłącznie na zaufaniu między uczestnikami obrotu — nie na przymusie państwowym. Między tymi dwiema kategoriami postanowień znajdują się standardy zachowań uczestników wymiany handlowej, których egzekwowanie prawodaw-

¹ Pojęcie „norma pretorska” na potrzeby niniejszego opracowania zostało przedstawione w części drugiej.

² Z. Radwański, A. Olejniczak: *Zobowiązania — część ogólna*, Warszawa 2005, s. 11 i powoływana tam literatura. Zdanie to nie jest jednak próbą podważenia roli, jaką w polskim prawie cywilnym pełni autonomia woli stron, która jest przecież „jednocześnie podstawową kwestyją prawa cywilnego i głównym domniemaniem racji bytu tegoż” (S. Rundstein: *Studia i szkice prawne*, Lwów 1904, s. 185), lecz jedynie ma zwrócić uwagę na odmienne spojrzenie dwóch systemów na zobowiązanie. System angielski nie musiał nigdy uciec się do kodyfikacji normy, stanowiącej, że umowa jest prawem między stronami, tak jak uczyniono to np. w art. 1134 kodeksu Napoleona.

³ H. Beale: *Chitty on Contracts*, 30th Edition, Sweet & Maxwell 2008, s. 1–002.

ca pozostawił dyskrekcji sędziów. Te standardy zachowań określane są wymogami działania zgodnie z dobrą wiarą czy uczciwością kupiecką lub — tak jak w systemie polskim — zasadami współżycia społecznego. Systemy prawne normują zakres ochrony wykonania zobowiązań w różnym stopniu. Nie oznacza to jednak, że w systemach, w których prawodawca nie gwarantuje egzekwowania postępowania w zgodzie z dobrą wiarą, zachowania między kupcami nie odpowiadają temu standardowi. Wymiana handlowa również poddana jest reżimowi takich standardów, jednakże ciężar ich egzekwowania przerzucony został z sądów na uczestników obrotu. Uczestnicy wymiany handlowej sami muszą zdecydować, który z potencjalnych kontrahentów współpracować będzie w uczciwy sposób, ponieważ sąd będzie w stanie zapewnić jedynie, że kontrahent wypełni przewidziane w umowie obietnice, nie zapewni natomiast standardu ich wykonania.

W artykule, który ukazał się 19 marca 2010 r. w „Science Magazine”⁴ przedstawiona jest próba naukowej analizy, jaki wpływ na wprowadzenie karania nieuczciwego (*unfair*) postępowania uczestników wymiany handlowej⁵ ma wielkość społeczności, w której ta wymiana jest prowadzona. Autorzy zdają się dochodzić do wniosku, że duże społeczności wymagają wprowadzenia instytucjonalnych mechanizmów egzekwowania uczciwości w wymianie handlowej. Ich zdaniem w mniejszych społecznościach, których granice wyznaczają naturalne przeszkody geograficzne, uczciwość w trakcie wymiany gwarantuje reputacja, podczas gdy w większych społecznościach reputacja nie wystarcza ze względu na wysoką częstotliwość, a szczególnie zmienność wymiany, zmuszając społeczności do wykształcenia instytucjonalnych mechanizmów kontroli uczciwości obrotu⁶.

System angielskiego prawa umów jeszcze pod koniec XVIII w. balansował na krawędzi między uznaniem wykonania zobowiązań w dobrej wierze za godne ochrony a egzekwowaniem jedynie pewnych i określonych zobowiązań umownych. Lord Mansfield w orzeczeniu *Carter v. Boehm*⁷ pisał, że wszystkie kontrakty powinny być oceniane pod kątem wykonania ich w zgodzie z obowiązkami nakładanymi przez dobrą wiarę. Jednakże ostatecznie „uniwersalna propozycja Lorda Mansfielda nie przetrwała. Angielskie prawo umów i handlu rozwinęło się w odmienną stronę, preferując raczej korzyści płynące z prostoty i pewności, które biorą się z tego, że od uczestników wymiany handlowej wymaga się, aby sami dbali o własne interesy”⁸. W świetle badań opublikowanych w „Science” jest to interesujące stwierdzenie.

⁴ J. Henrich *et al.*: *Markets, Religion, Community Size, and the Evolution of Fairness and Punishment*, *Science* 327, 1480 (2010).

⁵ Zależność od wymiany handlowej mierzona jest ilością, jaką w jadłospisie stanowią zakupione kalorie, w stosunku do kalorii uzyskanych samodzielnie (przez hodowlę, uprawę, zbieractwo itd.).

⁶ J. Henrich *et al.*: *Markets...*, *op. cit.*, s. 1484.

⁷ *Carter v. Boehm*, [1766] 3 Burr 1905.

⁸ Lord Hobhouse w *Manifest Shipping Co Ltd v. Uni-Polaris Ins Co Ltd, The Star Sea*, [2001] UKHL 1, oryginał: „Lord Mansfield’s universal proposition did not survive. The commercial and mercantile law of England

1. METODA PORÓWNAWCZYCH ROZWAŻAŃ NAD STOSOWANIEM DOBREJ WIARY

Starając się znaleźć odpowiedź na pytanie o miejsce europejskiej dobrej wiary w angielskim *common law*, rozważanie należy przeprowadzić na dwóch płaszczyznach. Pierwsza płaszczyzna to zagadnienia materialne. W tym kontekście rozważyć trzeba, czy system angielski dopuszcza sądowe stosowanie i egzekwowanie wartości stojących za europejską dobrą wiarą. Druga płaszczyzna to grunt formalny. Tu pytanie powinno być postawione tak, aby odpowiadając na nie wyjaśnić, czy stosowanie europejskiej dobrej wiary możliwe jest bez wykraczania poza sposób orzekania przyjęty przez sędziego reprezentującego badany system. Badając sposób orzekania, należy zwrócić uwagę na to, jak skonstruowana jest norma pretorska⁹ dająca sędziemu kompetencję do ingerencji w łączący strony stosunek. Analizując konstrukcję normy pretorskiej, konieczne jest przedstawienie składających się na nią elementów oraz tego, które z nich są klauzulami pozwalającymi sędziemu wprowadzić do umowy stron zewnętrzne wartości, takie jak na przykład dobra wiara czy zasady współżycia społecznego. Następnie, trzeba ocenić, jak te klauzule stosuje sędzia, i wreszcie, jakie są konsekwencje ich stosowania.

1.1. ROZRÓŻNIENIE UJĘCIA MATERIALNEGO I FORMALNEGO PORÓWNAWANIA STOSOWANIA DOBREJ WIARY

Rozważanie problemu na płaszczyźnie materialnej nie jest niczym nowym w doktrynie prawa cywilnego. Badania w tym zakresie prowadzili O. Lando, R. Zimmermann, M.H. Whincup¹⁰. Celem prowadzonej przez nich porównawczej analizy było danie odpowiedzi na pytanie, czy dobra wiara jest obecna w systemie *common law*, tyle że pod postacią innych instytucji stosowanych przez sędziów. W rezultacie autorzy dochodzili do sprzecznych, choć tak samo dobrze uzasadnionych wniosków. Metoda przez nich przyjęta nie była jednak pełna. Praca autorów skupiała się głównie na porównaniu wartości stojących za dobrą wiarą przez analizę rezultatów stosowania odmiennych mechanizmów. Autorzy ci zakładali, że dobra wiara wprost nie istnieje w angielskim *common law*. Efekt w kontynentalnych jurysdykcjach

developed in a different direction preferring the benefits of simplicity and certainty which flow from requiring those engaging in commerce to look after their own interests”.

⁹ Przez dalszą część niniejszej analizy pojęcie „norma pretorska” będzie używane do przedstawienia całości czynności podejmowanych przez sędziego w celu korekcy zawartego przez strony zobowiązania. Szczegółowemu wyjaśnieniu pojęcia „norma pretorska” poświęcona jest część druga.

¹⁰ O. Lando: *A Vision of a Future World Contract Law*, 37 *Uniform Commercial Code Law Journal*, vol. 2, 3–46; R. Zimmermann, S. Whittaker: *Good faith in European Contract Law*, Cambridge University Press 2000; M.H. Whincup: *Contract Law and Practice. The English System with Scottish, Commonwealth and Continental Comparison*, Kluwer Law International 2006.

osiągany za pomocą dobrej wiary poszukiwany był w skutkach stosowania tradycyjnych instytucji *common law*.

Rzadziej natomiast miejsce dobrej wiary analizuje się w kontekście jej stosowania. Takie ujęcie sprawy nie powinno jednak uciekać uwadze osób zajmujących się badaniem dobrej wiary w *common law*, gdyż etap stosowania prawa przez sędziego, moment, w którym dokonuje on analizy sytuacji faktycznej i decyduje, jak skonstruować normę, jest tak samo ważny jak ocena, czy można znaleźć podobne wartości stojące za różnymi mechanizmami w badanym systemie. Konsekwentnie, praca ta skupia się na porównaniu formalnych aspektów stosowania dobrej wiary, która w takim ujęciu jest elementem szerszej normy pretorskiej.

1.2. UZASADNIENIE PODEJŚCIA FORMALNEGO

Podjęcie do zagadnienia dobrej wiary w *common law* na gruncie formalnym to analiza sposobu stosowania przez sędziego normy, której częścią jest wartość nazywana dobrą wiarą, tj. normy pretorskiej. Niezależność władzy sądowniczej od legislacyjnej i wykonawczej umiejscawia sędziego w pozycji dającej duży zakres swobody podczas stosowania prawa. W chwili wydania aktu prawnego to sędzia przyjmuje na siebie ciężar jego skutecznego i sprawiedliwego stosowania. Niezależnie od tego, czy sędzia schlebia wykładni historycznej aktu (tj. stara się odnaleźć sens, jaki nadał mu rzeczywisty ustawodawca), czy raczej jest sędziowskim aktywistą¹¹ i stoi na stanowisku, że akt należy interpretować zgodnie ze zmieniającymi się uwarunkowaniami społecznymi, ustawodawca po uchwaleniu aktu nie jest w stanie podjąć żadnych kroków, jeżeli skodyfikowane przez niego normy generalno–abstrakcyjne okażą się absurdalne lub niesprawiedliwe, gdyż zmienione w normy indywidualno–konkretne. Ciężar sprawiedliwego stosowania prawa spoczywa wówczas w całości na sędzim, który musi wydać wyrok w sprawie. W rezultacie, sędzia odwoła się do norm uelastyczniających system prawa (swoistych zaworów bezpieczeństwa wprowadzonych¹² do systemu przez zapobiegliwego ustawodawcę), aby przeciwdziałać niesprawiedliwości¹³. Skorzysta ze swojej funkcji pretorskiej. Czy sędzia z angielskiego *common law* będzie w stanie skutecznie skorzystać z dobrej wiary wprowadzonej do tradycyjnego systemu przez europejskiego ustawodawcę, jest pytaniem tej analizy.

¹¹ Sędziowski aktywizm (ang. *judicial activism*) to nurt, zgodnie z którym sędzia powinien tak interpretować akt prawny, na podstawie którego ma wydać orzeczenie, aby uwzględnił on zmiany w sytuacji społecznej, jakie zaszły między wydaniem aktu a chwilą orzekania. Sędziowski aktywizm zakłada znaczną swobodę sędziego w interpretacji treści aktu prawnego. Zob. M. Matczak: *Summa Iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007, s. 37 i n.

¹² Zob. G.H. Roth: *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, t. IIa, München 2003, s. 116.

¹³ Nie doprowadzić do spełnienia rzymskiej już paremii: *summum ius summa iniuria*, Cicero, *De officiis* I, 10, 33.

2. WYBÓR SPOSOBU PRZEDSTAWIANIA NORMY PRETORSKIEJ DO PROWADZENIA PORÓWNAWCZEJ ANALIZY

W opracowaniu tym za podstawę porównania kompetencji sędziego do ingerencji w łączący strony stosunek, w celu uelastycznienia stosowania prawa (tj. zastosowania normy pretorskiej), przyjęta zostanie trójczłonowa koncepcja normy, na którą składa się hipoteza, dyspozycja i sankcja. Trójczłonowy schemat pozwala na skupienie większej uwagi na dyspozycji, która zawiera w sobie test dobrej wiary — element szczególnie interesujący dla tego porównania. Zastosowanie koncepcji norm sprzężonych funkcjonalnie nie pozwoli na przeprowadzenie podobnie interesującego porównania. Koncepcja ta daje bardziej narzędzia do analizy roli przymusu państwowego i sposobu wyrażania sankcji niż do porównywania dyspozycji.

2.1. ŹRÓDŁA REKONSTRUKCJI NORMY PRETORSKIEJ

Polski kodeks cywilny zawiera dużo zróżnicowanych przepisów regulujących normę pretorską. Przepisy te można dzielić na kilka kategorii, zależnie od przyjętego kryterium. Może to być na przykład podział na normy należące do prawa deliktów¹⁴ czy prawa umów, normy odnoszące się do szczególnych typów zobowiązań czy normy o generalnym charakterze — odnoszące się do całego systemu. Ta ostatnia kategoria ma szczególne znaczenie dla tej analizy. Szczególne, ponieważ dalsze porównanie metody stosowania normy pretorskiej w Polsce i Anglii prowadzone będzie na podstawie porównania tradycyjnych narzędzi pretorskiego uelastyczniania zobowiązań, tak aby dać podstawę do odpowiedzi na pytanie o kompetencję sędziego angielskiego do stosowania pretorskich mechanizmów przewidzianych w konsumenckich dyrektywach europejskich. Norma pretorska zawarta w tych dyrektywach ma bardzo szeroki zakres stosowania. Sędzia może jej użyć w stosunku do sytuacji mających miejsce przed, po, jak i w trakcie wykonywania zobowiązania. Innymi słowy, norma ta może mieć zastosowanie do czynności faktycznych, oświadczeń woli, czynności prawnych, umowy, jak i samego wykonywania zobowiązania. Na analizę tych zachowań i stanów w polskim systemie pozwalają odpowiednio normy art. 56, 58, 65 i 354 k.c. Angielski system — nie uprzedzając jeszcze wyników analizy — proponuje uelastycznianie systemu za pomocą *implied terms*, *promissory estoppel*, *unconscionable conduct* i modyfikacji *consideration*.

Zanim jednak prowadzony wywód dotrze do bezpośredniego porównania funkcjonowania normy pretorskiej w systemie polskim i angielskim, przedstawienia wymaga stosowanie prawa w obu systemach oraz dokładniejsze zaadresowanie problemów wynikających z wprowadzenia pojęcia „dobra wiara” do dyrektyw konsumenckich.

¹⁴ Zob. np. art. 428 i 440 k.c.

CZĘŚĆ PIERWSZA

1. ZAKRES ANALIZY

Przedmiotem niniejszej analizy jest porównanie metody stosowania normy pretorskiej przez sędziego. Kiedy w relacji między stronami stosunku prawnego okazuje się, że nie zostało osiągnięte wystarczające porozumienie, wówczas strony zwracają się do sędziego o rozstrzygnięcie dzielącego je sporu. Sędzia, korzystając z postanowień umowy, obowiązujących przepisów prawa oraz klauzul generalnych (modeli powinno zachowania), orzeka o spornych obowiązkach stron stosunku. W rezultacie kończy spór i osiąga dwa cele. W zakresie relacji między stronami stosunku ustala rozkład odpowiedzialności. W zakresie globalnym umożliwia kontynuowanie efektywnej wymiany handlowej. Sędzia, orzekając w przedmiocie sporu wynikającego z umowy, musi za każdym razem ważyć sprzeczne wartości w celu dojścia do sprawiedliwego rezultatu¹⁵. Z jednej strony będą to zasady poszanowania autonomii woli stron umowy oraz *privity of contract*¹⁶, z drugiej nakaz kontraktowania zgodnie z zasadami współżycia społecznego lub dobrej wiary.

Jurysdykcją i prawem wzorcowym dla niniejszej analizy jest system polski, obejmujący reguły stosowania normy pretorskiej zawarte w części ogólnej kodeksu cywilnego. Jurysdykcją porównywaną jest natomiast system angielski (ściślej, system Anglii i Walii), składający się na system prawa Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej¹⁷. Wybór prawa angielskiego, jako prawa porównywanego z prawem polskim, uzasadniony jest kilkoma względami. Po pierwsze, system angielski wydaje się różnić najbardziej od systemu polskiego w zakresie standardów przyjmowanych podczas stosowania normy pretorskiej przez sędziego. Standardy prawa angielskiego to poszanowanie autonomii woli stron umowy i zasady *privity of contract*. Sędzia angielski przede wszystkim będzie się starał zrozumieć umowę zgodnie z wolą stron i nie dopuścić do powstania odpowiedzialności kontraktowej szerszej, niż wynika to z postanowień umowy¹⁸. Odróżnia to system angielski od pozostałych systemów wywodzących się z tradycji *common law*. Podczas gdy sędzia angielski próżno będzie szukał w systemie tradycyjnego angielskiego prawa standardów zewnętrznych w stosunku do umowy, jako podstaw do jej korekcji, tak już

¹⁵ S. Whittaker: *A framework of principle for European contract law?*, Law Quarterly Review 2009, 125(Oct), s. 638.

¹⁶ *Privity of contract* oznacza, że umowa nie może przyznawać żadnych praw ani nakładać żadnych obowiązków na inne osoby niż strony umowy, za: I. Karwala: *Privity of contract a zasada względnego charakteru stosunku zobowiązaniowego*, Transformacje Prawa Prywatnego 2010, nr 1, s. 6.

¹⁷ Pozostałymi systemami prawnymi wchodzącymi w skład Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej są prawo Szkocji oraz system prawa Irlandii Północnej; por. N. Read: *ABA Guide to International Business Negotiations*, trzecia edycja 2009.

¹⁸ M. Chen–West: *Consideration, Practical Benefit and the Emperor's New Clothes* (w:) J. Beatson, D. Friedmann: *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford University Press 2002, s. 123.

sędzia amerykański znajdzie znaczną liczbę¹⁹ odniesień do dobrej wiary w Uniform Commercial Code²⁰, sędzia australijski i nowozelandzki, odmiennie od angielskiego, będzie mógł skorzystać z doświadczenia w orzekaniu, opierając się na konwencji wiedeńskiej o międzynarodowej sprzedaży towarów, zawierającej bezpośrednie odwołanie do dobrej wiary²¹.

Po drugie, system angielski jest częścią systemu prawnego Unii Europejskiej, czego konsekwencją jest konieczność implementacji dyrektyw konsumenckich, zawierających odniesienie do wartości, mogących potencjalnie wydać się sędziemu angielskiemu obcymi. Członkiem UE jest Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej. Tym samym Anglia i Walia — będące wraz ze swoim sądownictwem częściami Zjednoczonego Królestwa — obowiązane są przestrzegać prawa wspólnotowego²². Prawo to przewiduje obowiązek implementacji dyrektyw. W rezultacie implementacja dyrektywy przez Wielką Brytanię będzie wiążąca dla sądów angielskich. Wywód ten ma na celu zarysowanie drobnej różnicy terminologicznej. Otóż, pisząc o normie A, tak samo prawidłowe będzie twierdzenie, że jest ona stosowana przez sędziego angielskiego, jak i zwrot, że jest ona stosowana na podstawie brytyjskiej implementacji. Odwrotne użycie powyższych sformułowań będzie natomiast nieprawidłowe.

2. STOSOWANIE PRAWA W ANGLII I POLSCE

Mimo związania precedensem oraz kluczowej roli sędziego w strukturze angielskiego prawa umów, schemat stosowania prawa polskiego oraz prawa angielskiego nie różni się od siebie znacząco. W obu systemach przecież stosowanie prawa polega na znalezieniu normy, która wyznaczyłaby sprawiedliwe rozstrzygnięcie sporu. Poniższy wywód ma na celu pokazanie, że komparatystyczna analiza metody stosowania normy pretorskiej nie jest porównywaniem nieporównywalnego. Wręcz przeciwnie, jest jak najbardziej właściwa.

¹⁹ Por. E.A. Farnsworth: *Good Faith in Contract Performance* (w:) J. Beatson, D. Friedmann: *Good Faith and Fault in Contract Law*, *op. cit.*, s. 155.

