

**Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie  
Wydział Prawa i Administracji**

**S**tudia  
**P**rawnoustrojowe

**30**



**Wydawnictwo  
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego  
w Olsztynie**

KOMITET REDAKCYJNY  
Małgorzata Szwejkowska (redaktor naczelna)  
Robert Dziembowski, Elżbieta Zębek (zastępcy)  
Marta Kowalczyk-Ludzia (sekretarz)

RADA NAUKOWA  
Stanisław Pikulski (przewodniczący), Jaime Bonet Navarro,  
Janina Ciechanowicz-McLean, Gaetano Dammacco, Przemysław Dąbrowski, Jarosław  
Dobkowski, Burduli Irakli, Mariola Lemonnier, Dorota Lis-Staranowicz, Maria LoGiacco,  
Piotr Majer, Agnieszka Malarewicz-Jakubów, Elena Safranowa, Myriam Senn,  
Renata Świrgoń-Skok, Sebastiano Tafaro

RECENZENCI NR 27–30 (2015)  
Andrzej Bałandynowicz, Zbigniew Bukowski, Janina Ciechanowicz-McLean,  
Małgorzata Czuryk, Jarosław Dobkowski, Zofia Duniewska, Włodzimierz Fehler,  
Teresa Gardocka, Adam Habuda, Anna Koziczak, Mariola Lemonnier,  
Agnieszka Malarewicz-Jakubów, Krzysztof Marszałek, Jarosław Moszczyński,  
Stanisław Pikulski, Stanisław Sagan, Bronisław Sitek, Jacek Sobczak, Denis Solodov,  
Ireneusz Sołtyszewski, Piotr Stec, Bogusław Sygit, Rafał Szczepaniak,  
Małgorzata Szwejkowska, Renata Świrgoń-Skok, Jerzy Wojciech Wójcik,  
Robert Zawłocki

REDAKCJA WYDAWNICZA  
Elżbieta Pietraszkiewicz

PROJEKT OKŁADKI  
Maria Fafińska

SKŁAD I ŁAMANIE  
Marian Rutkiewicz

ADRES REDAKCJI  
Wydział Prawa i Administracji UWM  
10-702 Olsztyn, ul. Warszawska 98  
tel. 89 524 64 31, fax 89 535 15 97

**PL ISSN 1644-0412**

© Copyright by Wydawnictwo UWM • Olsztyn 2015

Wydawnictwo UWM  
ul. Jana Heweliusza 14, 10-718 Olsztyn  
tel. 89 523 36 61, fax 89 523 34 38  
[www.uwm.edu.pl/wydawnictwo/](http://www.uwm.edu.pl/wydawnictwo/)  
e-mail: [wydawca@uwm.edu.pl](mailto:wydawca@uwm.edu.pl)

---

Nakład: 100 egz.; ark. wyd. 15,5; ark. druk. 13,25  
Druk: Zakład Poligraficzny UWM w Olsztynie, zam. nr 84

# Spis treści

## ARTYKUŁY

<b>Agnieszka Malarewicz-Jakubów</b> , <i>Zasada słuszności w prawie handlowym</i> .....	5
<b>Rafał Szczepaniak</b> , <i>Rola sądów w procesie przeciwdziałania nadużyciom osobowości prawnej</i> .....	15
<b>Aleksandr Bajkow</b> , <i>Воплощение категории справедливости в частном праве: опыт комплексного исследования</i> .....	39
<b>Boris Bołochonow</b> , <i>Защита прав потребителя в случае приобретения товара ненадлежащего качества посредством Интернет торговли (Интернет-магазинов)</i> .....	63
<b>Krzysztof Borzół</b> , <i>Zasada słuszności na gruncie orzecznictwa sądów międzynarodowych</i> .....	69
<b>Paweł Czaplicki</b> , <i>Bankowy tytuł egzekucyjny w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego</i> .....	75
<b>Katarzyna Doliwa, Adam Doliwa</b> , <i>Zasada słuszności i dobra wiara a prawo pozytywne (na przykładzie polskiego prawa cywilnego)</i> .....	85
<b>Magdalena Dragun</b> , <i>Zasada słuszności a orzekanie w postępowaniu przed sądem arbitrażowym w sprawach z zakresu handlu międzynarodowego</i> .....	95
<b>Anastasja Filonowa</b> , <i>Защита прав потребителей платных медицинских услуг</i> .....	105
<b>Mateusz Idźkowski</b> , <i>Nadzwyczajna zgoda Prezesa UOKiK na dokonanie koncentracji</i> .....	115
<b>Jekaterina Kazakowa</b> , <i>Принцип добросовестности при толковании предпринимательского договора</i> .....	125
<b>Michał Mariański, Jakub Jan Zięty</b> , <i>Zasada słuszności wobec praktyki obrotu wybranymi formami instrumentów finansowych</i> .....	133
<b>Wiktoria Michalczuk</b> , <i>Возмещение вреда, причиненного вследствие недостатков товара (работы, услуги) как один из видов специального деликта</i> .....	143
<b>Julia Michasionok</b> , <i>Защита прав потребителей в сфере жилищно-коммунальных услуг в Республике Беларусь</i> .....	151
<b>Ewa Paulina Mońdział</b> , <i>Zasady słuszności jako podstawa orzekania w arbitrażu gospodarczym</i> .....	157
<b>Tatiana Primak, Galina Kazakowa</b> , <i>Добросовестность в российском гражданском праве: проблемы теории и практики</i> .....	167
<b>Renata Tanajewska</b> , <i>Zasada słuszności jako ochrona interesu współnika spółki kapitałowej</i> .....	183
<b>Elena Trikoz, Dawid Koguaszwili</b> , <i>К вопросу о понятии принципа справедливости (aequitas) в римском классическом праве</i> .....	193

## RECENZJE I SPRAWOZDANIA

<b>Wojciech Truszkowski, Urszula Szymańska, Elżbieta Zębek, <i>Ochrona środowiska naturalnego jako interdyscyplinarna dziedzina wiedzy</i>, Wydawnictwo UWM, Olsztyn 2014 .....</b>	<b>197</b>
<b>Beata Pachucka-Smulka, <i>Ogólnopolska konferencja naukowa „Ustawa o prawach konsumenta – szanse i zagrożenia”</i>, Łódź, 15 września 2014 r. ....</b>	<b>201</b>
<b>Edyta Sokalska, <i>Sprawozdanie z konferencji „Bratislava Legal Forum”</i>, Bratysława, 9–10 października 2015 r. ....</b>	<b>205</b>

## Artykuły

**Agnieszka Malarewicz-Jakubów**

Zakład Prawa Handlowego

Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

### Zasada słuszności w prawie handlowym

#### Wstęp

W okresie międzywojennym ogół stosunków w sferze obrotu prawno-gospodarczego regulowało prawo handlowe, będące gałęzią prawa prywatnego. Aktem regulującym te stosunki było rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy<sup>1</sup>. Kodeks definiował czynności handlowe jako czynności dokonywane przez kupca w związku z prowadzoną przez niego działalnością. W ten sposób wykształciła się dualistyczna koncepcja regulacji stosunków majątkowych przez prawo cywilne w obrocie powszechnym i przez prawo handlowe w obrocie gospodarczym. Obrót gospodarczy był rozumiany jako wymiana dóbr i usług za pośrednictwem pieniądza oraz jako procesy towarzyszące tej wymianie i powstające pomiędzy uczestnikami. Cechą tych stosunków było to, że co najmniej jeden uczestnik lub wszyscy uczestnicy prowadzą działalność gospodarczą w sposób trwały i zawodowy. Cechą takich stosunków handlowych było również użycie cywilistycznej metody regulacji stosunków prawnych, co oznaczało posługiwanie się przez uczestników obrotu umową. Wejście w życie ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny<sup>2</sup> spowodowało zmianę dualistycznej regulacji stosunków majątkowych przez prawo cywilne i handlowe na rzecz koncepcji jedności prawa cywilnego<sup>3</sup>.

Każdy system prawny składa się z norm, które wyznaczają pewne wartości. Wartości te są wyznacznikiem, które dana gałąź prawa powinna realizować, a także uwzględniać przy tworzeniu i stosowaniu prawa. Są to istotne idee przewodnie, do

<sup>1</sup> Dz. U. nr 57, poz. 502 ze zm.

<sup>2</sup> Dz. U. nr 16, poz. 93 ze zm.

<sup>3</sup> A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2011, s. 3; K. Kruczałak, *Prawo handlowe, Zarys wykładu*, Warszawa 1997, s. 17; J. Frąckowiak, *O konieczności dalszych zmian prawa cywilnego szczególnie w odniesieniu do podmiotów i umów w obrocie gospodarczym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1999, nr 3, s. 7.

których powinniśmy się odnosić przy wykładni przepisów prawnych. Jedną z nich jest zasada jedności prawa cywilnego. Ogół przepisów regulujących obrót profesjonalny nie stanowi odrębnej od prawa cywilnego gałęzi prawa. Przykładem tego jest prawo handlowe. Istnienie kodeksu spółek handlowych<sup>4</sup> (dalej k.s.h.) nie oznacza odrębności prawa handlowego od prawa cywilnego, natomiast jest wyspecjalizowanym działem prawa cywilnego<sup>5</sup>. Dzięki temu prawo handlowe odnosi się do prawa cywilnego, czerpiąc stosowne narzędzia prawne i środki ochrony. Zgodnie z treścią art. 2 k.s.h.: „W sprawach określonych w art. 1 § 1 nieuregulowanych w ustawie stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Jeżeli wymaga tego właściwość (natura) stosunku prawnego spółki handlowej, przepisy Kodeksu cywilnego stosuje się odpowiednio”. W prawie handlowym nie ma swoistej metody regulacji stosunków prawnohandlowych, bowiem prawo handlowe posługuje się metodą właściwą prawu cywilnemu. Jako że polski ustawodawca przyjął koncepcję jedności prawa cywilnego, prawo handlowe jest częścią prawa cywilnego.

Zważając na zasadę jedności prawa cywilnego i na fakt, że zasady obowiązujące w prawie cywilnym mają zastosowanie w prawie handlowym, celem niniejszego artykułu jest analiza funkcjonowania i pozycji zasady słuszności wywodzącej się z prawa cywilnego w świetle prawa handlowego i z uwagi na jej praktyczne zastosowanie.

## Pozycja słuszności w prawie handlowym

Zasada słuszności jest immanentnym elementem prawa cywilnego. Zgodnie z treścią art. 417<sup>2</sup> k.c., jeżeli przez zgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej została wyrządzona szkoda na osobie, poszkodowany może żądać całkowitego lub częściowego jej naprawienia oraz zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę, gdy okoliczności, a zwłaszcza niezdolność poszkodowanego do pracy lub jego ciężkie położenie materialne wskazują, że wymagają tego względy słuszności. Formuła powyższej reguły nawiązuje do zasady słuszności wyrażonej w uchylonym art. 419 k.c., a przy tym uwzględnia zasadę przyjętą przez Komitet Rady Europy w dniu 18 września 1984 r. w rekomendacji nr R/84/15 w sprawie odpowiedzialności władzy publicznej, która zakłada możliwość przyznania odszkodowania także wówczas, gdy nie można władzy publicznej zarzucić uchybienia, jednakże ze względu na podjęcie czynności w interesie ogólnym, wyjątkowy charakter szkody i ograniczoną liczbę poszkodowanych oczywiście niesłuszne byłoby obciążenie skutkami szkody wyłącznie poszkodowanego. Uzasadnieniem tej odpowiedzialności jest w istocie zadośćuczynienie celom humanitarnym, co pozwala unormowaniu zawierającemu takie rozwiązania przypisać rolę „dobrego Samarytanina”<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. nr 94, poz. 1037).

<sup>5</sup> H. Witczak, A. Kawalko, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 4, Warszawa 2011, s. 8.

<sup>6</sup> J. Kremis, *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2014.

Zasada słuszności, jako jedna z zasad odpowiedzialności cywilnej, stanowi uzupełnienie zasady winy i zasady ryzyka. Odpowiedzialność na zasadzie słuszności aktualizuje się wówczas, gdy brak jest podstaw do dochodzenia roszczenia odszkodowawczego na zasadach ogólnych oraz istnieją istotne powody, które przemawiają za kompensacją szkody. Jest to odpowiedzialność odszkodowawcza oparta na zasadach moralnych oraz zasadach współżycia społecznego.

Zasady słuszności mają więc charakter materialny, wskazują cel, jakim jest słuszność rozstrzygnięcia, oraz kryteria, których zastosowanie umożliwi osiągnięcie tego celu. Tradycyjnie wskazuje się, że w systemie prawa sprawiedliwość i słuszność mogą spełniać trzy funkcje: *infra legem*, *praeter legem* oraz *contra legem*. Sprawiedliwość *infra legem* dotyczy przede wszystkim interpretacji prawa. Jest to kryterium wyboru metody interpretacyjnej, która pozwoli sędziemu stosującemu prawo zdekodować normę uwzględniającą najpełniej to, co Montesquieu nazywał duchem prawa i w tym sensie jest to cecha prawa. Jest to też pewien sposób dostosowania prawa do konkretnych okoliczności faktycznych. Sprawiedliwość *praeter legem* stosuje się do wypełnienia luk w prawie, natomiast sprawiedliwość *contra legem* uzasadnienia odejście od zastosowania niesprawiedliwego prawa<sup>7</sup>.

Ustawodawca w treści art. 41<sup>72</sup> k.c. przewidział możliwość ponoszenia odpowiedzialności na zasadzie słuszności w sytuacji, gdy szkoda dotyczy osoby fizycznej. Nie przewidział możliwości wystąpienia szkody w majątku pokrzywdzonego. Przenosząc się na grunt prawa handlowego, zachodzi potrzeba spojrzenia na zasadę słuszności w szerszym kontekście. Z uwagi na zasadę jedności prawa cywilnego należy kontekst ten odnaleźć przez pryzmat zasad współżycia społecznego oraz dobrych obyczajów. Zasady współżycia społecznego i dobre obyczaje dotyczą przede wszystkim reguł życia codziennego, bez których trudno wyobrazić sobie egzystencję człowieka cywilizowanego. Ponadto, zasady współżycia społecznego obejmują normy moralne, a skoro zasady współżycia społecznego to kategoria prawna, to zasady moralne i obyczajowe ulegają również jurydyzacji w momencie, gdy dostają się w zakres oddziaływania prawa<sup>8</sup>.

Zasada słuszności stosowana w prawie cywilnym zawarta jest w zasadzie współżycia społecznego, dobrych obyczajach, zasadach moralnych. Stosując zasadę słuszności w prawie handlowym, również odnieść ją należy do zasad współżycia społecznego, dobrych obyczajów oraz zasad moralnych. Przykładowo można wskazać tu tezę Sądu Apelacyjnego w Krakowie – I Wydział Cywilny z dnia 4 września 2012 r.<sup>9</sup>, zgodnie z którą „lakoniczność treści uchwały o podwyższeniu kapitału zakładowego spółki poprzez ustanowienie nowych udziałów i brak istotnych informacji umożliwiających współnikowi właściwy osąd co do celowości podjęcia

<sup>7</sup> J. Połatyńska, *Pozycja słuszności w prawie międzynarodowym*, [w:] *Prawo międzynarodowe wobec wyzwań współczesnego świata*, red. E. Dynia, Rzeszów 2009, s. 3.

<sup>8</sup> Tak A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984, s. 152–153.

<sup>9</sup> Sygn. akt I ACa 734/12, Legalis.

uchwały w tym przedmiocie nie mogą prowadzić do uznania uchwały za sprzeczną z dobrymi obyczajami”. Powyższa teza wyroku oparta została na przepisie art. 249 § 1 k.s.h., zgodnie z którym uchwała wspólników spreczna z umową spółki bądź dobrymi obyczajami i godząca w interesy spółki lub mająca na celu pokrzywdzenie wspólnika może być zaskarżona w drodze wytoczonego przeciwko spółce powództwa o uchylenie uchwały.

Podobnie wskazał Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 23 listopada 2006 r.<sup>10</sup>, orzekając, że zmiana umowy spółki dopuszczona przez ustawodawcę jest elementem bytu spółki jako podmiotu działalności gospodarczej. Nie jest ona jednak wyłączona spod kontroli, gdyż uchwała w tym przedmiocie może być zaskarżona przez podmioty wyszczególnione w art. 250 k.s.h. Przepis art. 249 § 1 k.s.h. pozwala zaskarżyć uchwałę wspólników, nawet jeżeli nie została podjęta z naruszeniem prawa i postanowień spółki, ale pozostaje w sprzeczności z dobrymi obyczajami i godzi w interesy spółki lub ma na celu pokrzywdzenie wspólnika. Spełnienie pierwszej z wymienionych przesłanek ma wyraźnie aspekt moralny i powinno być rozpatrywane w kategoriach niegodziwości zachowań oraz naganności zamierzonych celów, ze szkodą dla interesów spółki. Klauzula generalna dobrych obyczajów na gruncie regulacji art. 249 § 1 k.s.h. to takie zachowania, które wpływają pozytywnie na funkcjonowanie spółki, są związane z przestrzeganiem uczciwości kupieckiej przy prowadzeniu działalności gospodarczej. Jest to, ogólnie rzecz ujmując, przyzwoite postępowanie, które uwzględnia w odpowiednim stopniu różne interesy służące wszystkim w spółce. Działania odmienne wypełniają znamiona sprzeczności z tak pojmowanymi dobrymi obyczajami. Uchwała zaś godzi w interesy spółki, gdy np. powoduje uszczerpienie majątku, ogranicza zysk, uderza w dobre imię jej organów, chroni interesy osób trzecich kosztem interesów spółki, zagraża jej bytowi.

Istotą spółki kapitałowej jest zasada prymatu kapitału nad elementem osobowym spółki. Zatem przy podejmowaniu uchwał istotne znaczenie winny mieć cele spółki, jej interesy, a nie partykularne interesy wspólników, które stanowią pochodną realizacji celu spółki, nie zaś cele same w sobie. W przypadku konfliktu interesów interes spółki jest nadrzędny. Uchwała godzi w interesy spółki, gdy w ujemny sposób wpływa na szeroko pojętą sferę interesów spółki, czy to przez pomniejszenie jej majątku z korzyścią dla wspólników, czy też uniemożliwienie spółce rozwoju prowadzonego przez nią przedsiębiorstwa na dotychczasowym polu aktywności gospodarczej. Może to mieć miejsce również w przypadku prowadzenia lub zamierzenia prowadzenia przez niektórych wspólników interesów konkurencyjnych wobec spółki, wyeliminowania spółki z określonej branży i wynikającego stąd podjęcia uchwały niekorzystnej dla spółki<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Sygn. akt I ACa 1373/06, OSA/Kat. 2007, nr 2, poz. 8, Legalis.

<sup>11</sup> Tak uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 23 listopada 2006 r., sygn. akt I ACa 1373/06.

Zgodnie z powyższym należy stwierdzić, że zasada słuszności w prawie handlowym wyraża się w takich zachowaniach, które pozytywnie wpływają na byt i funkcjonowanie spółki, chronią jej interesy. Na tak pojętą zasadę słuszności składają się również: przestrzeganie uczciwości kupieckiej oraz uczciwe i słuszne postępowanie służące dobru spółki. Sąd Apelacyjny w Gdańsku – V Wydział Cywilny w wyroku z dnia 22 listopada 2012 r.<sup>12</sup> uznał, że: „Uchwała jest sprzeczna z dobrymi obyczajami, gdy pozbawia wspólnika mniejszościowego możliwości pozyskania informacji o stanie finansowym spółki bez uzasadnionej przyczyny, a nadto godzi w interesy spółki, gdy uniemożliwia merytoryczną dyskusję między wspólnikami na temat funkcjonowania i przyszłości spółki. Tak jest zwłaszcza wtedy, gdy nie zostanie wykazane w żaden przekonujący sposób, by wspólnik mniejszościowy zamierzał wykorzystać informacje o stanie finansów spółki w celach sprzecznych z interesem spółki, wskutek czego istniałaby możliwość wyrządzenia spółce znacznej szkody”.

Orzecznictwo wskazuje również na zachowania sprzeczne z zasadą słuszności. Przykładowo można przywołać tu wyrok Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 13 lutego 2009 r.<sup>13</sup>, który mówi, że prezes spółki akcyjnej postępuje niegodziwie, niezgodnie z uczciwością kupiecką i w rezultacie z zasadami współżycia społecznego, gdy zawiera umowę, w wyniku której ma – bez ważnej przyczyny – uzyskać korzyść majątkową, wbrew interesom spółki. Taka umowa jest nieważna (art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 58 § 2 k.c.). W uzasadnieniu podkreśla się, że „zawarta przez strony umowa przez naruszenie art. 431 § 6 k.s.h., zasad uczciwego obrotu, pozostawała w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, nie mieściła się w granicach swobody umów, którą wyznacza art. 353<sup>1</sup> k.c. i jako taka jest nieważna nie tylko na podstawie art. 58 § 1 k.c., ale także na mocy § 2 tego przepisu. W konkluzji należy stwierdzić, że prezes zarządu spółki akcyjnej postępuje niegodziwie, niezgodnie z uczciwością kupiecką i w rezultacie z zasadami współżycia społecznego, gdy zawiera umowę, w wyniku której ma – bez ważnej przyczyny – uzyskać korzyść majątkową wbrew interesom spółki, której organu jest członkiem. Taka umowa jako sprzeczna z hipotezą art. 353<sup>1</sup> k.c. jest nieważna na podstawie art. 58 § 2 k.c. Istnieje bowiem znak równości pomiędzy zasadami współżycia społecznego, do których odsyła art. 58 § 2 k.c. i art. 353<sup>1</sup> k.c.”.

Dobre obyczaje należy rozumieć podobnie do zasad współżycia społecznego. Są to normy moralne i zwyczajowo stosowane w działalności gospodarczej. Mogą one odnosić się też do innych stosunków społecznych niż typowe zasady współżycia społecznego na tle kodeksu cywilnego. Pojęcie dobrych obyczajów nie obowiązuje powszechnie jako ustawowe pojęcie prawne. Można je jednak uważać za część składową pojęcia zasad współżycia społecznego<sup>14</sup>. W dobre obyczaje kupieckie

<sup>12</sup> Sygn. akt V ACa 760/12, Legalis.

<sup>13</sup> Sygn. akt II CSK 353/08, Legalis; por. uzasadnienie uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 marca 1992 r., sygn. akt III CZP 141/91, OSNCP 1992, nr 6, poz. 90.

<sup>14</sup> T.M. Knypl, K. Trzciniński, *Znaczenie zwyczajów i dobrych obyczajów w prawie cywilnym i handlowym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1997, nr 8, s. 15.

godzi uchwała mająca na celu pokrzywdzenie kontrahentów spółki, oszustwo podatkowe, czyn nieuczciwej konkurencji lub inna działalność sprzeczna z prawem<sup>15</sup>. Określenie „dobre obyczaje” dotyczy osób prawnych, a nie osób fizycznych, jest odpowiednikiem pojęcia zasad współżycia społecznego<sup>16</sup>.

Ocena, czy zaistniało naruszenie dobrych obyczajów jako podstawy uchylenia uchwały walnego zgromadzenia, powinno uwzględniać konkretne uwarunkowania w danej spółce oraz ogólne zasady związane z definiowaniem tego pojęcia przez sądy w sposób syntetyczny. W wyroku z dnia 8 marca 2005 r.<sup>17</sup> Sąd Najwyższy ocenił, że „sprzeczność uchwały z dobrymi obyczajami, o której mowa w art. 422 § 1 k.s.h., występuje wówczas, gdy w obrocie handlowym może być ona uznana za nieetyczną. Chodzi przy tym jednak raczej nie o ocenę z punktu widzenia etyki przeciętnego, uczciwego człowieka, lecz o oceny nastawione na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania spółki pod względem ekonomicznym”<sup>18</sup>.

Analizując pojęcie słuszności w świetle zasad współżycia społecznego i zasady dobrych obyczajów, założyć należy, że zasady współżycia społecznego są równoznaczne z dobrymi obyczajami i mieszczą się w ramach szeroko pojętej zasady słuszności stosowanej w prawie handlowym. Potwierdzenie powyższej tezy znaleźć można w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 30 grudnia 2012 r.<sup>19</sup>, w której stwierdzono: „uchwała zgromadzenia wspólników sprzeczna z zasadami współżycia społecznego narusza dobre obyczaje w rozumieniu art. 249 § 1 k.s.h.”. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu tezy uchwały podkreślił, że według założenia ustawodawcy w celu zapewnienia bezpieczeństwa obrotu kodeks spółek handlowych miał samodzielnie i kompleksowo regulować problemy wadliwych uchwał zgromadzeń wspólników i ich kwestionowanie. Założenia te prowadzą do wniosku, że przepisy kodeksu dotyczące zaskarżania uchwał zgromadzeń wspólników (art. 249 § 1 i art. 252 § 1 k.s.h.) z powodu ich sprzeczności z dobrymi obyczajami lub ustawą są przepisami szczególnymi w odniesieniu do ogólnych przepisów kodeksu cywilnego, tj. art. 58 § 1 i § 2 k.c., które przewidują sankcję bezwzględnej nieważności czynności prawnych sprzecznych z ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Tylko w przypadkach wyraźnie nieuregulowanych w powyższych przepisach, w szczególności w art. 252 § 1 k.s.h., tj. do uchwał wspólników powziętych *in fraudem legis* oraz uchwał naruszających przepisy prawa publicznego, w szczególności prawa karnego, ma zastosowanie art. 58 § 1 k.c. w związku z art. 2 k.s.h. Ponadto, Sąd Najwyższy przyjął, że przepisy kodeksu spółek handlowych kompleksowo regulują kwestię zaskarżania uchwał zgromadzenia wspólników co do ich zgodności zarówno z ustawą, jak i umową spółki lub dobrymi obyczajami, a sankcje nieważności uchwał

<sup>15</sup> Tak: E. Marszałkowska-Krześ, *Zaskarżalność uchwał wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*, „Monitor Prawniczy” 1995, nr 10, s. 289.

<sup>16</sup> Tak R. Czerniawski, *Walne zgromadzenie spółki akcyjnej*, Warszawa 2009, s. 211.

<sup>17</sup> Sygn. akt IV CK 607/04, Legalis.

<sup>18</sup> Zob. też: wyrok SA w Katowicach z dnia 23 listopada 2006 r., sygn. akt I Aca 1373/06.

<sup>19</sup> Sygn. akt III CzP 84/12, Legalis.

wynikają nie z art. 58 k.c., tylko z przepisów k.s.h. Sąd Najwyższy stwierdził również, że art. 252 § 1 k.s.h. dotyczący sprzeczności z ustawą uchwały wspólników zawiera szczególną regulację wobec art. 58 § 1 k.c., natomiast art. 249 § 1 k.s.h. szczególną regulację wobec art. 58 § 2 k.c., określając rodzaj sankcji materialnoprawnej (nieważność względna), wynikającej z powództwa o uchylenie uchwały służącego do zaskarżenia uchwały sprzecznej z dobrymi obyczajami. Uważa, że taka wykładnia nie stoi w sprzeczności z faktem, że w art. 58 § 2 k.c. jest mowa o „zasadach współzycia społecznego”, a w art. 249 § 1 k.s.h. o „dobrych obyczajach”.

Klauzula dobrych obyczajów spełnia na gruncie kodeksu spółek handlowych tę samą funkcję co klauzula zasad współzycia społecznego w kodeksie cywilnym i nie ma między tymi pojęciami różnic. Użycie przez ustawodawcę pojęcia dobrych obyczajów stanowi jedynie przykład odchodzenia od stosowania w polskim prawodawstwie klauzuli zasad współzycia społecznego i niechęci do niej wynikającej z treści ideologicznych, przypisywanych tej klauzuli w epoce komunistycznej. Mimo że po transformacji ustrojowej w Polsce pojęcie zasad współzycia społecznego wolne jest od elementu ideologicznego, ustawodawca stopniowo eliminuje przepisy do nich się odwołujące. Dotyczy to także przepisów kodeksu spółek handlowych, w którym nie zawarto już klauzuli zasad współzycia społecznego, lecz klauzulę dobrych obyczajów. Sąd Najwyższy podkreślił w uzasadnieniu uchwały, że przyjęcie wykładni, według której art. 58 § 2 k.c. w związku z art. 2 k.s.h. miałby zastosowanie do uchwał zgromadzenia wspólników sprzecznych z zasadami współzycia społecznego, a art. 249 § 1 k.s.h. do uchwał sprzecznych z dobrymi obyczajami, wskazywałoby na nieracjonalność ustawodawcy, który w odniesieniu do uchwał wspólników sprzecznych z zasadami współzycia społecznego przewidywałoby sankcję bezwzględnej nieważności, wynikającą z art. 58 § 2 k.c. w związku z art. 2 k.s.h., natomiast w odniesieniu do uchwał sprzecznych z dobrymi obyczajami – jedynie sankcję wynikającą z art. 249 § 1 k.s.h. Taka wykładnia byłaby niespójna systemowo i sprzeczna z zasadami prawidłowej legislacji. Dochodziłoby bowiem do zbiegu norm zamieszczonych w art. 58 § 2 k.c. i w art. 249 § 1 k.s.h. oraz do uznania, że art. 249 § 1 k.s.h. jest zbędny, ponieważ sankcja nieważności bezwzględnej wyprzedzałaby sankcję nieważności względnej<sup>20</sup>.

Należy dokonać rozróżnienia orzekania na zasadach słusności od pokrewnych instytucji prawnych. Zasadnicza różnica polega na odróżnieniu orzekania na zasadach słusności od klauzul generalnych, które odsyłają m.in. do pojęcia słusności. Stanowią one część systemu prawnego, są przepisami szczególnymi, na podstawie których dany stan faktyczny poddaje się ocenie prawnej. Orzekanie na zasadach słusności to nie to samo co odwołanie się, wewnątrz danego systemu prawnego i zgodnie z nim, do dobrej wiary, sprawiedliwości czy wreszcie zasad słusności. Orzekanie na zasadach słusności polega bowiem na rozwiązaniu sporu zgodnie

<sup>20</sup> Uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 30 grudnia 2012 r., sygn. akt III CzP 84/12.

z dyrektywami słuszności i sprawiedliwości, niezależnie, a niekiedy wbrew obowiązującym przepisom<sup>21</sup>.

Ustalenie pojęcia i istoty orzekania na zasadach słuszności jest zadaniem skomplikowanym. W prawie handlowym możemy odnieść się do pojęcia słuszności kontraktowej, która odnosi się do umów zobowiązaniowych wzajemnych lub do umów dwustronnie zobowiązujących. W umowach wzajemnych istotną kwestią powinno być domaganie się dochodzenia do słusznego rozdziału świadczeń stron oraz ogółu ciężarów, szans i ryzyk związanych z umową<sup>22</sup>.

Słuszny rozdział traktowany powinien być jako zasada uzupełniająca, a nie jak ograniczenie autonomii prywatnej. Podstawę do jego zastosowania i rozciągnięcia tą drogą kontroli sędziowskiej na treść umowy z natury rzeczy znajdowano w klauzulach generalnych odwołujących się do wartości moralnych. Ustawodawca akceptował powyższy punkt widzenia, co stało się szczególnie widoczne w zakresie regulacji umów konsumenckich, zwłaszcza zawieranych przy użyciu stypizowanych wzorców umownych. Ten kierunek ustawodawstwa wzmocniły, podnosząc do rangi zasad prawa europejskiego, dyrektywy Unii Europejskiej<sup>23</sup>.