²⁰ Konsekwentnie, za mniej owocne uważam porównywanie systemu amerykańskiego z systemem polskim. Metody stosowania normy pretorskiej w tych dwóch systemach wykazałyby więcej cech wspólnych, tym samym dając mniejszą możliwość wyciągania porównawczych wniosków. Dalsza część tej analizy nie będzie się zatem odnosić do systemu prawnego Stanów Zjednoczonych. Co więcej, łączne zestawianie systemu angielskiego i amerykańskiego w celu porównania z polskim uważam za błędne. System amerykański przewiduje wciąż niedopuszczalne w prawie angielskim możliwości rozszerzenia odpowiedzialności kontraktowej, np. w stosunku do osób trzecich (por. *Caterpillar Inc. v. Usinor Industeel*, 393 F.Supp. 2d 659). Również ratyfikacja przez USA konwencji wiedeńskiej o międzynarodowej sprzedaży towarów i jej stosowanie przez sędziów ma pozytywny wpływ na ich doświadczenie w orzekaniu na podstawie np. dobrej wiary, a negatywny na jakość wspólnego zestawienia systemu anglo-amerykańskiego w celu porównania z polskim.

²¹ Art. 7(1) konwencji wiedeńskiej.

²² M.H. Whincup: *Contract Law and Practice; The English System with Scottish, Commonwealth and Continental Comparison*, *op. cit.*, s. 6.

2.1. Stosowanie prawa przez sędziego kontynentalnego i sędziego systemu *common law* — model podstawowy²³

Sędzia kontynentalny rozpoczyna analizę przedstawionego mu sporu od zbadania jego faktów. Ten etap wystąpi również w *common law*, wystąpi w obu systemach i na dalszych etapach analizy zostanie pominięty. W państwie prawa nie można wydać sprawiedliwego wyroku w sprawie, nie znając jej faktów.

Następnym krokiem jest analiza przepisów prawa prowadząca do odnalezienia odpowiedniej hipotezy normy prawnej, która to norma będzie miała zastosowanie w sprawie. Norma musi swą hipotezą odpowiadać zastanej sytuacji faktycznej. Następnie, sędzia wydaje orzeczenie zgodnie z dyspozycją normy. Niewykonanie orzeczenia zagrożone jest sankcją. W rezultacie, w systemie kontynentalnym, wyodrębnić można trzy etapy stosowania prawa:

- 1) analiza stanu faktycznego;
- 2) poszukiwanie normy;
- 3) zastosowanie normy i wydanie orzeczenia zgodnie z dyspozycją normy.

Jest to schemat podstawowy, odpowiadający sytuacjom, w których można zastosować normy dające się bezpośrednio wyodrębnić z przepisów prawa. Schemat ten znajduje jednak zastosowanie również w bardziej skomplikowanych stanach faktycznych, jednakże wówczas poszukiwanie normy stanie się bardziej rozbudowaną czynnością.

Etapy następujące po analizie stanu faktycznego to nic innego jak poszukiwanie normy generalno–abstrakcyjnej (2) i konkretyzacja jej w normę indywidualno–konkretną (3).

Sędzia orzekający w angielskim *common law* postępuje analogicznie. Proces ten jest wzbogacony tylko o potrzebę wyodrębnienia normy generalno–abstrakcyjnej, a nie wyłącznie jej odnalezienie.

Pierwszy krok sędziego *common law* również polega na zbadaniu faktów sprawy. Następnym jest przystąpienie do analizy obowiązującego prawa. Prawem tym będzie ustawa lub w jej braku i zgodnie z zasadą *stare decisis* już wydane orzeczenie²⁴. Jeżeli jest to ustawa, sędzia podejmie kroki identyczne do tych, jakie podejmuje sędzia orzekający w systemie kontynentalnym. Jeżeli prawem okaże się orzeczenie, sędzia będzie musiał wyodrębnić z niego *ratio decidendi* (tj. wyinterpretować z indywidualno–konkretnego orzeczenia normę o charakterze generalno–abstrakcyjnym). Następnie, uzbrojony w *ratio decidendi* sędzia stosuje je do napotkanego stanu faktycznego. Rezultatem będzie wydanie orzeczenia w sprawie.

²³ Na podstawie wykładu profesora Krzysztofa Pleszki ze wstępu do prawoznawstwa, 2005 r.; zob. również H.L.A. Hart: *The Concept of Law*, Oxford University Press 1994.

²⁴ Ujmując rzecz ściśle, sędzia, orzekając na gruncie *common law*, poszukuje normy wyłącznie w precedensach. Kiedy natomiast wykroczy poza precedensy, wykracza również poza *common law*, przechodząc na grunt *statutory law*.

Konsekwentnie, podstawowe założenia stosowania przez sędziego angielskiego prawa są podobne do założeń przyjętych na kontynencie. Po analizie faktów, sędzia przechodzi do poszukiwania normy generalno–abstrakcyjnej. W systemie *common law* etap ten wzbogacony jest o potrzebę skonstruowania normy generalno–abstrakcyjnej z istniejącej w *ratio decidendi* normy indywidualno–konkretnej. Następnie sędzia konkretyzuje stworzoną przez siebie normę generalno–abstrakcyjną, aplikując ją do nowych faktów sprawy, w której orzeka.

Należy w tym miejscu jeszcze nadmienić, że sędzia angielski jest związany precedensem. Poza regułę wyznaczoną w wiążącym i aktualnym orzeczeniu może wyjść tylko wówczas, gdy uzna, że stan faktyczny jest odmienny od opisanego w precedensie (*distinguishing*), lub gdy stwierdzi, że nie ma on już prawnego uzasadnienia (*overruling*). *Overruling* nie może być zastosowany przez sędziego niższej instancji w stosunku do sądu wyższej instancji.

2.2. Stosowanie prawa przez sędziego kontynentalnego i sędziego systemu *common law*, model uwzględniający użycie metanorm

Sytuacja komplikuje się, gdy dostępnych przepisów lub typów sędzia nie jest w stanie zastosować wprost do stworzenia normy rozwiązującej napotkany przez niego spór, lub gdy zastosowanie czystej litery prawa nie jest możliwe, ponieważ ustawodawca danej sytuacji nie przewidział lub zastosowanie normy prowadziłoby do absurdalnych rezultatów. Podobny problem powstanie, jeżeli to nie ustawodawca, a strony stworzyły normy, których pewność i jasność pozostawia wiele do życzenia. Do trzech wymienionych wcześniej etapów sędzia wprowadzi dodatkową metanormę. Hipoteza tej normy będzie inna od tej, która składa się na konstrukcję normy użytej w modelu podstawowym. Hipoteza obejmie swoim zakresem patologiczną sytuację w prawie zarówno tym zewnętrznym (ustawa, precedens), jak i tym stworzonym przez strony. Dyspozycja tej normy będzie miała również inny kierunek działania. Będzie ona nastawiona na modyfikację dyspozycji, która odpowiadałaby normie w prostym modelu. Celem tej metanormy będzie uelastycznienie systemu i odpowiednie zareagowanie na nietypową sytuację.

Niezależnie jednak od stopnia nietypowości sprawy oraz tego, jak dwa systemy określają, czym jest odpowiednia reakcja na nietypową sytuację, schemat stosowania prawa oparty jest na trzech podstawowych czynnościach: analizie stanu faktycznego, poszukiwaniu normy generalno–abstrakcyjnej odpowiadającej stanowi faktycznemu, konkretyzacji normy generalno–abstrakcyjnej.

3. NORMA PRETORSKA — KONSTRUKCJA NA POTRZEBY NINIEJSZEJ ANALIZY

Podstawą do odpowiedzi na pytanie postawione na początku tej pracy jest porównawcza analiza stosowania normy pretorskiej przez sędziego polskiego (norma odniesienia) i sędziego angielskiego (norma porównywana). Pojęcie „norma pretorska” nie jest pojęciem nowym w polskiej doktrynie²⁵. Jednakże często utożsamiane jest wyłącznie ze stosowaniem pojedynczej klauzuli generalnej (modelu powinnego zachowania, por. niżej), na przykład zasad współzycia społecznego czy dobrej wiary²⁶, podczas gdy pełny obraz *quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplementi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam* może być ukazany tylko przez analizę całego zestawu przepisów, w których skład wchodzi klauzule generalne (modele powinnego zachowania), czyli normy pretorskiej, na którą składają się hipoteza, dyspozycja i sankcja.

W dyspozycji normy pretorskiej kryje się kwintesencja kompetencji sędziego do wywarcia wpływu na stosunek łączący strony. Dlatego też porównaniu dyspozycji zostanie poświęcone niżej najwięcej miejsca.

Norma pretorska tak rozumiana jest strukturą, w której dyspozycji znaleźć może zastosowanie każda z klauzul generalnych (modeli powinnego zachowania). To, która z nich zostanie przez sędziego użyta, uzależnione będzie za każdym razem od kontekstu stosowania normy. Innymi słowy, uzależnione będzie od kształtu i treści łączącej strony umowy.

Źródło klauzul generalnych (modeli powinnego zachowania) może być dwójakie. Mogą one wynikać z tego samego źródła, z którego wynika łącząca strony umowa. Będą to wówczas takie klauzule (modele powinnego zachowania), które za podstawę mają wolę stron, oparte są na ich autonomii. Stosowanie ich daje sędziemu możliwość modyfikacji stosunku tylko w celu dotarcia do rezultatu, do jakiego doszłyby też strony, gdyby przewidziały podobną sytuację. Są to klauzule o charakterze wewnętrznym w stosunku do umowy. Drugim źródłem klauzul generalnych (modeli powinnego zachowania) są wartości zewnętrzne w stosunku do łączącego strony zobowiązania. Takimi wartościami będą uczciwość kupiecka, staranność zawodowa, zasady współzycia społecznego²⁷. Innymi słowy, wartości służące za podstawę stosowania przez sędziego normy pretorskiej w tym kontekście prowadzą raczej do realizacji celów, które ustawodawca implementował w przepisach prawa, niż jak w przypadku wcześniejszym, celów, które strony wpisały w treść umowy.

²⁵ M. Safjan: *Klauzule generalne w prawie cywilnym (przyczynek do dyskusji)*, Państwo i Prawo (dalej: PiP) 1990, z. 11, s. 51.

²⁶ Por. M. Safjan: *Klauzule generalne...*, op. cit., s. 50; J. Czarasty: *Przyczynek do problematyki klauzul generalnych*, PiP 1978, z. 5, s. 83.

²⁷ Zob. S. Whittaker, R. Zimmermann: *Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape* (w:) R. Zimmermann, S. Whittaker: *Good Faith in European Contract Law*, op. cit., s. 30, gdzie autorzy podają analizie znaczenie *Treu und Glauben* z § 242 BGB, oraz E. Rott-Pietrzyk: *Klauzula generalna rozsądku w prawie prywatnym*, Warszawa 2007, s. 325, gdzie autorka przedstawia rozumienie „dobrych obyczajów” w polskiej doktrynie prawa cywilnego.

4. NORMA PRETORSKA W PERCEPCJI DOKTRYNY *COMMON LAW* — POSTRZEGANE ZAGROŻENIA

W piśmiennictwie angielskim nietrudno znaleźć jest wypowiedzi ilustrujące obawy prawników *common law* przed stosowaniem klauzul generalnych (modeli powinnego zachowania), zaczerpniętych z systemów kontynentalnych, w angielskim prawie umów. J. Beatson i D. Friedmann²⁸ podsumowują wątpliwości angielskich prawników, uznając prawo angielskie za bardziej wyrafinowane²⁹ oraz za prawo zdecydowanie bardziej pewne od na przykład konwencji wiedeńskiej³⁰.

Nie wiem, jakie kryterium zostało przyjęte dla uznania prawa angielskiego za bardziej wyrafinowane od systemów wywodzących się jeszcze z prawa rzymskiego. Konsekwentnie, nie podejmę polemiki z tym twierdzeniem. Tym bardziej że argument pozostaje na granicy niniejszej analizy. Zdecydowanie więcej uwagi w świetle tematu wywodu wymaga teza, że prawo angielskie jest prawem pewniejszym. E.A. Fransworth wyjaśnia³¹, jakie obawy kryją się za twierdzeniem o mniejszej pewności systemów, w których skład wchodzi odesłania do klauzul generalnych (modeli powinnego zachowania). Są to:

1. Czy test dobrej wiary jest testem o komponentcie wyłącznie subiektywnym, czy zawiera również komponent obiektywny?
2. Czy nakaz postępowania zgodnie z dobrą wiarą stanowi niezależną podstawę roszczenia?
3. Czy obowiązek postępowania zgodnie z dobrą wiarą jest ważniejszy od postanowień umowy?³²

Obawy te można podsumować stwierdzeniem, że prawnik systemu *common law* obawia się, że stosunek łączący strony wymknie się spod władzy tych stron. Władzę stron nad stosunkiem wyznacza ich wola (*intent*) oraz porozumienie (*consent*)³³ i jej autonomia wraz z *privity of contract* powinna być przede wszystkim chroniona³⁴.

²⁸ J. Beatson, D. Friedmann: *From Classical to Modern Contract Law* (w:) J. Beatson, D. Friedmann: *Good Faith and Fault in Contract Law*, *op. cit.*, s. 5.

²⁹ Argument ten znajduje oparcie zdaniem autorów w historii światowego handlu, którego kurs przez wiele lat wyznaczały brytyjskie standardy (i muszkiety).

³⁰ J. Beatson, D. Friedmann: *From Classical...*, *op. cit.*, s. 5.

³¹ E.A. Fransworth: *Good Faith in Contract Performance* (w:) J. Beatson, D. Friedmann: *Good Faith and Fault in Contract Law*, *op. cit.*, s. 163.

³² E.A. Fransworth zadaje te pytania na gruncie prawa amerykańskiego. Użycie w tym miejscu odwołania do prawa amerykańskiego nie jest jednak sprzeczne z uwagami zawartymi w części pierwszej, pkt 1, ponieważ odnosi się bezpośrednio do określonych i wspólnych zagadnień.

³³ J. Beatson, D. Friedmann: *From Classical to Modern Contract Law* (w:) J. Beatson, D. Friedmann: *Good Faith and Fault in Contract Law*, *op. cit.*, s. 8.

³⁴ Istotą angielskiej pewności prawa i tym samym poszanowania autonomii woli stron oraz *privity of contract* jest zakres odpowiedzialności kontraktowej. To, jak dalece strona będzie odpowiadać z umowy, wynika wyłącznie z postanowień uzgodnionych z drugą stroną. Dlatego też wszelkie włączenie się sędziego w treść stosunku, szczególnie jeżeli oparte jest na obiektywnych modelach zachowania — niewynikających z łączącego strony stosunku — budzi groźbę angielskich prawników. Jak ujął to Lord Justice Bowen: „odpowiedzialność nie powinna być na-

Nie można jednak zapominać, że sama obecność klauzul (modeli powinnoego zachowania) nie wystarcza do urzeczywistnienia przedstawionych wyżej obaw. Niezbędne jest, aby sędzia klauzule dobrej wiary, zasad współzycia społecznego, zaufania trzeciej strony czy jakiegokolwiek inne zastosował. Sędzia natomiast poddany jest w stosowaniu klauzul wpływowi kultury prawnej, w której się wykształcił³⁵. Kultura prawna³⁶ natomiast może opowiadać się za większym lub mniejszym stopniem przyzwolenia na sędziowski aktywizm (*judicial activism*), w zakresie prawa umów.

5. DOBRA WIARA JAKO ELEMENT NORMY PRETORSKIEJ — PROBLEMY TERMINOLOGICZNE

Dobra wiara jest jedną z wielu wartości, które mogą stać się elementem normy pretorskiej realizowanej przez sędziego i tym samym otworzyć sędziemu kompetencję do modyfikacji umowy. Porównawcza analiza normy pretorskiej ma szczególne znaczenie dla dobrej wiary, gdyż to ta wartość wywołała największe kontrowersje, gdy stała się częścią trzech dyrektyw: 1) dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich, 2) dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r., dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym³⁷ oraz 3) dyrektywy Rady 86/653/EWG z dnia 18 grudnia 1986 r. w sprawie koordynacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do przedstawicieli handlowych działających na własny rachunek.

Wprowadzenie terminu „dobra wiara” do dyrektywy w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich i do dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych miało najszersze skutki, ponieważ obie dyrektywy były regulacjami sektorowymi. Ich implementacje w państwach członkowskich wywierają skutek w stosunku do wszystkich umów zawieranych przez przedsiębiorców z konsumentami. Standard dobrej wiary zawarty w dyrektywie o nieuczciwych praktykach handlowych po raz pierwszy wprowadza do prawa brytyjskiego generalny nakaz,

rzucana ludziom za ich plecami”, *Falcke v. Scottish Imperial Insurance Co.*, [1886] 34 Ch 234, s. 248; wersja oryginalna brzmi: „liabilities are not to be forced upon people behind their backs”.

³⁵ J. Beatson, D. Friedmann: *From Classical to Modern Contract Law* (w:) J. Beatson, D. Friedmann: *Good Faith and Fault in Contract Law*, *op. cit.*, s. 6.

³⁶ Poza zakresem tej analizy leży niestety przedstawienie, jak kształtuje się kultura prawna pokolenia europejskich prawników, którzy zdobywali swoje wykształcenie, mając dostęp do programów wymiany akademickiej, sponsorowanych przez UE, oraz zagranicznych źródeł prawa, zapewniany przez Internet.

³⁷ Pełny tytuł brzmi: dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady.

aby przedsiębiorcy nie postępowali nieuczciwie w stosunku do konsumentów³⁸. W miejsce nieuczciwego postępowania dyrektywa o nieuczciwych praktykach rynkowych proponuje postępowania w zgodzie ze starannością zawodową³⁹, czyli w zgodzie z uczciwymi praktykami rynkowymi lub ogólną zasadą dobrej wiary⁴⁰. Implementacja brytyjska jest kopią tekstu dyrektywy w tym zakresie⁴¹.

Tradycyjne rozumienie pojęcia „dobra wiara” nie jest jednak w Polsce i Anglii jednolite. Różnice wiążą się również z terminami używanymi do opisu dobrej wiary. Porównawcza analiza stosowania normy pretorskiej wymaga usystematyzowania treści stojących za terminem, który stał się impulsem do podjęcia tej analizy.

5.1. Rozumienie pojęcia „dobra wiara” w polskiej doktrynie prawa cywilnego

W doktrynie polskiej pojęcie „dobra wiara” używane jest w znaczeniu subiektywnym i obiektywnym. Subiektywna dobra wiara to stan psychiczny podmiotu prawa związany z posiadaną przez niego wiedzą w zakresie prawnie istotnym. Ten stan psychiczny służy do oceny zachowania się podmiotu prawa. Najlepszym przykładem stosowania subiektywnej dobrej wiary jest ocena działania podjętego przez podmiot w zaufaniu do informacji zawartej w publicznym rejestrze. Aby móc uznać, że działanie podmiotu w zaufaniu do treści rejestru, mimo odmienności wpisu od stanu faktycznego, jest godne ochrony, należy ustalić, że podmiot, działając w zaufaniu do tego rejestru, pozostaje jednocześnie w subiektywnej dobrej wierze, tj. jego niewiedza o prawdziwym stanie rzeczy lub też brak tej wiedzy jest usprawiedliwiony. Ten rodzaj dobrej wiary nie ma znaczenia dla prowadzonej analizy. Wprowadza jednak zamieszanie terminologiczne, ponieważ zwrot *subjective good faith* występuje również w piśmiennictwie dotyczącym prawa angielskiego. Niesie on jednak wówczas za sobą odmienne znaczenie, o czym niżej.

Drugim rodzajem dobrej wiary, obecnej w polskiej doktrynie, jest obiektywna dobra wiara. Ta kategoria ma zastosowanie podczas oceny zachowania stron stosunku zobowiązaniowego. Przez działanie w obiektywnej dobrej wierze polska doktryna rozumie zachowanie zgodne z regułami słuszności i uczciwości⁴². Obiek-

³⁸ Por. *The Unfair Commercial Practices (UCP) Directive: consultation implementing the EU directive on unfair commercial practices and amending existing consumer legislation. (PDF)*, URN 05/1815, dostępny na: <http://bis.ecgroup.net/Publications/ConsumerIssues/BuyingandSelling.aspx> (wejście: 13 lutego 2010 r.). Tekst: „po raz pierwszy wprowadza do prawa brytyjskiego generalny nakaz, aby przedsiębiorcy nie postępowali nieuczciwie w stosunku do konsumentów” znajduje się na pierwszej stronie, w ramce.

³⁹ Art. 5 ust. 2 lit. a dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych.

⁴⁰ Art. 2 pkt h dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych.