Polska doktryna również przyjęła koncepcję słuszności kontraktowej, uzasadniającą kontrolę umów w świetle klauzuli generalnej zasad współżycia społecznego. W działalności sądów pierwszorzędą rolę odgrywa warstwa aksjologii, a zatem w odniesieniu do umów zwłaszcza zasada słuszności kontraktowej<sup>24</sup>.

## Zakończenie

Powiązania między prawem a słusznością oraz wpływ słuszności na normy i zasady prawa istnieją w każdym systemie prawa, również w prawie handlowym. Zasada słuszności stosowana w prawie cywilnym, jak też prawie handlowym ma chronić szeroko pojęte interesów. W prawie cywilnym interesy te będą związane z osobami fizycznymi, natomiast w prawie handlowym z dobrem osób prawnych. Przytoczone powyżej orzecznictwo stanowi dowód na to, jak doniosłą rolę odgrywa zasada słuszności wraz z zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami w prawie handlowym. Dzięki zasadzie jedności prawa cywilnego zasada słuszności stosowana w prawie handlowym jest tożsama z zasadą słuszności stosowaną w prawie cywilnym.

Pojęcie „słuszność” na gruncie prawa handlowego powinno być interpretowane dwutorowo. W wąskim znaczeniu słuszność ogranicza się do uczciwości kupieckiej

<sup>21</sup> A. Lizer-Klatka, *Pojęcie orzekania na zasadach słuszności w międzynarodowym arbitrażu handlowym*, „Państwo i Prawo” 2000, z. 1, s. 6.

<sup>22</sup> Z. Radwański, *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, t. 2, Warszawa 2002, s. 252.

<sup>23</sup> E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 1999, s. 29; Z. Radwański, op. cit., s. 253.

<sup>24</sup> Tak C. Żuławska, *Wokół zasady wolności umów*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo CCXXXVIII”, 1994, nr 1690, s. 180.

w relacjach pomiędzy uczestnikami obrotu gospodarczego. Natomiast szersza interpretacja odnosi się także do stosunków i relacji wewnętrznych panujących w spółce, w szczególności do przyzwoitości i uczciwości w relacjach pomiędzy wspólnikami spółki.

Należy zgodzić się z tezą wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 lutego 2013 r., zgodnie z którą „pojęcie dobrych obyczajów, o którym mowa w art. 422 § 1 k.s.h., jest generalną klauzulą odsyłającą, opartą na kryterium ocenym zaczerpniętym z zasad powszechnej obyczajowości. Przez dobre obyczaje należy rozumieć takie zachowania, które wpływają pozytywnie na funkcjonowanie spółki i otoczenie »gospodarcze«, a są z pewnością związane z przestrzeganiem uczciwości »kupieckiej« przy prowadzeniu działalności gospodarczej. Regulacja ta jednak nie zawęża pojęcia dobrych obyczajów do norm uczciwego postępowania panujących wśród przedsiębiorców”<sup>25</sup>.

## Summary

### *Principle of equity in commercial law*

Key words: law, the principle of fairness, rules, responsibility, morality.

Due to the fact that the Polish legislator has adopted the concept of the unity of civil law, commercial law is part of civil law. On the other hand, in the regulation of legal relations-trade commercial law, it uses the method appropriate civil law. That is why the rules governing civil law are applicable in commercial law. The principle of fairness used in commercial law, it is identical to the principle of equity applied in civil law. The task which meets the principle of equity on the basis of the law civil and commercial law is to protect the broad interests.

---

<sup>25</sup> Sygn. akt VI Aca 1124/12, Legalis.



**Rafał Szczepaniak**

Katedra Prawa Cywilnego, Handlowego i Ubezpieczeniowego  
Wydział Prawa i Administracji UAM w Poznaniu

## **Rola sądów w procesie przeciwdziałania nadużyciom osobowości prawnej**

### **Wprowadzenie**

Osoba prawna uznawana jest powszechnie za jeden z najgenialniejszych wytworów myśli ludzkiej<sup>1</sup>. Tym niemniej z funkcjonowaniem osób prawnych wiążą się w praktyce obrotu gospodarczego najróżniejsze patologie, określane zbiorczo „nadużyciami osobowości prawnej”. W zdecydowanej większości przypadków dotyczy to funkcjonowania spółek kapitałowych.

Analiza literatury i orzecznictwa prowadzi do wniosku, że można wyróżnić cztery główne grupy typowych przypadków takiego nadużycia:

- 1) działanie na szkodę wierzycieli oraz współników (akcjonariuszy) mniejszościowych przez podmioty posługujące się formą osoby prawnej;
- 2) obchodzenie przy pomocy osoby prawnej przepisów prawa;
- 3) obchodzenie przy pomocy osoby prawnej postanowień umownych;
- 4) działanie na szkodę innych uczestników obrotu gospodarczego, w tym konkurencji i konsumentów poprzez monopolizowanie rynku<sup>2</sup>.

Na przestrzeni dziesiątków lat, żeby nie powiedzieć na przestrzeni wieków, tak ustawodawcy, jak orzecznictwo i doktryna podejmowali najróżniejsze działania celem przeciwdziałania tym nadużyciom. Można nawet zaryzykować tezę, iż rozwój instytucji osobowości prawnej, zwłaszcza korporacji, jakimi są spółki, to m.in. czas

---

<sup>1</sup> Patrz S. Sołtysiński, *Wynalazek osoby prawnej: o krok od wieczności*, [w:] *Rozważania o prawie karnym. Księga pamiątkowa z okazji siedemdziesięciolecia urodzin prof. A. Ratajczaka*, red. A. Szwarc, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań 1999, s. 257 i n.

<sup>2</sup> Patrz R. Szczepaniak, *Nadużycie prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, TNOiK, Toruń 2009, s. 14–15; A. W. Wiśniewski, *Prawo o spółkach. Podręcznik praktyczny*, t. 1, Warszawa 1998, s. 35; S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Kodeks handlowy. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 1994, t. 1, s. 141.

nieprzerwanych poszukiwań instrumentów, które miałyby maksymalnie skutecznie owe nadużycia zwalczać.

Być może analizowana tematyka stanowi najbardziej spektakularny przypadek posiłkowania się tzw. słuszością w historii prawa handlowego<sup>3</sup>. Jest to bowiem tematyka wręcz przepojona aspektami aksjologicznymi. Występują tutaj niezwykle jaskrawe przykłady kolizji między tzw. literą prawa oraz powszechnie przyjętym poczuciem słuszości. Jednocześnie jednak napotykamy niezwykle spektakularne przypadki zwycięstwa słuszości nad tzw. suchą literą prawa. Owa słuszość niejednokrotnie ujawnia swą niezwykle moc, przełamując fundamentalną zasadę podmiotowej odrębności wspólnika i spółki kapitałowej. W konsekwencji jest to również tematyka, gdzie rola tzw. prawa sędziowskiego ujawnia się ze szczególną mocą – niekiedy wręcz dystansując ustawodawcę – i to nawet w państwach, których systemy prawne zaliczane są tradycyjnie do systemów prawa stanowionego.

Dotykamy tutaj zagadnień o fundamentalnym znaczeniu, ale ciągle nie do końca jeszcze dojrzałych. Kierując się swoistą ostrożnością, prawodawca zarówno krajowy, jak i unijny ewidentnie odżegnuje się od definitywnego przesądzenia o ich charakterze i istocie, pozostawiając sędziom daleko idącą swobodę w rozstrzygnięciu poszczególnych przypadków. Chodzi tutaj o takie fundamentalne kwestie, jak istota osobowości prawnej, natura prawna tzw. zgrupowań spółek, zagadnienie zakresu osobowości prawnej (kwestia specjalnej zdolności prawnej, względność osobowości prawnej), klasyfikacja i natura prawna uprawnień członków korporacji (np. kwestia zbiorczego prawa do posłużenia się formą osoby prawnej), możliwość nadużycia tych uprawnień lub prawa.

W literaturze wskazuje się na dwie różne strategie walki z nadużyciami osobowości prawnej. Pierwsza z nich to strategia normatywna, bazująca na konkretnych przepisach wydanych w celu ochrony osoby prawnej (zazwyczaj spółki kapitałowej) i osób trzecich (głównie jej wierzycieli). Jako sztandarowy przykład mogą tu posłużyć przepisy dotyczące kapitału zakładowego spółki. Druga z nich zwana jest strategią standardów uczciwości i opiera się na rozwiązaniach bardziej ogólnych i uniwersalnych, nawiązujących do takich pojęć, jak słuszość, dobre obyczaje, uczciwość czy też innych tzw. słuszościowych klauzul generalnych<sup>4</sup>. W tym miejscu warto zauważyć, że strategia normatywna – przez dziesiątki lat dominująca na kontynencie europejskim – w coraz większym stopniu jest krytykowana jako niedostatecznie efektywna. Zarzuca się jej nie tylko ograniczoną skuteczność, ale i pewną skostniałość<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Np. amerykański sędzia B. Cordozo nazwał problematykę przeciwdziałania nadużyciom związanym z nieuczciwym posługiwaniem się spółką „najbardziej tajemniczym zakątkiem prawa amerykańskiego”. Patrz B. Jankowski, *Nadużycie formy prawnej spółki w prawie amerykańskim*, „Państwo i Prawo” 1996, nr 2, s. 71.

<sup>4</sup> Patrz A. Radwan, *Sens i nonsens kapitału zakładowego – przyczynek do ekonomicznej analizy ustawowej ochrony wierzycieli spółek kapitałowych*, [w:] *Europejskie prawo spółek*, t. II, cz. 2, red. M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka, Zakamycze, Kraków 2005, s. 57.

<sup>5</sup> Ibidem.

Można dostrzec nawet pewną znamioną prawidłowość: im bardziej dojrzała i rozwinięta gospodarka rynkowa w danym państwie, tym większą wagę przykłada się do strategii standardów uczciwości.

Wydaje się, że praktyka polska potwierdza powyższą tezę. Polskie prawo handlowe, reaktywowane ćwierć wieku temu w związku z wielką transformacją ustrojową, było wyjątkowo nieprzygotowane na wszelkiego rodzaju współczesne formy nadużywania osobowości prawnej. Do tego dochodził problem środowiska sędziowskiego poznającego od podstaw zasady gospodarki rynkowej i patologie w niej występujące. Po poprzednim systemie odziedziczono dość skostniały paradygmat stosowania prawa, który Mateusz Pilich nazwał „skrajną formą pozytywizmu prawniczego”<sup>6</sup>, a Ewa Łętowska „anachronicznym tekstocentryzmem” piętrzącym najróżniejsze bariery w naszym myśleniu o prawie<sup>7</sup>. W dodatku polska literatura poświęcona tematyce osobowości prawnej w okresie PRL była wyjątkowo uboga w porównaniu z doktryną państw, w których funkcjonowała rozwinięta gospodarka rynkowa. Nie prowadzono też badań nad istotą spółek kapitałowych<sup>8</sup>. Zasada podmiotowej odrębności spółki kapitałowej i jej wspólników traktowana była na początku transformacji niczym dogmat wiary, jak zasada bezwzględna, od której najmniejsze nawet odstępstwa muszą wynikać z wyraźnych przepisów ustawy. Dlatego też pojawiły się głosy, iż polski system prawny jest wyjątkowo bezbronny wobec nadużycia formy osoby prawnej<sup>9</sup>.

Ostatnie prace legislacyjne w Polsce zmierzające do zredefiniowania znaczenia kapitału zakładowego w spółkach kapitałowych, szczególnie w kierunku częściowego przynajmniej oddzielenia istoty spółki kapitałowej od instytucji kapitału zakładowego, są znamionym przykładem takiej tendencji w kierunku osłabienia owej strategii normatywnej. Nie chcę jednak propagować poglądu, że strategia normatywna definitywnie odchodzi na dalszy plan<sup>10</sup>. W coraz większym stopniu jest ona uzupełniana i wspomagana przez tzw. strategię standardów uczciwości.

---

<sup>6</sup> Patrz M. Pilich, *Dobra wiara w konwencji o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów*, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 36.

<sup>7</sup> Patrz E. Łętowska, *Bariery naszego myślenia o prawie w perspektywie integracji z Europą*, „Państwo i Prawo” 1996, nr 4–5, s. 46.

<sup>8</sup> Te braki były zresztą sygnalizowane już w okresie PRL – patrz A. Stelmachowski, *Czy kryzys osoby prawnej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1968, nr 3, s. 209; J. Gwiżdżomski, *Zasada jedności państwowej własności socjalistycznej a osobowość prawna przedsiębiorstw państwowych*, „Państwo i Prawo” 1967, nr 4–5, s. 593.

<sup>9</sup> Patrz T. Targosz, *Nadużycie osobowości prawnej*, Zakamycze, Kraków 2004, s. 27.

<sup>10</sup> Nie można zapominać o ustawowych odstępstwach od zasady podmiotowej odrębności osoby prawnej i jej wspólnika w celu ochrony interesu publicznego lub podmiotów słabszych, które mogłyby być zagrożone nieuczciwym posługiwaniem się formą spółki. Analizuję je w mojej monografii pt. *Nadużycie prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, s. 221–235.

## 1. Przegląd rozwiązań zagranicznych

Najbardziej spektakularnych przykładów walki z tymi nadużyciami dostarcza judykatura z USA i Niemiec. Dowodzą one wielkiej roli sądów, inaczej mówiąc tzw. prawa sędziowskiego. Sędziowie w tych państwach wykazali się godnymi podziwu zdolnościami intelektualnymi, w tym kreatywnością w walce z takimi nadużyciami. Co najbardziej zadziwia z punktu widzenia prawnika polskiego, potrafili zakwestionować bezwzględną wartość instytucji osobowości prawnej, jeżeli w konkretnych sprawach wymagało tego powszechne poczucie słuszności. W konsekwencji pomijali osobowość prawną albo dokonywali przebiccia „korporacyjnej zasłony” – jak często obrazowo określana jest konstrukcja spółki. Dla prawnika bardzo interesujące jest oczywiście pytanie, za pomocą jakich środków dochodziło i dochodzi do takich spektakularnych skutków oraz w oparciu o jaką szczegółową argumentację.

### 1.1. USA i Wielka Brytania

Jak wiadomo, prawo anglosaskie wyjątkową wagę przywiązuje do orzeczeń sądowych, które niejednokrotnie wręcz formalnoprawnie pełnią funkcję prawotwórczą. Już tylko ta cecha prawa amerykańskiego w istotny sposób tłumaczy znaczenie sędziów w walce z wszelkiego rodzaju nadużyciami, mającymi miejsce również w relacjach między przedsiębiorcami, a polegającymi m.in. na sprzecznym z zasadami słuszności posługiwaniem się formą spółki. Drugą znaną cechą amerykańskiej nauki prawa oraz judykatury jest głęboko zakorzeniony w tradycji pragmatyzm w podejściu do tematyki spółek, przejawiający się w podkreślaniu wagi rozwiązań praktycznych kosztem dociekań filozoficznych (ontologicznych) nad istotą osobowości prawnej<sup>11</sup>. Jak się wyraził wybitny sędzia amerykańskiego Sądu Najwyższego Oliver Wendell Holmes, którego zdanie bywa cytowane przy okazji omawiania w USA problematyki istoty osobowości prawnej, jej granic oraz dopuszczalności pominięcia w konkretnych sprawach: „The life of the law has not been logic, it has been experience”<sup>12</sup>. Nie tyle więc prawnicy amerykańscy zaprzęтали sobie głowę próbami stworzenia teoretycznie czystych i spójnych logicznie teorii osobowości prawnej, ile raczej poszukiwaniem w konkretnych sprawach rozstrzygnięć akceptowalnych z punktu widzenia poczucia słuszności, a także racjonalnych ekonomicznie. Zarówno w literaturze prawniczej, jak i w uzasadnieniach orzeczeń sądowych zadziwiająco często pada słowo „fikcja” na określenie istoty osoby prawnej<sup>13</sup>. W utrwalonej świadomości prawnej Amerykanina to fikcja przyjęta, tak jak wiele innych

<sup>11</sup> Mówi się czasami o „podejściu Amerykanów wolnym od uprzedzeń do instytucji osoby prawnej”. Patrz R. Serick, *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, W. de Gruyter & Co, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Berlin – Tübingen 1955, s. 97.

<sup>12</sup> Podają za ibidem, s. 103.

<sup>13</sup> “Artificial person created by authority of statute” – patrz M. Weinstein, *Summary of American law*, The Lawyers Co-operative Publishing Company, New York 1989, s. 56. Inni z kolei dodają, że osoba prawna istnieje tylko “in contemplation of law” – patrz R. Serick, op. cit., s. 56.

fikcji w prawie amerykańskim, dla szeroko pojętej wygody handlowej<sup>14</sup>. Fikcja ma natomiast to do siebie, że nie stanowi autonomicznej wartości. Jeżeli względy praktyczne, w tym słusnościowe przemawiają za jej odrzuceniem, należy to uczynić bez żalu. Sędzia może więc w konsekwencji dokonać korporacyjnego przebiccia (*Piercing the Corporate Veil – PCV*), względnie pominięcia osobowości prawnej (*Disregarding of Legal Entity*).

Drugą niezwykle ważną koncepcją dla zrozumienia nastawienia prawników amerykańskich do fenomenu osobowości prawnej jest tradycyjna anglosaska koncepcja *ultra vires*, będąca (nieco upraszczając) odpowiednikiem znanej w Europie kontynentalnej koncepcji specjalnej zdolności prawnej osób prawnych<sup>15</sup>. W jakimś sensie jest ona konsekwencją ujmowania osoby prawnej jako fikcji. Zakłada ona, że osobowość prawna jest konstruktem celowościowym. Osoba prawna została utworzona do realizacji określonych celów. Poza realizacją tych celów jej istnienie nie ma racji bytu. Konstrukcji tej na pewno nie wykreowano dla osiągania celów niegodziwych, sprzecznych z powszechnym poczuciem słusności. Cel ten wyznacza granice osoby prawnej. Jeżeli więc osoba prawna jest wykorzystywana do innych celów, zwłaszcza tych sprzecznych z prawem i słusnością, to podejmowane kroki należy uznać za działania podmiotów posługujących się nią. Spada wtedy korporacyjna zasłona i odsłania się podmiot ukrywający się za osobą prawną. Jeden z amerykańskich sędziów wyraził myśl, że niedostrzeganie manipulowania konstrukcją spółki przez wspólników jest rodzajem prawnej ślepoty<sup>16</sup>.

Jak widać, podwaliną zarówno koncepcji fikcji, jak i *ultra vires* jest szeroko rozumiana słusność, przy czym amerykańscy prawnicy rozumieją ją dość precyzyjnie, a przynajmniej jej podstawy. Powszechnie uważa się, że historyczną podstawę koncepcji PCV jest *equity law* jako alternatywny i równoległy wobec *ius strictuum* (w tym wypadku wobec *common law*) system prawny. System ten rozwinął się pod koniec średniowiecza w Anglii. Podobnie jak *common law*, *equity law* miało charakter precedensowy. Prawo to rozwinęło się w oparciu o orzecznictwo specjalnie powołanego sądu kanclerskiego, którego zadaniem miało być orzekanie na podstawie zasad uczciwości i naturalnej sprawiedliwości (*faimess and natura justice*). Na wykształcenie owego równoległego wobec *common law* słusnościowego systemu prawnego było duże zapotrzebowanie społeczne ze względu na duże skostnienie formuł w ramach *common law*<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> M. Weinstein, op. cit., s. 56.

<sup>15</sup> Patrz R. Szczepaniak, *Specjalna zdolność prawna osób prawnych. Relikt poprzedniego systemu czy źródło inspiracji?*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2009, z. 3, s. 623–626; R.W. Hamilton, *Corporation*, St. Paul, Minnesota 1986, s. 101 i n.

<sup>16</sup> „The law must close its eyes to the fact that the difference is a mere Jugole of name? we do not think there is any compulsion to such legal blindness” – Rice et al. v. Sanger Bros, 229 Pac. 397 (1924).

<sup>17</sup> Patrz L.M. Friedman, *History of American law*, Simon&Schuster Inc., New York 1985, s. 25–26; E. Bodenheimer, J.B. Oakley, J.C. Love, *An introduction to the anglo-american legal system*, St. Paul, Minnesota 1980, s. 21 i n.

Nie bez znaczenia dla wykształcenia się amerykańskiego instrumentarium służącego walce przeciwko nadużywaniu formy osoby prawnej jest rozwinięty w połowie XX wieku nurt metodologiczny o nazwie „ekonomiczna analiza prawa” (*economic analysis of law*). Amerykańskim prawnikom tradycyjnie obce jest święące wówczas triumfy w Europie formalno-dogmatyczne podejście do prawa. Są oni przekonani o konieczności wzbogacenia analizy prawnej o osiągnięcia nauk ekonomicznych, a w swoich analizach odwołują się do poglądów ekonomistów na temat optymalnych pod względem potrzeb społecznych zasad dystrybucji dóbr, których zasób jest ograniczony, oraz rozkładu ryzyka. Analiza ta prowadzi do wniosku, że ryzyko wystąpienia szkód powinien w pierwszej kolejności ponieść ten podmiot, który w największym stopniu jest władny tym szkodom zapobiec. Takie nastawienie skłania do przyjęcia twierdzenia, iż unikanie odpowiedzialności dzięki zastosowaniu formalistycznej konstrukcji korporacji wyposażonej w odrębną podmiotowość prawną nie zawsze jest zabiegiem społecznie pożądanym i niekiedy prowadzi do nadużyć. Zdaniem Richarda A. Posnera – czołowego przedstawiciela ekonomicznej analizy prawa – jedną z bardziej skutecznych instrumentów walki z tymi nadużyciami jest koncepcja PCV<sup>18</sup>.

Należy podkreślić, iż ekonomiczna analiza prawa dość ściśle wiąże się z wartościami etycznymi, zwłaszcza ze słusnością. Wartości te pozwalają dokonywać ocen zachowań jednostek w społeczeństwie także wtedy, gdy zachowania te mają związek ze zjawiskami natury ekonomicznej. Wypracowane w naukach ekonomicznych kryteria nie są wolne od pewnych słusnościowych ocen, np. przyjmując pewien idealny model efektywności, ekonomista nie jest w stanie uwolnić się od wartościowania<sup>19</sup>.

Samo sformułowanie „pominięcie osobowości prawnej” czy też PCV nie zawsze należy rozumieć dosłownie. Chodzi o zastosowanie najróżniejszych sposobów celem osiągnięcia skutku, jakby spółka nie była oddzielnym podmiotem od osoby, która się nią posługuje. Niekiedy sędzia uzna za niezasadny zarzut podniesiony przez wspólnika w stosunku do wierzyciela spółki, że wspólnik i spółka to odrębne podmioty<sup>20</sup>, innym razem osiągnie ten efekt poprzez odpowiednio kreatywną wykładnię przepisów, uciekając się m.in. do analogii. Jako przykład może posłużyć koncepcja zarządu faktycznego spółki. Chodzi tutaj o osoby, które faktycznie kierują sprawami spółki, mimo że formalnie nie są członkami zarządu. Zgodnie z przepisami, członkowie zarządu ponoszą odpowiedzialność wobec wierzycieli spółki w przypadku jej niewypłacalności<sup>21</sup>. Jeszcze innym razem sędzia zasądzi odszkodowanie od osoby nieuczciwie posługującej się formą spółki.

---

<sup>18</sup> R.A. Posner, *Economic analysis of law*, Little Brown and Company, Boston – Toronto 1973, s. 178.

<sup>19</sup> Patrz na ten temat T. Targosz, op. cit., s. 77, 80.

<sup>20</sup> Tak R. Serick, op. cit., s. 82.

<sup>21</sup> Patrz B. Jankowski, op. cit., s. 70, 74.

Uzupełniając powyższe wywody, dodam, że w Wielkiej Brytanii nie występowały równie spektakularne przykłady kreatywnej aktywności sędziowskiej w celu przeciwdziałania nadużyciom formy osoby prawnej. Wspólne dziedzictwo i tradycja systemów anglosaskich sprawia jednak, że także na gruncie brytyjskim sędzia zupełnie wyjątkowo może zastosować koncepcję PCV, zwaną tutaj *lifting the corporate veil*. W Wielkiej Brytanii koncepcja ta stosowana jest jednak niemal wyłącznie w przypadkach, gdy współnikiem jest inna spółka, a więc w zgrupowaniach spółek. Warunkiem pominięcia odrębnej podmiotowości spółki kapitałowej przez sędziego jest, by spółki w zgrupowaniu tworzyły ekonomiczną jedność (*single economic unit*), względnie, by zostało wykazane, że spółka jest jedynie „zwykłą fasadą ukrywającą prawdziwe fakty”<sup>22</sup>. W 1985 r. potwierdził to Court of Appeal w jednym ze swych wyroków: „W naszym przekonaniu sąd może użyć swej władzy do uchylenia korporacyjnej zasłony, jeżeli jest to konieczne dla respektowania słuszności bez względu na prawne struktury korporacji”<sup>23</sup>. Podobnie jak w USA, sędziowską koncepcję pominięcia osobowości nie zawsze należy rozumieć dosłownie, tzn. jako *sui generis* środek prawny, mający swe źródło jedynie w kompetencjach samego sądu w systemie anglosaskim. Niejednokrotnie fenomen *lifting the corporate veil* w sensie ścisłym jest mylony z innymi instytucjami prawnymi, które prowadzą do identycznych skutków, tzn. jakby zakwestionowano wprost podmiotowość korporacji. Chodzi tu np. o celowościową wykładnię przepisów lub postanowień umów<sup>24</sup>.

## 1.2. Niemcy

Niemiecka nauka prawa w porównaniu do amerykańskiej naznaczona jest próbami budowania całościowych, wręcz ontologicznych teorii osobowości prawnych. Żadna z nich jednak nie została uznana za w pełni wyjaśniającą istotę tego fenomenu ani też nie była na tyle efektywna, by można było w oparciu o nią rozwiązywać problemy praktyczne związane z nadużywaniem formy osoby prawnej. Nie tyle więc te teorie położyły podwaliny pod niemieckie wielce charakterystyczne orzecznictwo w tej dziedzinie, ile raczej uczyniły to wielkie nurty w prawoznawstwie niemieckim, stanowiące reakcję na założenia skrajnego pozytywizmu prawniczego. Chodzi tutaj o tzw. jurysprudencję interesów oraz jej kontynuatorkę, tzn. jurysprudencję wartości. Jak podkreśla wybitny przedstawiciel tego nurtu, Helmut Coing, nie można mówić o racjonalnym prawie, jeżeli pozostaje ono w sprzeczności z powszechnie przyjętymi normami moralnymi<sup>25</sup>.

Jedną z głównych cech jurysprudencji wartości jest celowościowe ujęcie zjawisk prawnych, bardzo propagowane już przez Iheringa. Z założeń tej koncepcji

---

<sup>22</sup> Patrz L.C.B. Gower, [w:] D.D. Prentice, B.G. Pettek, *Gower's principles of modern company law*, Sweet & Maxwell, London 1992, s. 127–128.

<sup>23</sup> 1 BCC 99, 421, C.A.

<sup>24</sup> Patrz L.C.B. Gower, op. cit., s. 132.

wyrośla niemiecka koncepcja nadużycia praw podmiotowych. Zasadę zakazującą nadużywania praw podmiotowych postrzega się jako jedno z najważniejszych przejawów działania jeszcze szerszej zasady słuszności w prawie. Słuszność nie jest bowiem jakimś obcym elementem w stosunku do prawa obowiązującego, wyrazem jakiegoś odrębnego od prawa systemu norm. Jest ona integralną częścią porządku prawnego. Przy czym ta naczelną zasadę słuszności nie musi być bynajmniej wyraźnie zapisana w przepisach. Jest ona aksjologicznym spoiwem całego systemu prawnego. Przyjęcie jej istnienia stanowi niejako konieczność i oczywistość zarazem. Wybitny niemiecki prawnik, jeden z twórców jurysprudencji wartości, Rudolf Stammler, nazwał tę zasadę naczelną ideą prawa<sup>26</sup>.

Przyjmuje się, że wyrażona w § 242 BGB klauzula *Treu und Glauben* jest najważniejszym normatywnym wyrazem funkcjonowania słuszności w prawie niemieckim. To m.in. z tej klauzuli sędziowie na podstawie najróżniejszych reguł inferencyjnych wywodzą zakaz nadużywania praw podmiotowych. Jak zauważa Ireneusz C. Kamiński, na gruncie niemieckim w sposób szczególnie ta generalna klauzula słusznościowa posłużyła do uzupełnienia, rozwijania i korygowania prawa stosownie do potrzeb społecznych i ocen moralnych<sup>27</sup>. Z kolei badacz genezy europejskich klauzul słusznościowych Wojciech Dajczak zauważa, że w niemieckim prawie prywatnym klauzula *Treu und Glauben* uważana jest za kontynuatora rzymskiej *bona fides*<sup>28</sup>.

Według powszechnie przyjętego poglądu, nadużyciem prawa podmiotowego jest nie tylko wykonywanie go w sposób sprzeczny z zasadami słuszności, ale również z celem, dla którego prawo to zostało jednostce przyznane. Prawnicy niemieccy, podobnie jak amerykańscy, mocno podkreślają tzw. pierwiastek teleologiczny (celowościowy) nie tylko praw podmiotowych, ale również każdej instytucji prawnej. Przy czym w Niemczech zasada zakazująca nadużycia prawa podmiotowego jest wynikiem twórczej postawy sędziów, którzy za pomocą wybranych reguł inferencyjnych odnaleźli niejako w zakazie nadużycia prawa podmiotowego naczelną zasadę systemu prawnego. Niezwykle ważny wydaje się fakt, iż elementem zakazu nadużycia prawa podmiotowego jest wypracowana przez sądy koncepcja zakazu nadużycia osobowości prawnej – to zarazem najbardziej wyrazisty przykład kreatywności i śmiałości niemieckich sądów. Charakterystyczny dla tego ujęcia zakazu nadużywania prawa podmiotowego jest bowiem niezwykle szeroki zakres zastosowania zasady zakazującej nadużycia prawa. Niemieccy prawnicy dostrzegają w niej

<sup>25</sup> Patrz H. Coing, *Zum Problem des sogennanten Durchgriffs bei juristischen Personen*, „Neue juristische Wochenschrift“ 1977, nr 10, s. 1794–1795. Na temat poglądów H. Coinga patrz także M. Pyziak-Szafnicka, *Prawo podmiotowe*, „Studia Prawa Prywatnego” 2006, z. 1, s. 47.

<sup>26</sup> Patrz R. Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Kessinger Legacy Reprints 1902. Na temat koncepcji R. Stammlera patrz R. Szpunar, *Nadużycie prawa podmiotowego*, Kraków 1947, s. 6 i n.

<sup>27</sup> Patrz I.C. Kamiński, *Słuszność i prawo. Szkic prawnoporównawczy*, Zakamycze, Kraków 2003, s. 42.

<sup>28</sup> Patrz W. Dajczak, *Zasady współżycia społecznego czy dobra wiara?*, „Rejent 2001” nr 1, s. 51, 58.

naczelną zasadę całego systemu prawnego, a więc nie tylko prawa prywatnego, ale też prawa publicznego<sup>29</sup>.

Zasada ta nie ogranicza się jedynie do praw podmiotowych w klasycznym tego słowa znaczeniu, dotyczy również najróżniejszych konstrukcji czy instytucji, którymi poszczególne osoby mogą się posłużyć. Piszemy np. o nadużyciu wolności umów (*Missbrauch der Vertragsfreiheit*), a także o wykorzystywaniu szeroko pojętych sytuacji prawnych (*Rechtslagen*)<sup>30</sup>. Z kolei przypadki nadużycia prawa związane z posługiwaniem się formą osoby prawnej określane są dość powszechnie mianem instytucjonalnego nadużycia prawa (*institutionelle Rechtsmissbrauch* lub *Missbrauch eines Rechtsinstituts*)<sup>31</sup>. Przez komentatorów niemieckiego kodeksu cywilnego problematyka nadużycia osobowości prawnej traktowana jest jednak jako fragment szerokiej tematyki nadużycia prawa<sup>32</sup>. Sądy w konkretnych wyrokach nie wahały się orzec wbrew zasadzie podmiotowej odrębności wspólnika i spółki kapitałowej (*Trennungsprinzip*), argumentując, iż posługiwanie się spółką jest w rozpatrywanej sprawie przykładem niedozwolonego wykonywania prawa (*eine unzulässige Rechtsausübung*)<sup>33</sup>. Odstępując od zasady podmiotowej odrębności wspólnika i spółki kapitałowej, sędziowie niejednokrotnie powołują się też na klauzulę *Treu und Glauben*<sup>34</sup>. Z czasem na określenie fenomenu odstępowania od zasady odrębności prawnej osoby prawnej i jednostek nią się posługujących w doktrynie niemieckiej zaczęto używać określenia *Durchgriff* (dosłownie: „przebicie”), przez prawników niemieckich używanego w przenośnym znaczeniu i w sposób plastyczny mającego wyrażać istotę analizowanego zjawiska prawnego jako „przebicie osoby prawnej” będącej niejako zasłoną *Schleier*<sup>35</sup>, za którą ukrywa się jednostka, np. wspólnik spółki stojący niejako z tyłu (*hinter*). W literaturze niemieckiej spotykane są też inne terminy, np. *Missachtung*<sup>36</sup> („pominięcie” – w domyśle pominięcie od-

<sup>29</sup> Warto wskazać tutaj jako przykład pracę niemieckiego administratywisty Ch. Pestalozza, „*Formenmissbrauch des Staates. Zu Figur und Folgen des „Rechtsmissbrauchs“ und ihrer Anwendung auf staatliches Verhalten*, C.H. Beck, München 1973.

<sup>30</sup> Patrz O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, Berlin – München, 1992, s. 222.

<sup>31</sup> Patrz ibidem, s. 222, a także R. Schultze, *BGB. Handkommentar*, C.H. Beck, Baden Baden 2003, s. 7 uw. 301, gdzie mowa jest o *Missbrauch der Organisationsform*.

<sup>32</sup> Ibidem. Piszemy także o „instytucjonalnym nadużyciu prawa” jako fragmencie tematyki niedozwolonego wykonywania praw („*unzulässige Rechtsausübung*”). Patrz O. Jauerning, P. Schlechterin, R. Stürmer, A. Reichmann, M. Volkommer, *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*, C.H. Beck, München 1979, s. 165.

<sup>33</sup> W wyroku z 8 lipca 1970 r. (BGHZ 1971, Band 54, poz. 32) Sąd Najwyższy użył sformułowania: „[...] die Ausnutzung der rechtlichen Verschiedenheit zwischen der juristischen Person und der hinter ihr stehenden natürlichen Personen einen Rechtsmissbrauch bedeutet”. Patrz także inne orzeczenia niemieckiego Sądu Najwyższego: BGHZ 29,385,392; 54,222,224; 78,318,333.

<sup>34</sup> Np. „ze względu na klauzulę *Treu und Glauben* należy potraktować zachowania spółki jednoosobowej jakby one były [*als ob*] zachowaniami samego wspólnika” – R. Serick, op. cit., s. 45 i wskazane tam orzeczenia. Patrz także H. Coing, op. cit., s. 1793 i podany tam wykaz orzeczeń.

<sup>35</sup> Patrz R. Serick, op. cit., s. 36.

<sup>36</sup> Wielokrotnie zwrot ten używa R. Serick na kartach cytowanej pracy.

rębnej podmiotowości osoby prawej). Nietrudno odnaleźć zatem nawet w warstwie czysto językowej paralele do amerykańskiego *Piercing the Corporate Veil* oraz *Disregarding of Legal Entity*.

Również dla polskich prawników istotne znaczenie może mieć klasyfikacja, jaką wprowadzili Niemcy w obrębie analizowanego zagadnienia. Wyróżnia się dwie grupy przypadków, w ramach których mówi się o *Durchgriff*. Pierwsza, *Haftungsdurchgriff*, obejmuje przypadki, gdy wierzyciel może dochodzić swoich roszczeń, jakie mu przysługują od spółki, bezpośrednio z majątku wspólnika. Do drugiej grupy, nazywanej *Zurechnungsdurchgriff*, należą przypadki, w których nie chodzi, przynajmniej w pierwszej kolejności, o możliwość dochodzenia roszczeń przez wierzycieli spółki od jednostek nią się posługujących; kluczowym zagadnieniem jest tutaj natomiast możliwość przypisania zachowań, wiedzy i stanu świadomości oraz innych indywidualnych właściwości relewantnych prawnie wspólnika osobie prawnej i *vice versa*<sup>37</sup>.

Paralele między sędziowskimi rozstrzygnięciami sądów amerykańskich i niemieckich w tym zakresie sięgają znacznie głębiej niż tylko warstwy językowej. Rolf Serick zauważa, że w jednej jak i drugiej judykaturze można dostrzec przejawy założenia, iż osobowość prawna ma swoje granice. Wyznaczają ją cele, dla których osoba prawna została założona. Jeżeli wykorzystywana jest do innych celów, w szczególności celów niegodziwych, niedających się pogodzić z poczuciem słuszności, wykracza ona wówczas poza swoje granice, a w konsekwencji można pominąć jej istnienie lub się przez nią „przebić” (*Durchgriff durch die juristische Person*)<sup>38</sup>.

Sądy niemieckie nie stworzyły jednak jakiejś spójnej koncepcji *Durchgriff*. Zarzuca się im niejednokrotnie, iż przełamując zasadę odrębnej podmiotowości spółki i wspólnika, często poprzestają na samym tylko przywołaniu klauzuli *Treu und Glauben*. Przedstawiciele doktryny podnoszą niekiedy, że sądy uczyniły z niej swoisty frazes, względnie zwrot blankietowy, na który się powołują w konkretnych przypadkach. W konsekwencji powoływanie się na *Treu und Glauben*, ich zdaniem, generuje zbyt wielki obszar nieokreśloności, wręcz niepewności prawnej<sup>39</sup>.

W praktyce spotyka się stosowanie przez sądy najróżniejszych zabiegów wywołujących efekt, jakby nie było podmiotowej odrębności między wspólnikiem i spółką. Podobnie jak w orzecznictwie amerykańskim, sądy osiągają ten efekt przez odpowiednią interpretację przepisów prawa lub wykładnię umów (*Normanwendung*)<sup>40</sup>, sięganie po koncepcję organu faktycznego spółki kapitałowej (*faktisches*

<sup>37</sup> Patrz B. Kropff, J. Semler, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, C.H. Beck, München 2000, s. 107.

<sup>38</sup> Patrz R. Serick, op. cit., s. 23 i n.

<sup>39</sup> Patrz B. Kropff, J. Semler, op. cit., s. 105–106.

<sup>40</sup> Patrz W. Müller-Freienfels, *Zur Lehre von sogenannten „Durchgriff“ bei juristischen Personen im Privatrecht*, AcP 1957, nr 156, s. 527 i n.

<sup>41</sup> Patrz orzeczenie SN z 25 kwietnia 2002 r., BGHZ 150, s. 68–69.

*Geschäftsführungsorgan*<sup>41</sup>), odpowiedzialność odszkodowawczą wspólnika względem spółki lub wprost osób trzecich, np. względem jej wierzycieli, jeżeli zostanie wykazane w procesie, że założył spółkę i się nią posługiwał jako jedyny lub większościowy wspólnik w celach niegodziwych. W konsekwencji często zwrot *Durchgriff* używany jest w innym, szerszym znaczeniu. Służy on wtedy na oznaczenie każdej sytuacji, gdy jedyny lub większościowy wspólnik wywierający przemożny wpływ na jej działalność ponosi bezpośrednią odpowiedzialność wobec jej wierzycieli lub jest ze spółką zrównany, niezależnie od tego, w oparciu o jaką podstawę prawną taki skutek wystąpi.

Należy podkreślić, że niemiecki nurt orzeczniczy *Durchgriff* wywarł wpływ na orzecznictwo i doktrynę innych państw, zwłaszcza niemieckojęzycznych<sup>42</sup>.

### 1.3. Unia Europejska

Co prawda orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE (dawny ETS) generalnie hołduje zasadzie podmiotowej odrębności spółki kapitałowej i wspólnika a także nieodpowiedzialności wspólnika za zobowiązania spółki kapitałowej<sup>43</sup>, tym niemniej – ze względu na potrzebę ochrony wyższych wartości – wielokrotnie potwierdzało dopuszczalność przyjęcia rozwiązania, jakby spółka kapitałowa i jej jedyny lub większościowy wspólnik byli jednym organizmem gospodarczym i prawnym.

Jak doskonale wiadomo, unijny system źródeł prawa charakteryzuje się prawotwórczą rolą orzecznictwa TSUE w Luksemburgu. Unia Europejska, zrzeszając państwa, w których funkcjonują różne systemy prawne, czerpie inspirację m.in. z brytyjskiego sędziowskiego systemu *common law*. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na szczególne znaczenie tego orzecznictwa na całym obszarze UE, w tym w Polsce. Wynika ono z wyjątkowo silnej roli TSUE w unijnym systemie źródeł prawa<sup>44</sup>.

Orzeczenia TSUE są niejednokrotnie przykładem triumfu tzw. ekonomicznej analizy prawa nad analizą opartą na kryteriach formalnych. Zresztą dla europejskiej kultury prawnej założenia tego nurtu metodologicznego, mimo że najczęściej jego autorstwo przypisuje się Amerykanom, nie są obce.

---

<sup>42</sup> Np. w Austrii z powołaniem na koncepcję *Durchgriff* rozważa się możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności gminy jako jedynego wspólnika za szkody spowodowane przez założoną przez nią spółkę komunalną. Patrz K. Grillberger, R. Strasser, *Scadenshaftung der Gemeinden für ausgegliederte Unternehmen*, Institut für Kommunalwissenschaften und Umweltschutz, Linz 1986, s. 17.

<sup>43</sup> Patrz np. wyrok TSUE z 21 października 2010 r., C-81/09, *Idryma Typou v. Ipourgos Tipou Kai Meson Mazikis Enimerosis*, Reports of Cases 2010 I-10161, w którym uznał za sprzeczne z art. 49 i 63 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, a w szczególności z zasadami swobody przepływu kapitału i swobody zakładania przedsiębiorstw przepisy ustawy greckiej wprowadzające osobistą odpowiedzialność wspólników spółki kapitałowej za niezapłacone przez spółkę grzywny publicznoprawne.

<sup>44</sup> TSUE, przywołując swoje wcześniejsze orzeczenia, posługuje się znamienym sformułowaniem „the Court’s case-law” – patrz teza 31 uzasadnienia orzeczenia ETS *Skattenverket v. AB SKF*, Case C-29/08 z 29 października 2009 r., [online] <[www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)>.

Już w okresie międzywojennym prawnicy europejscy specjalizujący się w tematyce holdingowej wysuwali postulat, by wypracować nową metodę analizy zjawisk związanych z funkcjonowaniem zgrupowań spółek kapitałowych. Ta nowa metoda miała polegać na odstąpieniu od kryteriów ściśle formalnych na rzecz ekonomicznych i socjologicznych. Argumentowali, że system prawny nie nadaża za zmiennością zjawisk ekonomicznych. W kręgu prawników niemieckich w okresie międzywojennym powstała koncepcja zwana teorią jedności (*Enheitstheorie*). Była ona konsekwencją szerszego nurtu – nazywanego gospodarczą lub socjologiczną metodą w prawie<sup>45</sup>. Jego przedstawiciele wychodzili założenia, że spółka dominująca i spółki zależne tworzą gospodarczą jedność, zatem w świetle prawa muszą być niejednokrotnie traktowane tak, jakby stanowiły jeden podmiot. Kilka spółek złączonych w koncernie i podlegających *de facto* jednemu kierownictwu tworzy w rzeczywistości gospodarczej jedno dobro. Swoje postulaty przedstawiciele tego nurtu formułowali zarówno w odniesieniu do procesu tworzenia, jak i stosowania prawa, w tym zwłaszcza jego wykładni<sup>46</sup>. Tak zwana gospodarcza metoda w prawie bez wątpienia również wywarła wpływ na wykształcenie niemieckiego nurtu orzeczniczego *Durchgriff*.

Ten kierunek prawniczy zyskiwał swoich zwolenników w okresie międzywojennym również wśród prawników polskich. Należy tutaj wymienić przede wszystkim Stefana Buczkowskiego, który w oparciu o założenia tej koncepcji opublikował w 1937 r. monografię *Ograniczona odpowiedzialność przedsiębiorcy*.

Dobrym przykładem aktywności TSUE jest prawo antytrustowe. Trybunał orzekł m.in., że w rozumieniu traktatów europejskich (dawny art. 85 i 86 Traktatu Rzymskiego) spółki dominująca i zależne mogą być traktowane pod pewnymi warunkami jak jedno przedsiębiorstwo (*undertaking*). Znamienne są słowa adwokata generalnego Warnera w odniesieniu do sprawy *Instituto Chemioterapico SpA and Commercial Solvents Corporations v. The Commission* z 1974 r. Podkreślił wówczas, że w prawie trustowym nie może mieć zastosowania zasada wypracowana w Wielkiej Brytanii przez Izbę Lordów w orzeczeniu z 1897 r. w sprawie *Salomon v. Salomon Co. Ltd*, w którym Izba odmówiła potraktowania jak jeden podmiot spółki i jej jedynego wspólnika<sup>47</sup>: „ślepe stosowanie zasady Salomon w dziedzinach prawa, z którymi zasada ta nie ma wielkiego związku, powoduje tylko rozejście się prawa z rzeczywistością”<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Patrz S. Buczkowski, *Ograniczona odpowiedzialność przedsiębiorcy*, Warszawa 1937 i podana tam przedwojenna niemiecka literatura oraz orzecznictwo, s. 144 i n.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> AC 22. Patrz L. Seaty, S.J. Berwin, *Casus and Materials in Company Law*, London – Dublin – Edinburgh 1992, s. 29.

<sup>48</sup> Patrz *Instituto Chemioterapico SpA and Commercial Solvents Corporations v. The Commission* z 1974 r., E.C.R. 223 Cases 6 I 7/73. Patrz także S. Sołtysiński, *Grupowanie spółek. Zarys problematyki prawa holdingowego*, [w:] *Prawo handlowe. Spółki handlowe, umowy gospodarcze*, red. A. Koch, J. Napierała, Kraków, 2002, s. 157, wskazujący orzeczenie *Centrafarm v. Sterling Drug*, E.C.R. 1974, s. 1147.

Na marginesie warto zauważyć, iż orzecznictwo TSUE dowodzi również tego, iż odstąpienie od zasady podmiotowej odrębności osoby prawnej i jej współnika może nastąpić nie tylko w interesie osób trzecich, np. wierzycieli czy klientów lub innych przedsiębiorców pokrzywdzonych działaniami monopolisty lub podmiotu dominującego na rynku, ale także w interesie samego współnika i spółki<sup>49</sup>. Dla przykładu: w orzeczeniu z 29 października 2009 r. *ETS Skattenverket v. AB SKF* (C-29/08)<sup>50</sup> TSUE uznał, że zbycie przez spółkę dominującą wszystkich udziałów (akcji) w spółce zależnej lub kontrolowanej jest w sensie ekonomicznym równoznaczne ze zbyciem przedsiębiorstwa lub zorganizowanej części przedsiębiorstwa, zdolnej do prowadzenia samodzielnej działalności gospodarczej, jeżeli spółka dominująca uczestniczyła w zarządzaniu tymi spółkami. W konsekwencji takie zbycie powinno zostać uznane za równoważne ze zbyciem wszystkich aktywów stanowiących przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 5 (8) VI Dyrektywy VAT (pkt 34–37 orzeczenia) i może być wolne od opodatkowania VAT<sup>51</sup>. Jak widać, spółka zależna została tutaj potraktowana jakby nie była odrębnym podmiotem prawa, a w konsekwencji jej majątek został zrównany z majątkiem (przedsiębiorstwem) spółki dominującej.

Warte odnotowania są również orzeczenia ETS (obecnie TSUE) poświęcone podmiotowości spółki komunalnej, czyli takiej, w której wszystkie udziały (akcje) należą do jednostki samorządu terytorialnego.

W orzeczeniu z 18 listopada 1999 r.<sup>52</sup> TSUE zajął stanowisko, że sama formalnoprawna podmiotowa odrębność spółki komunalnej od gminy nie stanowi wystarczającej przesłanki wystąpienia obowiązku stosowania trybów zamówień publicznych, gdy gmina tej spółce powierza wykonywanie swoich zadań. Nie można bowiem, zdaniem TSUE, abstrahować od rzeczywistych relacji i powiązań pomiędzy jednostką samorządu terytorialnego a takim formalnie odrębnym podmiotem, jakim jest spółka komunalna. W przypadku istnienia odpowiednio silnego powiązania organizacyjnego i zależności tego podmiotu od gminy (powiatu, województwa) można mówić o swoistej faktycznej, w tym ekonomicznej jedności gminy i spółki komunalnej. Jak zauważa TSUE, niejednokrotnie sytuacja spółki komunalnej, będącej od strony formalnej odrębnym podmiotem, *de facto* nie różni się zasadniczo od statusu wewnętrznej jednostki gminy, typu zakład czy wydział. W szczególności uprawnienia kontrolne jednostki samorządu terytorialnego w stosunku do obydwu typów jednostek (spółki komunalne, własne wydziały, zakłady) w praktyce mogą

<sup>49</sup> Taką możliwość sugerował już wcześniej R. Serick, op. cit., s. 90.

<sup>50</sup> Zob. [online] <[www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)>.

<sup>51</sup> Patrz R. Szczepaniak, *Refleksje na kanwie orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Skatteverket v AB SKF z dnia 29 października 2009*, „Prawo Spółek” 2010, nr 4, s. 55 i n.

<sup>52</sup> C-107/98 *Teckal Srl v. Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale di Regio Emilia*, Lex nr 111203. Na temat tego wyroku patrz K. Horubski, *Wykonywanie zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego a stosowanie przepisów o udzielaniu zamówień publicznych w orzecznictwie ETS*, „Samorząd Terytorialny” 2006, nr 10, s. 7 i n.

być wręcz analogiczne. Dlatego też uzasadnione jest, by traktować taką spółkę komunalną w identyczny sposób jak wewnętrzne wydziały, zakłady itp., a zatem wdrażanie trybów zamówień publicznych nie wydaje się konieczne. Spółka komunalna w tych okolicznościach jest bowiem tak samo podmiotem wewnętrznym, jak inne własne jednostki organizacyjne gminy (powiatu, województwa). Innymi słowy, podmiotowość spółki komunalnej jakby zlewała się z podmiotowością jednostki samorządu terytorialnego, a przecież gmina (powiat, województwo) nie będzie stosowała procedur udzielania zamówień publicznych, gdy sama przez swoje jednostki nałożone ustawowo na nią zadania wykonuje. Powierzenie spółce komunalnej lub zakładowi budżetowemu wykonywanie zadań o charakterze użyteczności publicznej nazywane jest wówczas zamówieniem *in house* albo transakcją wewnętrzną<sup>53</sup>. W efekcie gmina nie musi organizować przetargu, by takiej spółce powierzyć zadania z zakresu użyteczności publicznej. TSUE w kolejnych orzeczeniach potwierdził swoje stanowisko wyrażone w sprawie *Teckal*<sup>54</sup>.

W ten sposób również orzecznictwo TSUE, podobnie jak judykatura niemiecka czy amerykańska, pełni funkcję czynnika uzupełniającego, a nawet zastępującego prawo obowiązujące. Zarówno ustawodawcy krajowi, jak i prawodawca unijny nie uporali się dotąd z problematyką holdingu, rozumianego jako grupa powiązanych ze sobą spółek (koncern). Świadczą o tym losy projektu tzw. IX Dyrektywy UE o koncernach, a w szczególności nierozstrzygnięta kwestia, w jakim stopniu można i należy traktować zgrupowanie spółek jako jednolity realny podmiot prawno-ekonomiczny. Prawodawca unijny nie czuje się obecnie na siłach, by podjąć się roli przewodnika, który całościowo porządkuje tę problematykę<sup>55</sup>. Dlatego też odpowiedzialność w części spada na sędziów TSUE.

#### 1.4. Francja

Na zakończenie przeglądu kreatywności sędziowskiej w poszukiwaniu środków przeciwdziałających nadużywaniu formy osobowości prawnej warto przyjrzeć się orzecznictwu francuskiemu. Ma ono niezwykle istotne znaczenie dla zrozumienia istoty grupy kapitałowej, czyli zgrupowania spółek w ramach której występują relacje dominacji i zależności. W szczególności pojawia się nierozwiązana dotąd kwestia, w jakim zakresie i stopniu grupa kapitałowa ma być traktowana jako nie tylko jeden organizm gospodarczy, ale również quasi-jeden podmiot prawa. Nie trzeba wyjaśniać, że odpowiedź na tak postawione pytanie będzie mieć bezpośredni wpływ na takie kwestie szczegółowe, jak odpowiedzialność za zobowiązania jednej ze spółek grupy czy odpowiedzialność członków władz spółki za działania na jej szkodę w sytuacji, gdy te działania służą interesowi całej grupy.

<sup>53</sup> Ibidem.

<sup>54</sup> Patrz wyrok ETS w sprawie C-29/04 *Komisja UE przeciwko Austrii z 10 listopada 2005 r.*, Lex nr 225913 oraz w sprawie z 13 października 2005 r. C-458/03 *Parking Brixen*, Lex nr 225749.

<sup>55</sup> Patrz P. Błaszczyk, *Ochrona wspólników spółki należącej do grupy spółek*, „Państwo i Prawo” 2010, z 10, s. 20 i n.

Francuskie orzecznictwo sądów karnych miało przemożny wpływ na wykształcenie tzw. doktryny Rosenblum. W sprawie Rosenblum, która zapoczątkowała tę linię orzeczniczą<sup>56</sup>, chodziło o rozpatrzenie odpowiedzialności karnej członków władz spółki oskarżonych o działanie na jej szkodę. Oskarżeni twierdzili, że ich działania służyły całej grupie kapitałowej, w skład której ta spółka wchodziła, a więc również dobru tej spółki. Ostatecznie sądy karne w tego rodzaju sprawach ukształtowały doktrynę, która daleko wykracza poza jedynie skutki prawnokarne. Zgodnie z tą doktryną, interes całej grupy pod określonymi warunkami może mieć prymat nad krótkookresowym interesem poszczególnej spółki. Wymagane jest jednak, by w okresie długookresowym interesy całej grupy i poszczególnych spółek były odpowiednio zbalansowane. Sama doktryna jest bardzo elastyczna. Jak się podkreśla, nie można sformułować katalogu precyzyjnych przesłanek, które *in abstracto* przesądzą z góry każdy przypadek. Wiele zależy od okoliczności konkretnej sprawy. W konsekwencji w samą ideę doktryny Rosenblum wpisana jest integralnie istotna rola sądów, bo to one dokonują oceny konkretnego przypadku<sup>57</sup>.

## 2. Wnioski płynące z doświadczeń zagranicznych

Z powyższej prezentacji wynika, że władza sędziowska w USA i w największych państwach UE, a także w systemie samego prawa unijnego jest ważnym elementem porządku prawnego, stanowi czynnik uzupełniający i rozwijający ten porządek. Sędziowie niemieccy, jak zostało wyżej wskazane, doszli do zadziwiająco zbieżnych rezultatów z sędziami amerykańskimi w walce z nadużyciami osobowości prawnej.

Wydaje się, że kreatywność sądów niemieckich powinna skłaniać do głębokiej refleksji prawników polskich nad tak fundamentalnymi kwestiami, jak istota obowiązującego w Polsce systemu źródeł prawa, pozycja i rola sędziów w systemie prawnym, a także istota prawa prywatnego i miejsce w nim tzw. słuszności. Jak wiadomo, polski i niemiecki systemy prawne są w wielu aspektach do siebie bardzo zbliżone – należą do tej samej rodziny systemów prawa stanowionego, a rozwiązania niemieckie stanowią nieprzerwane źródło inspiracji dla prawników polskich. W szczególności tradycja kontynentalno-europejska, wyznaczająca rolę sądów w procesie stosowania prawa, zawsze charakteryzowała się znacznie większą zachowawczością niż *common law*<sup>58</sup>. Tymczasem głębsza analiza prowadzi do wniosku, iż w państwach Europy Zachodniej sędziowie, wbrew stereotypowemu postrzeganiu systemów stanowionego prawa kontynentalnego, potrafią wykazać się daleko idącą kreatywnością w walce z wszelkiego rodzaju nadużyciami osobowości prawnej,

<sup>56</sup> Wyrok z 4 kwietnia 1985 r. Cass. crim. D. 198, s. 478, note Daniel OHL, „Jurisclasseur périodique” 1986, éd. G, II, 20585, note Wilfrid Jeandidier.

<sup>57</sup> Patrz na ten temat M. Romanowski, *W sprawie potrzeby nowej regulacji prawa grup kapitałowych w Polsce*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 7, s. 8–10 i podana tam literatura.

<sup>58</sup> Patrz A. Radwan, op. cit., s. 89.

dorównującą niemal sądom amerykańskim, natomiast zazwyczaj wykraczającą poza polskie standardy aktywności sędziowskiej<sup>59</sup>.

Prawnicy zajmujący się problematyką szeroko pojętego prawa sędziowskiego zauważają, że jego znaczenie w Europie na gruncie prawa prywatnego ciągle wzrasta<sup>60</sup>. Oczywiście, w większości państw europejskich, a zwłaszcza w Europie kontynentalnej nie można mówić o prawie sędziowskim w dosłownym znaczeniu, gdyż w ten sposób doszłoby do swoistego pomieszania judykatury i legislatywy<sup>61</sup>. Pod tym pojęciem z reguły należy rozumieć złożony proces obróbki tekstu prawnego (jego konkretyzacji na użytek rozstrzygnięcia danej sprawy), na który wpływ ma wiele czynników. Końcowym efektem może być odczytanie tekstu prawnego w sposób odmienny, niż chciał twórca tekstu. Sędzia, w tym właśnie znaczeniu uczestnicząc w tworzeniu prawa, ma do dyspozycji arsenał takich środków, jak dynamiczna wykładnia, a także różne wnioski prawnicze. W konsekwencji, jak zauważa Ireneusz Kamiński, często trudno precyzyjnie odróżnić tworzenie prawa od jego stosowania<sup>62</sup>. Wojciech Dajczak zaś podkreśla, iż współczesną europejską cywilistykę cechuje otwartość na tak rozumiane prawo sędziowskie<sup>63</sup>. Autor ten cytuje pogląd Martijna Hesselinka, zdaniem którego wprowadzenie do przyszłego kodeksu cywilnego zjednoczonej Europy ogólnej klauzuli słusznościowej dobrej wiary może być „użyteczne dla zabezpieczenia tego, iż sędzia może tworzyć nowe reguły”<sup>64</sup>.

### 3. Potencjał polskiego prawa prywatnego w walce z nadużyciami formy osobowości prawnej (podsumowanie)

1. Zastanawiając się nad potencjałem polskiego prawa prywatnego w walce z nadużyciami osobowości prawnej, musimy rozważyć kwestię racji bytu tzw. prawa sędziowskiego w polskim systemie prawnym. Problematyka ta zawsze budziła w polskim środowisku prawniczym poważne kontrowersje. Warto tu przypomnieć krytykę, z jaką się spotkały poglądy Andrzeja Stelmachowskiego, który postawił w okresie PRL tezę, iż sędziowie pełnią również funkcję prawodawczą<sup>65</sup>. Można go zatem uznać za prekursora takiego ujęcia prawa sędziowskiego w Polsce. Po poprzednim systemie ustrojowym odziedziczyliśmy, jak to nazwał Zygmunt Ziemiński,

<sup>59</sup> Warto w tym miejscu wspomnieć chociażby o ukształtowanych niemal wyłącznie przez sądownictwo francuskie zasadach odpowiedzialności władz publicznych za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy. Francuskie prawo sędziowskie w tej dziedzinie stanowi fenomen na skalę światową.

<sup>60</sup> Patrz A. Orłowska, *Precedens w systemach prawnych różnych krajów europejskiej kultury prawnej*, „Radca Prawny” 2000, nr 5, s. 23.

<sup>61</sup> Podkreśla to E. Łętowska, op. cit., s. 47, uw. 8 i 10. Podobnie J. C. Kamiński, op. cit., s. 71.

<sup>62</sup> I. C. Kamiński, op. cit., s. 78.

<sup>63</sup> Patrz W. Dajczak, op. cit., s. 53. Patrz także M. Pilich, op. cit., s. 44.

<sup>64</sup> W. Dajczak, op. cit., s. 58.

<sup>65</sup> Patrz A. Stelmachowski, *Prawotwórcza rola sądów w świetle orzecznictwa cywilnego*, „Państwo i Prawo” 1967, nr 4–5, s. 611 i n.

„tradycjonalistyczną koncepcję źródeł prawa”<sup>66</sup>. Jej główną cechą jest panujące założenie o niekwestionowanej dominacji ustaw i innych aktów prawnych na ustawie opartych nad pozostałymi faktami prawotwórczymi. Doktryna prawna socjalizmu *ex definitione* z wyraźną niechęcią odnosiła się do koncepcji prawa niepisanego, a w szczególności takich faktów prawotwórczych, jak prawo zwyczajowe, normy oparte na tradycji nauki prawa, słusznościowe klauzule generalne, prawotwórcza rola judykatury. Wydaje się, że nie do końca jeszcze polskie środowisko prawnicze wyzwoliło się z takiego nastawienia, nazywanego przez Ewę Łętowską „anachronicznym tekstocentryzmem”, co jest zdaniem autorki „jedną z barier naszego myślenia o prawie”<sup>67</sup>.

Jak się wydaje, polski sędzia w daleko większym stopniu niż niemiecki czy unijny jest splewany swoistym tekstocentryzmem. Na tym etapie rozumienia źródeł prawa w Polsce nie do pomyslenia byłoby, aby sędzia wydał rozstrzygnięcie wbrew ogólnej zasadzie odrębności podmiotowej spółki i jej wspólnika jedynie w oparciu o zasadę słusznościową, taką jak dobre obyczaje, zasady współzycia społecznego, będące odpowiednikami niemieckiej *Treu und Glauben*, albo w oparciu o same założenia ekonomicznej analizy prawa. Sędzia polski, także w sprawach z zakresu stosunków handlowych, zawsze poszukuje podstawy rozstrzygnięcia w przepisie prawa pozytywnego.