⁴¹ Sec. 2(1) i 3(3)(a) *The Consumer Protection from Unfair Trading Regulation 2008 (UK)*.

⁴² M. Safjan *et al.* (w:) *System prawa prywatnego. Prawo cywilne — część ogólna*, t. 1, pod red. M. Safjana, Warszawa 2008, s. 292.

tywna dobra wiara utożsamiana jest również z zasadami współżycia społecznego⁴³. Tym samym sędzia, wyznaczając model powinnego zachowania, opierając się na obiektywnej dobrej wierze, odnosić się będzie do reguł zewnętrznych w stosunku do łączącego strony zobowiązania. Dla uzasadnienia swoich decyzji nie będzie musiał odwoływać się do woli stron czy postanowień łączącego je stosunku⁴⁴. Obiektywna dobra wiara określana też jest w polskiej doktrynie terminem „dobre obyczaje”⁷⁴⁵ — w celu (jak najbardziej uzasadnionym) łatwiejszego odróżnienia terminologicznego od subiektywnej dobrej wiary.

5.2. Rozumienie pojęcia „dobra wiara” w angielskiej doktrynie prawa umów

Komisja Prawa wspólnie ze Szkocką Komisją Prawa⁴⁶ wydała 31 grudnia 2004 r. raport na temat implementacji dyrektywy w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich. W treści raportu zawarte jest następujące stwierdzenie: „Dobra wiara jest ideą nieznaną prawnikom angielskim i szkockim w tym obszarze prawa”⁷⁴⁷. Niecałe pół roku później, 18 maja 2005 r., światło dzienne ujrzał raport dotyczący implementacji dyrektywy o nieuczciwych praktykach rynkowych⁴⁸, przygotowany na potrzeby Departamentu Handlu i Przemysłu. W jego treści zawarte jest następujące stwierdzenie: „Dobra wiara jest zasadą popularną w wielu systemach europejskich oraz szczególnie dobrze znana w prawie angielskim, w zakresie dyrektywy w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich”⁷⁴⁹.

Niemniej przeważający pogląd zdaje się znajdować po środku. *Chitty on Contracts* charakteryzuje dobrą wiarę jako zespół obiektywnych wartości, które wpływają na kształt umowy. Przez obiektywne wartości rozumie się tu grupę zasad, która jest zewnętrzna w stosunku do umowy. Do zasad tych nie odwołują się postanowienia umowy oraz nie muszą być one wyinterpretowywane z woli stron⁵⁰. Wręcz

⁴³ E. Łętowska: *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 1999, s. 62.

⁴⁴ Zob. wyrok SN z dnia 8 listopada 2002 r., III CKN 1115/00, OSNC 2001, nr 3, poz. 50; wyrok SN z dnia 8 lipca 1999 r., I CKN 1367/98, OSP 2000, z. 5, poz. 69; wyrok SN z dnia 13 stycznia 2000 r., II CKN 665/98, LEX nr 51059.

⁴⁵ E. Rott-Pietrzyk: *Klauzula generalna...*, *op. cit.*, s. 325.

⁴⁶ Justice Toulson, H. Beale, S. Bridge, J. Horder, M. Partington, Lord Eassie, G. Maher, K.G.C. Reid, J.M. Thomson, C.J. Tyre (The Law Commission and the Scottish Law Commission), *Unfair Terms in Contracts*, Law Com No 292, grudzień 2004.

⁴⁷ Justice Tulson *et al.*: *Unfair Terms in Contracts*, *op. cit.*, s. 39, oryginał: „Good faith is a concept which is unfamiliar to English and Scots lawyers in this area of law”.

⁴⁸ Ch. Twigg-Flesner, D. Parry, G. Howells, A. Nordhausen, H.-W. Micklitz, J. Stuyck, T. Wilhelmsson (The Department of Trade and Industry): *An Analysis of The Application and Scope of The Unfair Commercial Practices Directive*, maj 2005, dostępne na: www.berr.gov.uk/files/file32095.pdf (ostatnie wejście: 20 kwietnia 2010 r.).

⁴⁹ Ch. Twigg-Flesner *et al.*: *An Analysis of The Application and Scope of The Unfair Commercial Practices Directive*, *op. cit.*, s. 9, oryginał: „Good faith is a principle common in many other European systems and is particularly well-known in English law within the context of the Unfair Contract Terms Directive”.

⁵⁰ H. Beale: *Chitty...*, *op. cit.*, s. 1–022.

przeciwnie, podkreśla się, że norma regulująca uczciwość postanowień czy równość pozycji stron umowy określoną postanowieniami umowy umieszczona jest w instytucji *unconscionable conduct*⁵¹. W związku z tym, że *unconscionable conduct*, odmiennie niż dobra wiara, dotyczy tylko procesu uzgadniania postanowień umowy, w mniejszym stopniu niż dobra wiara podważa zasadę pewności oraz wpływa na kluczowy dla tej zasady i angielskiego prawa umów — zakres odpowiedzialności kontraktowej.

Przez wpływanie na kształt umowy należy natomiast rozumieć pozytywną zmianę jej treści. Norma kreowana dobrą wiarą to norma dotycząca zachowania stron nieopisanego postanowieniami umownymi, pozwalająca sędziemu ustalić, jakie to powinno być zachowanie, oraz określić, czy strona postępowała zgodnie z tak ustalonym wzorcem⁵².

5.3. Wspólne elementy rozumienia pojęcia „dobra wiara” w doktrynie polskiej i angielskiej

Wspólnym elementem dwóch wyżej przedstawionych podejść do dobrej wiary jest mechanizm czy metoda jej stosowania — innymi słowy płaszczyzna formalna stosowania dobrej wiary. Dobra wiara w obu systemach ukazana jest jako model powinienego zachowania stron stosunku. Model ten wyznaczają określone wartości. Jeżeli strona podejmuje działania mieszczące się ramach modelu, działa wówczas w dobrej wierze. Jeżeli natomiast strony nie przewidziały w umowie rozwiązania problemu, który przed nimi wyrósł, sędzia, ustalwszy uprzednio modelowe zachowanie w dobrej wierze, może na jego podstawie zdecydować, które rozwiązanie będzie dla napotkanego problemu właściwe. Jednakże dwa przedstawione wyżej podejścia do dobrej wiary wykazują również zasadniczą różnicę. Otóż różnica ta leży w wartościach, które służą do wyznaczenia modelu powinienego zachowania się stron. Doktryna angielska mówi o wartościach stojących za modelem powinienego zachowania⁵³ w kategoriach spektrum, osi, którego jeden koniec wyznacza rzeczywistość, wyrażona wola stron, a drugi wynik realizacji norm, do których wykonania zmusił sędziego brak odpowiedniego uregulowania w umowie. W ujęciu angielskiej doktryny prawa umów strony mogą stworzyć nieograniczony⁵⁴ model powinienego zachowania się dłużnika. Model ten może wyznaczać stronie powinno zachowanie w dowolnym zakresie. Jeżeli tak uregulowane powinno zachowanie sprzeczne będzie

⁵¹ *Ibidem*, s. 7–126 i n.

⁵² *Ibidem*, s. 1–022.

⁵³ *Liverpool City Council v. Irwin*, [1977] AC 239, s. 254; S. Whittaker, R. Zimmermann: *Good Faith in European Contract Law: Surveying Legal Landscape* (w:) R. Zimmermann, S. Whittaker: *Good Faith in European Contract Law*, *op. cit.*

⁵⁴ J. Beatson, D. Friedmann: *From Classical to Modern Contract Law* (w:) J. Beatson, D. Friedmann: *Good Faith and Fault in Contract Law*, *op. cit.*, s. 8.

z prawem, strona wciąż jest zobowiązana do jego wykonania. W przeciwnym razie poniesie odpowiedzialność kontraktową⁵⁵. Jednak nie zawsze⁵⁶. Angielskie prawo umów wymaga, aby sędzia, korzystając z normy pretorskiej, stosował ją, opierając się na wartościach umieszczonych na osi jak najbliżej jej końca wyznaczającego wolę stron. Oczywiście, tylko wówczas, gdy prawo nie nakazuje inaczej⁵⁷.

Niezależnie od stojących za modelem powinnego zachowania wartości, jego istota w obu systemach jest taka sama. Strony stosunku zobowiązują się wzajemnie lub zostają zobowiązane przez prawo do zachowania się w określony sposób. Spór dotyczący umowy jest sporem o to, jak strony winny były się zachować. Sędzia w wyniku sporu ustala model powinnego zachowania się stron i porównuje z nim sporne zachowanie. Może również porównać z modelem sporne żądanie zachowania się wystosowane przez jedną ze stron w stosunku do innej. Sędzia wyznacza model zachowania, opierając się na wartościach relewantnie prawnych. Jakie będą to wartości, uzależnione jest od tradycji systemu prawa i jego położenia na wspomnianej wyżej osi.

Podobnie rzecz się będzie miała z pozostałymi wartościami. Autonomia woli, zasady współżycia społecznego, *privity of contract*, staranność zawodowa, wspólnie z postanowieniami umowy oraz przepisami prawa⁵⁸ składają się na podstawę dla sędziego do zbudowania modelu powinnego zachowania się strony. Modele te są konstruowane przez sędziego, jeżeli wymagać tego od sędziego będzie norma pretorska.

W tym miejscu warto dodatkowo zwrócić uwagę na jeszcze jeden wspólny element formalnego rozumienia „dobrej wiary” w obu systemach. Dobra wiara, podobnie jak i inne wartości, może zostać wykorzystana w procesie pretorskim na dwa sposoby. Pierwszy, nazwać go można negatywnym, polega na spowodowaniu usunięcia postanowienia lub konsekwencji umowy z powodu niezgodności z dobrą wiarą lub inną powoływaną wartością. Najlepszym przykładem użycia dobrej wiary w tym kontekście są w obu systemach implementacje dyrektywy w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich⁵⁹. Drugi sposób stosowania dobrej wiary, jak i innych wartości z powodzeniem można nazwać pozytywnym. Polega on na dodaniu treści lub konsekwencji do stosunku stron na podstawie kry-

⁵⁵ *Eyre v. Jonson* [1946] KB 481, gdzie Lord Denning uznał, że niezgodność z prawem części świadczenia (*performance*) nie zwalnia strony od odpowiedzialności kontraktowej za niewykonanie tego świadczenia.

⁵⁶ M.H. Whincup: *Contract Law and Practice. The English System, with Scottish, Commonwealth, and Continental Comparisons*, *op. cit.*, s. 321.

⁵⁷ Warto w tym miejscu zacytować M.H. Whincupa, który w podobnym kontekście stwierdził: „Ktokolwiek spodziewa się legendarnej pewności lub szuka pewnych odpowiedzi na pytanie prawne, może być ciężko zaskoczony, czytając zasady prawa angielskiego (...)", oryginalna wersja: „Anyone expecting the legendary certainty of law, or seeking definite answers to specific problems, might be sadly disappointed on reading the rules of English law (...)", M.H. Whincup: *Contract Law and Practice. The English System, with Scottish, Commonwealth, and Continental Comparisons*, *op. cit.*, s. 326.

⁵⁸ Z przepisami prawa w odpowiednim zakresie, uzależnionym od zbalansowania przepisów z np. autonomią woli.

⁵⁹ Dyrektywa Rady 93/13/EWG.

terium na przykład dobrej wiary. W polskim systemie przykładem mogą być art. 65 i 56 k.c. W Anglii często powoływanym przykładem będą *implied terms*⁶⁰.

5.4. Dobra wiara w dyrektywach konsumenckich

Dobra wiara w dyrektywie w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich regulowana jest w art. 3 ust. 1. Regulacja polega na wprowadzeniu normy, upoważniającej sędziego do uznania warunków umowy za nieuczciwe, jeżeli między innymi pozostają one w sprzeczności z zasadami dobrej wiary⁶¹. Artykuł 6 reguluje skutki uznania postanowienia umowy za nieuczciwe, tj. określa, że takie postanowienie nie będzie wiązało konsumenta. Preambuła dyrektywy wyjaśnia, że sprzedawca będzie postępował w dobrej wierze, jeżeli będzie traktował drugą stronę zobowiązania sprawiedliwie i słusznie.

Dobra wiara w dyrektywie o nieuczciwych praktykach handlowych uregulowana jest w art. 2 pkt h dyrektywy. Jest ona częścią testu staranności zawodowej, który jest jedną z podstaw uznania czynności za nieuczciwą praktykę handlową. Nieuczciwe praktyki handlowe, na mocy art. 11 dyrektywy, powinny być zwalczane zgodnie z prawem państwa członkowskiego.

Podsumowując, na gruncie dyrektyw konsumenckich dobra wiara dotyczy tylko istniejących postanowień umowy. Służy ona do oceny tego, co strony już uzgodniły. Dobra wiara, będąc używana do kontroli postanowień umowy, w rezultacie stosowana przez sędziego, nie ma wpływu na dodanie nowych treści do umowy. Może doprowadzić tylko do usunięcia z niej postanowień niezgodnych z dobrą wiarą.

5.5. Konsekwencje wynikające z regulacji dobrej wiary przyjętej w dyrektywach konsumenckich

Unormowanie dobrej wiary w dyrektywach konsumenckich w sposób, w jaki zostało to przedstawione powyżej, powoduje, że w celu odpowiedzi na pytanie o umiejętność stosowania dobrej wiary przez sędziego angielskiego należy przyjrzeć się dwóm grupom zagadnień. Pierwsza to próba odpowiedzi na pytanie, czy angielskiemu prawu zobowiązań znane są instytucje, które wymagają od sędziego spojrzania na zobowiązanie przez pryzmat wartości obiektywnych — zewnętrznych w stosunku do umowy.

⁶⁰ Por. np. *Liverpool City Council v. Irwin*, [1976] UKHL 1.

⁶¹ „1. Warunki umowy, które nie były indywidualnie negocjowane, mogą być uznane za nieuczciwe, jeśli stoją w sprzeczności z wymogami dobrej wiary, powodując znaczącą nierównowagę wynikających z umowy praw i obowiązków stron ze szkodą dla konsumenta” — art. 3 ust. 1 dyrektywy w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich.

Druga grupa zagadnień to próba odpowiedzi na pytanie, jakie znaczenie ma unormowanie w dyrektywach konsumenckich dobrej wiary jako narzędzia do zwalczania niektórych postanowień umownych. W celu odpowiedzi na te pytania w pierwszej kolejności zostanie zrekonstruowana norma zawierająca klauzule korygujące — norma pretorska, w polskim systemie zobowiązań. Następnie, na jej tle zostanie przedstawiona analiza odpowiednich elementów angielskiego prawa umów.

CZĘŚĆ DRUGA

1. HIPOTEZA ZREKONSTRUOWANEJ POLSKIEJ NORMY PRETORSKIEJ

Sędzia, gdy zażądają tego strony stosunku, może skorzystać z uprawnień określonych w dyspozycji normy pretorskiej. Treść wyrażona w poprzednim zdaniu jest podstawową formułą składającą się na hipotezę normy pretorskiej. Wskazuje ono na podmiot (osobę pretora) oraz sytuacje, w których uaktywniona może zostać dyspozycja.

Treść hipotezy wskazuje sędziego (lub arbitra, jeżeli tak postanowiły strony) jako podmiot uprawniony do wydania orzeczenia o racjach w sporze dotyczącym łączącego strony stosunku. Oznaczenie podmiotu uprawnionego do wydania orzeczenia nie wynika wprost z przepisów regulujących dyspozycję. Jest to jednak pogląd zgodny zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie⁶².

Hipoteza wskazuje również, jakie sytuacje, zawarte w dyspozycji normy, będą czynnikiem inicjującym kompetencje sędziego. Czynnikiem inicjującym stosowanie normy pretorskiej właściwej dla zobowiązań będzie wniosek stron — skarga złożona do sądu. Wynikać on musi ze sporu co do rozumienia treści oświadczeń woli, treści zobowiązania lub sposobu wykonania zobowiązania. Podłożem skargi — zakładając racjonalność stron — musi być uprzedni spór. Strony nie będą narażać się na koszty związane z postępowaniem sądowym, jeżeli treść wymienionych oświadczeń rozumieją zgodnie, a wykonanie zobowiązania przebiega bez zakłóceń⁶³.

Spór będący przesłanką uruchomienia normy pretorskiej dotyczyć może dwóch sytuacji, w których strony nie zrozumiały wzajemnych oświadczeń⁶⁴. Po pierwsze, strony mogły od początku się nie zrozumieć, a ich wola dotyczyć mogła zawarcia stosunków o odmiennej treści. Po drugie, strony mogły wzajemnie się zrozumieć,

⁶² Wyrok SN z dnia 15 grudnia 2006 r., III CSK 349/06, *Monitor Prawniczy* 2007, nr 3, s. 117; wyrok SN z dnia 9 sierpnia 1974 r., II CR 435/74, OSNC 1975, nr 6, poz. 100; Z. Radwański *et al.* (w:) *System prawa prywatnego. Prawo cywilne — część ogólna*, t. 2, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2008, s. 42.

⁶³ Inaczej będzie jednak na gruncie regulacji dopuszczających wszczęcie postępowania mającego za przedmiot stosunek zobowiązaniowy, przez podmioty niebędące nim złączone, np. organy administracji lub organizacje społeczne. Por. art. 12 ustawy o nieuczciwych praktykach rynkowych.

⁶⁴ Z. Radwański *et al.* (w:) *Prawo cywilne — część ogólna...*, pod red. Z. Radwańskiego, *op. cit.*, s. 57.

składając sobie oświadczenia, jednakże z czasem, w celu osiągnięcia korzystniejszej pozycji, twierdzić mogą, że chciały oświadczyć coś innego.

Dla sędziego istota rozróżnienia tych dwóch sytuacji sprowadza się do pytania, czy może on pominąć jeden z etapów kombinowanej metody wykładni na etapie stosowania dyspozycji normy pretorskiej. Będzie to możliwe, jeżeli strony zgodnie twierdzą, że brak było między nimi porozumienia od samego początku ich komunikacji. Sędzia w takim przypadku przejdzie bezpośrednio do drugiego etapu kombinowanej metody wykładni.

Kolejnym kryterium podziału sytuacji, w których zastosować należy normę pretorską, jest waga elementu stosunku, który nie został jednakowo zrozumiany i jest przedmiotem sporu. Spór dotyczący postanowień będących istotą umowy⁶⁵ może doprowadzić sędziego do zakończenia analizy sprawy i uznania, że strony nigdy zgodnie się nie porozumiały, a stosunek między nimi nigdy nie powstał⁶⁶. Spór dotyczący elementów dodatkowych⁶⁷ nie niesie za sobą zagrożenia uznania stosunku za nieistniejący. Szczególnie sędzia, stosując normę pretorską do postanowień, które mogą zostać zastąpione normami względnie obowiązującymi w umowach nazwanych, będących elementem systemu otwartego⁶⁸, ma szerokie pole do działań kształtujących. Nie będą one wkraczaniem w autonomię stron tak długo, jak służą one realizacji celu danego typu stosunku. Odmiennie, co do zasady, rzecz się ma w systemach zamkniętych⁶⁹, gdzie brak ram wyznaczonych przez typ stosunku powoduje, że sędzia musi powściągliwiej korzystać z dostępnych mu uprawnień kształtujących, aby nie zostać oskarżonym o naruszenie autonomii woli stron.

Norma pretorska to norma przeznaczona dla sędziego. Stosowanie normy pretorskiej to przejaw realizacji dążenia do uelastycznienia systemu prawa. Przepis odnoszący się do dobrej wiary lub innej klauzuli generalnej jest tylko elementem tej normy. Łączy on kompetencję sędziego z tekstem umowy. Zakaz wprowadzania do umowy postanowień sprzecznych z dobrą wiarą pozwala sędziemu ocenić treść umowy. W rezultacie może on pozostawić ją niezmienioną lub orzec w stosunku do niej jedną z przewidzianych prawem konsekwencji. Dobra wiara nie reguluje tych konsekwencji. Norma uelastyczniająca natomiast wskazuje czynności, jakie może podjąć sędzia, aby dokonać uelastycznienia systemu, tak aby był on w stanie odpowiedzieć na nieoczekiwany rozwój sytuacji społecznej⁷⁰.

⁶⁵ W prawie angielskim: *conditions*.

⁶⁶ Zob. art 66 i 70 k.c.

⁶⁷ W prawie angielskim: *warranties*.

⁶⁸ A. Stelmachowski: *Klauzule generalne w kodeksie cywilnym*, PiP 1966, z. 3, s. 472.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ M. Safjan: *Klauzule generalne...*, *op. cit.*, s. 51, za Portalisem.