Oczywiście nie byłoby pożądane przyznanie tutaj sędziemu pełnej swobody. Nie tylko bowiem zachwiałyby to podstawami konstytucyjnego systemu źródeł prawa, lecz mogłyby wprowadzić wielce niepożądaną niepewność prawną. Przejawy takiej niepewności, jak zostało wyżej wskazane, występowały w Niemczech, gdy sądy decydowały się pomijając osobowość prawną na podstawie samej tylko klauzuli *Treu und Glauben*. Tym niemniej zaprezentowane przykłady dowodzą, że bez daleko idącej kreatywnej postawy sądów nie uda się na obecnym etapie rozwoju prawa handlowego rozwiązać w sposób zadowalający wszystkich problemów, jakie napotyka obrót gospodarczy. Gdy piszę o zadowalającym rozwiązaniu, mam na myśli takie, które pozwoli respektować powszechnie akceptowane poczucie słuszności. Dodatkowo należy stwierdzić, że polska koncepcja nadużycia prawa podmiotowego nie dorównuje rozmachem jej niemieckiemu odpowiednikowi. W szczególności panuje pogląd, iż zasada zakazująca nadużycia prawa podmiotowego, najmocniej wyrażona w art. 5 k.c., nie może stanowić samodzielnej podstawy podnoszenia roszczeń.

Niemiecki prawnik Rolf Serick, który dokonał już kilkadziesiąt lat temu gruntownej analizy porównawczej aktywności sądów niemieckich i amerykańskich w celu przeciwdziałania nadużyciom osobowości prawnej, doszedł do wniosku, że istota pomijania osobowości prawnej w Niemczech i USA jest identyczna. W jednym i drugim systemie prawnym chodzi o przeciwdziałanie nadużyciom prawa. Wychodząc z powszechnie akceptowanego założenia, iż nadużycie prawa (jak pisał

<sup>66</sup> Patrz Z. Ziemiński, [w:] S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1974, s. 58.

<sup>67</sup> Patrz E. Łętowska, op. cit., s. 44 i n.

Serick: „nadużycie osobowości prawnej”) polega na wykonywaniu go niezgodnie z jego celem, np. w sposób niegodziwy. W USA najważniejszym powodem pomijania osobowości prawnej jest wystąpienie nadużycia formy osoby prawnej<sup>68</sup>. Warto zauważyć, że niezależnie od Sericka także inni europejscy badacze koncepcji PCV jako podstawę jej ukształtowania w USA wskazują zasadę nadużycia prawa. Autorzy ci dochodzą do takich wniosków, pomimo że pojęcie „nadużycie” (*abuse*) rzadko jest przez sądy i doktrynę amerykańską używane. Co najważniejsze, w amerykańskiej nauce i orzecznictwie nie doszło do wykształcenia podobnej do tej z kontynentu europejskiego koncepcji nadużycia prawa<sup>69</sup>.

Sądzę, że powyższe poglądy na temat źródeł amerykańskiej koncepcji PCV są wynikiem pewnego uproszczenia. Elementem wspólnym europejskiej (a zwłaszcza niemieckiej) oraz amerykańskiej koncepcji walki z nadużyciami formy osoby prawnej jest przyznanie w najbardziej rażących przypadkach pierwszeństwa zasadom słuszności nad tzw. suchą literą prawa. Cywilistyka Europy kontynentalnej wypracowała specjalny mechanizm, za pomocą którego to pierwszeństwo jest realizowane. Mechanizm ten funkcjonuje w oparciu o instytucję nadużycia prawa. Z kolei w USA, a po części w Wielkiej Brytanii prymat słuszności realizowany jest bez odwołania do tej instytucji. Jak zauważa Aleksander Stepkowski, w amerykańskim systemie prawa precedensowego sędzia jest kompetentny odstąpić od normy generalnej i abstrakcyjnej ukształtowanej we wcześniejszym precedensie<sup>70</sup>. Taka kreatywna postawa sędziego, wpisana integralnie w amerykański system źródeł prawa, pozwala z powodzeniem zastąpić kontynentalną instytucję nadużycia prawa<sup>71</sup>.

Uprawnione jest twierdzenie, że sędziowie niemieccy wywiedli z koncepcji nadużycia prawa maksimum tego, co było możliwe. Jak bowiem wykazuje powyższa prezentacja, nie ograniczyli się tylko do klasycznych praw podmiotowych, lecz rozszerzyli zastosowanie zasady także na najróżniejsze instytucje, w tym osobowość prawną. W dodatku dopuścili możliwość podnoszenia roszczeń na podstawie samej tylko zasady zakazu nadużywania praw podmiotowych.

**2. Stawiam tezę, iż potencjał polskiego prawa prywatnego w walce z nadużyciami formy osobowości prawnej jest bardzo duży, a rolą sądów jest maksymalne jego wykorzystanie w celu respektowania powszechnie akceptowanego poczucia słuszności.**

---

<sup>68</sup> Warto zauważyć, że także inni europejscy badacze koncepcji PCV, niezależnie od R. Sericka, jako podstawę jej ukształtowania w USA wskazują zasadę nadużycia prawa. Dla przykładu P.M. Tomaszewski pisze (op. cit. s. 18), że podstawą do obalenia w USA normalnie przyznawanego immunitetu wspólników jest nadużycie przywileju prowadzenia działalności gospodarczej w formie spółki lub innymi słowy, nadużycie lub naruszenie prawa.

<sup>69</sup> Patrz M. Pyziak-Szafnicka, op. cit., s. 94.

<sup>70</sup> Patrz A. Stepkowski, *Nadużycie prawa a rozwój prawa*, [w:] *Nadużycie prawa. Konferencja naukowa Wydziału Prawa i Administracji UW*, red. H. Izdebski, R. Stepkowski, Warszawa 2003, s. 52–53. Patrz także T. Justyński, op. cit., s. 67, E. Prejs, *Nadużycie prawa podmiotowego w prawie podatkowym*, „Przegląd Podatkowy” 2006, nr 10, s. 29.

<sup>71</sup> Patrz A. Stepkowski, op. cit.

Panuje zgoda, że prawo prywatne jest tzw. systemem otwartym. W doktrynie prawa cywilnego podkreśla się, że istnieje szczególny związek między prawem cywilnym i normami pozaprawnymi, które są wyrazem pewnej powszechnie respektowanej aksjologii. Właśnie w prawie cywilnym, a mówiąc szerzej prywatnym, reguły słuszności odgrywają największą rolę. Po pierwsze, regulacje prawa cywilnego nie mogą mieć wyczerpującego charakteru ze względu na obszerność materii cywilistycznej i ograniczoną zdolność przewidywania przyszłych zdarzeń przez ustawodawcę. Po drugie, celem prawa cywilnego jest zapewnienie możliwie nieskrępowanej współpracy ludzi<sup>72</sup>, a zatem powinni oni mieć możliwość samodzielnego regulowania stosunków zachodzących między nimi. Dlatego też pozaprawne systemy normatywne mogą i powinny stanowić element uzupełniający, wspomagający lub korygujący postanowienia prawa prywatnego. Cele prawa prywatnego determinują więc jego naturę. By dobrze spełniało ono swą funkcję społeczną, nowoczesne prawo cywilne musi mieć charakter systemu otwartego, który w sposób nieautorytatywny reguluje sytuacje typowe. Z samej natury prawa cywilnego wynika, że musi w nim być miejsce na szeroko pojęte prawo sędziowskie czy nie zawsze wysłowione wyraźnie w przepisach normy moralne, zwyczajowe itp., a przynajmniej musi do nich odsyłać<sup>73</sup>. W oparciu o te wartości, jak też szeroko pojętą słuszność przedstawiciele nauki prawa spółek wywodzą np. niezapisany wyraźnie w przepisach kodeksu spółek handlowych obowiązek lojalności większościowego wspólnika wobec spółki i pozostałych wspólników<sup>74</sup>. Jak podnosi Ireneusz Weiss, obowiązek lojalności wspólnika dominującego można wywieść wprost z zasady zakazującej nadużycia prawa podmiotowego<sup>75</sup>. W tym wypadku chodzi o zakaz nadużywania praw przysługujących wspólnikowi dominującemu w spółce.

Należy zapominać, że sens zasady zakazującej nadużywania praw podmiotowych nie ogranicza się jedynie do art. 5 k.c., lecz daleko wykracza poza zakres normowania tego przepisu – jest naczelną zasadą przynajmniej całego prawa prywatnego<sup>76</sup>. Jak podkreślają teoretycy prawa, zarówno tworzenie prawa, jak i jego stosowanie jest działalnością, w której nie sposób uniknąć wartościowań oraz uwzględniania celu instytucji prawnych. Dlatego też w teorii prawa podkreśla się, że jedna z głównych ról zasad naczelnych polega na oddziaływaniu na stosowanie prawa, w tym również na jego interpretację<sup>77</sup>. *Lege non distinguente* twierdzenie to odnosi się również do zasady zakazu nadużycia prawa. W konsekwencji sędzia

<sup>72</sup> Na temat istoty prawa prywatnego jako tzw. systemu otwartego patrz zwłaszcza I.C. Kamiński, *Słuszność i prawo. Szkic prawnoporównawczy*, Kraków 2003, s. 25; R. Szczepaniak, *Nadużycie prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, Toruń 2009, s. 164.

<sup>73</sup> I.C. Kamiński, op. cit.

<sup>74</sup> R. Szczepaniak, *Nadużycie...*, s. 184.

<sup>75</sup> Patrz I. Weiss, *Status prawny wspólnika w spółce z o.o.*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1995, nr 9, s. 16.

<sup>76</sup> Patrz R. Szczepaniak, *Nadużycie...*, s. 173 i n.

<sup>77</sup> Patrz A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1992, s. 226.

dysponuje odpowiednią podstawą, by w wyjątkowych przypadkach dokonać odpowiedniej daleko idącej obróbki tekstów prawnych celem uniknięcia niepożądanych skutków najróżniejszych nadużyć.

W tym miejscu ciśnie się na usta refleksja, że w Polsce jak dotąd omawiana zasada nie jest w wystarczającym stopniu wykorzystywana. Jak wyraził się Tomasz Justyński, w nowych realiach społeczno-gospodarczych należałoby w większym stopniu wykorzystywać możliwości tej instytucji do walki z coraz to nowymi nadużyciami<sup>78</sup>. W szczególności ta naczelna zasada, przynajmniej jako dyrektywa oddziałująca na stosowanie innych przepisów, powinna znaleźć zastosowanie, podobnie jak w Niemczech, nie tylko do przypadków korzystania z klasycznych praw podmiotowych, ale także do sytuacji podobnych, do których zaliczam przypadki wielorakiego posługiwania się formą osoby prawnej.

Wydaje się, że w naczelnej zasadzie zakazu nadużycia praw można dostrzec w Polsce podstawę normatywną do wprowadzenia założeń ekonomicznej analizy prawa. Tomasz Targosz, zainspirowany założeniami tego kierunku, dostrzega możliwość wzbogacenia metod wykładni przepisów poprzez uwzględnianie realiów ekonomicznych i twierdzi, że „w żadnej innej dziedzinie prawa powołanie się na zasadność ekonomiczną nie jest chyba bardziej uzasadnione” niż w tej, która dotyczy nadużycia formy osoby prawnej<sup>79</sup>.

W moim przekonaniu jedno z dwóch głównych kryteriów nadużycia prawa, a mianowicie klauzula społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa przesądza, iż integralną częścią oceny, jakiej dokonuje sędzia, sprawdzając, czy nie wystąpiło takie nadużycie, powinna być właśnie analiza wykonywania prawa z uwzględnieniem realiów ekonomicznych. Pojawia się w ten sposób możliwość czerpania pełnymi garściami z osiągnięć ekonomii przy ocenianiu przez sędziów zachowań podmiotów wykonujących swoje prawa. Nie inaczej powinno być przy ocenie, czy nie doszło do nadużycia formy osoby prawnej. Omawiana zasada stanowi więc solidną podstawę przeprowadzania takiej ekonomicznej analizy prawa. Klauzula społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa, wbrew wysuwanym niekiedy postulatam, nie powinna być derogowana z polskiego systemu prawnego; wprost przeciwnie, w nowych realiach może okazać się ona bardzo przydatna, czego dowodzi problematyka nadużycia formy osoby prawnej<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> Patrz T. Justyński, *Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym*, Zakamycze, Kraków 2000, s. 265. Warto tutaj wskazać na wypowiedź Stanisława Włodyki, który wyraził myśl, iż powoływanie się przez współnika dominującego pociągniętego do odpowiedzialności za długi spółki na odrębność podmiotową od swojej spółki zależnej „stanowi nadużycie praw korporacyjnych.” Patrz S. Włodyka, *Prawo koncernowe*, Kraków 2003, t. 1, s. 210.

<sup>79</sup> Patrz T. Targosz, op. cit., s. 83.

<sup>80</sup> Na przydatność klauzuli społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa do oceny zjawiska tzw. nadużycia zdolności prawnej osoby prawnej – już na etapie projektowania art. 5 k.c., a więc kilkadziesiąt lat temu – zwracał uwagę Jan Kosik w: *Zdolność państwowych osób prawnych w zakresie prawa cywilnego*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1963, s. 104.

3. Należy również wskazać na szeroką formułę deliktu obowiązującą w polskim prawie prywatnym w oparciu o art. 415 k.c. Ta szeroka formuła, jak wiadomo, została do polskiego prawa wprowadzona w ślad za kodeksem cywilnym Napoleona. Z kolei w niemieckim prawie cywilnym taka szeroka formuła deliktu generalnie nie występuje. Nie wykluczone więc, że twórcza postawa sędziów niemieckich determinowana była po części niedostatkami niemieckiego prawa deliktowego. Niejednokrotnie pożądane skutki można osiągnąć bowiem poprzez podnoszenie roszczeń deliktowych przeciwko osobie nadużywającej formy spółki, bez uciekania się do radykalnych koncepcji pominięcia.

Owa szeroka formuła deliktu w powiązaniu ze zobiektywizowaniem przesłanki winy oraz cywilistyczne szerokie ujęcie bezprawności, nieograniczające się bynajmniej do sprzeczności z przepisami prawa, ale rozumiane również jako sprzeczność z zasadą słuszności, która do polskiej cywilistyki wprowadzana jest głównie poprzez klauzulę zasad współżycia społecznego<sup>81</sup>, sprawiają że reżim odpowiedzialności deliktowej w jakimś stopniu staje się tym, czym nigdy nie stał się art. 5 polskiego k.c. Jak zostało wskazane, w polskiej cywilistyce pół wieku temu zwyciężył pogląd, iż przepis ten nie może być samodzielną podstawą podnoszenia jakichkolwiek roszczeń, a tylko instrumentem obrony. W przeciwnym bowiem razie, jak argumentowano, na podstawie tego przepisu powstałoby jakieś „drugie prawo”, czyli nowy równoległy system prawny oparty na nigdzie niezapisanych zasadach słuszności. Natomiast w oparciu o reżim odpowiedzialności deliktowej prawnicy praktycy mogą przynajmniej podejmować i wielokrotnie podejmują próby dochodzenia roszczeń majątkowych, jeżeli zachowanie osoby, która przyczyniła się do powstania szkody, może być ocenione krytycznie w świetle szeroko pojętych niezapisanych wyraźnie w przepisach zasad słuszności (zasad współżycia społecznego)<sup>82</sup>. W konsekwencji mamy do czynienia wręcz z ekspansją deliktów we współczesnej cywilistyce<sup>83</sup>. Odpowiedzialność deliktowa ujawnia swój wielki potencjał i niejako domyka system źródeł zobowiązań. Jeżeli więc w oparciu o inne przepisy nie można w sposób zadowalający dochodzić roszczeń, można jeszcze ostatecznie próbować to uczynić w oparciu o reżim odpowiedzialności deliktowej.

<sup>81</sup> Jak orzekł SA w Łodzi w wyroku z 22 kwietnia 1992 r., sygn. akt I ACr 132/92, OSA 1993, nr 5, poz. 34: „Zasady współżycia społecznego to odrębne od norm prawnych reguły postępowania wiążące się ściśle z normami moralnymi oraz normami obyczajowymi. Należą niewątpliwie do nich również dobre obyczaje obowiązujące w obrocie prawnym”. Z kolei SN w wyroku z 25 lutego 2010 r., sygn. akt I CSK 384/2009, LexPolonica nr 2380178 wskazał, że dobre obyczaje w rozumieniu art. 249 k.s.h. oznaczają to samo, co zasady współżycia społecznego.

<sup>82</sup> W omawianym kontekście, moim zdaniem, wielkie znaczenie ma wypowiedź SN w wyroku z dnia 3 października 2000 r. (sygn. akt I CKN 308/00, OSN 2001, nr 1, s. 9), iż zasady współżycia społecznego odsyłają m.in. do zasady lojalności wobec partnera gospodarczego.

<sup>83</sup> Wyrazem tej swoistej ekspansji deliktów jest fakt, iż został im w całości poświęcony IV Ogólnopolski Zjazd Cywilistów w 2011 r. Patrz: *Czyny niedozwolone w prawie polskim i prawie porównawczym. Materiały IV Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów. Toruń 24–25 czerwca 2011 r.*, red. M. Nesterowicz, WoltersKluwer, Warszawa 2012. Z referatów wygłoszonych na tej konferencji wynika, iż w polskim prawie postępuje ekspansja reżimu odpowiedzialności deliktowej.

4. Reasumując, uważam, że w zdecydowanej większości przypadków, pomimo opisanych wyżej barier w naszym polskim myśleniu o prawie, tylko od kreatywnej i odpowiedzialnej zarazem postawy sędziów zależy, czy będzie można skutecznie walczyć w Polsce z przejawami nadużywania osobowości prawnej, a w konsekwencji ferować rozstrzygnięcia zgodne z powszechnie akceptowanym poczuciem słuszności. Dla potwierdzenia tej tezy przytoczę przykład z orzecznictwa NSA, gdy sąd *de facto* osiągnął skutek równoważny z pominięciem odrębnej osobowości spółki komunalnej w prawie zamówień publicznych. Orzekł bowiem podobnie jak TSUE w opisanej wyżej sprawie *Teckal*, lecz opierając się na odmienniej argumentacji<sup>84</sup>.

W szczególności NSA nie odwołuje się do założeń teorii ekonomicznej analizy prawa czy też do celów i misji szeroko pojętego sektora publicznego, by uzasadnić potrzebę analogicznego traktowania spółek komunalnych oraz wewnętrznych jednostek organizacyjnych gmin (powiatów, województw), takich jak zakłady budżetowe, wydziały itp. NSA w swym wyroku nawet nie powołuje się na wcześniejsze orzecznictwo najwyższego sądu unijnego. Dochodzi do wniosku o niestosowności prawa zamówień publicznych w przypadku powierzania przez jednostkę samorządu terytorialnego zadań publicznych utworzonym w tym celu przez siebie spółkom w wyniku jedynie słownej wykładni art. 9 ustawy o samorządzie gminnym<sup>85</sup> oraz art. 2 i 3. ustawy o gospodarce komunalnej<sup>86</sup>. Polski sąd administracyjny wskazuje, iż brzmienie tych przepisów wyraźnie sugeruje, że należy rozróżniać dwa rozwiązania organizacyjne: (1) utworzenie przez gminę (powiat, województwo) własnej jednostki organizacyjnej celem wykonywania zadań publicznych oraz (2) zlecenie podmiotom zewnętrznym wykonywanie tych zadań. W pierwszym przypadku podstawą powierzenia zadania do wykonania nie jest umowa, lecz akt założycielski i szeroko pojęte władztwo korporacyjne gminy (powiatu, województwa) nad własną spółką. Dlatego też jedynie w przypadku przyjęcia drugiego rozwiązania konieczne jest zawarcie umowy. W konsekwencji tylko wówczas pojawia się obowiązek przeprowadzenia przetargu.

---

<sup>84</sup> Wyrok NSA z 11 sierpnia 2005 r., sygn. akt II GSK 105/2005, OSNSAiWSA 2006, nr 2, poz. 62. Krytyczną glosę do tego orzeczenia napisał R. Szostak, „Samorząd Terytorialny” 2006, nr 1–2, s. 139 i n., zaś aprobującą – Z. Czarnik, „Samorząd Terytorialny” 2006, nr 5, s. 74 i n.

## **Summary**

### ***The role of judges in the process of counteracting the instances of abuse of legal personality***

Key words: disregard of legal entity, economic analysis of law, rozenblum doctrine, piercing the corporate veil.

The author analyzes the potential of the Polish private law in the fight against cases of fraud in the use of the form of legal person. In the first part of the article the author reviews the methods of combating such abuse developed in the US, UK, Germany, France as well as in the law and jurisprudence of the European Union. Based on this comparative study the author makes an assessment of the Polish private law. In his opinion, despite the imperfections of the Polish legal system specified in the article, which are frequently rooted in the realities of the previous political system, the potential of the present system in the fight against such abuse is significant. In particular, the author draws attention to the importance of the so-called judge-made law or case law which is not fully appreciated in Poland yet.



**Aleksandr Bajkow**

Bałtycka Akademia Międzynarodowa w Rydze  
Łotwa

## **Воплощение категории справедливости в частном праве: опыт комплексного исследования**

### **Введение**

Категория «справедливости», являющаяся общей для права и для морали, в социальной философии, в философии права, теории права играет примерно такую же роль, что и категория истины в логике. Между тем само понятие «справедливость» имеет множество значений и используется в различных контекстах. Так, по мнению Г. Шпренгера понятие справедливости содержит как дескриптивные, так и нормативные элементы и всего теснее связано с моральными и политическими убеждениями, из которых она выводит свой точный смысл<sup>1</sup>, а, например, в поэме Гомера *Илиада* термин справедливость употребляется как синоним должного в нравственном смысле. Справедливость является понятием о должном, связанным с исторически меняющимися представлениями о неотъемлемых правах человека<sup>2</sup>.

Действительно, уже первые памятники культуры недвусмысленно свидетельствуют, что проблема справедливости относится к числу «вечных» вопросов общественного устройства в самом широком смысле, хотя следуя широко известному древнеримскому выражению *aequum et bonu mest lex legum* (справедливость и благо есть закон законов). В условиях глобализации, унификации и гармонизации законодательства, взаимного обогащения концептуальных подходов к праву проблемы соотношения и взаимосвязи

---

<sup>1</sup> См.: Г. Шпренгер, *Взаимодействие: соображения по поводу антропологического понимания масштабов справедливости*, «Государство и право» 2004, № 5, с. 17.

<sup>2</sup> Древнегреческое слово «дике» (справедливость) возникло в результате надления новым значением понятий «обычай» и «закон». В этом плане под «справедливостью» понимается как должный порядок вещей, так и некое «благое» состояние, являющееся конкретизацией понятия добра.

справедливости и права приобретают особый смысл и значение. Не случайно проблема справедливости была и является предметом исследований не только ученых-юристов, таких, например, как Р. Алекси, Г. Кельзен, В.С. Нерсисянц, Г. Радбрух, Р. Штаммлер, И.А. Ильин, Ф.И. Экимов, но и не представителей иных отраслей научного знания, в т.ч. Ф.А. фон Хайек, Б.Н. Кашников, П. Рикёр, М. ван Хук, Дж. Ролз, Г. Дж. Берман.

Сразу же заметим, что термином «категория» ныне обозначают: (1) разряды вещей, явлений, сообразно их классификации; (2) основные понятия науки; (3) содержательные формы мышления. Именно в двух последних значениях термин «категория» применяется в философии и логике<sup>3</sup>. В настоящее время наиболее распространена трактовка категорий как основных понятий науки.

В той или иной форме справедливость получила текстуальное выражение в ряде нормативно-правовых актов Латвии. Так, ст. 5 Гражданского Закона (в дальнейшем – ГЗ)<sup>4</sup> предусматривается, что в случаях рассмотрения дела по усмотрению суда или в зависимости от важных причин правосудие осуществляется, руководствуясь сознанием справедливости и общими правовыми принципами, среди которых одно ведущих ролей принадлежит принципу справедливости. По существу на это же ориентирует норма, закрепленная в ч. 2 ст. 3 Закона от 15 декабря 1992 г. «О судебной власти»<sup>5</sup> утверждающая необходимость соблюдения судом требований справедливости. Далеко не случайно упоминание принципа справедливого суда в решениях Конституционного суда Латвии<sup>6</sup>.

Нельзя не упомянуть ст. 1415 ГЗ, в которой законодатель хотя и неявно, иносказательно апеллирует к справедливости. Более выпукло и рельефно справедливость проявляется в требованиях, вытекающих из личных столкновений (ст.ст. 2347–2351 ГЗ), в требованиях на возмещение за деяния против личной свободы, чести, достоинства и против невинности женщины (ст.ст. 2352–2353 ГЗ), в требованиях из противоправного повреждения имущества (ст.ст. 2354–2357 ГЗ), в требованиях на возмещение убытков, причиненных животными (ст.ст. 2363–2368 ГЗ), в требованиях, вытекающих из несправедливого обогащения (ст.ст. 2369–2392 ГЗ). Весьма ярко справедливость выражается в гражданско-правовой ответственности.

<sup>3</sup> См.: Ю.П. Ведин, *Значение Кантова учения о категориях*, [в:] «Критика чистого разума» Канта и современность, ред. В.А. Штейнберг, «Зинатне», Рига 1984, с. 41.

<sup>4</sup> 28.01.1937. Latvijas Republikas likums «Civillikums. Ievads», «Valdības Vēstnesis», 41, 20.02.1937 [stājas spēkā 1.09.1992.] ar grozījumiem līdz 1.02.2011.

<sup>5</sup> 15.12.1992. likums «Par tiesu varu», «Ziņotājs», 1, 14.01.1993. [stājas spēkā: 1.01.1993.] ar grozījumiem līdz 26.09.2013.

<sup>6</sup> D. Iljanova, *Vispārējo tiesību principu nozīme un piemērošana*, «Ratio iuris», Rīga 2005, 81.lpp.

Известный римский юрист Цельс указывал на то, что «право есть наука одобром и справедливым»<sup>7</sup>. По существу в том же смысле рассуждал В.С. Соловьев, отмечавший, что «право есть принудительное требование реализации определенного минимального добра, или порядка, не допускающего известных проявлений зла»<sup>8</sup>. Н. Винер писал, что «теория и практика права влекут за собой две группы проблем: группу проблем, касающихся общего назначения права, понимания справедливости в праве и группу проблем, касающихся технических приемов, при помощи которых эти понятия справедливости могут стать эффективными»<sup>9</sup>. И если в этой связи вспомнить о выделенных Г. Кельзенем двух видах права: праве позитивно-юридическом, т.е. системе действительных норм, и праве социально-юридическом, т.е. процессе создания и применения права<sup>10</sup>, невольно напрашивается вывод о еще одном праве – праве, имеющим своим источником справедливость, и существующем как бы вне правового смысла.

### Справедливость как идея, принцип права и ценность

Категория справедливости является общей для права и морали. А. Шопенгауэр подчеркивал: «Сострадание есть вполне единственная и действительная основа всякой свободной справедливости и всякого

<sup>7</sup> *Дигесты Юстиниана*. Избранные фрагменты в переводе и примечаниями И.С. Петеревского, Наука, Москва 1984, с. 23.

<sup>8</sup> В.С. Соловьев, *Оправдание добра. Нравственная философия. Сочинения в 2-х томах*, т. 1, Мысль, Москва 1990, с. 450.

<sup>9</sup> Н. Винер, *Кибернетика и общество*, Издательство иностранной литературы, Москва 1958, с. 112.

<sup>10</sup> К. Кельзен писал, что «можно различать статическую и динамическую теорию права в зависимости от того, какому из двух элементов придается большее значение, – нормам, регулирующим человеческое поведение, или поведению, которое регулируется этими нормами; в зависимости от того, направлено ли познание на правовые нормы, которые создаются, применяются и соблюдаются посредством актов человеческого поведения, или же на акты создания, применения и соблюдения, предусмотренные правовыми нормами. *Предмет статической теории права – право как система действительных норм, право в состоянии покоя; предмет динамической теории права – процесс создания и применения права, право в движении*. Однако следует иметь в виду, что и сам этот процесс регулируется правом. Ведь одно из важнейших свойств права состоит в том, что оно регулирует собственное создание и применение. Создание общих правовых норм, т.е. законодательный процесс, регулируется конституцией, а формальные, или процессуальные, законы регулируют применение материальных законов судами и административными органами. Таким образом, акты создания и применения права (как мы увидим ниже, применение права есть также и создание права), которые составляют правовой процесс рассматриваются правоведением лишь в той мере, в какой они образуют содержание правовых норм, определены правовыми нормами; так что и динамическая теория права изучает правовые нормы – а именно те, которые регулируют создание и применение права». См.: Г. Кельзен, *Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Сборник переводов*, ИНИОН АН СССР, Москва 1987, № 99–100.

истинного человеколюбия, и лишь – поскольку деяние истекает из него, имеет оно нравственную ценность»<sup>11</sup>. Об этом же писал Г.Дж. Берман «справедливость в западной традиции стремится к симбиозу (по выражению Боденхаймера) личных и общественных интересов; теории моральной справедливости и политической справедливости в западной традиции не могут быть обоснованно отделены от концепций справедливости юридической»<sup>12</sup>. Однако единства в понимании содержания и сущности справедливости до сих пор не сложилось, хотя это вряд возможно и в будущем. В этом плане немаловажно еще одно замечание цитируемого автора: «теории справедливости в юридическом смысле слова должны принимать во внимание тот факт, что в западной традиции право содержит в себе собственные теории справедливости, собственное метаправо, которым оценивается право»<sup>13</sup>. Обычно справедливость рассматривается как уравнивание, согласование, соответствие, соразмерность<sup>14</sup>, мера должного. Еще больше различных видов справедливости называет Ж.-Л. Бертель, отмечающий множественность интерпретаций этого понятия и допускающий в зависимости от конкретного случая возможность использования любого из них<sup>15</sup>. Попытку обоснования различий в понимании справедливости предпринял Дж. Ролз, разработавший, концепцию справедливости как честности, рассматриваемую им как часть теории рационального выбора. В основу своей концепции справедливости он положил два принципа: (1) принцип равной свободы (равенства), согласно которому каждый человек должен иметь максимум свободы, совместимой с максимальной степенью свободы других людей и (2) принцип компенсации социального и экономического неравенства, которые, по его мнению, должны быть организованы так, чтобы они, во-первых, вели к к наибольшей выгоде наимение преуспевших, в соответствии с принципом справедливых сбережений, и, во-вторых, делали бы открытыми для всех должности и положения в условия честного равенства возможностей, а саму справедливость интерпретировал, как пример договорной теории, где договор означает принятие определенных моральных принципов<sup>16</sup>. Именно с опорой на эти два

<sup>11</sup> А. Шопенгауэр, *Под завесой истины: Сб. Произведений*, «Ренесанс», Симферополь 1998, с. 23.

<sup>12</sup> Г.Дж. Берман, *Индивидуалистская и коммунитарная теория справедливости: исторический подход*, [в:] Г.Дж. Берман, *Вера и закон: примирение права и религии*, перевод с англ. Д. Шабельникова, М. Тименчикова, «Ad Marginem», Москва 1999, с. 324–325.

<sup>13</sup> Там же, с. 325.

<sup>14</sup> См.: О.Э. Лейст, *Сущность права. Проблемы теории и философии права*, «Зерцало», Москва 2002, с. 169.

<sup>15</sup> См.: Ж.-Л. Бертель, *Общая теория права*, ред. В.И. Даниленко, пер. с фр., Издательский дом Notabene, Москва 2000, с. 58.

<sup>16</sup> См.: Дж. Ролз, *Теория справедливости*, ред. В.В. Целищев; пер. с англ. В. Целищева при участии В. Карповича и А.Шевченко, Издательство Новосибирского университета, Новосибирск 1995, с. 28, 29.

принципа справедливости, по мнению Дж. Ролза, можно определять направление улучшения и развития социальных и политических институтов, а также дополнять их конкретными теориями справедливости.

Две теоремы справедливости сформулировал П. Рикёр: (1) «смысл справедливости органически связан со стремлением к благой жизни» и (2) «смысл справедливости, возведенный на уровень формализма, требуемого контрактуалистской версией деонтологической точки зрения, не может стать полностью независимым от всякой соотнесенности с благом в силу природы самой проблемы, выдвигаемой идеей справедливого распределения, а именно учета реальной разнородности распределяемых благ»<sup>17</sup>. Х. Перельман для лучшего понимания справедливости предложил изучать ее на трех уровнях: справедливого поступка, справедливого правила и справедливого человека<sup>18</sup>.

Утверждение диалектического единства справедливости, свободы и равенства было характерно для В.С. Нерсесянца. «Понимание права как равенства (как общего масштаба и равной меры свободы людей) – писал он – включает в себя с необходимостью и справедливость»<sup>19</sup>. В качестве ключевого в понимании права использовал категорию «справедливость» Р.З. Лившиц, рассматривавший категорию справедливости как «компромисс интересов отдельных людей и социальных групп»<sup>20</sup> и признававший ее «исходной посылкой» для обеспечения интересов и прав человека современного общества. По мнению данного ученого «ближе всего к сущности права подходит идея справедливости»<sup>21</sup>. Сущность права выражена Р.З. Лившицем в следующей лаконичной, но весьма точной формулировке: «Право есть нормативно закрепленная и реализованная справедливость», которую, по его мнению, можно считать «обобщающей (интегративной), дающей представление о праве как о единстве идей, норм и общественных отношений»<sup>22</sup>. По существу ему вторит санкт-петербургский ученый-трудовик С.П. Маврин, который отмечает, что «свобода, равенство, социальная справедливость – три высших принципа права, имеющих всеобщий характер, на которых основывается естественное трудовое право и должно основываться позитивное трудовое право»<sup>23</sup>. Отличие взглядов этих ученых несущественно, поскольку

<sup>17</sup> П. Рикёр, *Справедливое*, пер с фр. Б. Скуратова, П. Хицкого, послесловие Э. Шлоссер, «Гнозис», «Логос», Москва 2005, с. 23.

<sup>18</sup> См.: Х. Перельман, *Три аспекта справедливости*, «Правоведение» 2013, № 2, с. 212.

<sup>19</sup> В.С. Нерсесянец, *Философия права. Учебник для вузов*, Издательская группа ИНФРА • М-НОРМА, Москва 1997, с. 28.

<sup>20</sup> См.: Р.З. Лившиц, *Теория права: Учебник*, 2-е изд., «БЕК», Москва 2001, с. 66.

<sup>21</sup> Там же, с. 65.

<sup>22</sup> Там же, с. 68.

<sup>23</sup> *Трудовое право России: Учебник*, ред. С.П. Маврин, Е.Б. Хохлов, «Юристъ», Москва 2003, с. 86.

В.С. говорит о понятии «справедливость», а С.П. Маврин заменяет его понятием «социальная справедливость».

Несмотря на обилие высказанных точек зрения, тем не менее, следует согласиться с теми, кто считает, что «нормативное определение справедливости невозможно, она может выражаться через разные понятия и категории, порой несовместимые»<sup>24</sup> в зависимости от соответствующего контекста, хотя бы потому, что объективного критерия справедливости не существует.

Право (не закон, как форма, а именно право в общеправовом смысле) должно обеспечивать справедливость. И поскольку закон может быть как правовым, так и неправовым, применение последнего с необходимостью ведет к торжеству несправедливости. Как отмечал Г. Радбрух, закон превращается в «неправо» тогда, «когда действующий закон становится столь вопиюще несовместимым со справедливостью, что закон как «несправедливое право» отрицает справедливость»<sup>25</sup>. Еще в древности возникает представление, особенно ярко выраженное в концепциях естественного права, о том, что право всегда справедливо, что только оно обеспечивает справедливость общественных отношений. Основой естественного права, из которого вытекают все человеческие законы, Т. Гоббс считал правило: «не делай другому того, чего ты не желал бы, чтобы было сделано по отношению к тебе»<sup>26</sup>. Попутно отметим, что право и мораль смешивались еще древнеримскими юристами II – III веков<sup>27</sup>. Так Павел утверждал, «когда отсутствует четкое правовое предписание, желательно решать дела по справедливости» (D.39.3.2). Еще более определенно высказался по этому поводу Ульпиан, утверждая, что «когда право противоречит справедливости, должно предпочесть последнее» (D.15.1.32). Таким образом, «во всех делах [...] справедливость имеет преимущество перед строгим пониманием права» (D.7.62.6). Нелишне сослаться на известного романиста З.М. Черниловского, писавшего, что не «строгое право», а именно право, опирающееся на «добрую совесть» и «справедливость», т.е. нравственные принципы, отражающие в себе определенный экономический и социальный интерес, – вот что придало римскому праву его непреходящее значение»<sup>28</sup>.

Сократ, называл справедливость предметом «драгоценнее всякого золота»<sup>29</sup>. Он стремился доказать существование единого и общего понятия

<sup>24</sup> В.В. Булгаков, *Концепция справедливости в праве*, автореф. дисс. канд. юрид. наук, Белгород 2002, с. 8.

<sup>25</sup> Г. Радбрух, *Философия права*, пер. с нем., Международные отношения, Москва 2004, с. 234.

<sup>26</sup> Т. Гоббс, *Левифан, или материя, форма и власть государства церковного и гражданского*, [в:] Т. Гоббс, *Сочинения в 2 т.*, т. 2, сост., ред., авт. примеч. В. В. Соколов; пер. с лат. и англ., Мысль, Москва 1991, с. 122.

<sup>27</sup> См.: *Дигесты Юстиниана...*, с. 23, 25.

<sup>28</sup> З.М. Черниловский, *Римское право: Элементарный курс*, Новый Юрист, Москва 1997, с. 2.

<sup>29</sup> Платон, *Государство*, Наука, Санкт-Петербург 2005, с. 123, 226.

справедливости, связывая его с нравственностью и знанием. Несправедливость неестественна, так как является плодом незнания и заблуждения. Утверждая связь между добродетелью и мудростью, превознося красоту разума, смысла, сознания, он подводил логическую основу под понимание справедливости. Сократ рассуждал: «Справедливость и всякая другая добродетель – есть мудрость. Справедливые поступки и вообще все поступки, основанные на добродетели, прекрасны и хороши»<sup>30</sup>. Аристотель, развивая мысли Платона о двух видах равенства – справедливости, выделял справедливость (1) уравнивающую и (2) распределяющую<sup>31</sup>, которую он выводит из соответственно равенства геометрического и арифметического. Он рассматривал справедливость как принцип, в соответствии с которым человек отказывается от присвоения каких-либо чужих благ, и полагал, что понятие справедливости связано с представлением о государстве, так как право, служащее критерием справедливости, является регулирующей нормой политического общения. Всякий закон в своей основе предполагает право. Отступление закона от права приводит к вырождению закона в средство деспотизма. В книге *V О справедливости* одного из своих наиболее значительных произведений *Этика* Аристотель интерпретировал справедливость как свойство души, а понятие «справедливость означает в одно и то же время как законное, так и равномерное [отношение к людям]»<sup>32</sup>. Конечно, справедливость связана не только с равенством, но и со свободой. Г.В.Ф. Гегель отмечал: Все дело в справедливости, т.е. в разуме – т.е. в том, чтобы свобода обретала свое наличное бытие»<sup>33</sup>. На непосредственную связь справедливости и права указывал древнегреческий философ Протагор, говоривший, что справедливое или несправедливое происходит не из природы, а из права. Вместе с тем, как своеобразное предупреждение звучит мысль софиста Фрасимаха: «Устанавливает же законы всякая власть в свою пользу», а «установив законы, объявляет их справедливыми для подвластных»<sup>34</sup>.

Понятно, далеко не все мыслители разделяли такую точку зрения. Так, например, Н.А. Бердяев исходил из того, что право и закон являются непримиримыми противоположностями, по существу, исключая тем самым, саму возможность существования правового закона. Критикуя позитивное право (имея в виду неправовой закон), он писал, что «право как орган и орудие

<sup>30</sup> Ксенофонт Афинский, *Сократические сочинения*, АСADEMIА, Москва – Ленинград 1935, с. 119.

<sup>31</sup> См.: Аристотель, *Сочинения в четырех томах*, т. 4, перев. и ред. А.И. Доватура, Мысль, Москва 1984, с. 452, 100, 324, 368, 462.

<sup>32</sup> Аристотель, *Этика. Политика. Риторика. Поэтика. Категории*, Литература, Москва 1998, с. 245–246.

<sup>33</sup> Г.В.Ф. Гегель, *Философия права*, пер. с нем. и сост. Д. А. Керимов, В. С. Нерсесянц; вступ. ст. и примеч. В. С. Нерсесянц, Мысль, Москва 1990, с. 413.

<sup>34</sup> Платон, *Государство*, Наука, Санкт-Петербург 2005, с. 174.

государства, как фактическое выражение его неограниченной власти, есть слишком часто ложь и обман – это законность, полезная для некоторых человеческих существ, но далекая и противная закону Божьему. Право есть свобода, государство – насилие, право – голос Божий в личности, государство – безлично и безбожно»<sup>35</sup>. В духе анархизма и нигилизма Н.А. Бердяев отрицал правовые рамки справедливости, считая это недопустимым насильственным способом осуществления справедливости. Кроме того, выше справедливости он ставил христианскую идею правды. Если обратиться к истории философско-правовых идей, то нужно признать, что уже на рубеже XVI–XVII вв. в работах голландского правоведа Гуго Гроция была дана критика использованной Н.А. Бердяевым идеи о правовой насильственности осуществления справедливости. Гуго Гроций писал, что положение о том, что люди принуждаются своего рода насилием к осуществлению справедливости, относится не к самому праву, а «только к тем установлениям и законам, которые должны способствовать осуществлению права на деле»<sup>36</sup>.

Сегодня исследователи содержательных характеристик справедливости выделяют три ее основных парадигмы: (1) ретрибутивная (воздающая), предполагающая соразмерность деяния и воздаяния и требующая отношения к другому человеку, как к себе самому, (2) дистрибутивная (распределительная), ориентирующая на соразмерность в распределении благ, установлении обязанностей, (3) коммутативная, основанная на теории свободных рыночных обменов, которая в римском частном праве выражалась словами: «Делаю, чтобы ты сделал. Даю, чтобы ты дал. Делаю, чтобы ты дал. Даю, чтобы ты сделал»<sup>37</sup>. Ее суть, по мнению Томаса Гоббса, выражается в том, что «коммутативная справедливость есть справедливость контрагента, т.е. выполнение им соглашения на предмет покупки, продажи, найма и сдачи в наем, ссуды и займа, обмена и других актов договора»<sup>38</sup>.

Сторонниками естественно-правовой теории право отождествляется с началами разумности, нравственности и справедливости. Для ученых, разделяющих концепцию правового позитивизма проблемы справедливости, как критерия, находящегося за пределами права, не существует. Р.Иеринг утверждал, что, «не право должно сообразовываться со справедливостью, а, наоборот, мерилом справедливости являются принципы зарубежного права, закрепляющего эквивалентные отношения, сложившиеся между собственниками

<sup>35</sup> Н.А. Бердяев, *Государство*, [в:] Н.А. Бердяев *Новое религиозное сознание и общественность*, Лениздат, Ленинград 1990, с. 291.

<sup>36</sup> В.С. Нерсесянц, *Философия права...*, с. 451.

<sup>37</sup> См.: Б.Н. Кашников, *Либеральные теории справедливости и политическая практика России*, Великий Новгород 2004.

<sup>38</sup> Т. Гоббс, *Левиафан, или материя, форма и власть государства церковного и гражданского*, [в:] Т. Гоббс, *Сочинения в 2 т.*, т. 2, сост., ред., авт. примеч. В. В. Соколов; пер. лат. и англ., Мысль, Москва 1991, с. 115.

товаров»<sup>39</sup>. По его мнению, закон ни в каком критерии справедливости не нуждается<sup>40</sup>. «Правовой позитивизм ищет такой дефиниции права, – пишет О. Хёффе, – которая была бы свободна от перспективы справедливости, что, впрочем, не исключает проводимой во имя справедливости критики действующего права»<sup>41</sup>. Представители правового позитивизма подвергают сомнению саму идею справедливости, ее роль и значимость в общественной жизни, в политико-правовой деятельности государства и его институтов. Поскольку главным источником законов являются решения законодательных органов власти, а реализуются они путем государственного принуждения, то здесь теряется ценность и естественно-правовая природа справедливости.

Опираясь на труды представителей русской философии права<sup>42</sup> с решительной критикой правового позитивизма выступают сторонники непозитивистской (морально-этической) трактовки права и справедливости, отстаивающие идею внутренней связи права и нравственности, которую сегодня развивают представители этического понимания права. Так, Р.З. Лившиц характеризует право как определенную «гуманистическую идею, нормативно закрепленную и реализованную в жизни»<sup>43</sup>. С позиций морально-этической трактовки право – это совокупность этических общностных ценностей (справедливость, порядок, нравственность, правдивость, верность и т.д.), первоначально покоящихся на идее равенства: равным обязательствам должны соответствовать равные права. Очевидно, что согласиться с этической трактовкой права можно лишь при условии выработки общезначимой системы ценностей, которую в обществе, раздираемом противоречиями, очень трудно сформулировать. В результате общее понятие справедливости подменяется партикулярными представлениями о ней. Интересно, что еще древнеримские юристы обращали внимание на то, что право не исчерпывается каким-либо одним смыслом. Право, писал Павел, употребляется, по меньшей мере, в двух смыслах. Во-первых, право означает то, что «всегда является справедливым и добрым», т.е. естественное право. Во-вторых, право – это то, что полезно всем или многим в каком-либо государстве<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> Г. Иеринг, *Цель в праве*, т. 1, пер. В.Р. Липкого, Н.В. Муравьева, Н.Ф. Дерюжинского, Изд. Н.В. Муравьева, Санкт-Петербург 1881, с. 176.

<sup>40</sup> См.: Г. Иеринг, *Борьба за право*, «Книжное дело» 1901, с. 49.

<sup>41</sup> О. Хёффе, *Справедливость. Философское введение*, Праксис, Москва 2007, с. 102.

<sup>42</sup> В.С. Соловьев, *Оправдание добра. Нравственная философия. Сочинения в 2-х томах*, Мысль, Москва 1990; П.И. Новгородцев, *Об общественном идеале*, составление, подготовка текста, вступительная статья А.В. Соболева, «Пресса», Москва 1991.

<sup>43</sup> Р.З. Лившиц, *Современная теория права. Краткий очерк*, ред. Н.С. Маленин, ИГиП РАН, Москва 1992, с. 30.

<sup>44</sup> Н.Н. Волпенко, *Сущность, принципы и функции права. Учебное пособие*, Издательство Волгоградского государственного университета, Волгоград 1998. с. 34.

Так, в концепции интегративного правопонимания Р.З. Лившица сочетаются подходы позитивистской, естественно-правовой и социологической школ. По мнению данного ученого «ближе всего к сущности права подходит идея справедливости»<sup>45</sup>. Сущность права выражена Р.З. Лившицем в следующей лаконичной, но весьма точной формулировке: «Право есть нормативно закрепленная и реализованная справедливость»<sup>46</sup>. Эта формулировка, как видим, охватывает и естественно-правовое, и нормативистское, и социологическое понимание права. Ее можно считать «обобщающей (интегративной), дающей представление о праве как о единстве идей, норм и общественных отношений»<sup>47</sup>. Одновременно заметим, что интегративный подход к праву, как одна из популярных постклассических теорий права, ведет к своеобразному удвоению права, с чем вряд ли можно согласиться.

Сущность права в юридико-либертарной концепции В.С. Нерсесянца выражается в принципе правового равенства, выражающегося через три равноценные идеи: формальное равенство, всеобщую необходимую форму свободы и справедливость<sup>48</sup>. С данным подходом солидаризируются и ряд современных ученых-трудовиков<sup>49</sup>. Как пишет К.Л. Томашевский, отчасти разделяя и развивая юридико-либертарную концепцию правопонимания, в качестве четвертого сущностного и ценностного признака и характеристики права как представляется небесновательно предлагает признать идею гуманизма. Законодательство, по его мнению, является носителем (источником) позитивного права лишь настолько, насколько его нормы соответствуют требованиям всеобщей свободы, формального равенства, справедливости и гуманизма. В противном случае законодательство является неправовым и содержит в себе не право, а узаконенный произвол<sup>50</sup>. С.П. Маврин отмечает, что «свобода, равенство, социальная справедливость – три высших принципа права, имеющих всеобщий характер, на которых основывается естественное трудовое право и должно основываться позитивное трудовое право»<sup>51</sup>. В данном подходе, применительно к трудовому праву, во многом восприняты

<sup>45</sup> Р.З. Лившиц, *Теория права: Учебник*, 2-е изд., «БЕК», Москва 2001, с. 65.

<sup>46</sup> Там же, с. 68.

<sup>47</sup> Там же.

<sup>48</sup> См.: В.С. Нерсесянц, *Философия права...*, с. 24–26; В.С. Нерсесянц, *Общая теория государства и права: Учебник для вузов*, Издательская группа НОРМА-ИНФРА • М, Москва 2002, с. 70–71.

<sup>49</sup> См.: С.П. Маврин, М.В. Филиппова, Е.Б. Хохлов, *Трудовое право России: Учебник*. Изд. дом С.-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербург 2005, с. 40; Н.И. Дивеева, *Теоретические проблемы индивидуального правового регулирования трудовых отношений: Монография*. Азбука, Барнаул 2008, с. 24–26.

<sup>50</sup> См.: К.Л. Томашевский, *Очерки трудового права. История, философия, проблемы систем и источников*, Издательский центр БГУ, Минск 2009, с. 73.

<sup>51</sup> См.: *Трудовое право России: Учебник*, ред. С.П. Маврин, Е.Б. Хохлова, Юрист, Москва 2003, с. 86.

теория естественного права и юридико-либертарная концепция правопонимания. Отличие трактовки естественного трудового права у С.П. Маврина от юридико-либертарной концепции правопонимания В.С. Нерсесянца состоит в замене понятия «справедливость» категорией «социальная справедливость», а также в том, что В.С. Нерсесянец избегает термина «естественное право», различая при этом право и закон.

В контексте интеграции позитивизма и теории естественного права (юснатурализма) справедливость выражает себя в качестве принципа права. По мнению О. Хёффе «в первом приближении оно [понятие справедливости – А.Б.] означает как содержательную ценность права с объективной точки зрения, так и добропорядочность какого-либо лица с субъективной»<sup>52</sup>. Справедливость, до некоторой степени выражающаяся как добрая совесть, выступает в виде общего, генерального правила поведения участников частнопроводного оборота и в этой связи налагает на всех участников гражданских правоотношений общие, основополагающие обязанности, призывает их к разумному осуществлению прав в соответствии с их предназначением и целью, к надлежащему исполнению обязанностей, уважению своего контрагента, установлению с ним доверительных отношений, проникнутых духом справедливости, сотрудничества, взаимной помощи, видящего в контрагенте равного себе, признающего его таковым, т.е. формированию нормальных экономических отношений, а не к отступлению от них, и в результате приводит к постоянному воспроизведению права первоначально на элементарном, а, в конечном счете, – на всеобщем, универсальном уровне. Такое понимание права было характерно для Г. Гегеля, который в *Философии права* писал о том, что «я обладаю собственностью уже не только посредством вещи и моей собственной воли, а также посредством другой воли и, следовательно, в некоей общей воле [...]. Договор предполагает, что вступающие в него признают друг друга лицами и собственниками [...] момент признания в нем уже содержится и предполагается»<sup>53</sup>. На историческом материале гегелевские идеи развивает Д.В. Дождев: «Признание воли другого, уважение к автономии контрагента оказывается одной из форм выражения собственной автономии, заявления о социальной ценности собственной личности. Соблюдая установленные правила поведения, субъект обеспечивает действенность своего волеизъявления, защиту и прочность той или иной созданной им социальной связи [...]. На уровне индивидуальных поведенческих установок и ценностных ориентаций такая конформность принципам справедливости выражает понятие добросовестности. Этот психологический аспект правового поведения, будучи продуктом правового принципа формального равенства и соразмерности в отношениях обмена,

<sup>52</sup> О. Хёффе, *Справедливость...*, с. 10.

<sup>53</sup> Г.В.Ф. Гегель, *Философия права...*, с. 128.

отражает необходимое соучастие субъекта правового общения в формировании и поддержании правовых установок и принципов»<sup>54</sup>.

Этот же интегративный подход просматривается в Принципах международных коммерческих договоров 2010 г.<sup>55</sup> и в Принципах Европейского договорного права<sup>56</sup>.

В условиях формирования новой системы ценностей соблюдение требования устойчивого развития предполагает выработку содержательного определения права. Представляется, что потенциал действительно интегративной правовой доктрины содержится в ряде постклассических теорий права, в частности, в разрабатываемой А.В. Поляковым коммуникативной теории права, предусматривающей не только отказ от признания государства в качестве единственного центра формирования права, но его возникновение в процессе коммуникации индивидов<sup>57</sup>. Столь же многообещающи перспективы диалогической концепции Л.И. Честнова<sup>58</sup>, а равно материалистической теории права, развиваемой В.М. Сырых. В соответствии с этой доктриной, по сути дела не имеющей ничего общего с этатистской (нормативистской) трактовкой, доминировавшей в советский период, право представляет собой социальную связь, при которой лицо, вступая во взаимодействие с другими, в состоянии реализовывать свои субъективные права, не посягая на права и свободы других лиц<sup>59</sup>. Очевидно, что в данных подходах предполагается не уравнивающая и распределительная справедливость, о которых говорил Аристотель, а так называемая коммутативную справедливость, которую можно рассматривать как принцип правомерных ожиданий, означающий, что каждое лицо, не нарушающее право, вправе полагать, что и другие лица также не нарушают требования права<sup>60</sup>.

Преодолеть разногласия в обществе, подняться над частными интересами, обеспечить тем самым надлежащее (то есть справедливое) признание,

---

<sup>54</sup> См.: Д.В. Дождев, *Добросовестность (bonafides) как правовой принцип*, [в:] *Политико-правовые ценности: история и современность*, ред. В.С. Нерсесянц, Эдиториал УРСС, Москва 2000, с. 96–97.

<sup>55</sup> См.: *Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010*, пер. с англ. А.С. Комарова, Статут, Москва 2013, LXXIV.

<sup>56</sup> См.: *Принципы Европейского договорного права*, «Журнал международного частного права» 1999, № 1, (23), с. 40–70; см. также: *Принципы Европейского договорного права* (части I и II приняты в 1999 г., часть III – в 2002 г.), перевод О. Ландо, [online] <[www.web1.law.edu.ru/norm/norm.asp?normk](http://www.web1.law.edu.ru/norm/norm.asp?normk)>.

<sup>57</sup> См.: А.В. Поляков, *Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода*, Изд. дом Санкт-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербург 2004.

<sup>58</sup> См.: Л.И. Честнов, *Постклассическая теория права: монография*, Алеф-Пресс, Санкт-Петербург 2012.

<sup>59</sup> В.М. Сырых, *Материалистическое понимание права и справедливости*, «Правоведение» 2013, № 2, с. 20.

<sup>60</sup> См.: Д.И. Дедов, *Юридический метод: научное эссе*. Волтерс Клувер, Москва 2008.

удовлетворение и защиту каждого особенного интереса, очевидно, возможно благодаря всеобщности, свойственной правовому началу, правовому равенству. Попутно заметим, что в качестве интегративной юриспруденции Г.Дж. Берман предложил историческую школу, которую, поскольку наполнение справедливости исторически различно, соединил с теорией естественного права и правовым позитивизмом. В этом случае достоинства каждого из этих подходов – морального, политического и исторического – были бы сохранены, а их недостатки устранены<sup>61</sup>.

Отдавая «каждому свое», правовая справедливость делает это единственно возможным, всеобщим и равным для всех правовым способом. Для последователей либертарного правопонимания, право сводится к свободе<sup>62</sup> и справедливости. В свое время Цицерон отмечал, что основное назначение справедливости состоит именно в том, что она «воздаст каждому свое и сохраняет равенство между ними»<sup>63</sup>. «Справедливость, – писал Т. Гоббс, – есть неизменная воля давать каждому человеку его собственное»<sup>64</sup>, что ему свойственно и надлежит воздать с точки зрения Создателя. При этом любые преимущества, привилегии или кажущиеся ущемления должны иметь целью лишь содействие нормальной жизнедеятельности людей. Так, всегда будет справедливым оказывать надлежащую социальную помощь малолетним детям, старикам, женщинам и больным либо предоставлять привилегии для выравнивания их положения в обществе.

Благодаря принципу формально-правового равенства, правовая справедливость в состоянии обеспечить действительно беспристрастный подход, защиту и возможность реализации интересов каждого человека. «Но в данном случае мы имеем дело с формальной справедливостью, представляющей собой процедуру, следование которой обеспечивает правильный, честный результат. Формальная справедливость, восприняв от равенства такие черты, как всеобщность, общеобязательность исключает возможность произвола в обращении с людьми и в обращении людей с нормами»<sup>65</sup>.

Вместе с тем далеко не всеми исследователями категории «справедливость» придается решающее значение в системе сущностных признаков права<sup>66</sup>, хотя стремление к справедливости в праве свойственно всем правовым системам. Другими словами, далеко не всякая моральная норма может получить правовую форму и одновременно не всякая правовая норма имеет моральную

<sup>61</sup> Г.Дж. Берман, *Индивидуалистская и коммунитарная теория справедливости: исторический подход*, [в:] Г.Дж. Берман, *Вера и закон: примирение права и религии*, перевод с англ. Д. Шабельникова, М. Тименчикова, «Ad Marginem», Москва 1999, с. 301.

<sup>62</sup> См.: В.С. Нерсесянц, *Общая теория государства и права...*, с. 10.

<sup>63</sup> Цицерон, *Диалоги «О государстве. О законах»*, Наука, Москва 1966, с. 56, 126.

<sup>64</sup> Т. Гоббс, *Левиафан...*, с. 110.

<sup>65</sup> Г.В. Мальцев, *Понимание права. Подходы и проблемы*, Прометей, Москва 1999, с. 181.

<sup>66</sup> См.: М. ван Хук, *Право как коммуникация*, пер. с англ. М.В. Антонова, А.В. Полякова, Изд. дом Санкт-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербург 2012, с. 86.

составляющую. Об этом писал уже Г.Ф. Шершеневич: «Во-первых, содержание норм права может быть нравственно-безразлично. [...] Во-вторых, содержание норм права может быть безнравственно»<sup>67</sup>. На противоречия между правом и моралью, включая справедливость в качестве одних из важнейших нравственных ценностей в регулировании имущественных, семейных, трудовых, экологических, международных отношений обращали внимание и специалисты в области международного права<sup>68</sup>. Сторонники материалистической теории права полагают, что в системе права принцип справедливости не является всеобщим в силу следующих причин: (1) предмет правового регулирования значительно шире сферы действия справедливости в праве; (2) имеется ряд правоотношений не в полной мере соответствующих требованиям справедливости; (3) справедливость – часть правосознания и лежит за пределами права<sup>69</sup>. Поэтому, хотя в материалистической теории права категория справедливости используется, однако основным признаком права считают не справедливость, а эквивалентность. Не обосновательно Г.В. Мальцев полагает, что «речь в данном случае идет о совокупности распределительных отношений между людьми и социальными группами (классами, коллективами), которые открывают им прямой доступ к потреблению, как оно характеризуется в политической экономии, а также к присвоению, усвоению широкого комплекса жизненных условий позитивного или негативного характера, образующих реальный статус того или иного субъекта в обществе [...]». Сюда входят не только подлежащие распределению предметы, вещи, услуги, деньги и т.д., но и ряд идеальных объектов, специфических ценностей, которые могут быть предметом взаимных представлений или разделений между классами, социальными группами и индивидами»<sup>70</sup>. Немалое число отношений индифферентны относительно любого рода идеологических оценок, включая справедливость. Можно указать на такие отношения, связанные с производством материальных и духовных благ, как: (1) технико-производственные (технологические); (2) отношения в сфере образовательной деятельности, оказания услуг медицинского характера; (3) транспортных и иных услуг; (4) процессуальные отношения в сфере деятельности правотворческих органов, а равно суда и иных правоприменительных и правоохранительных органов. Так, вряд ли можно увидеть какое-либо моральное содержание в гражданско-правовых нормах, определяющих порядок, например, в создания

<sup>67</sup> Г.Ф. Шершеневич, *Общая теория права. Философия права*, т. I: *Часть теоретическая*, Давид Гликсманъ, Рига 1924, с. 319.

<sup>68</sup> См. например: Г.К. Дмитриева, *Мораль и международное право. Международные отношения*, Москва 1991.

<sup>69</sup> В.М. Сырых, *Материалистическое понимание права и справедливости*, «Правоведение» 2013, № 2, с. 30.

<sup>70</sup> Г.В. Мальцев, *Социальная справедливость и право*, Мысль, Москва 1977, с. 66.

и деятельности юридических лиц, формах заключения и исполнения договоров, условиях их действительности и т.д. Подобного рода примеры, иллюстрирующие безразличное отношение морали к содержанию правовых норм, можно привести из других отраслей права.

Вместе с тем определенная часть правоотношений далеки от принципа социальной справедливости и, соответственно, возникают и развиваются вопреки ей. Как справедливо утверждает О.И. Цибулевская не все законы, даже основанные на справедливости, являются нравственными<sup>71</sup>. Не вписываются в критерии современного понимания справедливости некоторые методы обеспечения действия и защиты права с помощью государственного принуждения, являющегося необходимым условием правового регулирования. Вряд ли согласуются с принципом справедливости нормы гражданского права, разрешающие изымать у неплатежеспособного лица (банкрота) материальные ресурсы и денежные средства, лишать его недвижимости. Таким образом, в тех областях общественных отношений, которые нейтральны относительно идеи справедливости, ее место замещает идея эквивалентности, соответственно принцип справедливости распространяется не на всю систему права.