2. DYSPOZYCJA ZREKONSTRUOWANEJ POLSKIEJ NORMY PRETORSKIEJ

Zaktualizowanie się stanu faktycznego opisanego w hipotezie otwiera sędziemu drogę do skorzystania z narzędzi pretorskich udostępnionych mu przez dyspozycję normy. Narzędzia te można podzielić na trzy grupy. Pierwsza to narzędzia interpretacyjne. Umożliwiają one sędziemu poznanie i zrozumienie treści oraz celu działań podjętych przez strony. Druga grupa to narzędzia kształtujące. Powiązane są one ściśle z ustalaniem konsekwencji treści działań. Dzięki nim sędzia może uzupełnić treść działań podjętych przez strony, tak aby zmieścić je w ramach wyznaczonych przez prawo, tj. wyznaczonych nie tylko przez strony, ale i ustawę, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje⁷¹. Trzecia to grupa narzędzi kontrolnych. Sędzia skorzysta z nich, aby ocenić, czy działania i ich konsekwencje podjęte przez strony mieszczą się w granicach wyznaczanych przez prawo⁷², konsekwentnie również zasadach współżycia społecznego.

Bazą do zrekonstruowania dyspozycji normy pretorskiej na gruncie polskiego kodeksu cywilnego są przepisy art. 56, 58 i 65. Znaczenie dla zobowiązań ma również art. 354 k.c. Ujmując gradacyjnie zachowania stron przyszłej umowy, a za kryterium gradacji przyjmując znaczenie prawne ich działań, przepisy te mają zastosowanie, poczynając od oświadczeń woli, kończąc na wykonywaniu zobowiązań⁷³. Tym samym dyspozycja generalnej normy pretorskiej, wyznaczana tymi przepisami, nie będzie obejmować działań podejmowanych przez strony przed zawarciem umowy, a niebędących oświadczeniami woli, tj. na przykład czynności faktycznych⁷⁴. Pretor tych działań nie będzie modyfikował, jednakże może wykorzystać je do interpretacji zachowań stron mieszczących się w dyspozycji normy pretorskiej. Czynności faktyczne nie składają się na zobowiązanie i nie są tłumaczone (interpretowane), kształtowane ani kontrolowane przez sędziego na podstawie ogólnej normy pretorskiej. Konsekwentnie, sędzia w wyznaczonym mu przez dyspozycję normy pretorskiej zakresie zastosuje do spornej treści dostępne mu narzędzia. Bezwzględnie skorzysta z narzędzi interpretacyjnych⁷⁵, być może sięgnie także po narzędzia kształtujące i kontrolne. Kolejne przedstawienie, jak sędzia z dostępnych mu narzędzi korzysta, pozwoli następnie porównać ogólne, znane sędziemu mechanizmy, z dyrektywami konsumenci-
kimi oraz metodą stosowania implementacji tych dyrektyw w Wielkiej Brytanii.

⁷¹ Art. 56 k.c.

⁷² Z. Radwański *et al.* (w:) *Prawo cywilne — część ogólna...*, *op. cit.*, pod red. Z. Radwańskiego, s. 60.

⁷³ P. Machnikowski: komentarz do art. 58 (w:) E. Gniewek *et al.*: *Kodeks cywilny. Komentarz*, 2 wyd., pod red. E. Gniewka, Warszawa 2006, s. 131.

⁷⁴ Teza ta nie jest próbą doszukania się na gruncie wymienionych przepisów konstrukcji podobnej do *merger clause*. Nie wykluczam korzystania przez sędziego z informacji dotyczących czynności faktycznych dla tłumaczenia treści oświadczeń. Sędzia nie może jedynie na podstawie podanych przepisów dokonywać interpretacji działań o prawie niższej doniosłości niż oświadczenia woli.

⁷⁵ Por. zasadę *omnia sunt interpretanda*, Z. Radwański, M. Zieliński *et al.* (w:) *Prawo cywilne — część ogólna...*, *op. cit.*, pod red. M. Safjana, s. 451.

2.1. Tłumaczenie treści oświadczeń woli stron

W doktrynie i orzecznictwie powszechnie przyjęty jest pogląd, że na gruncie art. 65 k.c., który wyznacza ramy analizowanej części dyspozycji normy pretorskiej, przyjęta została kombinowana metoda wykładni oświadczeń woli⁷⁶. Akceptacja tej metody wymaga przyjęcia następujących założeń, koniecznych do wyinterpretowania z art. 65 kombinowanej metody wykładni:

- § 2 art. 65 odnosi się nie tylko do umów, ale także do wszystkich oświadczeń woli⁷⁷;
- w pierwszej kolejności za wskazówki interpretacyjne oświadczeń woli i umów przyjmując należy § 2 art. 65, następnym krokiem jest dopiero stosowanie § 1⁷⁸;
- dwiema podstawowymi wartościami, które ustawodawca chce chronić w procesie tłumaczenia woli stron, są: wola strony dokonującej czynności prawnej oraz zaufanie odbiorców oświadczenia⁷⁹;

konsekwentnie, skorzystanie przez sędziego z narzędzi interpretacyjnych składa się z dwóch faz:

- 1) tłumaczenia woli stron zgodnie ze znaczeniem, jakie wspólnie nadały swym oświadczeniom strony w momencie ich składania, w chwili gdy miało dojść do spotkania umysłów⁸⁰.

Jeżeli natomiast do spotkania umysłów nie doszło lub nie da się zgodnej woli z tamtej chwili ustalić,

- 2) sędzia tłumaczy wolę stron, opierając się na modelu starannego odbiorcy oświadczenia nadawcy; model starannego odbiorcy konstruowany jest na podstawie okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone, zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów.

Przedmiotem analizy dokonywanej przez pryzmat starannego odbiorcy będzie treść oświadczenia. W optymalnej sytuacji treść ta będzie utrwalona w postaci postanowień umowy. Poza tym środkiem, treść oświadczenia może być również utrwalona na przykład w cenniku. Będzie to oznaczać, że oświadczenie nie jest skierowane do konkretnej osoby. W takiej sytuacji sędzia nie skorzysta z pierwszego etapu procesu tłumaczenia treści oświadczenia, gdyż nie sposób ocenić zgodnej woli, gdy jeszcze do spotkania umysłów nie doszło. Tłumacząc treść oświadczenia skierowanego do nieoznaczonego adresata, sędzia rozpocznie proces od punktu 2.

Konsekwentnie, sędzia na etapie tłumaczenia oświadczeń podczas realizacji dyspozycji normy pretorskiej może również odwołać się do obiektywnego modelu

⁷⁶ Tak SN w uzasadnieniu uchwały 7 sędziów z dnia 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95, OSN 1995, nr 12, poz. 168; również Z. Radwański *et al.* (w:) *Prawo cywilne — część ogólna...*, *op. cit.*, pod red. Z. Radwańskiego, s. 54.

⁷⁷ Uzasadnienie uchwały SN z dnia 29 czerwca 1995 r.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem* oraz Z. Radwański *et al.* (w:) *Prawo cywilne — część ogólna...*, *op. cit.*, pod red. Z. Radwańskiego, s. 54.

⁸⁰ Zwrot jest kalką angielskiego terminu *meeting of minds*, które niesie za sobą takie samo znaczenie.

starannego odbiorcy, w celu ustalenia treści złożonego oświadczenia. Jednakże nastąpi to tylko wówczas, gdy sędzia nie będzie w stanie ustalić znaczenia, które strony zgodnie nadały swoim oświadczeniom. Model starannego odbiorcy budowany jest na bazie zasad współzycia społecznego i ustalonych zwyczajów (art. 65 § 1 k.c.). Sędzia już na tym etapie może wprowadzić do procesu kontroli umowy zewnętrzne, obiektywne elementy, które na dodatek będą miały wpływ na kształt badanej umowy.

2.2. Ustalanie konsekwencji czynności stron

Sędzia, ustalwszy treść oświadczenia, przechodzi do następnego etapu realizacji dyspozycji normy pretorskiej, tj. do określenia, jakie skutki wywołuje sporny przedmiot analizy, czyli umowa lub czynność prawna, których podstawę stanowią oświadczenia woli⁸¹. Kompetencję sędziego w tym zakresie reguluje art. 56 k.c. Na jego podstawie sędzia powinien ustalić konsekwencje czynności prawnej nie tylko bezpośrednio z niej wynikające, ale również takie, które powstają z mocy ustawy, zasad współzycia społecznego i ustalonych zwyczajów.

Ustawodawca przez przepis art. 56 k.c. stworzył sędziemu narzędzie pozwalające na głęboką ingerencję w autonomię woli stron. To na sędzim spoczywa ciężar określenia skutków treści czynności prawnych powstałych z oświadczeń woli stron. Ciężar ten nie jest lekki. Na wcześniejszym etapie stosowania normy pretorskiej — ustalania znaczenia treści oświadczeń woli, sędzia korzysta z punktów odniesienia w postaci (1) modelu rozumowania stron albo (2) modelu rozumowania starannego odbiorcy. Podobnych modeli pozbawiony jest w chwili ustalania konsekwencji czynności prawnych, korzystając z art. 56 k.c. Ustalenie powierzone zostaje jego dyskrekcji. Niemniej, sędzia zobowiązany jest dokonać ustalenia w granicach przewidzianych prawem⁸².

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 listopada 2006 r. (IV CSK 215/06)⁸³ przyjął, że skutkiem umów zawieranych w ramach typu określonego w ustawie z dnia 22 grudnia 2000 r. o negocjacyjnym systemie kształtowania przeciętnych wynagrodzeń u przedsiębiorców oraz o zmianie niektórych innych ustaw i ustawy o zakładach opieki zdrowotnej⁸⁴ jest również powstanie roszczenia wprost w tej ustawie nieuregulowanego. Aby dotrzeć do takiej konkluzji, Sąd Najwyższy przedstawia skutki stosowania całej regulacji, ukazuje jej konsekwencje ekonomiczne oraz pozostałe roszczenia powstałe na jej gruncie. Innymi słowy, stara się wyjaśnić cel ustawy.

⁸¹ Uchwała SN z dnia 30 maja 1990 r., III CZP 8/90, OSN 1990, nr 10–11, poz. 124.

⁸² Czyli również zasadami współzycia społecznego itd.

⁸³ W tym wyroku SN przyjął konsekwencje ustalone już w uchwale 7 sędziów SN z dnia 30 marca 2006 r., III CZP 130/05, OSNC 2006, nr 11, poz. 177.

⁸⁴ Dz.U. z 2001 r. Nr 5, poz. 45.

Następnie uznaje za zasadne powstanie nowego roszczenia, realizującego te obiektywnie skonstruowane cele.

Kolejna wypowiedź Sądu Najwyższego dotycząca metody ustalania konsekwencji oświadczeń woli (tu dwóch oświadczeń, które doprowadziły do powstania zobowiązania) zawarta jest w wyroku z dnia 9 sierpnia 1974 r. (II CR 435/74). Sąd orzekł w przedmiocie umowy o przejęcie długu zawartej na podstawie art. 519 k.c. W rezultacie interpretacji oświadczeń woli stron prowadzonej na bazie art. 65 k.c., Sąd Najwyższy doszedł do wniosku, że „w razie nieosiągnięcia przez strony porozumienia w tym przedmiocie [tj. sposobie spełnienia zobowiązania — przyp. aut.], [należy] określić w wyroku, zgodnie z zamieszczonymi wyżej wskazaniem, sposób spełnienia przez pozwanego zasądzonego świadczenia”. Sąd Najwyższy dokonuje w tym orzeczeniu dwóch pretorskich czynności. Po pierwsze, stwierdza, że strony wyraziły zgodę na spełnienie świadczeń (SN interpretuje oświadczenia woli stron). Po drugie, ustala treść świadczenia, które ma zostać spełnione (ustala konsekwencje oświadczenia woli na podstawie art. 56 k.c.). Ponownie, aby ustalić konsekwencje działań podjętych przez strony, Sąd Najwyższy odwołuje się do istniejącej już regulacji. Tym razem wzorem jest art. 519 k.c.

Dwa przedstawione wyżej zastosowania art. 56 k.c. łączy istotna właściwość. W obu sytuacjach sędzia (sędziowie) kształtował konsekwencje czynności prawnych, opierając się na modelowych rozwiązaniach (ustawie, art. 519 k.c.), które również strony brały pod uwagę, wymieniając oświadczenia woli. Oparcie się na modelowych rozwiązaniach można ocenić z dwóch stron. Po pierwsze, zapobiega ono oskarżeniu sędziego o dowolność podczas ustalania konsekwencji na podstawie nieścisłych kryteriów zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów. Ogranicza również ingerencję w autonomię woli stron. Z drugiej jednak strony, podmioty dokonujące czynności prawnych z utartą strukturą w tle muszą brać pod uwagę, że w razie sporu konsekwencje ich czynności mogą nie być ustalone zgodnie z ich wolą. Sędzia może dążyć do dostrzeżenia w czynności konsekwencji typowych dla norm leżących u podstawy łączącego strony stosunku. Na stronach stosunku spoczywa wówczas ciężar zapobiegnięcia skutkom potencjalnie nieodpowiadającym ich woli. Osiągnięte to może zostać przez staranniejszą redakcję umowy i zawarcie w jej treści postanowień, które pewnie określałyby konsekwencje czynności stron.

Podobną zależność zauważa Lord Denning na gruncie angielskiego *common law*. W wyroku *Shell UK Ltd v. Lostock Garage Ltd*⁸⁵ dzieli stosunki prawne (*relationships*) na powszechnie występujące w obrocie (*common occurrence*) oraz takie, które w obrocie prawnym występują rzadziej. Do stosunków powszechnie występujących w obrocie zalicza (podana przez niego lista ma charakter przykładowego wyliczenia) relacje między sprzedającym a kupującym; wynajmującym a najemcą; stronami stosunku o roboty budowlane; o przewóz dóbr. Konsekwencją dostrzeże-

⁸⁵ *Shell UK Ltd v. Lostock Garage Ltd*, [1976] 1 WLR 1187, s. 1196–1197.

nia podziału jest uznanie, że podczas rozwiązywania sporów powstałych na gruncie stosunków powszechnie występujących w obrocie sędzia ma większą swobodę w kształtowaniu treści tych stosunków. Lord Denning twierdzi wprost, że w przeciwieństwie do niepowszechnych stosunków, podczas analizy stosunków występujących w codziennym obrocie, pierwszeństwo w kształtowaniu ich treści — jeżeli jest to konieczne — należy dać nie woli stron, lecz uznanym standardom⁸⁶. Tym samym Lord Denning dopuszcza, aby tłumaczenie treści, jak i ustalanie konsekwencji czynności prawnych odbywało się na podstawie elementów i wartości nieznajdujących źródła w oświadczeniach stron. Uzasadnieniem tej opinii jest reguła nakazująca podążać za prawem. Lord Denning nakazuje podążać za normami ustalonymi w precedensach opartych na licznych i podobnych stanach faktycznych.

Przenosząc to rozumowanie na grunt polskiego kodeksu cywilnego, można stwierdzić, że liczne precedensy, o których pisze Lord Denning, tworzą ramy typów umów nazwanych. Wyznaczają je cele i granice. Wytyczają tym samym sędziemu granice, w których kształtowanie przez niego treści stosunku nie będzie nadwyreżać autonomii woli stron tego stosunku.

Należy jeszcze dla porządku dodać, że ustalanie konsekwencji czynności stron jest drugim miejscem na drodze kontroli umowy, gdzie na jej ostateczny kształt mogą mieć wpływ zewnętrzne, obiektywne wartości.

2.3. Kontrola treści oświadczeń i konsekwencji wynikających z nich czynności

Ostatnim etapem realizacji dyspozycji normy pretorskiej przez sędziego jest kontrola dokonanych interpretacji oświadczeń i poczynionych ustaleń konsekwencji czynności stron. W przypadku kontroli na etapie wykonywania lub wykonania umowy, zakresem kontroli objęta będzie również realizacja podjętego zobowiązania. Przedmiotem kontroli na tym etapie są postanowienia umowy, jednakże takie, które zostały uprzednio:

- zinterpretowane zgodnie z art. 65 k.c.;
- których konsekwencje zostały ustalone na podstawie art. 56 k.c.

Kontrola polega na porównaniu otrzymanego na poprzednich etapach rezultatu z grupą wartości, do których system prawa w tym celu odsyła. Wartości będące punktem odniesienia kontroli mogą mieć charakter obiektywny lub subiektywny. Obiektywnymi będą te wartości, które nie wynikają z umowy zawartej między stronami, a z ustawy, dobrej wiary czy zasad współżycia społecznego. Kontrola oparta na wartościach subiektywnych będzie natomiast miała miejsce wówczas, gdy

⁸⁶ „In such relationships the problem is not to be solved by asking what did the parties intend? (...) It is to be solved by asking: has the law already defined obligation or the extent of it? If so, let it be followed. If not look to see what would be reasonable in general run of such cases”.

treść oraz skutki umowy porównane zostaną z samą umową lub skonfrontowane z wolą stron. Pozornie subiektywna kontrola może wydać się błędnym kołem — kontrolowaniem treści umowy wyinterpretowanej na podstawie jej postanowień z postanowieniami tej umowy. Jednakże w systemie, który na pierwszym miejscu stawia autonomię woli stron, kontrola taka nie będzie pozbawiona sensu. Jej istota będzie polegać na porównaniu wykonania (skutków) umowy z treścią oświadczeń uzgodnionych przez strony. Kontrola zatem będzie polegać na porównaniu wykonania z treścią umowy — słów z czynami.

Niewykluczone jest również kontrolowanie treści. Może ono nastąpić wówczas, gdy strony przewidzą w treści umowy odpowiedni mechanizm, tj. wartości będące punktem odniesienia i kompetencję sądu do dokonania kontroli. Sąd podejmie się kontroli treści umowy również na polecenie ustawodawcy. Kompetencja sędziego do kontroli treści zobowiązania, występująca zarówno w systemie polskim, jak i angielskim, przewidziana jest na przykład w ustawach implementujących dyrektywę w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich.

System, który obok autonomii woli stron stawia za cel ochronę również innych wartości, takich jak zaufanie (*reliance*), uczciwość (*fairness*), poszanowanie zasad współżycia społecznego czy ochronę dobrych obyczajów, nada sędziemu kompetencję do szerszej kontroli treści umowy, nie tylko w zakresie, w jakim umożliwiły strony. Zarówno system angielski, jak i polski przewidują imperatywne normy pozwalające rozszerzyć sędziemu zakres prowadzonej kontroli ponad kryteria i wzorce ustalone przez strony.

2.3.1. Kontrola na podstawie art. 58 k.c.

Ogólny przepis w polskim systemie, przyznający sędziemu kompetencję do prowadzenia kontroli, to art. 58 k.c. Wskazuje on na ustawę oraz zasady współżycia społecznego jako wartości mające służyć ocenie czynności prawnych dokonanych przez strony. Tym samym ponownie do kontroli umowy włączone zostają wartości obiektywne⁸⁷. Odmienne niż w poprzednich etapach realizacji dyspozycji, nie mają one tym razem pozytywnego wpływu na kształt treści oświadczenia czy konsekwencji czynności podjętej przez strony. Na ich podstawie sędzia podejmuje jedynie decyzję, czy dane postanowienia umowy mogą wejść do obrotu.

Mechanizm ten dobrze ilustruje wypowiedź Sądu Apelacyjnego w Gdańsku⁸⁸: „Posłużenie się przez państwowe organy lub jednostki organizacyjne w pertraktacjach, poprzedzających czynność prawną argumentami przedstawiającymi drugiej stronie jej sytuację prawną w sposób niepełny i nierzetelny, i skłanianie jej przy pomocy tych argumentów do złożenia oświadczenia woli, może powodować nie-

⁸⁷ Por. wyrok TK z dnia 17 października 2000 r., SK 5/99, OTK 2000, nr 7, poz. 254.

⁸⁸ Wyrok SA w Gdańsku, I ACr 59/92, Przegląd Orzecznictwa SA w Gdańsku 1992, nr 2, poz. 31.

ważność czynności prawnej, jako sprzecznej z zasadami współżycia społecznego, jeżeli treścią czynności prawnej jest rażąco niekorzystne dla drugiej strony rozporządzenie jej uprawnieniami majątkowymi”. Sąd kontroluje w podanej sytuacji treść (a w zasadzie konsekwencje treści czynności prawnej) z zasadami współżycia społecznego. Za punkt odniesienia kontroli przyjęte zostały wartości obiektywne (niebędące częścią stosunku łączącego strony). Negatywny wynik testu powoduje uznanie czynności prawnej za nieważną.