Но определять право через справедливость недопустимо, поскольку при таком подходе существо отождествляются, хотя и взаимосвязанные, взаимопроникающие, но, тем не менее, самостоятельные нормативные системы: права и морали. Более того, справедливость вряд ли допустимо относить к числу существенных признаков права. Таковыми в действительности являются: равенство, свобода воли, взаимозависимость, эквивалентность, всеобщность<sup>72</sup>. И. Кант подчеркивал, что, начиная с Цицерона учение о нравственности (морали) именуется учением только об обязанностях, а не и правах в силу того, что моральный закон предписывает долг (обязанность), исходя из которого впоследствии можно вывести понятия о правах<sup>73</sup>. На принципиальное различие права и морали указывали не раз. Например, Н.М. Коркунов отмечал, что «из нравственных норм выводится только безусловный нравственный долг; изюридических – обусловленные друг другом право и обязанность<sup>74</sup>. Очевидно, следует упомянуть, что различение права и морали положил в основу своей психологической теории права Л.И. Петражицкий<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> См.: О.И. Цибулевская, *Мораль, право, власть*, ред. Н.И. Матузов, Поволжская академия государственной службы им. П. А. Столыпина, Саратов 2004, с. 14.

<sup>72</sup> См.: В.М. Сырых, *Материалистическое понимание права и справедливости*, «Правоведение» 2013, № 2, с. 20.

<sup>73</sup> См.: И. Кант, *Метафизика нравов*, [в:] И. Кант, *Соч.: в 6 т.*, т. 4, ч. 2, ред В.Ф. Асмус, А.В. Гулыга, Т.И. Ойзерман, Мысль, Москва 1965, с. 149.

<sup>74</sup> См.: Н.М. Коркунов, *Лекции по общей теории права*, предисловие И.Ю. Козлихина, «Юридический центр Пресс», Санкт-Петербург 2003, с. 61.

<sup>75</sup> См.: Л.И. Петражицкий, *Теория права и государства в связи с теорией нравственности*, «Лань», Санкт-Петербург 2000.

Вместе с тем нельзя не отметить своеобразного взаимодействия и взаимосвязи права и морали в достижении общих для них целей, используя для этого присущие этим нормативным системам методы. «Там, где право отказывается давать какие-либо предписания, выступает со своими велениями нравственность; там, где нравственность бывает неспособна одним своим внутренним авторитетом сдерживать проявления эгоизма, на помощь ей приходит право со своим внешним принуждением»<sup>76</sup>. Один из ведущих современных философов права Р. Алекси также выдвигает тезис о необходимой связи права и морали<sup>77</sup>. Несомненно, что эта, казалось бы, сугубо теоретическая проблема имеет важные практические следствия, в первую очередь, в случаях, которые он, также как Г. Радбрух, называет законной несправедливостью.

Немаловажно также и то, что как справедливо отметила сторонник либертаторной теории права Н.В. Варламова «любая рациональная трактовка справедливости на деле вполне оказывается позитивистской (лишенной содержательной специфики) и, в конечном счете, сводится к личному или институционально оформленному произволу, поскольку справедливым является то, что полагает таковым конкретное лицо или надлежащая властная инстанция, учрежденная в рамках существующего позитивного правопорядка»<sup>78</sup>, что, конечно, не означает отказа от признания справедливости не только в качестве одного из его идейных оснований, а скорее свидетельствует о роли справедливости в качестве принципа права.

Учитывая динамичность содержания морали, необходимой составной частью которой, наряду, например, с добрыми нравами, является справедливость, аморфность, размытость моральных норм, вышеотмеченный объединительный подход неизбежно ведет к значительным социальным издержкам. До сих пор представителям вышеотмеченных школ не удалось ответить на основополагающие вопросы: что справедливо, а что несправедливо в определенных социальных координатах и кто будет это определять.

По мнению О. Хёффе можно выделить следующие виды существующих нормативных моделей справедливости. (1) модель на основе кооперации и установления консенсуса; (2) модель на основе договора; (3) модель на основе рациональных понятий и категорий; (4) модель на основе взаимного обмена и коммуникации<sup>79</sup>. Все перечисленные модели нормирования отношений исходят из характеристики справедливости в качестве руководящего принципа достижения положительного результата для участников соответствующего процесса. Для целей гражданско-правового регулирования

<sup>76</sup> П.И. Новгородцев, *Право и нравственность*, «Правоведение» 1995, № 6, с. 113.

<sup>77</sup> См.: Р. Алекси, *Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму)*, пер. с нем. А.Н. Лаптева, Ф. Кальшойера, «Инфотропик», Москва 2011, с. 4.

<sup>78</sup> Н.В. Варламова, *Формальное равенство как универсальный принцип права*, «Ежегодник либертарно-юридической теории» 2009, с. 69–70.

<sup>79</sup> См.: О. Хёффе, *Справедливость...*

наиболее привлекательными являются две модели: модель на основе взаимного обмена и коммуникации<sup>80</sup> и модель на основе договора.

Справедливость самым тесным образом связана с интересами, совпадением которых обеспечивается в процессе, диалога, коммуникации и, в конечном счете, в сфере гражданско-правового оборота получает свое воплощение в согласованной сторонами модели поведения, обеспечивающих их реализацию. При этом индивидуальные интересы восходят к групповым, корпоративным и иным, более общим интересам, которые отнюдь не монолитны, а скорее внутренне противоречивы. Поэтому представления людей о справедливости, если их не соотносить с интересами и конкретной деятельностью по их реализации, становятся неуловимыми. В свое время на это обратил внимание Э. Дюркгейм, который подчеркивал, что граница между справедливым и несправедливым, определяемая миром ценностей человека, неустойчива и может перемещаться индивидом почти произвольно<sup>81</sup>. В этой связи понятно, почему изучение интересов должно быть увязано с ценностями, которые А.А. Ивин характеризовал как предмет любого интереса, желания, стремления<sup>82</sup>, в т.ч. со справедливостью. Очевидно, что справедливость относится к числу ценностей абсолютных. В этой связи, очевидно, необходимо обратиться к анализу проблемы справедливости правовых норм долгое время, выпадавшей из поля зрения юридической науки. Если правовая норма должна обеспечивать гармоничное сочетание интересов личности и государства, то это означает, что в одних случаях приоритет должен быть отдан интересам и правам личности, а в других – государству. О сочетании в справедливости индивидуальных и коллективных интересов писал Г.Дж. Берман<sup>83</sup>. В этой связи вряд ли можно согласиться с вышеупомянутым Дж. Ролзом, который основывает свою моральную теорию справедливости на концепции первенства индивидуальных прав, которые, по его мнению, в конечном счете, проистекают из свободы. А из постулата равной свободы он приходит к пониманию справедливости как равенства. В конечном счете, Дж. Ролз принимает позитивистскую трактовку права, рассматривая справедливость в качестве моральной категории.

Справедливость предполагает существование в обществе правового начала и способов его применения для регулирования общественных отношений. Но учитывая историческую изменчивость представлений о справедливости, правовые нормы не бесспорны ни в момент их принятия, ни

---

<sup>80</sup> См.: М.В. Байтеева, *Между понятием и смыслом справедливости*, «Правоведение» 2013, № 2, с. 9.

<sup>81</sup> См.: Э. Дюркгейм, *О разделении общественного труда. Метод социологии*, подготовил А.В. Гофман, «Наука», Москва 1991, с. 6.

<sup>82</sup> См.: А.А. Ивин, *Логика для юристов: Учебное пособие*, Гардарики, Москва 2006, с. 8.

<sup>83</sup> См.: Г.Дж. Берман, *Индивидуалистская и коммуитарная теория справедливости: исторический подход*, [в:] Г.Дж. Берман, *Вера и закон...*

позднее, в момент их реализации. Как метко заметил Э. Леви «в определенном смысле правовые нормы никогда не бывают бесспорными; если бы от норм требовалось быть таковыми еще до их установления, человеческое общество вообще бы не могло существовать»<sup>84</sup>. Поэтому лишь в той мере, в какой проявляет себя вовне солидарность, согласованность интересов и ценностей различных субъектов права, возможно всеми признаваемое справедливым решение того или иного вопроса<sup>85</sup>.

Конечно, справедливость предполагает правовое равенство субъектов права. Это означает необходимость общезначимости и одинаковости требований права в отношении всех, включая и носителей власти, создающих законы. Но справедливость, понимаемая как равенство, – это категория абстрактная, по существу не терпящая и не допускающая конкретизации. Как утверждал Г. Радбрух с помощью справедливости гипотетически можно определить лишь одно – имеет ли предписание правовую форму<sup>86</sup>. Развивая неокантианскую трактовку справедливости, Г. Радбрух писал: «Так как справедливость указывает нам именно на то, чтобы обходиться так: „равное равно, неравное неравно“, но ничего не говорит нам о точке зрения, по которой ее следует охарактеризовать как равное или неравное, оно определяет лишь отношение, но не способ обхождения»<sup>87</sup>.

Представляется, что в основе любой юридической конструкции (за рядомисключений, о которых речь пойдет ниже) в принципе лежит справедливость. В римском праве имелось положение: то право, которое кто-либо считает справедливым применить к другому лицу, должно признаваться действительным и для самого себя. Выдвигалось также требование о том, что под действие закона должны подпадать все. Однако, как отмечал Ф.К. Савиньи сама справедливость не опирается ни на какие принципы<sup>88</sup>.

Еще раз подчеркнем: правовая форма органично присуща справедливости. Отказ от правового характера справедливости приводит к тому, что за справедливость начинают выдавать какое-либо неправовое начало, применение которого угрожает обществу и государству дестабилизацией. Такими неправовыми началами могут быть требования фактического равенства и привилегий, моральные нормы и религиозные ценности, национальные или экономические интересы. В этом случае правовое, то есть всеобщее и равное для всех значение справедливости подменяется отдельным, частным, произвольным интересом. Этот частный интерес может быть закреплен в неправовом законе, никак не способствующем благу общества

<sup>84</sup> Э. Леви, *Введение в правовое мышление*, пер. с англ., Наука, Москва 1995, с. 5.

<sup>85</sup> См.: И. Ильин, *Национальная Россия: наши задачи*, Эксмо, Москва 2011, с. 313.

<sup>86</sup> См.: Г. Радбрух, *Философия права...*, с. 88–89.

<sup>87</sup> В.С. Нерсесянц, *Общая теория государства и права...*, с. 47.

<sup>88</sup> Ф.К. Савиньи, *Обязательственное право*, предисловие В.Ф. Попондопуло, пер. с нем. В. Фукса, Н. Мандро, «Юридический центр Пресс», Санкт-Петербург 2004, с. 457.

и его конкретных граждан. Аврелий Августин утверждал, что справедливость выступает необходимым свойством права и выступает в качестве критерия для того, чтобы отличить право от неправа и насилия, государство – от банды разбойников. Комментируя развитие в трудах Аристотеля идеи о различии справедливости, И.Ю. Козлихин пишет, что «критерий уравнивающей справедливости не привносится извне как в первом случае, а внутренне присущий, то есть имманентен праву как таковому. В таком случае «достоинства» сторон не имеют никакого значения, стороны выступают как равные субъекты права... Иными словами, у Аристотеля, – полагает данный автор, – намечается разделение сферы политики и частной жизни, сферы-публичного и ч. п.»<sup>89</sup>.

Одним из наиболее важных конститутивных критериев возведения права в закон является принцип социально-правовой справедливости, который включает принципы духовного равенства всех людей и их равноправия в рамках стабильного правопорядка. С этим положением, очевидно согласен К.Л. Томашевский, считающий идею справедливости нравственно-правовым принципом<sup>90</sup>. Справедливость – это, с одной стороны, правовое явление, рельефно отображающее и характеризующее право, служащее одним из отличительных признаков права, а с другой стороны является феноменом морали, постольку, поскольку определяет нравственные устои общества. «Справедливое, писал Лейбниц, есть то, что является нравственно возможным»<sup>91</sup>. Следовательно, принципу равноправия чуждо простое арифметическое уравнение равных по абсолютному достоинству, но совершенно различных по своим качествам и призванию людей, которые занимают особое место в естественной социальной иерархии, этот принцип предполагает создание одинаково благоприятных условий, при которых каждый человек имел бы возможность свободно самоопределяться в соответствии с его природными свойствами, приобретенными способностями, а также найденным предназначением. Именно тогда он будет истинно свободным как духовно, так и социально. В этом и заключается суть истинной и достойной жизни, свободного и ответственного общежития и сотрудничества людей, а также суть подлинной справедливости, которая прослеживается в различном предназначении органов единого живого организма. Поскольку справедливость предполагает ценностное отношение не только к другим, но и к себе, чувство собственного достоинства, осознание себя личности, что, является одним из условий возникновения права на элементарном уровне,

<sup>89</sup> И. Ю. Козлихин, *Право и политика: монография*, Издательство Санкт-Петербургского университета, Санкт-Петербург 1996, с. 20–21.

<sup>90</sup> См.: К.Л. Томашевский, *Очерки трудового права. История, философия, проблемы систем и источников*, Издательский центр БГУ, Минск 2009, с. 80.

<sup>91</sup> Г.В. Лейбниц, *Размышления о познании, истине и идеях*, [в:] Г.В. Лейбниц, *Соч. в 4-х томах*, т. 3, Мысль, Москва 1984, с. 126.

нельзя не вспомнить И. Канта, заметившего как-то: «Кто превращает себя в червя, не должен потом жаловаться, что его топчут ногами»<sup>92</sup>. Именно об этом писал И.А. Ильин, указывая на то, что справедливость получает особенное значение в процессе применения права. «Требование справедливости состоит в том, чтобы *решение* стояло в действительном и строгом соответствии с тем случаем, к которому оно применяется». Хотя право не в состоянии предусмотреть «всех тех особенностей и видоизменений, которые могут сложиться в действительности, и потому оно всегда дает только общие, отвлеченные и все уравнивающие указания; зато оно предоставляет много живому, *справедливому усмотрению* судьи и правителя. Задачей того, кто применяет право, является как раз – *приспособление общего и отвлеченного предписания к особенностям единичного случая и отношения*». Справедливость, пишет он далее требует, «чтобы право не применялось без оглядки, в слепом равнодушии и без всякого снисхождения к человеческой слабости и невежеству; оно требует наоборот, чтобы всюду, где только возможно, учитывались личные свойства субъектов и их намерения; оно требует далее, чтобы всюду. Где только право может выступить на поддержку морали и добрых нравов, применение нормы права служило бы этой высшей цели, оно требует, наконец, чтобы тот, кто применяет право, имел в виду только одно – *правое и верное решение* и не поддавался никаким соображениям постороннего свойства: пристрастию, лицепритию или, тем более, корысти»<sup>93</sup>.

Самое широкое проявление идеи справедливости находят в правосознании и правоприменительной практике, например «в требовании, чтобы схожие случаи разбирались сходным образом [...]. Поэтому для существования правовой системы необходима минимальная справедливость, так как согласие общества – условие ее функционирования и, соответственно, существования»<sup>94</sup>. Идею права мы находим в справедливости определяем суть этой справедливости (в данном случае – правовой *Gerechtigkeit*) дифференцирующей (*austeilende*) – как равенство, то есть как одинаковое регулирование равных и, соответственно, неодинаковое, различающихся людей и отношений. На справедливость может быть сориентировано понятие права, но руководствоваться ею для определения содержания права нельзя. Справедливость указывает нам, что равное следует регулировать одинаково, а неравное – неодинаково, но она ничего не говорит о критериях, в соответствии с которыми то или иное следует характеризовать как равное или неравное. Наконец, она определяет лишь отношения, но не вид регулирования. На оба эти вопроса можно ответить, исходя лишь из цели права<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> И. Кант, *Метафизика нравов*, [в:] И. Кант, *Соч.: в 6 т.*, т. 4, ч. 2, с. 376.

<sup>93</sup> И.А. Ильин, *Теория права и государства*, ред. и предисловие В.А. Томсинов, «Зерцало», Москва 2003, с. 113.

<sup>94</sup> М. ван Хук, *Право как коммуникация...*, с. 86, 87.

<sup>95</sup> Г. Радбрух, *Философия права...*, с. 86.

Формы выражения справедливости в праве многообразны, но особого внимания заслуживают правовые аксиомы, которые, как небезосновательно полагают некоторые авторы можно рассматривать как общепризнанные требования справедливости, которые моральной точки зрения должны стать неотъемлемой составной частью права<sup>96</sup>.

## Заключение

Категория справедливости является общей для права и морали и в этой связи можно говорить о правовой справедливости, являющейся качественной характеристикой и критерием отличия права от «неправа». Однако она не распространяется на все сферы правового регулирования ровно так же, как неохватывает всей морали.

В праве справедливость выражается не только в качестве идеи и принципа права, как правовая ценность, но и как правовые аксиомы, которые, как небезосновательно полагают некоторые авторы<sup>97</sup> можно рассматривать как общепризнанные требования справедливости, которые с моральной точки зрения должны стать неотъемлемой составной частью права и, наконец, как правовая ценность. Нельзя не согласиться с ИА. Ильиным, утверждавшим, что «совместная жизнь людей ставит их в такое положение, что каждый оказывается помещенным как бы в клеточку, окруженную такими же клеточками других людей. Согласно этому справедливость требует, чтобы право поддерживало *равенство и равновесие* между людьми, *поскольку это необходимо* для того, чтобы каждый мог вести достойное существование. *Справедливое право есть право, которое верно разрешает столкновение между естественным неравенством и духовным равенством людей, учитывая первое, но отпрявляясь всегда от последнего*»<sup>98</sup>.

Хотя в действующем законодательстве общая формулировка принципа справедливости (равно как и социальной справедливости) непосредственно (текстуально) не сформулирована, вместе с тем, имеются отдельные нормы, более или менее полно выражающие идею справедливости. Особенно много таких норм в трудовом законодательстве.

Категория справедливости является общей для права и морали и в этой связи можно говорить о правовой справедливости, являющейся качественной характеристикой и критерием отличия права от «неправа». Однако она не распространяется на все сферы правового регулирования ровно так же, как не охватывает всей морали.

<sup>96</sup> А.И. Экимов, *Право в контексте справедливости*, «Правоведение» 2013, № 2, с. 59.

<sup>97</sup> Там же, с. 59.

<sup>98</sup> И.А. Ильин, *Теория права...*, с. 94.

## Summary

### *Embodiment of the category “equity” in private law: Complex investigation experience*

Key words: law, morality, justice, legal equality, equivalence, interests, legal law, unlawful law, common law principles, principles of justice.

Justice, on the one hand, is a moral and ethical category, and on the other – the right category. Justice permeates the legal matter in general and consistently localized in the sense of justice, positive law, legal practice and this can and should be qualified not only as a legal principle, but the principle of the right. Law and morality – the two interrelated and interpenetrating certain extent, but it is not less independent regulatory system.

The idea, as well as the principle of justice is an absolute value and give the right humanistic character, but an objective criterion which characterizes no justice. Justice – is the estimated concept. In addition to the positive law (current legislation), most vividly and distinctly category justice manifests itself in legal axioms, and as compliance requirements – in law enforcement. Of course, the law does not regulate the way of thinking, but the latter, including present a person on the just and unjust, have a significant impact on the dialogue between them, the process of interaction of counterparties to meet their interests and, accordingly, the results of legal regulation.

Because (in a materialistic sense) the right, in extreme cases, at the elementary level, is in the process of social networks of people and other subjects, the realization of movable inherent interest, to the extent that clear correlation between justice and interests, justice and values. Justice can not be regarded as one of the essential qualities of law. It does not have the right to universality. Manifestations of justice do not apply to the whole sphere of legal regulation. There are significant public relations complexes indifferent law. Finally, a considerable number of public relations is not consistent with the principle of justice.

## Streszczenie

### ***Kategoria sprawiedliwości w prawie prywatnym: badanie kompleksowe***

Słowa kluczowe: prawo, moralność, sprawiedliwość, równość prawna, ekwiwalencja, interes, ustawa prawna, ustawa bezprawna, zasady ogólne prawa, zasady sprawiedliwości.

Sprawiedliwość z jednej strony jest kategorią moralno-etyczną, z drugiej zaś kategorią prawną. Pojawia się jako idea, jest rozpatrywana jako wartość, jako przeczcucie prawa, wyraża się poprzez prawną zasadę i zasadę prawa, przenikając materię prawa w całości i konsekwentnie lokalizując się w świadomości prawnej, prawie pozytywnym, praktyce stosowania prawa, jako miara oraz aksjomat prawny. Prawo i moralność są to dwa wzajemnie powiązane i do pewnego stopnia przenikające się i oddziaływujące na siebie, choć samodzielne, systemy regulowania normatywnego.

Idea, jak też zasada sprawiedliwości stanowią same w sobie absolutną wartość, nadając prawu humanistyczny charakter, jednakże obiektywne kryterium cechujące sprawiedliwość nie istnieje. Sprawiedliwość jest pojęciem ewaluacyjnym. Pomimo prawa pozytywnego (obowiązującego ustawodawstwa), najwyraźniej kategoria sprawiedliwości przejawia się w aksjomatach prawnych, a w charakterze obowiązkowych wymagań – w praktyce jego stosowania. Prawo nie determinuje toku myślenia, lecz właśnie od niego zależy wyobrażenie o sprawiedliwym i niesprawiedliwym, wpływa na dialog, proces negocjacyjny pomiędzy kontrahentami, realizację ich zamiarów oraz końcowy wynik regulacji prawnych.

W związku z tym, że prawo (w rozumieniu materialistycznym) na poziomie elementarnym powstaje w procesie socjalizacji ludzi oraz innych podmiotów podążających w kierunku realizacji własnych interesów, oczywista wydaje się korelacja pomiędzy sprawiedliwością a interesami, sprawiedliwością a wartościami. Sprawiedliwość nie może być rozpatrywana jako podstawowa cecha prawa. Nie obejmuje bowiem swoim zakresem ogółu regulacji prawnych – istnieje stosunkowo wiele kompleksowych systemów stosunków społecznych obojętnych prawu i spora grupa społecznych stosunków nieposiadających powiązania z zasadą sprawiedliwości.



**Boris Bołochonow**

Student Wydziału Prawa

Grodzińskiego Uniwersytetu Państwowego im. Janki Kupały

Białoruś

## **Защита прав потребителя в случае приобретения товара ненадлежащего качества посредством Интернет торговли (Интернет-магазинов)**

В последнее время потребители Республики Беларусь, пользователи сети Интернет, приобретают товары с помощью Глобальной паутины всё чаще, ведь, используя последние достижения в области Информационно-коммуникационных технологий, процедура покупки и расчёта за товар на Интернет-ресурсах становится проще. И это логично, так как, приобретая необходимый товар в сети Интернет, потребитель тратит минимум своего времени для его поиска и заказа. Выбранный товар доставят на дом или в любое другое указанное им место.

Так, число интернет-магазинов в Беларуси за 7 месяцев 2014 г. увеличилось на 49%. По состоянию на 1 января 2014 г. в Беларуси было зарегистрировано 6 473 интернет-магазинов, к 8 августа 2014 г. их стало уже 9 627. Товарооборот интернет-магазинов Беларуси за последние пять лет вырос более чем в 45 раз и достиг по итогам 2013 г. 3 154,5 млрд. белорусских рублей. В настоящее время больше всего интернет-магазинов (более 6,7 тыс., или 69,7% от общего объема) работает в Минске. В Минской области зарегистрировано более 1,1 тыс. объектов (11,9%), в Брестской – 467 (4,9%), Гомельской – 359 (3,7%), Витебской – 342 (3,6%), Гродненской – 322 (3,3%), Могилевской – 279 (2,9%). Наибольшее количество магазинов (около 1,6 тыс.) реализует электротовары, 857 – стройматериалы, 806 – телерадиотовары, 773 – вычислительную технику, 613 – инструменты<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> „БЕЛТА – Новости Беларуси” 2010–2015 [online] <[www.belta.by/ru/all\\_news/economics/Chislo-internet-magazinov-v-Belarusi-za-7-mesjatejev-vozroslo-v-15-raza\\_i\\_677634.html](http://www.belta.by/ru/all_news/economics/Chislo-internet-magazinov-v-Belarusi-za-7-mesjatejev-vozroslo-v-15-raza_i_677634.html)> (доступ: 24.04.2015).

В связи с этим возникает необходимость детального регулирования вопроса купли-продажи товаров в сети Интернет, а так же вопроса о защите прав потребителя, который приобрел товар на Интернет-ресурсе.

На сегодняшний день торговля по образцам с использованием сети Интернет регулируется:

- Законом Республики Беларусь «О государственном регулировании торговли и общественного питания в Республике Беларусь»;
- Законом Республики Беларусь «О защите прав потребителей»;
- Правилами продажи отдельных видов товаров и осуществления общественного питания, утвержденных постановлением Совмина Республики Беларусь от 22 июля 2014 г., № 703;
- Правилами продажи товаров при осуществлении розничной торговли по образцам, утвержденными постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 15 января 2009 г., № 31 (далее – Правила осуществления розничной торговли по образцам).

Необходимо отметить, что при покупке товаров в сети Интернет, за покупателем сохраняются все права, гарантированные Законом Республики Беларусь «О защите прав потребителей».

В своем докладе хотелось бы проанализировать самые актуальные проблемные вопросы, которые связаны с приобретением пользователями товара ненадлежащего качества в Сети Интернет и, как следствие, защиты законных прав и интересов потребителей. Прежде всего, потребителям необходимо обратить внимание на доменное имя Интернет-магазина, которое должно быть зарегистрировано субъектом предпринимательской деятельности в установленном законодательстве порядке, подтверждено документом, выдаваемым Оперативно-аналитическим центром при Президенте Республики Беларусь.

В настоящее время становится распространенным случаи приобретения товаров с использованием зарубежных сайтов. Однако, покупая товары на сайтах, расположенных в доменном пространстве иных государства (например .ru) или коммерческой зоне (.com), есть вероятность того, что реализация товаров может производиться физическими лицами, не зарегистрированными в качестве индивидуальных предпринимателей либо иных субъектов хозяйствования.

И так как под действие Закона Республики Беларусь «О защите прав потребителей» подпадают только отношения между гражданами и субъектами предпринимательской деятельности, потребителям в данном случае придется обращаться за защитой своих прав в суд. Обеспечить досудебную защиту таким гражданам не представляется возможным.

Ещё одним показателем добросовестности продавца является информация, которую он размещает на своём Интернет-магазине. В соответствии с зако-

нодательством Республики Беларусь, должен довести до сведения потребителя на белорусском или русском языке следующую информацию<sup>2</sup>:

1. Наименование своей организации, юридический адрес, УНП (для индивидуального предпринимателя – фамилию, имя, отчество, адрес, сведения о государственной регистрации и наименовании органа осуществившего государственную регистрацию, а так же время работы магазина.

2. Обязательно указание наименование товара, который реализуется с помощью Интернет-ресурса.

3. Наименование, место нахождения изготовителя товара, а так же информация об импортере товара в Республику Беларусь.

4. Установленные гарантийные сроки на товар, дата изготовления и срок службы (срок годности или срок хранения товара).

5. Цена товара, которая в соответствии с пунктом 21 Правил продажи отдельных видов товаров и осуществления общественного питания, утвержденных постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 22 июля 2014 № 703 указывается исключительно в белорусских рублях.

6. Информация о наличии товара у продавца, за исключением случаев, когда продавец явно определил, что товары не предназначены для продажи, например, изучение спроса и т.п. Предложение товара на сайте интернет-магазина признается публичной офертой при наличии всех существенных условий договора. Таким образом, в случае отказа потребителю в заказе товара при отсутствии на странице интернет-магазина дополнительной информации о товаре, например, «изучение спроса», «нет в наличии» и т.п., действия продавца являются неправомерными и он может быть привлечен к административной ответственности за нарушение правил торговли.

Наличие указанной информации на Интернет-сайте позволит потребителям, в случае приобретения товара ненадлежащего качества, отстаивать свои права и законные интересы.

На наш взгляд, достаточно большое внимание для защиты прав потребителей, необходимо уделить моменту доставки и получения заказанного товара. Так, при получении товара у курьера потребитель должен сопоставить информацию, полученную на сайте интернет-магазина, с информацией в документах на приобретенный товар (технический паспорт, гарантийные талоны), в которых в обязательном порядке должна быть отметка о продавце (наименование, контактный телефон, подпись продавца). В распространённых случаях в указанных выше документах указываются такие отметки как имя продавца и номер мобильного телефона. Наличие таких отметок не допускается, так как при выявлении недостатков зачастую трудно установить продавца данного товара.

<sup>2</sup> Официальный интернет-сайт Министерства торговли Республики Беларусь, 2015 г. [online] <[www.mintorg.gov.by/index.php?option=com\\_content&task=view&id=527&Itemid=617](http://www.mintorg.gov.by/index.php?option=com_content&task=view&id=527&Itemid=617)> (доступ: 24.04.2015).

В соответствии с пунктом 1 статьи 16 Закона Республики Беларусь «О защите прав потребителей», если при реализации потребителю товаров через Интернет-магазин потребителю не предоставлена возможность получить необходимую и достоверную информацию о товаре в момент доставки товара, потребитель вправе отказаться от приобретения товара без возмещения продавцу расходов, связанных с доставкой такого товара<sup>3</sup>.

В случае доставки заказанного через интернет-сайт товара курьером, курьер обязан:

1) обладать специальными познаниями для того, чтобы дать консультацию;

2) передать товар, который полностью соответствует образцу или описанию, качество которого соответствует информации, представленной потребителю на сайте, а также информации, доведенной до его сведения при передаче товара;

3) по требованию покупателя представить подлинник лицензии или ее копию, оформленную в установленном порядке;

4) по требованию покупателя должен ознакомить его с документами, удостоверяющими качество и безопасность товаров – сертификат качества, удостоверение о государственной гигиенической регламентации и др.;

5) выдать необходимые документы (технический паспорт; инструкцию по эксплуатации, гарантийный талон, содержащий отметку о дате продажи, сведения о продавце и сервисном центре, подпись продавца);

6) провести проверку качества товара (если это не исключено ввиду характера товара и не противоречит правилам, установленным в розничной торговле), его комплектности;

7) выдать документ, подтверждающий факт приобретения:

– кассовый (товарный) чек либо квитанцию о приеме наличных денежных средств при продаже товаров (выполнении работ, оказании услуг) без применения кассовых суммирующих аппаратов и (или) специальных компьютерных систем и платежных терминалов, форма которой утверждена постановлением Министерства торговли от 23 августа 2011 № 34 «О мерах по реализации постановления Совета Министров Республики Беларусь от 6 июля 2011 г. № 912»,

– надлежащим образом оформленный технический паспорт,

– инструкцию по эксплуатации, руководство пользователя,

– гарантийный талон,

– иные документы, в которых содержатся сведения о наименовании товара, стоимости товара, дате приобретения, продавце (полное наименование

---

<sup>3</sup> О защите прав потребителей: Закон Республики Беларусь, 9 января 2002 г.: в редакции Закона от 4 января 2014 г. № 106-3; Эталон-Беларусь [Электронный ресурс] Национальный центр правовой информации Республики Беларусь, Минск 2015.

организации либо ФИО индивидуального предпринимателя, доменное имя, указанное в лицензии), подпись продавца.

В заключении, необходимо ещё раз отметить, что при приобретении товаров через Интернет-магазин за покупателем сохраняются все права, гарантированные Законодательством Республики Беларусь о защите прав потребителей. Покупателю для защиты своих прав и законных интересов необходимо уделять должное внимание наличию информации на сайте продавца о государственной регистрации и наименовании органа осуществившего государственную регистрацию данного субъекта предпринимательской деятельности. Необходимо тщательно ознакомиться с договором офертой, которая должна быть расположена на сайте продавца, а так же с порядком и условиями доставки товара.

## Summary

### *Consumer rights protection in the case of acquisition of goods of inadequate quality through the Internet commerce (online stores)*

Key words: consumer rights protection, case of acquisition of goods of inadequate, online stores, e-commerce.

In this article author analyzes the number of online stores in the Republic of Belarus, topical problematic questions that users may have with purchase of goods of inadequate quality in the Internet, protection of legal rights and interests of consumers.

## Streszczenie

### *Ochrona praw konsumenta w przypadku nabycia produktu nieodpowiedniej jakości za pośrednictwem handlu internetowego (sklep internetowy)*

Słowa kluczowe: prawo ochrony konsumenta, nabycie produktu, nieodpowiednia jakość, sklepy internetowe, e-handel.

Konsumenci coraz częściej dokonują zakupu towarów przez Internet, co stało możliwe dzięki rozwojowi technologii informacyjno-komunikacyjnej upraszczającej procedurę zakupu i rozliczenia się w sieci. Liczba sklepów internetowych w ciągu 7 miesięcy 2014 r. zwiększyła się na Białorusi o 49% i na dzień 8 sierpnia 2014 r. wynosiła 9627. Saldo handlowe sprzedaży internetowej w ciągu ostatnich 5 lat

zwiększyło się ponad 45 razy i wynosiło na koniec 2013 r. 3154,5 mld rubli białoruskich. W związku z tym pojawia się konieczność wprowadzenia regulacji kupna-sprzedaży towarów w Internecie. Celem niniejszego referatu jest analiza najbardziej aktualnych problemów związanych z nabyciem towaru nieodpowiedniej jakości oraz związanej z tym ochrony praw i interesów konsumenta.

**Krzysztof Borzół**

Zakład Prawa Handlowego

Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

## Zasada słuszności na gruncie orzecznictwa sądów międzynarodowych

Zasada słuszności – *equitas*, opisana przez Arystotelesa w *Księdze Nikomachejskiej*, to reguła porządku z obowiązującymi regułami. Niemożliwe jest bowiem stworzenie takiej normy prawnej, która obejmowałaby wszystkie przypadki, jakie mogą nastąpić w przyszłości, a przecież występują również sytuacje, w których normy kolidują ze sobą i wyrok musi opierać się jedynie na władzy sędziego. Arystoteles postulował zatem, aby sprawiedliwość osiągać dzięki możliwości wyłączenia w pewnych sytuacjach rygorystycznego stosowania norm prawnych, gdyż nie uwzględniają one wszystkich sytuacji, jakie mogą podlegać danej normie.

Dzięki Cynceronowi, kontynuującemu myśl Arystotelesa, w prawie rzymskim ukształtowała się zasada interpretacji, umożliwiająca wyłączenie formalnego stosowania prawa tak, aby w przypadku sprzeczności norm odwoływać się do zasady słuszności. Jak głosił Cynceron, *valeat aequitas* – słuszność ma być w mocy, słuszność ma wziąć górę, ma wartość, ma znaleźć się w stanie wykonania<sup>1</sup>.

Wpływ zasady słuszności jest najbardziej widoczny w prawie międzynarodowym i opiera się w dużej mierze na zasadach określonych jeszcze w prawie rzymskim jako funkcja korygowania skutków stosowania prawa. Hugo Grocjusz, ojciec prawa międzynarodowego, wskazywał, że traktaty międzynarodowe mają na celu przede wszystkim obronę lub urzeczywistnienie słusznego prawa, zatem dozwolone jest odejście od ścisłego stosowania prawa. Zasada słuszności w szczególności wykorzystywana jest przez międzynarodowe trybunały arbitrażowe<sup>2</sup>.

Zasada słuszności spełnia trzy funkcje: *infra legem*, *prater legem* oraz *contra legem*.

<sup>1</sup> Zbiór pism Cyncerona pod hasłem *Topica*.

<sup>2</sup> Wyrok MTS z 25 października 1910 r. – sprawa Orinoco Steamship Co. USA przeciw Wenezueli, Reports of International Arbitral Awards, t. XI, s. 180–204; [online] <[www.legal.un.org/riaa/states/united\\_states](http://www.legal.un.org/riaa/states/united_states)>.

*Infra legem* to środek łagodzący skutki zbyt sztywnego stosowania norm prawnych określonych w przepisach. Pozwala sędziemu na taką interpretację normy prawnej, która pozwoli stosującemu prawo tak się nią posłużyć, aby uwzględniała najpełniej ducha prawa i jej cechę.

Wzorcowym przykładem zastosowania *infra* lub inaczej *intra legem* był spór graniczny pomiędzy byłymi koloniami francuskimi: Burkina Faso i Mali<sup>3</sup>. Sporna granica była przedmiotem długotrwałego konfliktu, w tym starć zbrojnych. Spór nazywano również wojną świąteczną (trwała od 25 grudnia do 15 stycznia 1986). Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w toku postępowania ustalił przebieg granicy pomiędzy dwoma krajami wzdłuż zbiornika wodnego Soum. Trybunał nie posiadał żadnych dokumentów, które wskazywałyby, aby zbiornik należał do któregoś z krajów. Mając na uwadze zarówno zasadę *uti possidetis*, jak i *un iuris possidetis*, kierując się zasadą słuszności, zdecydował, aby oba kraje mogły mieć dostęp do cennych surowców. Trybunał wskazał, że w rozpatrywanym przypadku „można zastosować zasadę *equity* [uznawaną] za bezpośrednią emanację idei sprawiedliwości [...]. Soum jest zbiornikiem granicznym i – w braku jakichkolwiek dokumentów pozwalających precyzyjnie określić linię graniczną – należy ją przeprowadzić w taki sposób, by podzielić Soum na dwie części tak, aby było to słuszne. Jakkolwiek »słuszność« nie zawsze musi oznaczać »równość«, to jednak o ile nie zachodzą jakieś szczególne okoliczności, ten drugi termin najlepiej oddaje istotę pierwszego”.

Zasada *praeter legem* służy natomiast do wypełniania luk w prawie. Zastosowanie mają tutaj te same zasady jak w przypadku wykładni rozszerzającej. Trybunał zauważył, że zasadę słuszności często stosuje się do obszarów morskich<sup>4</sup>. Jako przykład można podać tzw. spór North Sea Continental Shelf cases<sup>5</sup> pomiędzy Danią, Niemcami oraz Holandią o morską granicę znajdującą się na szelfie kontynentalnym Morza Północnego, bogatą w złoża gazu oraz ropę. Zarówno Holandia, jak i Belgia chciały, aby zastosować zasadę ekwidystansu równych odległości od linii brzegowej, tzn. w taki sposób, aby każdy punkt na granicy znajdował się w równej odległości od najbliższych punktów linii brzegowej. Ponadto oba kraje podnosiły, że Niemcy podpisały, ale nie ratyfikowały Konwencji genewskiej o szelfie kontynentalnym, zatem art. 6 konwencji<sup>6</sup> nie obowiązywał. Tym samym Niemcy z uwagi na wkłesłą linię brzegową otrzymałyby najmniejszą jej część. Trybunał rozstrzygając

<sup>3</sup> Wyrok MTS z 22 grudnia 1986 r. nr 1986/3 – sprawa sporu granicznego pomiędzy Burkina Faso a Republiką Mali; zob. [online] <[www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)>.

<sup>4</sup> Art. 74 i 83 Konwencji o prawie morza z 1982 r. oraz Konwencji o szelfie kontynentalnym z 1958 r. był podstawą do stosowania wyjątku od normy traktatowej.

<sup>5</sup> Wyrok MTS z 25 lutego 1969 r. nr 1969/1 w sprawie szelfu kontynentalnego Morza Północnego [online] <[www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)>.

<sup>6</sup> Zasady określone w art. 6 konwencji stanowią, że w przypadku, gdy szelf kontynentalny przylega do dwóch lub więcej państw, rozgraniczenie szelfu następuje w drodze porozumienia. Dopiero w przypadku jego braku, granice stanowi linia środkowa, której wszystkie punkty są równo oddalone od najbliższych punktów linii podstawowych, od których wymierzono szerokość morza terytorialnego każdego z tych państw.

spór nie pozwolił na jednostronne automatyczne stosowanie zasady ekwidystansu. Samo uruchomienie negocjacji nie stanowi bowiem podstawy do uznania zasady podziału w myśl art. 6 ww. konwencji. Trybunał uznał, że „delimitację należy przeprowadzić w drodze porozumienia, zgodnie z zasadami słuszności oraz z uwzględnieniem wszystkich stosownych okoliczności sprawy, w sposób przyznający każdej ze stron maksymalnie dużą część szelfu kontynentalnego stanowiącego podwodne przedłużenie jej terytorium lądowego, bez naruszania granic naturalnego przedłużenia terytorium lądowego pozostałych państw”. Zdaniem Trybunału, zasada delimitacji to nie tylko zgodność z zasadami określonymi w konwencji, ale również zasadami słuszności wskazanymi w art. 38 Statusu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości<sup>7</sup>. Trybunał odmówił uznania metody ekwidystansu za normę zwyczajowego prawa międzynarodowego i nakazał stronom ustalenie granic szelfu w drodze porozumienia. Sprawa ta stanowiła podstawę do wszczęcia procesu nad pracami dotyczącymi trzeciej konwencji o prawie morza. Jest to zarazem wzorowy przykład *praeter legem*, gdy sędzia uzupełnia prawo o sprawiedliwe zasady słuszności niezbędne do rozstrzygnięcia sprawy.

Kwestia uzupełniania luk w prawie międzynarodowym jest wciąż dyskutowana. Trybunał w wielu sprawach orzekał na podstawie zasady słuszności w sytuacji, gdy nie dało się ustalić, jakie normy prawa powinny być zastosowane. Przykładem może być orzeczenie z 1937 r., w którym jeden z sędziów w sprawie pomiędzy Holandią a Belgią o odprowadzanie wody z rzeki Mozy uznał, że „zgodnie z art. 38 Statutu, a nawet niezależnie od niego, Trybunał ma pewną swobodę pozwalającą mu uznać zasady słuszności za część prawa międzynarodowego, którą musi zastosować”<sup>8</sup>. Z drugiej strony, przedstawiciele doktryny<sup>9</sup> postulują, że posługiwanie się zasadą *praeter legem* jest niedopuszczalne, gdy na gruncie źródeł prawa międzynarodowego luki w prawie nie istnieją. Spowodowane jest to faktem, że nawet w przypadku braku prawa stanowionego niemal zawsze zastosowanie znajdzie norma prawa zwyczajowego, bez względu na to, na jakim stopniu ogólności się znajduje. Sądy w głównej mierze stosują zasadę słuszności w dwóch przypadkach. Pierwszym jest pomoc przy oszacowaniu słusznych odszkodowań<sup>10</sup> i kwestii związanych z odpowiedzialnością państwa<sup>11</sup>. Dotyczy to również takich sytuacji, kiedy zasada zwyczajowa staje się

<sup>7</sup> Karta Narodów Zjednoczonych, Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Porozumienie ustanawiające Komisję Przygotowawczą Narodów Zjednoczonych (Dz.U. z 1947 r., nr 23, poz. 90 z późn. zm.).

<sup>8</sup> Wyrok MTS z 28 czerwca 1937 r., Seria A/B nr 70, Seria C nr 8I [online] <[www.international-waterlaw.org/cases/meuse.html](http://www.international-waterlaw.org/cases/meuse.html)>.

<sup>9</sup> M.J. Aznar-Gomez, *The 1996 Nuclear Weapons Advisory Opinion and Non Liqueur in International Law*, Cambridge Publishing International & Comparative Law Quarterly 1999, s. 13 i n.

<sup>10</sup> Wyrok MTS z 1929 r., seria A, nr 20, s. 39 w sprawie pożyczek serbskich zaciągniętych przed pierwszą wojną światową.

<sup>11</sup> Wyrok w sprawie brytyjskich roszczeń w hiszpańskim Maroku (arbitraż z 1924 r., Reports of International Arbitral Awards 2, s. 615–650) oraz wyrok z dnia 9 kwietnia 1949 r. w sprawie sporu o cieśninę Korfu pomiędzy Albanią a Wielką Brytanią.

zasadą skodyfikowaną<sup>12</sup>. Trybunał jasno określił granicę stosowania zasady *praeter legem*. Sądy nie są upoważnione do poprawiania prawa ani interpretowania prawa na gruncie sfery politycznej, nie mogą też wystosowywać postulatów *de lege ferenda*.

Ostatnią funkcją *equity* jest zasada *contra legem*. Polega ona na obejściu prawa stanowionego jako prawa niesprawiedliwego i zastosowaniu zasady słuszności. Zarówno doktryna, jak i trybunały jasno określiły, że zasada *contra legem* może być zastosowania jedynie w przypadku zgody stron sporu, tj. na zasadach określonych w art. 38 pkt 2 Statusu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości. Warto również wskazać, że sam Trybunał odróżnił orzekanie na podstawie ogólnych zasad słuszności od orzekania na podstawie *ex aequo te bono*, czyli w odniesieniu do ogólnych zasadach sprawiedliwości, a nie na podstawie przepisów prawnych. Zauważył, że „na gruncie krajowego systemu prawa słuszność zwykle jest przeciwstawiana sztywnym normom prawa pozytywnego, których surowość ma być łagodzona w imię sprawiedliwości. To przeciwstawienie nie ma swego odpowiednika w rozwoju prawa międzynarodowego; prawnomiędzynarodowa koncepcja słuszności ujmuje ją jako zasadę ogólną prawa bezpośrednio stosowaną jako prawo”<sup>13</sup>. Zatem zasada *contra legem* powstaje wówczas, gdy trybunał stosuje zasadę *ex aequo te bono*. W sytuacji natomiast, gdy sąd orzeka zgodnie z zasadą słuszności, jest to zasada *infra legem*, ponieważ słuszność wynika wtedy z mocy prawa, a nie woli stron.

Często przyjmuje się, że sama norma prawa międzynarodowego nie stanowi odzwierciedlenia zasady słuszności, jednak do prawidłowego jej wykonania wymagane jest posłużenie się tą zasadą. W takim przypadku słuszność wykonywana jest jako norma prawna.

Jak można zauważyć, zasada słuszności na gruncie źródeł prawa międzynarodowego nie jest oczywista, a mimo to sądy czy też trybunały zawsze stosują ją w trzech sytuacjach. Po pierwsze, kiedy znajduje odzwierciedlenie w tzw. klauzuli jurysdykcyjnej, która nakazuje sądowi wyrokować zgodnie z zasadą słuszności<sup>14</sup>. Po drugie, wówczas gdy to strony decydują, czy chcą, aby ich spór był rozstrzygnięty z uwzględnieniem zasady słuszności<sup>15</sup>. Trzecią i ostatnią możliwością jest identyfikowanie przez sam sąd zasady słuszności jako zasady ogólnej prawa międzynarodowego i mającego zastosowanie w prawie jako *applicable rules*<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> W sporze dotyczącym rybołówstwa między Wielką Brytanią a Islandią Trybunał doszedł do wniosku, iż art. 62 Konwencji, mówiący o zasadniczej zmianie okoliczności, może być uważany za kodyfikację prawa zwyczajowego w zakresie wygaśnięcia traktatu – zob. wyrok MTS z dnia 25 lipca 1974 r., nr 1974/1.

<sup>13</sup> Wyrok MTS z 25 lutego 1969 r., nr 1969/1 w sprawie szelfu kontynentalnego Morza Północnego z 1969 r. [online] <[www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)>.

<sup>14</sup> XII Konwencja Haska z 1907 r. w sprawie utworzenia Międzynarodowego Trybunału Łupów (nieratyfikowana).

<sup>15</sup> Wyrok MTS z dnia 24 lutego 1982 r. – sprawa pomiędzy Tunezją a Libią w sprawie szelfu kontynentalnego w: ICJ Reports 1982, par. 2.

<sup>16</sup> Wyrok MTS z 1937 r., seria A/B nr 70 – spór pomiędzy Belgią i Holandią w sprawie rzeki Mozy [online] <[www.internationalwaterlaw.org](http://www.internationalwaterlaw.org)>.

Zasada słuszności, choć sama nie należy do norm prawa, to stanowi element moralnego uzasadnienia normy prawnej i jest stosowana w wyniku wymogu sprawiedliwości czy uczciwości. Wprowadza również element elastyczności prawa. Sądy w trakcie wyrokowania rzadko odwołują się do sprawiedliwości jako normy abstrakcyjnej, a częściej wywodzą ją z obowiązującego prawa. Zasada ta jest zatem normą dla danej sytuacji, gdy sprawiedliwość wynika z zasady słuszności. Przykładem tego może być sprawa pomiędzy Libią a Malcią<sup>17</sup>, gdzie Trybunał uznał, że „nie może być mowy o poprawianiu geografii czy kompensowaniu nierówności natury”. Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości określił również tzw. zasadę *unencroachment*, tzn. niewkraczania jednego państwa na naturalne przedłużenie terytorium lądowego drugiego państwa, przy czym stwierdził: „sprawiedliwość, której emanacją jest słuszność, nie jest sprawiedliwością abstrakcyjną, lecz sprawiedliwością zgodną z normami prawa, co oznacza, że jego stosowanie powinno być spójne i przewidywalne, nawet jeśli wychodzi ono poza jego granice ku zasadom mającym bardziej uniwersalny charakter”. Trybunał podkreślił również, że czynniki słusznościowe to nie normy prawne, których zastosowanie jest obligatoryjne. Prawo międzynarodowe wymaga, aby w każdej sprawie były zastosowane czynniki najbardziej trafne, a co za tym idzie – dające najbardziej słuszne rozwiązanie sytuacji. Dopiero wtedy można mówić, że uzyskało się najbardziej sprawiedliwe rozstrzygnięcie.

Problem posługiwania się zasadą słuszności dotyczy jedynie sytuacji wykorzystywania jej przez Trybunały. W przypadku orzekania przez sądy sędzia musi kierować się zasadami określonymi w normach prawnych, nie zaś zasadą *ex aequo et bono*. Trybunał podkreślił tą tezę w sprawie pomiędzy Indiami a Pakistanem o trzęsawisko Kaćch. Po kilku incydentach zbrojnych pomiędzy krajami i obopólnym oskarżaniu się o próbę przesunięcia granicy, oba państwa na mocy porozumienia z dnia 30 czerwca 1965 r. oddały spór do rozstrzygnięcia przed Trybunał<sup>18</sup>. Sąd w orzeczeniu arbitrażowym uznał, „że skoro zasady słuszności stanowią część prawa międzynarodowego, strony mogą kształtować swe stosunki wzajemne w oparciu o zasady słuszności. Podczas gdy sędzia nie może odstąpić od norm prawnych, państwa zawierając porozumienie mogą je derogować, o ile tylko nie należą one do norm *ius cogens*”<sup>19</sup>.

Oczywiście warte podkreślenia jest sceptyczne podejście do zasady słuszności. O ile w prawie stanowionym zasada słuszności wpisana jest w system norm prawnych, o tyle w przypadku prawa międzynarodowego oraz tzw. *common law* słuszność uzależniona jest od osobistych zasad sędziego. W przypadku nieskrępowanego korzystania z kapitału własnego i przy ignorowaniu ustalonych zasad prawnych

<sup>17</sup> Porozumienie z 3 czerwca 1985 r. w sprawie szelfu kontynentalnego, [online] <[www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)>.

<sup>18</sup> Orzeczenie arbitrażowe z dnia 19 lutego 1968 r., *International Legal Materials*, 1968, s. 760 i n., *Reports of International Arbitral Awards*, t. XVII.

<sup>19</sup> J. Połatyńska, *Pozycja słuszności w prawie międzynarodowym*, [w:] *Prawo międzynarodowe wobec wyzwań współczesnego świata*, red. E. Dynia, Rzeszów 2009, s. 8.

zindywidualizowany przypadek może zniszczyć system uniwersalnych zasad. W ten sposób powstała jedna ze słynnych inwektyw prawnika Johna Seldena, że „słuszność to psotna rzecz. W prawie mamy ocenność, której wiemy jak zaufać. W słuszności mamy sumienie sędziego, które może być większe lub mniejsze i jest słusznością. Więc jeśli moglibyśmy nazwać to standardem miary, nazwalibyśmy to stopą, stopą sędziego. Jako niepewna miara stopa jednego sędziego będzie długa, drugiego krótka, trzeciego zaś nijaka i to jest to samo, co sumienie sędziego”<sup>20</sup>. Jest to jednocześnie krytyka Arystotelesowskiej koncepcji słuszności. Jeden z sędziów zresztą przyznał, że słuszność jest „tak zmienna, jak pogoda w Hadze”<sup>21</sup>. Jednak oprócz sytuacji dotyczących delimitacji obszarów morskich, Trybunał bardzo ostrożnie formułuje zasady słuszności jako normy prawa międzynarodowego. Trudno zatem wskazać takie normy prawa, które wywodzą się z zasady czystej słuszności i nie znajdują swych odpowiedników w krajowych systemach prawnych, a w związku z tym przychylić się do sceptycznych argumentów.

## Summary

### *The rule of equity in international public law based on cases of International Court of Justice*

Key words: equity, International Court of Justice, public law, equitable principles.

Equity rule is fundamental clause in jurisdiction International Court of Justice. International Court often uses equity for judgment. However parties of the dispute can choose equity as the superior principle of adjudicating instead international treaty. Courts may also identifying equity as general principles of international law and use it in specific matter.

In my paper I would like to describe three functions of equity rules: *infra legem*, *praeter legem* and *contra legem*. Each function will be described based on sentences of International Court of Justice, specify them and show differences. I also would like to present, that equity rules is used for forming new law, how it was in case of third maritime law. In the end I would like to show critical point of view for equity rule based on doctrine opinion.

<sup>20</sup> Table Talk of John Selden 43, red. F. Pollock, Oxford 1927.

<sup>21</sup> Por. zdanie odrębne sędziego Schwebela do orzeczenia w sprawie szelfu między Grenlandią a Jan Mayen, ICJ Reports 1993, s. 120.

**Paweł Czaplicki**

Zakład Prawa Handlowego

Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

## **Bankowy tytuł egzekucyjny w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego\***

Bankowy tytuł egzekucyjny to instytucja uregulowana w art. 96–98 ustawy Prawo bankowe<sup>1</sup>, instrument uprawniający banki do dochodzenia swoich roszczeń w ramach dalece uproszczonej procedury. Inspiracją do niniejszej analizy stał się wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 kwietnia 2015 r.<sup>2</sup> Orzeczono w nim niezgodność przepisów regulujących instytucję bankowego tytułu egzekucyjnego z Konstytucją RP. Niniejsze opracowanie stanowi próbę wskazania przyczyn i oceny zasadności takiego rozstrzygnięcia. Jest również analizą dotychczasowych orzeczeń Trybunału w tym zakresie i zmierza do udzielenia odpowiedzi na pytanie: dlaczego dopiero teraz dopatrzyl się on niezgodności omawianych przepisów z Konstytucją? Autor stara się również wskazać korzyści i zagrożenia wynikające z zaistniałej sytuacji. Ostatnia część artykułu została poświęcona perspektywom zmian w tym zakresie. Autor zastanawia się, czy istnieją instrumenty, które będą mogły skutecznie zastąpić instytucję bankowego tytułu egzekucyjnego oraz wskazuje kierunki, jakie powinien obrać ustawodawca.

Na wstępie należy przedstawić założenia dotychczasowego funkcjonowania bankowych tytułów egzekucyjnych w obrocie prawnym. Są one wystawiane są przez banki (uprawnienie to ustawodawca przyznał wyłącznie tej kategorii podmiotów

---

\* Niniejszy artykuł został złożony do redakcji na początku czerwca 2015 r. Zaprezentowana w nim analiza stanowiła bieżącą ocenę sytuacji powstałej po wydaniu przez Trybunał Konstytucyjny wyroku z dnia 14 kwietnia 2015 r. W związku z upływem czasu między dniem złożenia artykułu do redakcji a datą publikacji niniejszego opracowania jego pierwotna treść nie obejmowała nowelizacji przepisów ustawy – Prawo bankowe z dnia 25 września 2015 r. (weszła w życie dnia 27 listopada 2015 r.), która uchyliła art. 96–98 ustawy. Autor w stosownych miejscach poczynił w przypisach uwagi uzupełniające, które aktualizują stan prawny i faktyczny dotyczący omawianej instytucji.

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 128).

<sup>2</sup> Sygn. akt P 45/12, Dz.U. 2015, poz. 559.

obrotu gospodarczego) na podstawie ksiąg banków lub innych dokumentów związanych z dokonywaniem czynności bankowych (art. 96 ust. 1). Do obligatoryjnych elementów bankowego tytułu egzekucyjnego należą: oznaczenie banku, który go wystawił i na rzecz którego egzekucja ma być prowadzona, oznaczenie dłużnika zobowiązanego do zapłaty, wysokość zobowiązań dłużnika wraz z odsetkami i terminami ich płatności, wskazanie daty wystawienia bankowego tytułu egzekucyjnego, oznaczenie czynności bankowej, z której wynikają dochodzone roszczenia, oraz wzmianka o wymagalności dochodzonego roszczenia. Ponadto bankowy tytuł egzekucyjny musi być opatrzony pieczęcią banku wystawiającego tytuł oraz podpisami osób uprawnionych do działania w imieniu banku (art. 96 ust. 2). Z chwilą nadania przez sąd bankowemu tytułowi egzekucyjnemu klauzuli wykonalności staje się on podstawą egzekucji prowadzonej zgodnie z przepisami kodeksu postępowania cywilnego.

Warto zauważyć, że egzekucja może być prowadzona wyłącznie przeciwko osobie, która bezpośrednio z bankiem dokonywała czynności bankowej. Prowadzenie egzekucji dopuszczalne jest także w stosunku do osoby, która jest dłużnikiem banku z tytułu zabezpieczenia wierzytelności wynikającej z czynności bankowej. Warunkiem dochodzenia przez bank swoich roszczeń jest uprzednie złożenie przez dłużnika pisemnego oświadczenia o poddaniu się egzekucji. Oświadczenie powinno być złożone na piśmie, określać kwotę, do jakiej bank może prowadzić egzekucję w ramach bankowego tytułu egzekucyjnego, oraz termin, do którego bank może wystąpić o nadanie tytułowi egzekucyjnemu klauzuli wykonalności. Istotne jest również, aby roszczenie objęte tytułem wynikało bezpośrednio z czynności bankowej lub jej zabezpieczenia. Poza faktem, że banki mogą uzyskiwać bankowe tytuły egzekucyjne na drodze wewnętrznej czynności, elementem, który niewątpliwie wpływa na ich niezwykłą popularność, jest to, że wniosek banku o nadanie im klauzuli wykonalności sąd rozpatruje niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie trzech dni od jego złożenia. Z zaprezentowanych podstawowych założeń instytucji bankowego tytułu egzekucyjnego wyłania się obraz instrumentu niezwykle efektywnego. Bank, stwierdzając jakiegokolwiek nieprawidłowości w regulowaniu zobowiązań przez dłużnika, jest w stanie w ciągu krótkiego czasu, przy niewielkich nakładach finansowych, skierować sprawę do egzekucji komorniczej.

Formuła bankowych tytułów egzekucyjnych od dawna budziła kontrowersje. Zarzucano jej niezgodność z fundamentalnymi zasadami Konstytucji RP. Wskazywano sprzeczność przepisów regulujących omawianą materię m.in. z zasadą równości wobec prawa (art. 32 Konstytucji RP), prawem do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd (art. 45 Konstytucji RP), równą dla wszystkich ochroną praw własności i innych praw majątkowych (art. 64 Konstytucji RP) czy też ochroną konsumentów (art. 76 Konstytucji RP)<sup>3</sup>. Ze strony przedstawicieli doktryny płynęły

<sup>3</sup> Z. Ofiarski, *Komentarz do art. 97 ustawy Prawo bankowe*, LEX 2013.

liczne sygnały krytycznie oceniające instytucję bankowego tytułu egzekucyjnego i podkreślające potrzebę zmian<sup>4</sup>. Z drugiej jednak strony nadane bankom uprawnienia miały pokaźną grupę zwolenników i obrońców<sup>5</sup>. W konsekwencji, przy braku jednoznacznej oceny regulacji, bankowe tytuły egzekucyjne funkcjonowały w polskim systemie prawa przez kilkanaście lat bez większych modyfikacji.

Na marginesie warto zauważyć, że wprowadzona w 1997 r. regulacja w znacznym zakresie ograniczyła uprawnienia banków, gdyż pod rządami poprzedniej ustawy<sup>6</sup> mogły one wystawiać bankowe tytuły wykonawcze (art. 53 § 2). Przy zastosowaniu takiego rozwiązania banki były w pełnym wymiarze sędziami we własnej sprawie i nie podlegały żadnej kontroli na etapie sporządzania tytułu wykonawczego. Ponadto przepis art. 53 § 2 nadawał im uprawnienie do wyboru trybu prowadzenia egzekucji (cywilnoprawny lub administracyjnoprawny).

Instytucja bankowego tytułu egzekucyjnego pozostawała również w orbicie zainteresowań Trybunału Konstytucyjnego. Wątek ten na przestrzeni ostatnich lat przewijał się w jego orzeczeniach kilkakrotnie. Warto zwrócić uwagę, że bankowy tytuł egzekucyjny był przedmiotem rozważań jeszcze na gruncie poprzedniej regulacji. W wyroku z dnia 16 maja 1995 r.<sup>7</sup> Trybunał wyraził zdanie, że art. 53 ust. 2 dawnego prawa bankowego w zakresie, w jakim nadaje moc tytułów wykonawczych bez potrzeby uzyskiwania sądowych klauzul wykonalności dokumentom w tym przepisie wymienionym, w odniesieniu do roszczeń banku wynikających z wierzytelności nabytych przezeń na podstawie czynności prawnych z dotychczasowym wierzycielem niebędącym bankiem, z pominięciem zgody dłużnika na egzekwowanie należności w trybie przewidzianym w powyższym przepisie – naruszając zasadę zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa przez nadmierną ingerencję w zasadę stabilności stosunków umownych – jest niezgodny z zasadą demokratycznego państwa prawnego ustanowioną przez art. 1 przepisów konstytucyjnych. Trybunał podkreślił jednocześnie, że w pozostałym zakresie art. 53 ówczesnego prawa bankowego nie pozbawiał dłużnika banku prawa do sądu.

Znaczącym momentem z punktu widzenia oceny obecnej regulacji było opublikowanie wyroku z dnia 26 stycznia 2005 r.<sup>8</sup> Trybunał wskazał w nim, że kwestionowane regulacje prawa bankowego (art. 96–97), dopuszczające możliwość wystawienia bankowego tytułu egzekucyjnego, nie zamykają drogi do sądu. Na dowód tego podniósł, że dostępne instrumenty procesowe (powództwo przeciwegzekucyjne

<sup>4</sup> R. Zelwiański, *Bankowe tytuły egzekucyjne (potrzeba nowelizacji)*, „Państwo i Prawo” 2011, z. 9, s. 99–104.