Warto w tym miejscu jeszcze podkreślić, że dyspozycja normy pretorskiej w zakresie uregulowanym w art. 58 k.c. ma szerszy zakres działania niż podobna norma art. 5 k.c. Przedmiotem oceny obu norm jest zachowanie podmiotu prawa — na potrzeby tej analizy strony umowy. Artykuł 5 k.c. dotyczy wykonywania prawa przez podmiot⁸⁹, natomiast art. 58 k.c. dokonywania czynności prawnej⁹⁰. Podstawą oceny zachowań na gruncie tych przepisów są odpowiednio: społeczno-gospodarcze przeznaczenie prawa lub zasady współżycia społecznego oraz ustawa lub zasady współżycia społecznego. Między zakresem oceny proponowanej przez oba przepisy istnieje niezależność zakresowa. Zakresy kontroli nakładają się na siebie tam, gdzie sędzia powinien badać zachowanie strony pod kątem zgodności z zasadami współżycia społecznego. W obu wypadkach skutki podjętych przez sędziego działań są odmienne. Konsekwencją uznania czynności prawnej na gruncie art. 58 k.c. za niezgodną z zasadami współżycia społecznego (lub ustawą) jest uznanie jej za nieważną i bezwzględna eliminacja z obrotu prawnego⁹¹. Rezultat jest inny na gruncie stosowania art. 5 k.c. Jego skutkiem jest odmowa przyznania ochrony prawnej w konkretnej sytuacji⁹². W innych okolicznościach wykonywanie tego samego prawa może zostać uznane za godne ochrony⁹³.

2.3.2. Kontrola na podstawie art. 5 k.c.

Na gruncie art. 5 k.c. kontroli sądu poddane zostanie czynienie przez stronę użytku ze swojego prawa. Jest to kategoria bardzo szeroka i dotyczyć może wszystkich zachowań podmiotu prawa, które mogłyby zasługiwać na ochronę prawną⁹⁴.

⁸⁹ Por. art. 5 k.c.

⁹⁰ Por. art. 58 k.c.

⁹¹ P. Machnikowski: komentarz do art. 58 (w:) E. Gniewek *et al.*, *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, pod red. E. Gniewka, s. 130.

⁹² Wyrok SN z dnia 22 listopada 1994 r., II CRN 127/94, LEX nr 82293; wyrok SN z dnia 28 listopada 1967 r., I PR 415/67, OSP 1968, z. 10, poz. 210.

⁹³ S. Grzybowski: *System prawa cywilnego*, t. I, Warszawa 1974, s. 250; również: B. Giesen: teza 57 do art. 5 (w:) B. Giesen, W.J. Katner, P. Księżak, B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, R. Majda, E. Michniewicz-Broda, T. Pajor, U. Promińska, M. Pyziak-Szafnicka, W. Robaczyński, M. Serwach, Z. Świdorski, M. Wojewoda, *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, LEX 2009.

⁹⁴ W kwestii rozważań na temat rozróżnienia na teorię wewnętrzną i zewnętrzną nadużycia prawa podmiotowego odsyłam do odpowiedniej literatury. Na potrzeby niniejszych — w założeniu praktycznych — rozważań warto jest tylko przytoczyć obserwacje B. Giesen: *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, teza 45 do art. 5, dotyczące zmiany

Sądy poddawały kontroli art. 5 k.c. zarzut przedawnienia⁹⁵, żądanie wstąpienia w stosunek najmu⁹⁶, żądanie zapłaty odsetek⁹⁷, wypowiedzenie przez bank umowy kredytowej⁹⁸. Sąd dokonuje oceny działania podjętego przez stronę umowy, opierając się na zewnętrznych, obiektywnych wartościach⁹⁹, tj. społeczno-gospodarczym przeznaczeniu prawa oraz zasadach współżycia społecznego. Powoduje to powstanie miejsca na znaczną sędziowską swobodę. Dlatego też stosowanie art. 5 k.c. obwarowane jest licznymi ograniczeniami. Instytucja nadużycia prawa podmiotowego nie może być podstawą do powstania nowego prawa dla podmiotu na nią się powołującego¹⁰⁰. S. Grzybowski uzasadnia to obawą przed umożliwieniem sędziemu wprowadzania do systemu nowych praw, skonstruowanych na bazie źródeł, które nie zostały zaakceptowane przez ustawodawcę¹⁰¹. Co więcej, sąd, orzekając na podstawie zasad współżycia społecznego, powinien określić, którą zasadę przyjął za podstawę orzeczenia¹⁰². W przeciwnym razie może narazić się na zarzut dowolności¹⁰³.

Skutkiem zastosowania instytucji nadużycia prawa podmiotowego jest odmówienie przyznania działaniu strony ochrony sądowej państwa. Pozbawienie ochrony występuje tylko w konkretnym przypadku, a samo prawo może być w innym stanie faktycznym wykonywane tak, że nie spowoduje odmowy udzielenia ochrony.

3. SANKCJA ZREKONSTRUOWANEJ POLSKIEJ NORMY PRETORSKIEJ

Sankcja jest ostatnim etapem stosowania normy pretorskiej. Nie zostają tu dodane nowe elementy ocenne. Jednakże analiza procesu stosowania normy pretorskiej pozwala spojrzeć na nakładanie sankcji w innym od tradycyjnego świetle.

Otóż sankcja zazwyczaj utożsamiana jest z dolegliwością, która zostaje nałożona na stronę. W dodatku strona często posiada możliwość wyboru między zastosowaniem się do sądowej interpretacji spornych postanowień a wypłaceniem odszkodowania¹⁰⁴. Tymczasem sankcja ujmowana przez pryzmat całości normy pretorskiej, jak zostało to pokazane powyżej, może przybrać następujące kształty:

poglądu A. Szpunara na ważność rozróżniania tych dwóch teorii. Po 50 latach pracy naukowej A. Szpunar stwierdził: „Nie należy jednak przeceniać tego sporu, który ma głównie charakter teoretyczny”.

⁹⁵ Wyrok SN z dnia 8 listopada 2002 r., III CKN 1115/00, OSNC 2001, nr 3, poz. 50.

⁹⁶ Wyrok SN z dnia 8 lipca 1999 r., I CKN 1367/98, OSP 2000, z. 5, poz. 69.

⁹⁷ Wyrok SN z dnia 13 stycznia 2000 r., II CKN 665/98, LEX nr 51059.

⁹⁸ Postanowienie SN z dnia 27 listopada 2003 r., III CZP 78/03, Prokuratura i Prawo 2004, nr 6, s. 36.

⁹⁹ Wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., I CKN 308/00, LEX nr 52468 i z dnia 4 października 2001 r., I CKN 458/00, LEX nr 52717; podobnie wyrok TK z dnia 17 października 2000 r., SK 5/99, OTK 2000, nr 7, poz. 254.

¹⁰⁰ S. Grzybowski: *System prawa cywilnego*, t. I, *op. cit.*, s. 250.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Wyrok SN z dnia 22 listopada 1994 r., II CRN 127/94.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ P. Machnikowski (w:) E. Łętowska *et al.*, *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań — część ogólna*, t. 5, pod red. E. Łętowskiej, Warszawa 2008, s. 158.

- 1) odebrania znaczenia, jakie strona chciała przyznać postanowieniom umowy, i nadania im znaczenia wyznaczonego kryteriami obiektywnymi;
- 2) rozszerzenia zakresu odpowiedzialności umownej wynikającej z tych samych postanowień;
- 3) sądowej odmowy ochrony prawnej wykonywaniu prawa z umowy;
- 4) unieważnienia postanowień umowy.

Szeroki zakres kompetencji pretorskich i doświadczenie w stosowaniu modeli zachowania konstruowanych na podstawie obiektywnych wartości umożliwia polskiemu sędziemu stosowanie implementacji dyrektyw konsumenckich. Na gruncie prawa polskiego nie są kwestionowane umiejętności i kompetencje sędziego w przedmiocie stosowania narzędzi implementujących te dyrektywy. Czy takie wątpliwości są uzasadnione na gruncie angielskiego prawa umów, postara się odpowiedzieć następująca część tej analizy.

CZĘŚĆ TRZECIA

W części trzeciej niniejszego opracowania przedstawione zostaną zasady angielskiego prawa umów¹⁰⁵, tak jak stosowane są one przez angielskich sędziów. Stosowanie angielskiego prawa umów zostanie następnie przeanalizowane w celu odpowiedzi na pytanie, czy sędzia angielski, podobnie jak sędzia z kręgu kultury prawa kontynentalnego, posiada kompetencję umożliwiającą tworzenie modeli odpowiedniego zachowania, opierając się na wartościach przewidzianych dyrektywami konsumenckimi.

1. ANGIELSKIE PRAWO UMÓW

W doktrynie angielskiego prawa umów nie sposób jest się doszukać jednolitej definicji kontraktu¹⁰⁶. Zasadnicze zręby prawa umożliwiającego dochodzenie odpowiedzialności umownej ukształtowały się na podstawie *writs*, dając tym samym pierwsze wskazówki pozwalające określić, czym jest umowa. *Writ* historycznie był dokumentem umożliwiającym wszczęcie sądowego sporu. Aby uzyskać *writ*, należało wykazać spełnienie podstawowych elementów zasadności roszczenia. Powód uzbrojony w *writ* mógł dopiero zgłosić się do sądu królewskiego, z żądaniem uzyskania królewskiej ochrony jego roszczenia. *Writ* wymusił wykształcenie się pierwszych przesłanek prawidłowo zawartej umowy, które musiały być spełnione

¹⁰⁵ Praca ta nie pretenduje w żadnym wypadku do zaprezentowania kompletnej listy zasad rządzących angielskim prawem umów. Przedstawiony tu ich wybór z natury rzeczy jest ograniczony, a za kryterium selekcji posłużyła użyteczność prawnoporównawcza.

¹⁰⁶ M.H. Whincup: *Contract Law...*, *op. cit.*, s. 18.

dla jego uzyskania. Były one następnie przez lata modyfikowane wypowiedziami sądów, związaniem precedensem, aż w końcu również prawem stanowionym przez Parlament.

W rezultacie, współcześnie wyróżnia się następujące elementy składające się na minimum przesłanek dających podstawę do tego, aby państwo uznało zobowiązanie umowne zawarte przez strony za godne ochrony: intencja stron do zawarcia prawnej więzi (*intention to be legally bound*), pewność ustaleń (*certainty as to terms*), oferta i jej przyjęcie (*an offer and an acceptance*) oraz wartościowe *consideration* (*valuable consideration*)¹⁰⁷. Poniżej przedstawione zostaną najważniejsze zasady wyznaczające granice sędziowskiej interpretacji elementów pozwalających uznać komunikację między podmiotami prawa za umowę.

1.1. Intencja

Sędziowska swoboda w badaniu tego, czy strony chciały rzeczywiście zawrzeć umowę oraz tego, jakie jej postanowienia intencja stron obejmowała, ma podstawowe znaczenie dla określenia zakresu normy pretorskiej, w którą system wyposaża sędziego. W przypadku sporu dotyczącego umowy badanie subiektywnej intencji strony mogłoby często okazać się bezwzględnie, dlatego też Lord Donaldson w *Summit Investment v. B.S.C.*¹⁰⁸ stwierdza, że rzeczywista wola stron jest bez znaczenia, gdyż w przeciwnym razie większość sporów dotyczących intencji stron kończyłaby się na stwierdzeniu, że strony nigdy nie były w zgodzie w przedmiocie zawarcia umowy. Sąd może również orzec, że do zawarcia umowy doszło także wówczas, gdy żadna ze stron początkowo nie działała w celu zawarcia umowy¹⁰⁹.

Równie ważne jest rozróżnienie na *conditions* i *warranties*. Te pierwsze są postanowieniami umowy, o krytycznym znaczeniu dla jej istnienia. Niewypełnienie *condition* może być podstawą do odstąpienia od wykonania zobowiązania, podczas gdy złamanie *warranty* ma znaczenie tylko dla roszczeń odszkodowawczych. Jednakże istnieją również *innominate terms*, czyli postanowienia umowy, które zależnie od okoliczności mogą okazać się *condition* lub *warranty*¹¹⁰. Odpowiednia kwalifikacja oddana jest kompetencji sędziego.

Konsekwencją przyjęcia obiektywnego standardu określającego metodę badania intencji stron w przedmiocie zawarcia umowy jest również akceptacja przez sądy zobowiązań honorowych. Jeżeli strony wyraźnie oznaczą, że zawarta przez nie umowa ma skutek jedynie w sferze honoru, sądy odmówią jej egzekwowania¹¹¹.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Summit Investment v. B.S.C.*, [1987] 1 Lloyd's Rep 230: 1.5.

¹⁰⁹ M.H. Whincup: *Contract Law...*, *op. cit.*, s. 19.

¹¹⁰ Por. *Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd*, [1962] 2 QB 26.

¹¹¹ *Rose & Frank v. Crompton*, [1923] 2 KB 261: 1.10.

1.2. Pewność ustaleń

Umowa musi być pewna. Strony muszą wiedzieć, czy zobowiązanie będą mogły następnie wyegzekwować z pomocą państwa, w takim kształcie, w jakim sobie to początkowo wyobraziły. Kontrakt musi określać przedmiot zobowiązania. Angielski wymóg pewności ustaleń przypomina wymóg polskiej instytucji *essentialia negotii*. Przy czym nie pociąga za sobą, co do zasady, *naturalia negotii*. Strony muszą określić elementy istotne dla umowy, na przykład cenę, wynagrodzenie. Umowa sprzedaży po cenie, która zostanie ustalona w przyszłości, uznana zostanie za bezskuteczną¹¹². Podobny skutek będzie miała umowa, która co prawda określa wynagrodzenie, ale nie dość precyzyjnie, jako na przykład „wynagrodzenie na poziomie zachodnim”¹¹³. Również wymiana listów intencyjnych nie zostanie uznana za wiążącą, gdyż nie sposób jest określić, jak długo strony miałyby pozostać nimi związane¹¹⁴.

Jednakże sądy dążą raczej do nadania postanowieniom umownym ekonomicznej efektywności niż do ubezskuteczniania ich w rezultacie wykładni literalnej postanowień zmierzającej wyłącznie do spełnienia postulatu pewności. Podejście to wyraził Lord Tomlin w *Hillad v. Acros*, gdzie stwierdził, że problem interpretacji polega na takim wyważeniu najważniejszych wartości, aby umowy były skuteczne, lecz sądy nie były uznawane za niszcycieli zobowiązań¹¹⁵.

1.2.1. Implied terms

Nawet umowy pisane przez prawników angielskich mogą zawierać luki. Angielskie prawo umów odpowiada na problem luk w kontraktowej regulacji zobowiązania, wprowadzając *implied terms* (dorozumiane postanowienia). *Implied terms* można porównać ze znanymi z polskiego kodeksu cywilnego przepisami względnie obowiązującymi. Ich mechanizm działania jest podobny, tj. stają się one częścią zobowiązania, jeżeli strony nie wyraziły odmiennej woli w tym przedmiocie¹¹⁶. Jednakże ich zakres zastosowania jest szerszy niż polskich przepisów względnie obowiązujących. *Implied terms* mogą stać się częścią umowy na mocy ustawy, tak na przykład Sale of Goods Act 1979, które wprowadza *implied terms* w umowach sprzedaży¹¹⁷. Mogą również być dodawane przez sędziów. Jeżeli przedmiotem sę-

¹¹² *May and Butcher v. The King*, [1929] 151 LT 246: 1.16–7.

¹¹³ *Lofius v. Roberts*, [1902] 18 TLR 532: 1.16.

¹¹⁴ *Walford v. Miles*, [1992] The Times, 27 January: 1.16–7.

¹¹⁵ *Hillas v. Arcos*, [1932] 147 LT 503: 1.19.

¹¹⁶ H. Beale: *Chitty...*, *op. cit.*, s. 13–003.

¹¹⁷ Na przykład dorozumiane postanowienie, iż sprzedawany towar odpowiada opisowi (sec. 13(1) Sale of Goods Act 1979), że towar sprzedawany przez przedsiębiorcę w ramach prowadzonej przez niego działalności jest satysfakcjonującej jakości (sec. 14(2) Sale of Goods Act 1979), a w przypadku sprzedaży na podstawie prób-

dziowskiej ingerencji jest umowa o charakterze powszechnym (agencja, sprzedaż, najem), a *implied term* jest ugruntowany w orzecznictwie, wówczas nosi on nazwę *term implied in law* (postanowienia prawnie dorozumiane). Sędziowie przejawiają większą chęć w dodawaniu takich powszechnych postanowień do umów¹¹⁸ niż w przypadku *terms implied in fact* (por. niżej).

Nie oznacza to, że sędzia nie może uzupełnić umowy nietypowej, w której luki nie były wcześniej przedmiotem sędziowskiej analizy. W takiej sytuacji sędzia może wprowadzić do umowy *term implied in fact* (postanowienie dorozumiane faktycznie). W przeciwieństwie jednak do umów codziennych, gdzie sędzia może dość swobodnie uzupełniać umowę w zakresie objętym precedensem, uzupełniając umowę o *term implied in fact*, sędzia musi wykazać, że postanowienie przez niego proponowane jest rzeczywiście konieczne (test niezbędności: *the test of necessity*).

Dwa orzeczenia w sposób wiodący ustanawiają regułę określającą test niezbędności. W *The Moorcock*¹¹⁹ przedmiotem sporu była umowa o rozładunek łodzi. Kontrakt nie regulował problemu pływów w porcie rozładunku i gdy okazało się, że przy niskiej wodzie łódź osiadła na mieliźnie, pozwany (odpowiedzialny za jej rozładunek) odmówił przyjęcia odpowiedzialności za szkodę w ten sposób powstałą. Sąd (Court of Appeal) uznał, że umowę należy uzupełnić o postanowienie dorozumiane w faktach (*term implied in fact*), nakładające na pozwanego obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa łodzi w porcie rozładunku w czasie odpływu. Orzekający sędzia uznał, że bez tego postanowienia cała umowa byłaby pozbawiona ekonomicznego sensu, a dodanie postanowienia spowodowane było wyłącznie koniecznością nadania umowie handlowej skuteczności (*business efficacy*). Sędzia stwierdził dalej, że nigdy sąd nie zmierzałby do wykroczenia poza konieczność nadania handlowej skuteczności. Taka ingerencja byłaby już pisaniem umowy na nowo¹²⁰.

Drugą wiodącą sprawą w zakresie *terms implied in facts* jest *Liverpool City Council v. Irwin*¹²¹. Orzeczenie jest sceną polemiki prowadzonej między dwójką wybitnych sędziów angielskiego prawa umów. Opinię Court of Appeal sporządził Lord Denning, głos przeciwny w imieniu House of Lords zabrał Lord Wilberforce. Polemika rozgorzała na gruncie nierównowagi między obowiązkami, które umowa najmu nakładała na wynajmującego oraz najemców. Lord Denning, w celu wyrównania obowiązków stron umowy, zaproponował uzupełnienie jej treści postanowieniami dotyczącymi utrzymywania porządku. Swoją propozycję motywował rozsądnością (*reasonableness*) dodania do umowy takich postanowień. Jego opinia nie spotkała się jednak z akceptacją House of Lords. Lord Wilberforce wyjaśnił, że rozsądek nie może być podstawą do uzupełniającej interpretacji treści zobowiązania.

ki, domniemane postanowienie, że pozostały towar jest takiej samej jakości jak próbka (sec. 15(2)(a) Sale of Goods Act 1979).

¹¹⁸ M.H. Whincup: *Contract Law...*, *op. cit.*, s. 143.

¹¹⁹ *The Moorcock*, [1889] 14 PD 64.

¹²⁰ *Express Newspapers v. Silverstone Circuits*, [1989], *The Independent*, 16 czerwca 1989 r., 5.48.

¹²¹ *Liverpool City Council v. Irwin*, [1977] AC 239: 5.50.

Zgodził się jednak, aby postanowienia dotyczące utrzymania czystości do umowy wprowadzić. Uzasadził to stwierdzenie tym, że umowa pozbawiona takich postanowień byłaby nieużyteczna, niewydajna, wręcz absurdalna (*futile, inefficacious and absurd*¹²²).

Jeżeli jednak dwa przedstawione wyżej orzeczenia wyznaczają jeden brzeg zakresu swobody stosowania *implied terms* przez określenie, w jakich wypadkach i opierając się na jakim uzasadnieniu sędzia może uzupełnić treść umowy, orzeczenie w sprawie *Baird v. Marks and Spencer*¹²³ wyznacza drugi brzeg. Sieć sklepów Marks & Spencer po 30 latach utrzymywania ciągłej wymiany handlowej jednostronnie zakończyła łączący ją z panem Baird stosunek. Pan Baird pozwał sieć Marks & Spencer, zarzucając złamanie dorozumianego postanowienia, które miało przewidywać konieczność poinformowania o wypowiedzeniu umowy z rozsądnym wyprzedzeniem. Sędzia Court of Appeal, sir Andrew Morritt, uznał jednak, że prawo nie zostało skonstruowane, aby ograniczać wolę stron, przez narzucanie standardów handlowych, które sędzia może uznać za odpowiednie, jeżeli strony nie uznały za stosowne ich uregulować. Sąd oddalił skargę pana Baird.

1.3. Oferta i jej przyjęcie

Wyraźne reguły oddzielające wiążącą prawnie ofertę od zachowań będących jedynie zaproszeniem do składania ofert są kolejnym elementem składającym się na miarę pewności systemu prawnego. Angielskie prawo umów wydaje się stać na stanowisku, że bezpieczniejsze i pewniejsze jest objęcie pojęciem oferty mniejszego zakresu zachowań podmiotów prawa.

Prawo angielskie co do zasady nie uznaje reklam i cen umieszczonych na rzeczy, nawet jeżeli jednoznacznie wskazują one dobro za ofertę¹²⁴. Kupujący rzeczy w sklepie samoobsługowym składa ofertę nabycia towarów znajdujących się w koszyku, dopiero podchodząc do kasy¹²⁵. Samo zaś użycie słów „oferta” i „przyjęcie” nie oznacza jeszcze dojścia do rzeczywistego złożenia i przyjęcia oferty, jeżeli okoliczności wskazują na coś zupełnie innego¹²⁶. Jednakże jeżeli oświadczenie podmiotu, nawet skierowane do nieoznaczonego adresata, wzywa do podjęcia określonego działania, którego skutkiem ma być związanie umową i adresat takie działanie podejmie, sąd może uznać, że oferta została przyjęta, a umowa zawarta¹²⁷.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ *Baird v. Marks and Spencer*, [2001] EWCA Civ 274.

¹²⁴ *Scancarriers v. Aotearoa*, [1985] 2 Lloyd's Rep. 419.

¹²⁵ *Pharmaceutical Society v. Boots*, [1953] 1 All ER 579.

¹²⁶ *Clifton v. Palumbo*, [1944] 2 All ER 497.

¹²⁷ *Carlil v. Carbolic Smoke Ball Co.*, [1893] 1 QB 256.

1.4. Wartościowe *consideration*

Stypulacja postanowień umownych nie ma znaczenia prawnego w regulacji zobowiązań w Anglii. Sama komunikacja dokonana między dwoma podmiotami nie wywiera żadnych skutków prawnych. Angielskie prawo umów dla prawnej skuteczności zobowiązań wymaga, aby słowa zostały wsparte zmianą ekonomicznej sytuacji podmiotu je wypowiadającego. Zmiana może polegać na daniu, zobowiązaniu się do dania jakiejś wartości lub ścierpieniu utraty wartości własnego majątku. Zmiana wartości może mieć charakter subiektywny.

To, czym zostaje wsparta obietnica, nosi nazwę *consideration*. Każda ze stron zobowiązania musi dać *consideration*, w zamian za obietnicę drugiej strony. *Consideration* musi być aktualne, tzn. strona nie może w zamian obietnicy dać czegoś, co zostało już wykonane — przeszłego *consideration*¹²⁸. *Consideration* musi wносить nową wartość do relacji między stronami. Oznacza to, że nie można wykorzystać *consideration* będącego już podstawą umowy do jej późniejszej modyfikacji i rozszerzenia odpowiedzialności kontraktowej z niej wynikającej¹²⁹.

Consideration nie musi być adekwatne w stosunku do obietnicy, za którą zostało złożone, musi jednak być wystarczające¹³⁰. Ujmując tę zasadę w terminologię prawa kontynentalnego, należy powiedzieć, że *consideration* mierzone jest w sposób subiektywny, tak jak oceniają je strony stosunku, w którym jest wykorzystane. W rezultacie za wystarczające *consideration* może zostać uznane samo spożywanie leku¹³¹ czy powstrzymanie się od wniesienia powództwa¹³².

Podsumowując, *consideration* jest wymogiem potwierdzenia obietnicy. Potwierdzenie dokonywane jest przez przekazanie podmiotowi składającemu obietnicę czegoś w zmian, tj. właśnie *consideration*. Konsekwentnie, normę regulującą wymóg *consideration* można sformułować w następujący sposób: strona umowy może skutecznie powoływać się na obietnicę złożoną przez drugą stronę tylko wówczas, gdy w zamian za tę obietnicę dała tej stronie *consideration*.

1.4.1. *Promisory Estoppel*

Estoppel jest odpowiedzią systemu angielskiego na sytuację, gdy literalne stosowanie reguły *consideration* przyniosłoby niesprawiedliwe rezultaty. Norma

¹²⁸ Tak *Roscorla v. Thomas*, [1842] 3 QB 234, gdzie obietnica, że koń jest spokojny, nie mogła zostać wyegzekwowana przed sądem, gdyż została złożona po zawarciu umowy, tj. gdy *consideration* będące elementem tamtej umowy było już przeszłe w stosunku do nowej obietnicy.

¹²⁹ *Stilk v. Myrick*, [1809] 2 Camp 317, marynarze nie otrzymali obiecanej zapłaty należnej ich towarzyszom, którzy zdezerterowali z pokładu, w zamian za odprowadzenie statku do portu. Sąd uznał, że nie było nowej *consideration* dla obiecanej, wyższej zapłaty.

¹³⁰ M.H. Whincup: *Contract Law...*, *op. cit.*, s. 76.

¹³¹ *Carlil v. Carbolic Smole Ball Co.*, *op. cit.*

¹³² *VAI v. Bostock*, [2003] EWCA Civ 1069.

regulująca *estoppel* może być wyrażona w następujący sposób: strona umowy może skutecznie powoływać się na obietnicę złożoną przez drugą stronę, nie tylko wówczas gdy dała za nią *consideration*, ale również wówczas, gdy strona składająca obietnicę miała intencję, aby adresat działał zgodnie z tą obietnicą i adresat tak działa. Wówczas osoba, która złożyła obietnicę, nie może od niej odstąpić, podnosząc brak *consideration*.

Estoppel chroni działanie adresata obietnicy podjęte w zaufaniu do jej treści. Równocześnie uniemożliwia podmiotowi, który złożył obietnicę, zachować się w sprzeczności z poczynioną przez niego reprezentacją.

Kluczowym orzeczeniem tworzącym normę *promisory estoppel* jest *Central London Property Trust v. High Trees House*¹³³. W sprawie tej wynajmujący wynajął najemcom kilka mieszkań w Londynie, jeszcze przed II wojną światową. W czasie trwania wojny część najemców zdecydowała się opuścić mieszkania. Aby zachęcić tych, którzy byli odporni na trudy miejskiego życia w czasie wojny, do pozostania, wynajmujący zdecydował się obniżyć im czynsz. Najemcy nie przedstawili w zamian żadnego *consideration*, jednakże pozostając w mieszkaniach, działali w zaufaniu do obietnicy poczynionej przez wynajmującego i w takim samym zaufaniu płacili wyznaczony przez niego czynsz. Po zakończeniu wojny, wynajmujący postanowił dochodzić wyrównania wojennych czynszów, podnosząc, że w zamian za ich obniżenie nie otrzymał *consideration*. Sąd w osobie Mr. Justice Denninga odmówił przyznania ochrony prawnej roszczeniu przedstawionemu przez wynajmującego w zakresie odnoszącym się do zaległych czynszów. Justice Denning nie zgodził się na powstanie tak wielkiej niesprawiedliwości i dla zablokowania odpowiedzialności najemców skonstruował wyjątek od zasady *consideration* — *promisory estoppel*.

Estoppel może służyć jednak wyłącznie do obrony, nie ataku. Tak jak pokazuje to *High Trees*, *estoppel* może zostać skutecznie podniesiony jako zarzut, aby uniemożliwić dochodzenie niesprawiedliwego roszczenia. *Estoppel* nie może jednak zostać powołany jako podstawa pozwu, niezależnej skargi¹³⁴.

Jak pokazują przedstawione wyżej zasady, prawo angielskie jest z pewnością prawem bardziej restrykcyjnym niż prawo polskie. Restrykcyjność widoczna jest w zakresie uznawania przez prawo oświadczeń stron za dające podstawę do ochrony państwowej. Przypomnieć jednak należy, że pytaniem stojącym za tą analizą jest, czy sędzia angielski potrafi, tak samo jak sędzia kontynentalny, stosować modele powinnoego zachowania, w kształcie uregulowanym dyrektywami konsumenckimi. Odpowiedzieć na to pytanie można przez przyjrzenie się, jak sędzia angielski stosuje dyskrecję przyznaną mu przez prawo, na mocy takich instytucji jak na przykład *implied terms* i *promissory estoppel*. Dodatkowo uwidocznia się wówczas systemowa cecha angielskiego prawa umów, które może również zostać opisane jako ciągłe

¹³³ *Central London Property Trust v. High Trees House*, [1947] KB 130.

¹³⁴ *Combe v. Combe*, [1951] 1 All ER 767.

napięcie między uznaniem umowy za wymianę obietnic (wówczas wystarczający dla jej prawnej skuteczności byłby *intent*) a uznaniem umowy za wymianę handlową (*exchange of bargains* — konieczność *consideration*).

2. FORMALNE STOSOWANIE NORMY PRETORSKIEJ — PORÓWNANIE MECHANIZMÓW POLSKICH I ANGIELSKICH

Przystępując do kolejnego etapu analizy, należy raz jeszcze podkreślić subiektywizm sędziowski, pojawiający się podczas stosowania prawa, szczególnie wówczas, gdy prawo nie ma jednoznacznej odpowiedzi i sędzia musi uciec się do stosowania reguł pozwalających skorygować i uelastyczyć system. Sędzia, któremu przyjdzie rozsądzić spór, stosować będzie przedstawione reguły nie w próżni, a na podstawie tradycji, w której się wykształcił. Przepisy prawa regulujące normę korekcyjną mogą *prima facie* być do siebie bardzo podobne. Sędzia sir George Jessel ideę stojącą za angielskim prawem umów ujął w następujących słowach: „Jeżeli jedną rzecz by wskazać, której praworządność wymaga, to taka, by dojrzały i rozumni mężowie mieli pełną wolność zawierania umów, a ich umowy, gdy zawarte swobodnie i w oparciu o wolę, uznane były za święte i tak egzekwowane przez sądy prawa”¹³⁵. Jeżeli zgodnie z zasadą *stare decisis* przyjąć tę wypowiedź sądu za regułę prawa¹³⁶, warto porównać ją z równoległą regułą polskiego prawa umów: „Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego”¹³⁷.

Obie wymienione wyżej zasady prawa uwypuklają autonomię woli jako zasadę prawa umów. Obie zasady brzmią bardzo podobnie. Jak to jednak zostało przedstawione w części drugiej niniejszego opracowania, polski sędzia został wyposażony przez ustawodawcę w cały zestaw narzędzi, umożliwiający mu dostosowywanie zasady wyrażonej w art. 353¹ k.c. do celów uważanych przez ustawodawcę za ważne. Dalsza analiza bada, czy sędzia angielski również może powołać się na podobne mechanizmy, które mają na celu dostosowywanie wyrażonej przez sędziego sir George Jessela zasady do celów uznanych przez prawodawcę za ważne.

¹³⁵ *Printing and Numerical Registering Co. v. Sampson*, [1875] LR 19 Eq 462: 5.46; w oryginale: „If there is one thing more than another which public policy requires, is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting and that their contracts, when entered into freely and voluntarily, shall be held sacred and shall be enforced by courts of justice”.

¹³⁶ Jest to znaczne uproszczenie, gdyż *ratio decidendi* w sprawie było znacznie bardziej rozbudowane. Uproszczenie to nie jest jednakże merytorycznie błędne, a pozwala oddać istotę sprawy.

¹³⁷ Art. 353¹ k.c.

2.1. Pretorskie rozszerzenie konsekwencji czynności stron: *implied terms* i art. 56 k.c.

Umowy często zawierane w obrocie prawnym, a ponadto niepowodujące w ujęciu indywidualnym znacznych przesunięć środków są miejscem w systemie prawa, gdzie sądy najszybciej zaczną standaryzować stosowanie prawa. Powodem takiej sytuacji jest niska wartość sporu oraz wysoka częstotliwość występowania zarówno sporów, jak i prawidłowych umów w obrocie. Niska wartość przekłada się na brak zainteresowania wydawaniem znacznych środków na kosztowną reprezentację prawną, która mogłaby doprowadzić do rozstrzygnięcia sporu zgodnie z myślą powoda czy pozwanego. Wysoka częstotliwość występowania sporów sprzyja natomiast zagęszczeniu precedensów, tych *de iure* i *de facto*, zachęcających sędziów do podążania utartymi już ścieżkami. Znaczna liczba prawidłowych umów w obrocie powoduje natomiast, że sędziemu łatwiej jest przedstawić uzasadnienie uzupełniania treści codziennych zobowiązań, ponieważ ma dobre wyobrażenie, jak powinny one wyglądać.

2.1.1. *Terms implied in law* i art. 56 k.c.

Dwa orzeczenia opierają się w znacznej mierze na analizie konsekwencji wynikających z poddania się przez strony zobowiązania reżimowi umów codziennych (powszechnych). Lord Tucker we wcześniejszym wyroku¹³⁸ stwierdza, że ustalać konsekwencje czynności prawnych (doszukiwać się *implied terms*) należy w istniejących już schematach dotyczących codziennych umów. Schematy mogą być zdaniem Lorda Tuckera ustalone przez orzecznictwo lub ustawodawcę. Schematy, o których tu mowa, to nic innego jak typy umów nazwanych w polskim kodeksie cywilnym. Lord Tucker ustala konsekwencje umów w zakresie szerszym, niż uzgodniły to strony. Zakłada bowiem, że strony, poddając się reżimowi umowy codziennej (powszechnej), godzą się na wynikające z nich konsekwencje, jeżeli nie wyraziły swej woli przeciw tym standardowym konsekwencjom¹³⁹. Późniejsza opinia Lorda Denninga¹⁴⁰ powtarza *ratio* wyrażone przez Lorda Tuckera, z pominięciem jedynie odwołania do domniemanej woli stron.

Konsekwentnie, ten model stosowania dyspozycji normy pretorskiej składa się z dwóch komponentów. Po pierwsze, jest to założenie, że strony wyraziły swą pozytywną wolę w przedmiocie konsekwencji typu umowy, której reżimowi się poddały, jeżeli nie wypowiedziały się przeciwko tym konsekwencjom. Taki kształt założenia pozwala sędziemu *common law* pozostać w zgodzie z zasadą autonomii woli stron oraz *privity of contract*. W polskim systemie założenie to wynika z konstrukcji przepisów

¹³⁸ *Lister v. Romford Ice & Cold Storage Ltd.*, [1957] AC 555, 594.

¹³⁹ Tak również H. Beale: *Chitty...*, *op. cit.*, s. 13–023.

¹⁴⁰ *Shell UK Ltd v. Lostock Garage Ltd*, [1976] WLR 1187.

względnie obowiązujących. Po drugie, sędzia dokonuje interpretacji zachowań powszechnych w obrocie prawnym (uregulowanych przez ustawodawcę lub judykaturę) i na ich podstawie wydaje orzeczenie. Nawet jeżeli, tak jak Lord Tucker to podkreśla, sędzia powinien mieć na uwadze wolę stron, nie zmienia to faktu, że dokonuje on analizy zachowań zewnętrznych w odniesieniu do węzła prawnego łączącego strony spornego stosunku — ustala obiektywny model odniesienia. Następnie zaś przenosi elementy tego obiektywnego modelu do stosunku łączącego strony, zakładając, że te konkretne strony również by tak postąpiły, gdyby taką sytuację przewidziały.

Porównując jednak wyżej przedstawioną sytuację z polską normą pretorską, w pierwszej kolejności odnieść ją należy do skutków normy względnie obowiązujących i na tym etapie zakończyć porównanie. Stosowanie *terms implied in law*, bo o postanowieniach prawnie dorozumianych Lord Tucker i Lord Denning piszą, to nic innego jak aktywacja w zobowiązaniu przepisów względnie obowiązujących, dotyczących tego zobowiązania. W Polsce odbywa się to *ex lege*, w Anglii niezbędna jest wypowiedź sądu. Niemniej, w obu systemach, jeżeli pojawi się między stronami spór, czy przepis względnie obowiązujący je wiąże, będzie go musiał rozstrzygnąć sąd. Dodać jeszcze należy, że pytanie o wartości stojące za stosowaniem tej instytucji to bardziej pytanie o miejsce zasady *ignorantia iuris nocet* w prawie zobowiązań, a nie o zasady stojące za stosowaniem normy pretorskiej.

2.1.2. *Terms implied in facts* i art. 56 k.c.

Zdecydowanie bardziej interesujące jest stosowanie przez sędziego *common law terms implied in facts*, które z powodzeniem może być porównywane z ustalaniem konsekwencji czynności stron na podstawie art. 56 k.c. Podobnie jak podczas opisanego wyżej stosowania *terms implied in law*, sędzia angielski, chcąc wprowadzić do umowy postanowienie dorozumiane z faktów, musi ustalić obiektywny model odniesienia. Następnie zaś przenieść elementy tego obiektywnego modelu do stosunku łączącego strony, zakładając, że te konkretne strony również by tak postąpiły, gdyby taką sytuację przewidziały.

Terms implied in facts, czyli postanowienia dorozumiane w faktach, jak zostało to już wyjaśnione wcześniej, stosowane są, jeżeli:

- 1) umowa zawiera lukę — strony nie ustaliły wyczerpująco wszystkich jej konsekwencji, i
- 2) uzupełnienie jej o postanowienie proponowane przez sąd jest konieczne, aby nadać jej ekonomiczny sens, i
- 3) (w niektórych sytuacjach¹⁴¹) wówczas gdy postanowienie jest oczywistą, lecz niewyrażoną wolą stron¹⁴².

¹⁴¹ Por. H. Beale: *Chitty...*, *op. cit.*, s. 13–008 oraz *Liverpool City Council v. Irwin*, *op. cit.*

¹⁴² H. Beale: *Chitty...*, *op. cit.*, s. 13–004.

Konsekwencją wprowadzenia do umowy przez sędziego angielskiego *term implied in facts* jest poszerzenie odpowiedzialności kontraktowej. Będzie to polegać na tym, że na przykład strona stanie się odpowiedzialna za szkody powstałe w pozycji statku, który nie został zabezpieczony przed odpływem¹⁴³, lub zostanie obciążona obowiązkiem utrzymania czystości wokół budynku¹⁴⁴, który w razie niewypełnienia przekształci się w odpowiedzialność odszkodowawczą¹⁴⁵. Odpowiedzialność strony będzie szersza, niż przewidywały to pierwotne postanowienia umowy.

Podobnie rzecz się ma z pretorską kompetencją sędziego na gruncie art. 56 k.c., który przewiduje, że czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, ale również takie, które wynikają z ustawy, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów. Sędzia, który rozpatrywać będzie umowę tylko w razie sporu, będzie musiał określić, czym są zwyczaje i zasady współżycia społecznego w sytuacji, w której znalazły się strony. Następnie uzupełni ich zobowiązanie o elementy wynikające z zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów¹⁴⁶.

W dwóch przedstawionych systemach, polskim i angielskim, sędzia podejmie podobne działania. Otóż musi on stworzyć model odniesienia, opisujący alternatywną sytuację umowną niczym ideę platońską, która będzie spełniać cechę ekonomicznej efektywności (w Anglii) lub zupełności określonej przez art. 56 k.c. (w Polsce). Następnie sędzia zobowiązany jest uzupełnić sporny stosunek o brakujące elementy zaczerpnięte z tej idealnej wizji umowy. Tworząc model odniesienia, sędzia korzysta ze zdefiniowanych przez prawo lub uznanych przez tradycję, w której zdobył wykształcenie, wartości. Są one zewnętrzne w stosunku do umowy i zdefiniowane nie przez strony, a przez prawodawcę. Tą wartością może być ekonomiczna efektywność, tak samo jak dobra wiara czy zasady współżycia społecznego. Czynności wykonywane przez sędziego pozostają takie same.

Różnica kryje się w częstotliwości stosowania mechanizmów ustalania konsekwencji prawnych czynności. Sędzia polski czyni to za każdym razem, gdy strony przedstawiają mu do rozstrzygnięcia spór. Odmiennie sędzia angielski, który do tego narzędzia ucieknie się tylko wówczas, gdy umowa zawiera lukę. Stosowanie narzędzia w Anglii, odmiennie niż w Polsce, ma charakter wyjątkowy.

2.2. Pretorska interpretacja treści umowy: art. 65 k.c. i *implied terms*

Na potrzeby porównania metod interpretacji postanowień umowy można *arguendo* założyć, że angielskie prawo umów, dążąc do pełnej realizacji zasady

¹⁴³ *The Moorcock*, [1889] 14 PD 64.

¹⁴⁴ *Liverpool City Council v. Irwin*, [1977] AC 239: 5.50.

¹⁴⁵ H. Beale: *Chitty...*, *op. cit.*, s. 27–028.

¹⁴⁶ P. Machnikowski: komentarz do art. 56 (w:) E. Gniewek *et al.*, *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, pod red. E. Gniewka, s. 126.

pewności, posługuje się regułą *clara non sunt interpretanda* w stosunku do postanowień umowy uzgodnionych między stronami. Uwidocznia się wówczas, jak bardzo krucha jest zasada pewności w kontekście analizy normy pretorskiej. Istnienie w systemie prawa mechanizmów umożliwiających sędziemu korekcję zobowiązań jest przeciwieństwem przyznaniem się prawodawcy, że system nie jest w stanie odpowiedzieć na wszystkie okoliczności, w jakich znajdują się strony umów. Nie jest tym samym absolutnie pewny i wymaga interwencji sędziego, aby wtórnie przywrócić pewność w zakresie odpowiedzialności kontraktowej. Spór między stronami umowy jest w istocie podważeniem pewności postanowień umowy. Strony zwrócą się do sądu o ustalenie zakresu odpowiedzialności kontraktowej dopiero wówczas, gdy postanowienia umowy okażą się niewystarczająco jasne, pozostawiając stronom umowy możliwość argumentacji przed sądem swoich racji¹⁴⁷.

Tłumaczenie postanowień umowy zgodnie z regułami angielskiego prawa zobowiązań, podobnie jak w systemie polskim na podstawie kombinowanej metody wykładni, rozpoczyna się od próby ustalenia znaczenia, jakie strony wspólnie nadały postanowieniom umowy¹⁴⁸. Wówczas, gdy ustalenie zgodnej woli stron nie jest możliwe, prawo angielskie stoi na stanowisku, że należy zbadać raczej rzeczywistą wolę stron ocenianą przez pryzmat biznesowego kontekstu i okoliczności zawarcia umowy¹⁴⁹. W tak zrekonstruowanej sytuacji faktycznej do sędziego należy ocena, czy nadanie słowom takiego czy innego znaczenia nie doprowadzi do nierozsądnego (*unreasonable*) lub nieuczciwego (*unfair*) rezultatu¹⁵⁰.

Potrzeba uwzględnienia faktycznego kontekstu zobowiązania dała również podstawę do wprowadzenia pojęcia *innominate terms* (postanowienia nienazwane, nieokreślone), który uzupełnia sztywny podział na *conditions* i *warranties*. Lord Diplock w orzeczeniu *Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd*¹⁵¹ zwrócił uwagę, że w umowach są często zawarte postanowienia, o których nie można *a priori* powiedzieć, że należą do kategorii *conditions* albo *warranties*. Te nieokreślone postanowienia nazwał *innominate terms*, twierdząc równocześnie, że ich konsekwencje dla odpowiedzialności kontraktowej należy za każdym razem ustalać indywidualnie, mając na uwadze ich kontekst faktyczny.

Konsekwentnie, zarówno polski, jak i angielski model tłumaczenia postanowień umowy nakazują sędziemu odnieść się do okoliczności faktycznych w celu ustalenia obiektywnego znaczenia użytych słów. Sędzia oprze się na zewnętrznych okolicznościach towarzyszących stronom podczas zawierania umowy, wówczas gdy

¹⁴⁷ Może się też okazać, że postanowienia umowy będą wystarczająco pewne, jednak nie będą one przewidywać, jak strony powinny się zachować w stosunku do nieoczekiwanych przez nie, zewnętrznych zachowań. Sytuacje te zostały przeanalizowane w częściach pracy dotyczących porównania art. 56 k.c. z odpowiednimi mechanizmami angielskiego prawa umów.

¹⁴⁸ H. Beale: *Chitty...*, *op. cit.*, s. 2–162.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ *Cargill International SA v. Bangladesh Sugar and Food Industries Corp.*, [1998] 1 W.L.R. 461, 468.

¹⁵¹ *Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.*, [1962] 2 QB 26.

nie będzie w stanie zrekonstruować, jaki był zgodny zamiar stron umowy dotyczący znaczenia jej postanowień.

Podobnie do polskiej kombinowanej metody wykładni, model angielski umożliwia skorzystanie z wykładni kontekstowej tylko wówczas, gdy nie jest możliwa interpretacja postanowień umowy zgodnie z wolą stron. Nie mogą ustalić woli stron, sędzia polski i angielski stworzą zewnętrzny, obiektywny model, za pomocą którego określą, jakie znaczenie należy nadać postanowieniom umowy, tak aby konsekwencje interpretacji nie okazały się nierozsądne lub nieuczciwe (sędzia angielski) czy niezgodne z zasadami współżycia społecznego bądź ustalonymi zwyczajami (sędzia polski).

W tym miejscu należy zwrócić również uwagę, że prawo angielskie umożliwia sędziemu interpretowanie oświadczeń stron zobowiązania (lub potencjalnego zobowiązania) w mniejszym zakresie niż prawo polskie. Wynika to z mniejszego zakresu czynności, które prawo angielskie uznaje za elementy składające się na umowę lub dające podstawę do jej powstania. Jednakże to zagadnienie jest problemem pewności systemu prawa zobowiązań, a nie mechaniki stosowania normy pretorskiej.

2.3. Pretorskie rozszerzenie skutków umowy: art. 56 i *consideration*

W doktrynie porównawczego prawa umów powszechnie przyjmuje się, że odpowiednikiem angielskiego *consideration* w prawie kontynentalnym jest reżim formy czynności prawnych¹⁵². Podkreślone wówczas zostają takie cechy *consideration*, jakie istotne są dla wymogu wyrażenia oświadczenia woli w przepisanej prawem formie w systemach kontynentalnych. Do cech tych należą¹⁵³:

- 1) uchylenie wątpliwości, czy oświadczenie woli zostało rzeczywiście złożone;
- 2) ułatwienia dowodowe;
- 3) ochrona stron przed nieprzemyślanymi decyzjami.

Wyżej przedstawione cechy nie wyczerpują jednak wszystkich właściwości, jakie można by przypisać angielskiemu *consideration*. *Consideration* w angielskim prawie umów stoi na straży nie tylko pewności dowodowej, ale również zakresu odpowiedzialności kontraktowej stron zobowiązania¹⁵⁴. Tylko wówczas, gdy obietnica (*promise*), czy jak chciałby tego system kontynentalny — oświadczenie woli, składająca się na postanowienie umowne¹⁵⁵ wsparta jest *consideration*, strona może skutecznie dochodzić roszczenia wynikającego z tego postanowienia. *Consideration* musi być wartościowe i adekwatne oraz nie może być przeszłe, aby skutecznie

¹⁵² H. Beale: *Chitty...*, *op. cit.*, s. 3–001.

¹⁵³ Z. Radwański *et al.* (w:) *Prawo cywilne — część ogólna...*, *op. cit.*, pod red. Z. Radwańskiego, s. 115.

¹⁵⁴ M. Chen–West: *Consideration...*, *op. cit.*, s. 123.

¹⁵⁵ Ujmując rzecz kontynentalnie: również składająca się na czynność prawną.

wesprzeć obietnicę. Elementy *consideration*, podobnie jak każdej instytucji *common law*, kształtowane są przez orzecznictwo. Związanie precedensem powoduje, że sędziowie stosują te same testy, aby określić, czy w przedstawionej im do rozstrzygnięcia sprawie zostały zrealizowane wymogi *consideration*. W rezultacie, jeżeli sędzia postanowi rozstrzygnąć sprawę odmiennie (przez instytucję *overruling* lub, szczególnie, *distinguishing*), doprowadza do rozszerzenia lub zmniejszenia odpowiedzialności wynikającej z umowy. Podobne skutki osiąga polski sędzia na etapie ustalania konsekwencji czynności stron (realizując art. 56 k.c.) oraz kontroli (realizując art. 58 k.c.) podczas stosowania normy pretorskiej. Konsekwentnie, należy zbadać, czy istnieje podobieństwo między mechanizmami stosowania dyspozycji polskiej normy pretorskiej a zmianą progów akceptacji spełniania przesłanek konstrukcyjnych *consideration*. Dzięki temu będzie można stwierdzić, czy w systemie angielskim w narzędziach pozwalających modyfikować rozumienie *consideration* ukryte zostało miejsce na dyskrecję sędziowską pozwalającą rozszerzać odpowiedzialność kontraktową na wzór art. 56 k.c.

Za materiał do analizy posłużą dwa angielskie orzeczenia. Pierwsze, historycznie nowsze, zmieniło zakres normy *consideration*, powodując rozszerzenie odpowiedzialności kontraktowej. W drugim, historycznie starszym orzeczeniu, sąd doszedł do odmiennych wniosków, doprowadzając w rezultacie do zawężenia odpowiedzialności kontraktowej. Uczynił to jednak w bardzo interesujący sposób.

2.3.1. Rozszerzenie odpowiedzialności kontraktowej — *Williams v. Roffey Bros*¹⁵⁶

W sprawie *Williams v. Roffey Bros* wykonawca robót budowlanych obiecał (tj. *promised*, czyli w ujęciu kontynentalnym — zobowiązał się) podwykonawcy dodatkową premię za wykończenie mieszkań na czas. W chwili uzgadniania premii wynikało, że ze względu na trudności finansowe podwykonawca może nie zdążyć z wykonaniem swoich obowiązków na czas. Premia miała być wypłacana w trakcie prowadzenia robót. Ukończywszy osiem mieszkań, podwykonawca zaprzestał dalszych prac, gdyż premia nie była wypłacana systematycznie — proporcjonalnie do postępu prac.

Sprawa trafiła przed Court of Appeal w składzie Lord Justice Glidwell, Lord Justice Russel oraz Lord Justice Purchas. Sędziowie, przystępując do rozpatrzenia sprawy, dysponowali gotową do zastosowania normą, stanowiącą, że wypełnienie istniejącego już postanowienia umownego nie niesie za sobą żadnej nowej ekonomicznej wartości, tym samym nie może stać się podstawą *consideration* dla obietnicy (*promise*), której treścią jest zapłata dodatkowych pieniędzy za wykonanie tego

¹⁵⁶ *Williams v. Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd*, [1991] 1 QB 1.

samego postanowienia¹⁵⁷. Sąd postanowił jednak inaczej i orzekł, że *consideration* przybrało tu formę uzyskanego przez wykonawcę praktycznego zysku (*practical benefit*). Praktyczny zysk polegał na uniknięciu odpowiedzialności z tytułu niewykonania zobowiązania w stosunku do pierwotnego zleceniodawcy wykonania robót.

W rezultacie czynności podjętych przez sędziów w *Roffey Bros* następuje rozszerzenie odpowiedzialności kontraktowej. Czynności podjęte przez sędziów są realizacją funkcji korygującej, przykładem stosowania normy pretorskiej. Jej mechanizm w tej sprawie zadziałał, ponieważ sędziowie uznali, że pozostanie przy dotychczasowej normie i wyznaczenie ram odpowiedzialności na jej podstawie jest nieuzasadnione ekonomicznie¹⁵⁸.

Czynność dokonana przez sąd w *Roffey Bros* przypomina działanie dyspozycji normy pretorskiej określonej ramami art. 56 k.c. Przed angielskimi sędziami orzekającymi w tej sprawie postawiono postanowienie umowne. Strony umowy nie były zgodne, jakie skutki niesie za sobą uzgodnione postanowienie. Bezpośrednio z postanowienia z pewnością nie wynikała odpowiedzialność kontraktowa, ponieważ brakowało w nim *consideration*. Niemniej sędziowie uznali, że ze względu na efektywność ekonomiczną sporne postanowienie powinno być rozumiane tak, aby jego konsekwencją było powstanie odpowiedzialności kontraktowej. *Roffey Bros* podkreśla, że mechanizm stosowania normy pretorskiej w systemie polskim i angielskim jest podobny. Zarówno sędzia polski, jak i sędziowie angielscy rozszerzają zakres odpowiedzialności kontraktowej, uzasadniając to rozszerzenie zewnętrznymi, obiektywnymi wartościami (zasadami współżycia społecznego lub ustalonymi zwyczajami oraz efektywnością ekonomiczną).

2.3.2. *Stilk v. Myrick*¹⁵⁹

Stilk odmiennie niż *Roffey Bros* doprowadziło do zawężenia odpowiedzialności kontraktowej. Jednakże, jak pokazały późniejsze orzeczenia, orzekający w sprawie Lord Ellenborough zastosował podobne mechanizmy pretorskiej korekcji zobowiązania, zmierzając jednak w odmiennym kierunku, tj. w celu ograniczenia zakresu odpowiedzialności kontraktowej.

Stilk została rozstrzygnięta w 1809 r. Pan *Stilk*, który pracował na statku pana *Myrick* wniósł powództwo o zapłatę dodatkowego wynagrodzenia, do czego zobowiązał się kapitan statku, którego pan *Myrick* był armatorem. Kapitan zobowiązał się do zapłaty dodatkowego wynagrodzenia marynarzom jego statku, gdyż podczas postoju w Kronsztadzie z pokładu na teren carskiej Rosji zdezerterowała część za-

¹⁵⁷ Tak M.H. Whincup: *Contract Law...*, *op. cit.*, s. 78, cyt. *Glasbrook Brothers v. Glamorgan County Council*, [1925] AC 270 (Australia); tak również H. Beale: *Chitty...*, *op. cit.*, s. 3–099.

¹⁵⁸ M.H. Whincup: *Contract Law...*, *op. cit.*, s. 78.

¹⁵⁹ *Stilk v. Myrick*, [1809] EWHC KB J58.

logi. Nie mogą znaleźć marynarzy chętnych do uzupełniania załogi, kapitan obiecał pozostałym na pokładzie wynagrodzenia tych, którzy zdezerterowali, w zamian za bezpieczne doprowadzenie statku do Londynu. Tak też się stało, jednak armator — pan Myrick odmówił wypłaty dodatkowego, obiecanego (*promised*) wynagrodzenia.

Sprawa trafiła przed High Court, gdzie Lord Ellenborough orzekł, że marynarzom dodatkowa zapłata się nie należy, ponieważ obietnica kapitana nie była wsparta *consideration* marynarzy, którzy tylko wypełniali swoje poprzednie zobowiązanie. Jednym z uzasadnień¹⁶⁰ odmowy uznania skuteczności *consideration* i tym samym zawężenia odpowiedzialności kontraktowej był wzgląd na obiektywne i zewnętrzne kryterium — interes publiczny¹⁶¹. Do tego też interesu odwołał się Lord Justice Glidwell w cytowanym wcześniej *Roffey Bros*, twierdząc, że współcześnie nie powinien on już znajdować tak szerokiego zastosowania.

Konsekwentnie, przyglądając się ponownie jedynie mechanizmowi korygowania prawa umów, należy dostrzec podobieństwo między zastosowaniem angielskiej normy pretorskiej oraz działaniem polskiego sędziego, który realizuje dyspozycję normy pretorskiej, opisaną przez art. 56 k.c. Sędzia angielski, podobnie jak sędzia polski, ustalając, jakie prawne skutki mają podjęte przez strony czynności, wprowadza do stosunku łączącego strony zewnętrzne obiektywne wartości. Ich zastosowanie do relacji między stronami skutkuje modyfikacją zakresu odpowiedzialności kontraktowej, wkroczeniem w autonomię stron, w celu zrealizowania zewnętrznych, obcych stronom wartości.

2.3.3. *Roffey Bros v. Stilk*

Nie tylko mechanizm stosowania normy pretorskiej w *Roffey Bros* i *Stilk* jest interesujący, istotna jest również zależność między tymi dwoma orzeczeniami. Mając wciąż na uwadze zasadę związania precedensem, należy stwierdzić, że oba orzeczenia, mimo że odmiennie rozstrzygają tę samą sprawę, są wciąż obowiązującym prawem. Sędziowie w *Roffey Bros* nie dokonali *overruling* czy *distinguishing* orzeczenia *Stilk*. Lord Justice Glidwell, jak było to już stwierdzone wyżej, wyraził opinię, że *Stilk* współcześnie nie powinien znajdować aż tak szerokiego zastosowania; Lord Justice Purchas wyraził podobną opinię, dodając, że *Stilk* wciąż jest fundamentem prawa umów; Lord Justice Russel dodał, że sztywne podejście ze *Stilk* nie jest już dłużej konieczne lub pożądane. Niemniej sąd, orzekając w *Roffey Bros*,

¹⁶⁰ Por. H. Beale: *Chitty...*, *op. cit.*, s. 3–066.

¹⁶¹ Interes publiczny Zjednoczonego Królestwa w 1809 r. brał się z dwóch głównych uwarunkowań ówczesnej sytuacji międzynarodowej. Po pierwsze, trwała wojna z Napoleonem, po drugie, Wielka Brytania — wyspiarska metropolia — uzależniona była ekonomicznie od niezakłóconej wymiany handlowej z koloniami. Konsekwentnie, w interesie publicznym leżało zniechęcenie marynarzy do podejmowania się negocjacji warunków zatrudnienia w czasie podróży morskiej lub postoju w porcie.

nie podjął się uznania *Stilk* za nieobowiązujące prawo¹⁶². Tym samym w obrocie prawnym funkcjonują dwie normy regulujące bardzo podobne stany faktyczne. Dyskrecji sędziego pozostawiona została ocena, która z granic *consideration* będzie w jego sprawie właściwa. To, czym umotywowana będzie decyzja, czy podążyć za *Stilk* czy *Roffey Bros*, jest już elementem normy pretorskiej, który w systemie polskim odpowiadać będzie części dyspozycji polegającej na ustalaniu konsekwencji czynności stron.

2.3.4. Artykuł 56 k.c. i *consideration* — podsumowanie

Podsumowując przedstawione wyżej rozważania, należy przyznać, że modyfikacja zakresu odpowiedzialności kontraktowej przez zmianę progu spełnienia wymagań *consideration* i dyspozycję art. 56 k.c. to dwa zupełnie różne narzędzia prawne. Zmiana zakresu odpowiedzialności w systemie angielskim to dostrzeżenie szerszego zakresu odpowiedzialności w wyrażonych przez strony postanowieniach umownych, podczas gdy konstrukcja polska może polegać również na dodaniu elementów zewnętrznych do treści zobowiązania. Wspólnym elementem obu instytucji jest jednakże sam mechanizm modyfikacji zakresu odpowiedzialności — siłownia normy pretorskiej. Zarówno sędziemu polskiemu, jak i angielskiemu nie jest obce modyfikowanie odpowiedzialności oparte na zewnętrznych, obiektywnych w stosunku do zobowiązania stron elementach, tj. na przykład zasadach współżycia społecznego (art. 56 k.c.), interesie publicznym (*Stilk v. Myrick*) lub efektywności handlowej (*Roffey Bros*). Wystarczy, by sędzia mógł dostrzec lub skorzystać z określonej, odpowiedniej wartości.

2.4. Pretorskie ograniczenie odpowiedzialności kontraktowej: art. 5 k.c. i *estoppel*

Przedmiotem pretorskiej analizy podczas stosowania art. 5 k.c. i *estoppel* jest wykonywanie przez stronę umowy przysługującego jej z tej umowy prawa. Stosowanie obu mechanizmów opiera się na banalnym założeniu, że mimo tego, iż strony uzgodniły, jakie prawa przysługują im na mocy umowy, coś jest jednak nie w porządku z wykonywaniem tych praw. W rezultacie niezbędna okazuje się ingerencja sądu i odmówienie przyznania ochrony prawnej zachowaniu, które w innych okolicznościach mogłoby zostać uznane za całkowicie słuszne.

¹⁶² Por. H. Beale: *Chitty...*, op. cit., s. 3–069 i M.H. Whincup: *Contract Law...*, op. cit., s. 79.

Konsekwentnie, przedmiotem pretorskiej ingerencji jest zachowanie się strony umowy, na które obie strony wyraziły uprzednio swoją zgodę, oraz takie, które nie zostało uznane za nieważne.

Mechanizm pretorskiej kontroli jest w obu przypadkach bardzo podobny. Zarówno w Polsce, jaki i w Anglii mamy do czynienia z dwoma wyobrażeniami pożądanego zachowania. Pierwsze to wyobrażenie stron, które oczekują, ufają (*rely*), że druga strona, wykonując zobowiązanie, będzie działać w sposób uczciwy, zgodny z dobrymi obyczajami, zasadami współżycia społecznego lub jakimkolwiek innym terminem, który tradycja systemu prawa uznaje za stosowny do opisanego obiektywnej wartości pozwalającej stworzyć model pożądanego zachowania się strony zobowiązania. Drugie wyobrażenie pożądanego zachowania powstaje w umyśle orzekającego sędziego i jest ono podstawą orzeczenia o odmowie ochrony lub braku reakcji, co jest równoznaczne z uznaniem słuszności działania. Te dwa wyobrażenia mogą się od siebie różnić. Nie ma to jednak znaczenia dla porównawczej analizy normy pretorskiej, jako że funkcja pierwszego wyobrażenia sprowadza się wyłącznie do zainicjowania kontroli pretorskiej. Natomiast drugie — sędziowskie — wyobrażenie pożądanego zachowania ma znaczenie dla oceny zachowania strony umowy.

Interesujące jest, że zarówno polskie, jak i angielskie narzędzie opisywane jest jako zarzut procesowy¹⁶³, mimo że art. 5 k.c. jest instytucją prawa materialnego¹⁶⁴.

Skutkiem stosowania obu instytucji jest odmowa przyznania ochrony prawnej zachowaniu strony umowy. Jednakże uzasadnienie i źródło odmowy przyznania ochrony kryją zasadniczą różnicę między dwiema instytucjami. *Estoppel* stworzony został jako odpowiedź na zbyt sztywne warunki *consideration*. W rezultacie, tak jak pokazał to wyrok w sprawie *Central London Property Trust v. High Trees House*¹⁶⁵, jego zastosowanie ograniczone jest do zastępowania *consideration* w umowie. Takie samo stanowisko zostało wyrażone w *Hughes v. Metropolitan Ry*¹⁶⁶. Co więcej, strona podnosząca obronę na podstawie *estoppel* musiała wcześniej ufać (*rely*), że druga strona umowy nie zrealizuje przysługującego jej z tej umowy prawa mimo braku *consideration*¹⁶⁷. Druga strona, która byłaby uprawniona do określonego w umowie zachowania z powodu braku *consideration* otrzymanego dla zaprzestania tego zachowania, musiała wcześniej wytworzyć u strony podnoszącej *estoppel* przekonanie, że nie skorzysta ze swojego uprawnienia¹⁶⁸. Konsekwentnie, *estoppel* ograniczony jest następującymi przesłankami:

¹⁶³ P. Machnikowski: komentarz do art. 5 (w:) E. Gniewek *et al.*, *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, pod red. E. Gniewka, s. 21; H. Beale: *Chitty...*, *op. cit.*, s. 3–085.

¹⁶⁴ P. Machnikowski: komentarz do art. 5 (w:) E. Gniewek *et al.*, *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, pod red. E. Gniewka, s. 18.

¹⁶⁵ *Central London Property Trust v. High Trees House*, [1947] KB 130.

¹⁶⁶ *Hughes v. Metropolitan Ry*, [1877] 2 App. Cas. 439, orzeczenie powoływane jest jako wiedzące w H. Beale: *Chitty...*, *op. cit.*, s. 3–085.

¹⁶⁷ H. Beale: *Chitty...*, *op. cit.*, s. 3–086.

¹⁶⁸ *Ibidem*, s. 3–089.

- jego zastosowanie musi służyć zastąpieniu *consideration*¹⁶⁹;
- strona chcąc zastosować *estoppel* musiała wcześniej polegać (*rely*) na tym, że druga strona nie podejmie się kwestionowanego zachowania¹⁷⁰;
- a druga strona dała swoim zachowaniem podstawę do powstania takiego przekonania¹⁷¹.

Podobnych ograniczeń nie nakłada na sędziego rozpoznającego sprawę polska konstrukcja nadużycia prawa podmiotowego, tak jak została wyrażona w art. 5 k.c. Konsekwentnie, stwierdzić należy, że podobieństwo angielskiego narzędzia wyczerpuje się w metodzie rozumowania sędziego, który musi stworzyć model powinnego zachowania się strony, aby ustalić, czy może zastosować *estoppel*.

W podobnym zakresie mechanizm *estoppel* może być użyteczny podczas próby określenia kompetencji sędziego angielskiego w zakresie wyznaczonym dyrektywami europejskimi. Owszem, stwierdzić należy, że sędziemu angielskiemu nie jest obce tworzenie modeli zachowania, które mogłyby być wymagane od stron, na podstawie obiektywnych kryteriów, zewnętrznych w stosunku do umowy. Jednakże mechanizm reakcji prawnej na zachowania niezgodne z tak stworzonym modelem nie nadaje się już do porównania, gdyż jest całkowicie uwarunkowany ramami wyznaczanymi przez *consideration*, które jest charakterystyczne tylko dla prawa angielskiego.

2.5. Pretorskie ograniczenie odpowiedzialności kontraktowej: art. 58 k.c. i *unconscionable conduct*

Jak zostało to zaznaczone już wcześniej, *unconscionable conduct* jest narzędziem, które pozwala sędziemu ocenić, czy ustalanie postanowień umowy zostało przeprowadzone w sposób uczciwy. Na gruncie tej doktryny strony umowy mogą zgodzić się na najbardziej nawet absurdalne warunki, tak długo jak do ich ustalenia doszło bez nadużycia niewiedzy jednej ze stron lub wykorzystania silniejszej pozycji ekonomicznej drugiej strony¹⁷². Podobnie jak we wcześniej przedstawionych już narzędziach, sędzia angielski, korzystając z *unconscionable conduct*, ocenia, jak powinny zachować się strony umowy, przez pryzmat obiektywnego wzorca. Jedną z przesłanek tego mechanizmu jest wystąpienie angielskiego odpowiednika polskiego podstępu, tj. *fraud*¹⁷³. Zakres narzędzia pozwala sędziemu kontrolować również cenę podczas analizy umowy sprzedaży¹⁷⁴. Pozornie więc może się wydać, że in-

¹⁶⁹ *Central London Property Trust v. High Trees House*, [1947] KB 130, *Hughes v. Metropolitan Ry*, [1877] 2 App. Cas. 439.

¹⁷⁰ H. Beale: *Chitty...*, *op. cit.*, s. 3–086 oraz powoływane już orzeczenia.

¹⁷¹ *Ibidem*, s. 3–089 oraz powoływane już orzeczenia.

¹⁷² *Ibidem*, s. 7–129.

¹⁷³ *Boustany v. Piggott*, [1995] 69 P. & C.R. 298, 303.

¹⁷⁴ H. Beale: *Chitty...*, *op. cit.*, s. 7–137.

strument ten ma szerszy zakres zastosowania niż regulacja dyrektywy w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich. Dyrektywa co do zasady wyklucza w art. 4 ust. 2 możliwość kontroli ceny.

Pozorność szerszego zakresu stosowania *unconscionable conduct* wiąże się z ograniczeniem możliwości użycia tego narzędzia tylko do oceny zachowania stron stosunku na etapie jego zawierania¹⁷⁵. W rezultacie, *unconscionable conduct* nie może być porównywane z art. 58 k.c., szczególnie w zakresie, w jakim opiera się on na zasadach współzycia społecznego. *Unconscionable conduct* jest formalnie podobny do polskiego podstępstwa (art. 86 k.c.). Jednakże przesłanki stosowania tych dwóch narzędzi znacznie się różnią.

2.6. Formalne ujęcie normy pretorskiej — podsumowanie

Przedstawiona w tej części analiza jest rezultatem porównania polskiej normy pretorskiej z korekcyjnymi instytucjami angielskiego prawa umów. Rezultat tego porównania zreferowany został w zakończeniu niniejszej pracy.

ZAKOŃCZENIE

Dobra wiara, stając się elementem normy pretorskiej, czyli normy adresowanej do sędziego, przyznaje mu kompetencję do korekcji umowy łączącej strony. Ta dobra wiara otwiera przed orzekającym sędzią umowę zabezpieczoną wcześniej autonomią woli stron. Pozwala mu tę umowę uzupełnić o dodatkowe elementy. Tymi elementami są nieprzewidziane przez strony postanowienia i wynikające z nich roszczenia. Zasadniczo rzecz ujmując, uzasadnienie wprowadzonych postanowień i roszczeń może być oparte na wartościach wewnętrznych, nieobcych stronom, takich jak ich domniemana, acz niewyrażona wprost w umowie wola. Mogą też, przeciwnie, być wsparte wartościami zewnętrznymi w stosunku do umowy i obcymi stronom tej umowy. Do tej drugiej kategorii należy dobra wiara, która jest elementem dyrektyw konsumenckich.

Tak rozumiana dobra wiara tworzy w percepcji prawników *common law* trzy główne zagrożenia:

- 1) zagrożenie zawładnięcia stosunkiem zobowiązaniowym przez element obiektywny zawarty w dobrej wierze;
- 2) obawę stania się podstawą niezależnego roszczenia rozszerzającego odpowiedzialność kontraktową;

¹⁷⁵ *Ibidem*, s. 7–132.

3) obawę, że dobra wiara stanie się nadrzędnym postanowieniem w stosunku do postanowień umowy wyrażonych przez strony.

Ogniskową powyższych obaw jest orzekający sędzia, ponieważ to jego wiedzy prawnej i doświadczeniu orzeczniczemu, które pozwala odpowiednio zważyć wartości stojące za dobrą wiarą i wolą stron wyrażoną w postanowieniach umowy, zostaje powierzony sporny kontrakt. Skupienie wyżej wymienionych obaw w rękach sędziego doprowadziło do rozważań nad tym, czy sędzia angielski będzie w stanie zważyć z rozeznaniem porównywalnym do rozeznania sędziego kontynentalnego wartości kryjące się za dobrą wiarą, z wartościami tradycyjnymi dla jego systemu, na przykład autonomią woli stron umowy. Pytanie było o tyle ważkie, że prawnicy *common law*, deklarujący brak zrozumienia dla dobrej wiary, zostali przez ustawodawcę europejskiego zmuszeni do jej stosowania.

W rezultacie niniejsza analiza musiała uporać się z problemem tworzenia modelu powinnego zachowania, uzupełnianiem treści zobowiązania oraz częstotliwością stosowania normy pretorskiej przez sędziego angielskiego. Podany zakres badania został wyznaczony na podstawie polskiej normy pretorskiej.

1. POLSKA NORMA PRETORSKA JAKO NARZĘDZIE FORMALNEGO PORÓWNIANIA SĘDZIOWSKIEGO STOSOWANIA PRAWA

Część druga niniejszego opracowania rekonstruuje normę pretorską, na którą składają się klauzule odwołujące się do obiektywnych wartości, nieobcych polskiemu systemowi, takich jak dobra wiara. Wynikiem rozważań prowadzonych w tej części jest propozycja opisywania norm dających sędziemu podstawę do korekcy zobowiązania w kontekście systemowym — przez ujęcie ich w pełną normę pretorską, zawierającą hipotezę, dyspozycję i sankcję. Takie ujęcie umożliwia lepszą analizę porównawczą narzędzi statuujących doświadczenie sędziego w zakresie stosowania norm odsyłających do obiektywnych wartości, na przykład dobrej wiary. Zrekonstruowana norma pretorska jest podstawą porównania prowadzonego w części trzeciej.

2. TWORZENIE MODELU POWINNEGO ZACHOWANIA

Stosowanie normy pretorskiej wymaga stworzenia przez sędziego modelu powinnego zachowania się stron w sytuacji kontraktowej. W porównywanym zakresie model zachowania determinowany jest przez dobrą wiarę. Jak zostało pokazane w części trzeciej, sędzia angielski posiada doświadczenie w tworzeniu modeli powinnego zachowania, opartych na obiektywnych kryteriach. Doświadczenie to uwidocznił jest w takich narzędziach jak: *implied terms*, *estoppel* czy w działa-

niach polegających na rozszerzaniu definicji *consideration*. Konsekwentnie, w tym zakresie, jego kompetencja do stosowania europejskiej dobrej wiary nie może być kwestionowana.

3. UZUPEŁNIANIE TREŚCI ZOBOWIĄZANIA

Uzupełnienie zobowiązania o treści w nim pierwotnie niewyrażone prowadzi do rozszerzenia odpowiedzialności kontraktowej. Jest tym samym najdalej idącą kompetencją przyznaną sędziemu w dyspozycji normy pretorskiej, szczególnie jeżeli sędzia może uzasadnić dodanie nowych postanowień wartościami zewnętrznymi w relacji do łączącego strony stosunku. Mimo że ustawodawca europejski wprost nie wymaga od ustawodawcy krajowego wprowadzenia w regulacjach implementujących dyrektywy konsumenckie mechanizmów pozwalających uzupełniać na podstawie dobrej wiary postanowienia umowy, niemniej skutkiem porównania modelu powinnego zachowania zbudowanego na podstawie dobrej wiary zawartej w tych dyrektywach z postanowieniami umowy może być rozszerzenie odpowiedzialności kontraktowej stron. Stanie się tak wówczas, gdy postanowienia, które okazały się niewiążące, ograniczały odpowiedzialność kontraktową lub gdy konieczne jest usunięcie skutków zakazanych praktyk dające podstawę do powstania nowego zobowiązania.

Analiza narzędzia *implied terms*, w szczególności *terms implied in law*, przedstawiona wyżej, pokazuje, że sędzia angielski niezależnie od dyrektyw wynikających z regulacji europejskich posiada doświadczenie w dodawaniu nowych postanowień do umowy łączącej strony.

4. RÓŻNA CZĘSTOTLIWOŚĆ STOSOWANIA NORMY PRETORSKIEJ

Częstotliwość stosowania normy pretorskiej pokazuje, gdzie droga sędziego polskiego i angielskiego się rozchodzi. Potencjalny problem stosowania nowych dla angielskiego systemu wartości, stojących za dyrektywami konsumenckimi, nie polega na tym, że sędzia angielski nie potrafi konstruować modeli powinnego zachowania na nich opartych. Wręcz przeciwnie, jak wykazała przedstawiona analiza orzecznictwa, sędzia angielski posiada w tym zakresie znaczące doświadczenie. Problem tkwi natomiast w tym, że sędzia angielski tradycyjne narzędzia korekcyjne stosował tylko wówczas, gdy nie potrafił znaleźć sprawiedliwej odpowiedzi na postawione na gruncie spornego stosunku pytanie. Obecnie, tj. stosując dyrektywy konsumenckie, będzie musiał za każdym razem sięgnąć do modelu powinnego zachowania, aby sprawdzić, czy proponowane przez niego rozwiązanie problemu jest sprawiedliwe.

5. ODMIENNE UZASADNIENIE STOSOWANIA NORMY PRETORSKIEJ

Uwagę poświęcić należy również zagadnieniu stosowania normy pretorskiej, które w fizyce nazywane byłoby zwrotem wektora siły, a na gruncie niniejszych rozważań odróżnia motyw stosowania obiektywnego modelu powinnego zachowania przez sędziego angielskiego i polskiego. Podczas gdy sędzia polski wzbogaca stosunek, opierając się na wartości określonej art. 56 czy 65 k.c., sędzia angielski konstruuje model powinnego zachowania podczas stosowania normy pretorskiej w zupełnie odmiennym celu. Cytowana już dyskusja między Lordem Denningiem a Lordem Wilberforcem w sprawie *Liverpool City Council v. Irwin* podkreśla istotę tej różnicy. Stosowanie przez sędziów angielskich obiektywnych modeli, takich jak na przykład test konieczności (*the test of necessity*), nie służy uzupełnianiu umowy, tak aby przybrała ona postać zgodną z powoływanym modelem obiektywnym, jak to ma miejsce na gruncie polskiego kodeksu cywilnego¹⁷⁶. Przeciwnie, model w systemie angielskim jest tworzony w celu ograniczenia działań podejmowanych przez sędziego. Na podstawie stworzonego modelu sędzia angielski wykazuje, które postanowienia są konieczne lub niezbędne do prawidłowego funkcjonowania umowy w obrocie prawnym i ekonomicznym. Nakłada tym samym ograniczenie na możliwość uzupełniania treści łączącego strony stosunku. Odwrotnie niż polski sędzia, który z obiektywnych wartości składających się na modele zachowania korzysta w celu uzasadnienia rozszerzenia treści umowy, tym samym zakresu odpowiedzialności kontraktowej. Wracając zaś do porównania zaczerpniętego z fizyki, działania sędziego polskiego i angielskiego można porównać z siłą tarcia i prędkości, które działają z tego samego punktu, lecz mają przeciwny zwrot¹⁷⁷.

6. STOSOWANIE DYREKTYW EUROPEJSKICH

Należy ostatecznie dać odpowiedź, czy odmienna częstotliwość i różne uzasadnienie stosowania normy pretorskiej powodują, że sędzia angielski nie będzie w stanie prawidłowo orzekać w zakresie prawa umów, na podstawie dyrektyw europejskich. Nie sądzę, aby taki problem zaistniał. Sędzia angielski dzieli z polskim kluczowe doświadczenie w zakresie korekcji stosunku umownego — budowanie modelu powinnego zachowania, będącego podstawą do dokonania korekcji pretorskiej na podstawie obiektywnych wartości zdefiniowanych w odpowiednich regulacjach implementujących dyrektywy konsumenckie. Ta umiejętność stanowi sedno dyskutowanej kompetencji, ponieważ na jej podstawie zostaje wyznaczony zakres

¹⁷⁶ Zob. część druga tego artykułu.

¹⁷⁷ Zob. http://pl.wikipedia.org/wiki/Tarcie_toczne (ostatnie wejście: 1 kwietnia 2010 r.).

odpowiedzialności kontraktowej stron umowy. Natomiast częstotliwość i motywy stojące za tworzeniem i stosowaniem modelu powinnego zachowania opartego na obiektywnych kryteriach w normie pretorskiej, mimo że ważne, nie dotyczą bezpośrednio zakresu odpowiedzialności i nie przesądzają tym samym wyniku porównania. Niemniej dopiero czas może zweryfikować trafność przedstawionej analizy i dać odpowiedź na pytanie, jak sędziowie angielscy poradzą sobie ze stosowaniem dobrej wiary implementowanej na mocy dyrektyw konsumenckich.

WOJCIECH JAROSIŃSKI

JUDICIARY CORRECTION OF CONTRACTS IN THE POLISH
AND ENGLISH LEGAL SYSTEM

S u m m a r y

This paper attempts to answer the question whether an English judge has competence to issue judgments under the provisions of the good faith principle, implemented into the UK legal system through the EU consumer directives. The competence of an English judge will be examined by the analysis of the legal vehicles of judiciary correction of contracts already present in the English common law. Those vehicles will be compared with respective Polish vehicles of judiciary correction of contracts. The comparison will be done under the presumption, that Polish judges are able to apply the good faith principle stemming from the EU consumer directives. The above mentioned ability of Polish judges is rooted in the tradition of the Polish contract law, where good faith and analogous principles are present. In effect, the outcome of the comparison should prove whether the common law offers English judges vehicles analogous to those which enable Polish judges to issue judgments based on good faith.

Consequently, the first part of this paper outlines the basics of the English legal system and discusses the methods of the application of law at a general level. It continues with the description of different understandings of the good faith principle and provides information on threats which in the perception of the common law lawyers are embodied in that principle. The second part contains a reconstruction of the Polish legal rule used by judges to apply judiciary correction of contracts, which may contain the good faith principle. Eventually, the third part presents English vehicles of judiciary correction of contracts on the background of Polish rule, attempting to answer if an English judge is able to effectively use the good faith principle.