<sup>5</sup> J. Szczęsny, *Glosa do wyroku TK z dnia 26 stycznia 2005 r., P 10/04*, „Prawo Bankowe” 2005, nr 11, s. 37–44; tenże, *Jeszcze o bankowych tytułach egzekucyjnych. Na tle orzeczenia TK z 29 listopada 2005 r. (P 10/05)*, „Prawo Bankowe” 2006, nr 9, s. 44–49; A. Rychter, *Bankowy tytuł egzekucyjny – skuteczne i praworządne narzędzie dochodzenia roszczeń bankowych*, „Monitor Prawa Bankowego” 2011, nr 11, s. 80–87.

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 31 stycznia 1989 r. – Prawo bankowe (Dz.U. nr 4, poz. 21 z późn. zm.).

<sup>7</sup> Wyrok TK z dnia 16 maja 1995 r., sygn. akt K 12/93, OTK 1995, cz. 1, poz. 14.

<sup>8</sup> Wyrok TK z dnia 26 stycznia 2005 r., sygn. akt P 10/04, Dz. U. nr 23, poz. 193.

– art. 840 k.p.c., powództwo o ustalenie istnienia lub nieistnienia prawa lub stosunku prawnego – art. 189 k.p.c.) stwarzają możliwość nie tylko zablokowania egzekucji toczącej się w oparciu o bankowy tytuł egzekucyjny, ale także dopuszczają możliwość żądania rozstrzygnięcia sporu merytorycznie o prawo będące przedmiotem sporu. Trybunał zaznaczył także, że w dyspozycji dłużnika pozostaje możliwość wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym w wypadku, gdyby okazało się, że egzekucja została przeprowadzona na podstawie bezprawnie wystawionego tytułu bankowego. Konkludując można przyjąć, że zdaniem TK odejście w określonych normatywnie sytuacjach od typowego czy klasycznego modelu ochrony sądowej nie może być samo przez się traktowane jako przejaw naruszenia konstytucyjnych gwarancji prawa do sądu.

W innych orzeczeniach uprawnienie do wystawiania bankowego tytułu egzekucyjnego było przywoływane m.in. jako świadczące o wyjątkowym statusie banków wśród innych podmiotów gospodarczych. W wyroku z dnia 17 stycznia 2001 r.<sup>9</sup> Trybunał stwierdził m.in., że wysokie wymagania organizacyjne postawione bankom powodują jednocześnie, że nie są one zwykłymi podmiotami gospodarczymi, lecz – w pewnym sensie – ustawodawca przypisał im funkcję instytucji zaufania społecznego. Świadczy o tym m.in. rola wyciągów z ksiąg rachunkowych banków oraz tzw. bankowy tytuł egzekucyjny (art. 95 i nast.). Uprawnienie banków do wystawiania bankowych tytułów egzekucyjnych stanowiło również argument do uzasadniania konstytucyjności innych unormowań pozwalających określonym podmiotom na egzekucję należności z pominięciem drogi sądowej. W tym kontekście bankowe tytuły egzekucyjne zostały przywołane w wyroku z dnia 10 lipca 2006 r.<sup>10</sup> w procesie badania zgodności z Konstytucją przepisów ustawy Prawo energetyczne w zakresie, w jakim umożliwiły przedsiębiorstwu energetycznemu pobieranie i ściąganie opłat od odbiorców za nielegalne pobieranie paliw lub energii z sieci tylko na podstawie wystawionego przez siebie dokumentu i bez zachowania drogi sądowej.

Bankowe tytuły egzekucyjne zostały również przywołane w wyroku z dnia 15 marca 2011 r.<sup>11</sup> przy okazji rozważań nad konstytucyjnością przepisów nadających moc prawną dokumentu urzędowego wyciągom z ksiąg rachunkowych banku w postępowaniu cywilnym. W tym kontekście Trybunał zwrócił uwagę, że jakkolwiek uprawnienie do wystawiania bankowych tytułów egzekucyjnych ma, podobnie jak nadanie szczególnej mocy dowodowej księgom rachunkowym banków, charakter swoistego przywileju, to jednak nie można porównywać obu tych rozwiązań prawa bankowego. Uzasadniając swoje stanowisko wskazał, że poprzez złożenie oświadczenia o poddaniu się egzekucji klient banku (konsument) wyraża zgodę na egzekwowanie zadłużenia w sytuacji niedotrzymania przez niego warunków umowy

<sup>9</sup> Wyrok TK z dnia 17 stycznia 2001 r., sygn. akt K 5/00, OTK ZU 2005, nr 1/A, poz. 7.

<sup>10</sup> Wyrok TK z dnia 10 lipca 2006 r., sygn. akt K 37/04, Dz. U. nr 128, poz. 901.

<sup>11</sup> Wyrok TK z dnia 15 marca 2011 r., sygn. akt P 7/09, Dz. U. nr 72, poz. 388.

bez konieczności zasądzenia roszczenia w postępowaniu jurysdykcyjnym. Natomiast nadanie szczególnej mocy dowodowej wyciągom z ksiąg rachunkowych banku następuje z mocy prawa, niezależnie od woli i wiedzy podmiotów korzystających z usług bankowych, w tym również konsumentów. Wskazywany element (złożenie oświadczenia) ma zdaniem Trybunału przesądzać o tym, że instytucja bankowego tytułu egzekucyjnego nie narusza zasady równości stron w postępowaniu sądowym. Warto nadmienić, że przepisy nadające moc dowodową wyciągom z ksiąg rachunkowych banków zostały w omawianym orzeczeniu uznane za niezgodne z Konstytucją RP.

Po raz kolejny wątek bankowych tytułów egzekucyjnych pojawił się w wyroku z dnia 13 września 2011 r.<sup>12</sup> w kontekście analizy przepisów ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. o objęciu poręczeniami Skarbu Państwa spłaty niektórych kredytów mieszkaniowych. Jeśli chodzi o zarzut dotyczący naruszenia zasady równości, a mianowicie zróżnicowania sytuacji prawnej dwóch stron umowy kredytowej, tj. kredytodawcy – banku oraz kredytobiorcy – spółdzielni mieszkaniowej, Trybunał Konstytucyjny zauważa, że zarzut ten opiera się na nietrafnym założeniu, jakoby banki wystawiające bankowy tytuł egzekucyjny na podstawie art. 5 ust. 5 ustawy o objęciu poręczeniami były stronami stosunku umownego, którego przedmiotem jest kredyt. Zgodnie z konstrukcją prawną poręczenia, nie ma jednak wątpliwości, że w miejsce zaspokojonego dotychczasowego wierzyciela (banku) wstępuje Skarb Państwa. Zdaniem TK pozycja Skarbu Państwa, posługującego się w interesie spółdzielni mieszkaniowych prywatnoprawną instytucją poręczenia, zasługuje na szczególne potraktowanie przez ustawodawcę. Ocena uprawnienia Skarbu Państwa, o którym mowa w art. 5 ust. 5 ustawy o objęciu poręczeniami, prowadzi do wniosku, że jako podmiot działający także w celu polepszenia pozycji dłużnika (spółdzielni mieszkaniowej), musi on dysponować skuteczną drogą umożliwiającą dochodzenie roszczeń związanych z udzielonym wcześniej wsparciem. Trybunał podtrzymał zatem swoje stanowisko o zgodności przepisów prawa bankowego z konstytucyjną zasadą równości stron w postępowaniu.

Przełomem okazało się orzeczenie z dnia 14 kwietnia 2015 r.<sup>13</sup> Trybunał stwierdził w nim, że kierowanie przez banki wierzytelności do postępowania egzekucyjnego z pominięciem sądowego postępowania rozpoznawczego, dzięki wystawianym bankowym tytułom egzekucyjnym, jest niezgodne z zasadą równego traktowania ujętą w art. 32 Konstytucji RP. Ponadto podkreślenia wymaga fakt, że sędziowie dopatryli się naruszenia konstytucyjnej zasady aż w trzech aspektach. Po pierwsze, naruszenie dotyczy relacji między bankiem a jego klientem. Po drugie, zachwiane zostały relacje między bankami jako wierzycielami a pozostałymi podmiotami posiadającymi status wierzycieli. Po trzecie, równowagę utraciły relacje między dłużnikami banków i dłużnikami pozostałych podmiotów. Zdaniem TK podkreślenia wymaga fakt, że zarówno bank, jak i jego klient są stronami zobowiązaniowego stosunku

<sup>12</sup> Wyrok TK z dnia 13 września 2011 r., sygn. akt K 8/09, Dz. U. nr 206, poz. 1227.

<sup>13</sup> Wyrok TK z dnia 14 kwietnia 2015 r., sygn. akt P 45/12, Dz.U. 2015, poz. 559.

prywatnoprawnego. Stosunki takie powinny być oparte na zasadzie prawnej (formalnej) równości i autonomii woli stron. Logiczną konsekwencją takiego stanu musi być umożliwienie stronom obrony swoich praw i interesów płynących z zawartej umowy na równych zasadach. Zaprzeczeniem takiego stanu jest obecna regulacja dotycząca wydawania bankowych tytułów egzekucyjnych zastępujących orzeczenia sądów. Prowadzi to do pominięcia fazy merytorycznego rozpoznania sprawy, w trakcie której mogłoby dojść do podniesienia przez klienta merytorycznych zarzutów. Tym razem Trybunał za niewystarczające uznał uprawnienie do wytoczenia powództwa przeciwegzekucyjnego. Nadmienić należy, że wiąże się ono z wniesieniem opłaty stosunkowej (5% wartości roszczenia) oraz spoczywającym na kliencie banku ciężarze dowodzenia. Musi on udźwignąć te obciążenia w warunkach prowadzenia przeciwko niemu egzekucji wiążącej się z zajęciem majątku. Trybunał stwierdził również, że przepisy w obecnym kształcie nadają bankom niczym nieuzasadniony przywilej bycia sędzią we własnej sprawie. Podkreślono również, że aktualnie większość banków w Polsce to prywatni przedsiębiorcy, których zasadniczym dążeniem jest osiąganie jak największych zysków. Trybunał uznał, że istotna rola banków w gospodarce i szczególnie ich charakter jako instytucji zaufania publicznego nie uzasadnia przyznawania im tak daleko idących uprawnień. Podkreślenie wymaga również fakt, że omawiane rozwiązania w znaczny sposób uprzywilejowują banki w porównaniu do innych wierzycieli. Nie posiadając równie efektywnych narzędzi zaspokajania swoich wierzytelności, tracą oni na konkurencyjności. W związku z powyższym, Trybunał uznał zakwestionowane przepisy prawa bankowego, stanowiące podstawę wystawiania bankowych tytułów egzekucyjnych, za niezgodne z zasadą równego traktowania. Jednocześnie odroczył utratę ich mocy obowiązującej do 1 sierpnia 2016 r., aby umożliwić zakończenie spraw w toku oraz wydanie przez ustawodawcę odpowiednich przepisów intertemporalnych.

Zaprezentowany stan rzeczy skłania do głębokiej refleksji nad potencjalnymi korzyściami i zagrożeniami z niego wypływających. Niewątpliwie klienci banków zyskali większą kontrolę nad momentem wszczęcia wobec nich procedury zmierzającej do egzekucji wierzytelności przez bank. Nie będzie mógł on bowiem samodzielnie wystawić tytułu egzekucyjnego. Chcąc zaś dochodzić swoich wierzytelności w postępowaniu przed sądem, będzie zmuszony do udowodnienia zasadności swoich roszczeń. Klient otrzyma więc informację o podejmowanych przez bank działaniach od sądu jeszcze w trakcie trwającego postępowania, a nie jak do tej pory – od komornika rozpoczynającego egzekucję na podstawie uzyskanego przez bank tytułu wykonawczego. Dostrzec jednak należy, że banki przywiązujące wagę do wysokiej ściągalności swoich wierzytelności skorzystają zapewne z innych dostępnych rozwiązań przewidzianych prawem. Na pozbawieniu banków prawa do wystawiania bankowych tytułów egzekucyjnych zyskać mogą firmy windykacyjne. Banki, zamiast wikać się w długie postępowania, chętniej będą odsprzedawać swoje długi. Ponadto, mogą zastąpić oświadczenia o poddaniu się egzekucji uzyskiwane na etapie podpisywania umowy kredytowej oświadczeniami składanymi przed notariu-

szem. W tym kontekście rodzi się pytanie, czy założenia także tej instytucji nie rodzą podstaw do uznania jej za niekonstytucyjną. Wszak również w ramach poddania się egzekucji przed notariuszem mamy do czynienia ze zrzeczeniem się prawa do sądu, czym *de facto* jest zgoda na przeprowadzenie egzekucji z majątku klienta, gdy tylko bank uzna to za słuszne. Warto jednakże zauważyć, że idąc tym tokiem myślenia, doszlibyśmy do absurdalnych wniosków, ponieważ każde postępowanie uproszczone należałoby uznać za ograniczenie prawa do sądu. Ponadto w przypadku bankowych tytułów egzekucyjnych banki były jedynym podmiotem występującym w procesie ich wystawiania. Przy poddaniu się egzekucji przed notariuszem występuje dodatkowy podmiot, który uznawany jest za osobę zaufania publicznego. Notariusz, sporządzając akt notarialny, który w przyszłości spełni rolę tytułu egzekucyjnego, ma obowiązek dbać o interes obu stron i może odmówić sporządzenia aktu, gdyby miało to prowadzić do stanu sprzecznego z prawem. Skorzystanie z tej drogi będzie jednak najprawdopodobniej niekorzystne dla klientów banków, ponieważ wszelkie koszty związane ze sporządzeniem aktu przed notariuszem zostaną zapewne przerzucone właśnie na nich w ramach różnego rodzaju prowizji lub opłat dodatkowych uwzględnianych w procesie udzielania kredytu przez bank.

Kolejny istotny dla praktyki problem stanowi odroczony termin utraty mocy kwestionowanych przepisów. Zgodnie z zastosowanym przez Trybunał Konstytucyjny rozwiązaniem, przepisy regulujące bankowy tytuł egzekucyjny mają funkcjonować w systemie prawa jeszcze ponad rok. Powstaje zatem pytanie, czy sądy, mając świadomość niekonstytucyjności tych przepisów, powinny nadal nadawać bankowym tytułom egzekucyjnym klauzule wykonalności, czy okres ten powinien służyć jedynie zakończeniu spraw będących w toku i przemodelowaniu wzorca postępowania banków zmierzających do zabezpieczenia swoich roszczeń na przyszłość. W tym miejscu warto przywołać niedawne orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2014 r.<sup>14</sup>, w świetle którego wyroki TK wywołują co do zasady skutek *ex tunc*. Wyjątek w tej mierze stanowią wyroki odraczające termin utraty mocy określonych przepisów, które są skuteczne *ex nunc*. Stanowisko nie jest przełomowe i potwierdza tylko obraną już wcześniej linię orzeczniczą (patrz choćby uchwała SN z dnia 23 stycznia 2004 r.<sup>15</sup>). Wnioskować należy zatem, że sądy będą miały obowiązek stosowania omawianych przepisów aż do 1 sierpnia 2016 r. Przyjąć należałoby również, że nawet po tej dacie niekonstytucyjne przepisy znajdą zastosowanie do spraw wniesionych do sądu przed 1 sierpnia 2016 r.<sup>16</sup> Wskazany dotychczas

<sup>14</sup> Uchwała SN z 16 października 2014 r., sygn. akt III CZP 67/14, Biuletyn Izby Cywilnej SN 2014, nr 11, s. 3.

<sup>15</sup> Uchwała SN z 23 stycznia 2004 r., sygn. akt III CZP 112/03, OSNC 2005, nr 4, poz. 61.

<sup>16</sup> Ustawą z dnia 25 września 2015 r. o zmianie ustawy – Prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1854) uchylono treść art. 96–98 prawa bankowego. Wskazana nowelizacja weszła w życie dnia 27 listopada 2015 r. W związku z powyższym stosowanie przepisów traktujących o bankowym tytule egzekucyjnym po tej dacie nie może mieć miejsca. Skutek w postaci usunięcia omawianych przepisów z systemu prawa nastąpił zatem wcześniej, niż przewidywał to pierwotnie wyrok TK z dnia 14 kwietnia 2015 r.

w ustawie termin na nadanie tytułowi egzekucyjnemu klauzuli wykonalności („niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie trzech dni”) powinien jednakże ograniczyć ten stan niepewności.

Odroczony termin utraty mocy omawianych przepisów to także ukłon w stronę ustawodawcy. Zyskuje on znaczny czas na przygotowanie nowego rozwiązania – z jednej strony efektywnego dla banków, z drugiej zaś pozwalającego klientom banków i sądom na większą kontrolę działań podejmowanych przez banki. Ze względu na zbliżające się wybory parlamentarne (jesień 2015) wątpliwe staje się jednakże przygotowanie merytorycznego projektu nowelizującego ustawę Prawo bankowe. Rozwiązaniem, które mogłoby być zastosowane, jest opracowanie odrębnego, przystosowanego do potrzeb banków postępowania uproszczonego. Musiałoby ono zawierać jednakże kilka podstawowych elementów. Po pierwsze, klient banku już na etapie wniesienia wniosku o wydanie bankowi tytułu egzekucyjnego czy też nadanie takiemu tytułowi wystawionemu przez bank klauzuli wykonalności powinien otrzymywać informację o jego zainicjowaniu. Po drugie, klientowi banku powinno już na tym etapie przysługiwać uprawnienie do wniesienia sprzeciwu czy też zarzutów do roszczeń zgłaszanych przez bank. Po trzecie, aby postępowanie to nie pogarszało istotnie sytuacji banków, termin na rozpoznanie sprawy przez sąd musiałby być odpowiednio krótki, np. miesiąc od daty wniesienia pozwu, wniosku<sup>17</sup>. Trzeba jednakże mieć na uwadze wydolność sądów powszechnych i realną ocenę tego, czy byłyby one w stanie podołać takiemu zadaniu. Przy braku jakiegokolwiek inicjatywy ze strony ustawodawcy lub też w przypadku przygotowania rozwiązań, które nie sprawdzą się w praktyce, banki skorzystają zapewne z możliwości uzyskania tytułów egzekucyjnych w postaci oświadczeń o poddaniu się egzekucji składanych przed notariuszem, a kosztami związanymi z tym rozwiązaniem obarczą najpewniej klientów.

Wyrok TK z 14 kwietnia 2015 r. był przełomowy dla instytucji bankowego tytułu egzekucyjnego. Została przełamana wieloletnia, jednolita linia orzecznicza Trybunału stawiająca banki w uprzywilejowanej sytuacji. We wcześniejszych orzeczeniach sędziowie aktywnie poszukiwali argumentów uzasadniających potrzebę istnienia omawianej regulacji. Wskazując na szczątkowe formy obrony, jakimi dysponowali klienci banków, podtrzymywali wątpliwe stanowisko o zachowaniu równości stron w postępowaniu sądowym. Przyczyn tak radykalnej zmiany w podchodzeniu

<sup>17</sup> Jak wskazano w przypisie powyżej, polski ustawodawca zdecydował się na całkowite usunięcie z systemu prawa instytucji bankowego tytułu egzekucyjnego. Nic nie wskazuje na to, aby rozważane było wprowadzenie instrumentu zastępczego. Zaiistniała sytuacja ostatecznie odebrała bankom uprawnienie do korzystania z przyspieszonej ścieżki dochodzenia swoich wierzytelności od dłużników w postaci wystawiania bankowych tytułów egzekucyjnych. Pozostałe możliwości, które dają bankom inne przepisy prawa, zachowują swoją aktualność. Kierunek obrany przez polskiego ustawodawcę należy z perspektywy wyrównywania szans i pozycji występujących na rynku podmiotów gospodarczych ocenić pozytywnie. Otwarta pozostaje jednak kwestia, czy znacznie silniejsze finansowo banki nie narzucą swoim klientom praktyk, które w jeszcze większym stopniu negatywnie odbiją się na ich sytuacji. Aktualne bowiem pozostają przedstawione w niniejszym artykule wszelkie zagrożenia wynikające z usunięcia z systemu prawa instytucji bankowego tytułu egzekucyjnego.

do bankowych tytułów egzekucyjnych upatrywać należy po części w zmianie składu osobowego TK, po części zaś w zmieniającej się sytuacji gospodarczej. W ostatnich latach sektor bankowy w Polsce został praktycznie w całości sprywatyzowany, a znaczną część udziałów w nim posiada kapitał zagraniczny. Istotnym elementem wydaje się również medialna krytyka praktyk banków – choćby w związku z masowym udzielaniem kredytów w obcych walutach i znaczącymi konsekwencjami zawierania tego typu umów kredytowych dla wielu polskich rodzin. Banki przestały zatem cieszyć się dobrą sławą i nie są już tak jednoznacznie jak kiedyś postrzegane jako podmioty zaufania publicznego.

Poza sferą ekonomiczno-społeczną uwagę należy zwrócić na istotne aspekty prawne. Fakt, że banki mogły wystawiać tytuły egzekucyjne w ramach wewnętrznych czynności, uzyskiwać na nie klauzule wykonalności w ciągu zaledwie kilku dni i kierować sprawę do postępowania egzekucyjnego, nie zawiadamiając o tym uprzednio swoich klientów, stanowiło co najmniej zachwianie równowagi między stronami stosunku o charakterze zdecydowanie prywatnoprawnym. Dostępne środki obrony przed działaniami banków w żaden sposób nie równoważyły uprawnień stron. Utrata mocy omawianych przepisów prawa bankowego zmusi banki do przemodelowania wzorca dochodzenia zaległych wierzytelności od swoich klientów. Najprawdopodobniej obiorą one ścieżkę sprzedaży spornych wierzytelności firmom windykacyjnym, a na przyszłość zaczną je zabezpieczać poprzez wymóg złożenia przez klienta stosownego oświadczenia przed notariuszem. Dzięki odroczeniu terminu utraty mocy przepisów regulujących instytucję bankowego tytułu egzekucyjnego ustawodawca zyskał czas na przygotowanie stosownej nowelizacji. Biorąc jednak pod uwagę sytuację polityczną w naszym kraju, należy się raczej spodziewać, że oczekiwany projekt nie pojawi się w terminie pozwalającym na wdrożenie go tak szybko, aby konsekwencje wyroku Trybunału nie były odczuwalne ani dla banków, ani ich klientów.

## Summary

### ***Banking enforcement title in light of Constitutional Tribunal judicature – causes of incompatibility with Constitution and changes prospects***

Key words: banking enforcement title, Constitutional Tribunal, incompatibility, banking law.

Banking enforcement title is an institution regulated by Banking Law in articles 96–98. This is an instrument used to inquire claims. Last judgment of Constitutional Tribunal said that this regulation is incompatible with the Constitution. This research article leads to point causes of this situation. It also try to answer the question why banking enforcement title is incompatible with Constitution. Last part of this article is dedicated to indicate another regulations which will be able to replace banking enforcement title.



**Katarzyna Doliwa\***, **Adam Doliwa\*\***

\* Zakład Semiotyki Logicznej

\*\* Zakład Prawa Cywilnego

Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

## **Zasada słuszności i dobra wiara a prawo pozytywne (na przykładzie polskiego prawa cywilnego)**

Współczesna polska cywilistyka niezwykle intensywnie zajmuje się jurydycznymi konstrukcjami elementarnymi, takimi zwłaszcza jak zakres podmiotowy stosunków cywilnoprawnych oraz zasady podstawowe prawa cywilnego (prywatnego). W tej ostatniej mierze szczególne zainteresowanie, obok zasady autonomiczności, zwłaszcza pod postacią zasady swobody umów<sup>1</sup>, wzbudza pojęcie, geneza i funkcje zasady słuszności (sprawiedliwości) oraz występujące licznie w prawie prywatnym klauzule generalne i zwroty niedookreślone<sup>2</sup>.

Na gruncie przepisów prawa cywilnego obowiązujących dziś<sup>3</sup> oraz dawniej<sup>4</sup> wyróżnia się w nauce dobrą wiarę w znaczeniu subiektywnym oraz dobrą wiarę w znaczeniu obiektywnym. W zasadzie oba rozwiązania normatywne oraz będące ich podporą koncepcje teoretyczne służą rekonstrukcji normy postępowania w danym stosunku cywilnoprawnym poprzez odwołanie się do tego, co słuszne, na podstawie prawa przedmiotowego (pozytywnego) i reguł normatywnych leżących poza prawem pisanim.

W ujęciu znanego angielskiego filozofa i prawnika Herberta L.A. Harta, który poszukiwał odpowiedzi na pytanie o istotę prawa (dodajmy, prawa pozytywnego),

<sup>1</sup> Zob. zwłaszcza P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353<sup>1</sup> k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005.

<sup>2</sup> Zob. w szczególności artykuły opublikowane w „Białostockich Studiach Prawniczych” 2014, z. 17: A. Doliwa, *O rozumieniu i znaczeniu słuszności w prawie prywatnym*, s. 79 i n.; K. Doliwa, *Pozytywizm prawniczy a zasada słuszności*, s. 89 i n.; A. Malarewicz-Jakubów, *Klauzule generalne i zasady słuszności*, s. 145 i n.; S. Prutis, *Korzenie słuszności jako zasady wiodącej prawa prywatnego*, s. 207 i n. [online] <[www.prawo.uwb.edu.pl/pliki/prawo\\_newfile/publikacje/Book\\_BSP\\_17.pdf](http://www.prawo.uwb.edu.pl/pliki/prawo_newfile/publikacje/Book_BSP_17.pdf)> (dostęp: 7.06.2015).

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r., poz. 121 z późn. zm.) – dalej: k.c.

<sup>4</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz. U. nr 82, poz. 598) – dalej k.z.

prawo i moralność regulują ten sam obszar ludzkiej aktywności i mają wspólne cele. Każdy system prawny winien uwzględniać pewne, wynikające z natury ludzkiej, uwarunkowania i respektować reguły chroniące zdrowie i życie jednostki, własność oraz zapewniające funkcjonowanie danego społeczeństwa („minimum treści prawa natury”)<sup>5</sup>.

Hart, omawiając wzajemną relację systemów prawa i moralności (oba te pojęcia niosą „otwartą tekstowość”, w związku z czym ich wyjaśnianie wiąże się z licznymi problemami), dostrzega szereg różnego rodzaju, w tym koniecznych, związków między nimi. Dodawał przy tym, że prawo jest specyficznym zjawiskiem językowym (przy założeniu, że język prawny od języka powszechnego odróżnia się szczególnymi atrybutami); prawem jest to, co wspólnota interpretacyjna uzna za prawo w takim znaczeniu, jakie ona mu nada<sup>6</sup>.

W jednym z pierwszych sformułowań koncepcji „minimalnej treści prawa natury” zawartym w eseju *Pozytywizm i oddzielenie prawa od moralności* (najpełniej idea ta wysłowiona została w *Pojęciu prawa*)<sup>7</sup> Hart zauważa, że pewne niezmiennie własności (właściwości, atrybuty) ludzi i rzeczywistości związane są z podstawowymi normami społecznymi; własności te znajdują swój wyraz zarówno w języku, jak i w katalogu aprobowanych przez człowieka wartości.

Hart zauważył też, że tekst prawny charakteryzuje jego potencjalna nieostrość; jego znaczenie zmieniać się może w zależności od kontekstu, w którym jest badany. Normy prawne, wyrażone w języku naturalnym, obfitujące w wyrażenia nieostre, wieloznaczne, a także wyrażenia ocenne czy klauzule generalne, cechuje „otwarta tekstowość”<sup>8</sup> – immanentna własność wszystkich języków naturalnych, odnosząca się do terminów ogólnych. Niezależnie od tego, jak skomplikowane będą definicje pojęć, niemożliwe jest takie ich skonstruowanie, by „definitywnie orzec dla każdego danego przypadku, czy rozważane pojęcie stosuje się do niego lub nie”<sup>9</sup>. Ze względu na „otwartość” czy „porowatość” wyrażen języka wykluczone jest istnienie ostatecznych i wyczerpujących definicji w nauce<sup>10</sup>. Przyczyn, dla których w języku prawnym ta cecha języka ulega wzmocnieniu, jest kilka: po pierwsze, normy prawne ustanawiane są dla sytuacji przyszłych, ustawodawca w momencie ich wysławiania nie dysponuje pełną wiedzą faktyczną. (Zawsze zaistnieć mogą takie sytuacje, przy których powstaną wątpliwości, czy podpadają one pod dany przepis ogólny zawierający nazwy generalne, możliwe są także przypadki faktyczne, do których zastosowa-

<sup>5</sup> H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 233.

<sup>6</sup> Ibidem, passim.

<sup>7</sup> H.L.A. Hart, *Pozytywizm i oddzielenie prawa od moralności*, [w:] *Eseje z filozofii prawa*, Warszawa 2001, s. 49–87.

<sup>8</sup> Autorem koncepcji „otwartej tekstowości”, którą Hart twórczo rozwinął, jest F. Waismann. Zob. tego ostatniego, *The principles of linguistic philosophy*, Palgrave Macmillan 1997.

<sup>9</sup> H.L.A. Hart, *Niebo pojęć Iheringa i współczesna analityczna filozofia prawa*, [w:] *Eseje z filozofii prawa*, s. 278–279.

<sup>10</sup> Ibidem.

nie znajdują dwa różne przepisy prawne<sup>11</sup>.) Po wtóre, aksjologiczny cel konkretnej normy nie ma charakteru absolutnego; często jest ich kilka, a hierarchia nie jest tu wyraźnie ustalona: „wszystkie przepisy prawne i pojęcia są »otwarte«, a gdy pojawi się nieprzewidziany przypadek, musimy wybierać na nowo, co sprawia, że opracowując pojęcia prawne, trzeba je przystosowywać do społecznie pożądanym celów”<sup>12</sup>. Dany casus nie podlega zatem w sposób oczywisty konkretnej regule prawnej; dopiero decyzja sędziego usuwa „otwartą strukturę” i pozwala na faktyczne zastosowanie prawa. Sędzia musi rozstrzygnąć, czy znaczenie terminów zawartych w danej normie pozwala na zastosowanie jej w danej nowej, i innej niż poprzednie, faktycznej sytuacji<sup>13</sup>.

W domenie prawa prywatnego różnego rodzaju zdarzenia prawne, z którymi ustawa wiąże powstanie skutków prawnych, zasadniczo polegają na obiektywnym stanie rzeczy (na fakcie społecznym). Jak zauważono w doktrynie: „Zjawiska subiektywne, w szczególności mylne wyobrażenia, mniemania bądź przekonania, leżą poza sferą przyczyn tych skutków. Zdarzenie prawne jest zjawiskiem obiektywnym i wywołuje skutki prawne niezależnie od przeżyć psychicznych uczestników tego zdarzenia. Niekiedy jednak ustawa liczy się z przeżyciami wewnętrznymi, przypisując im rolę czynnika korygującego skutki zdarzenia. Jeżeli tym czynnikiem jest dobra wiara, mówimy wówczas o wypadku ochrony dobrej wiary. Zadaniem tej ochrony w odniesieniu do zdarzeń, które prowadzą do nabycia prawa, jest zapewnienie tzw. bezpieczeństwa obrotu. To zabezpieczenie obrotu uzyskuje się w ten sposób, że w konkretnym wypadku przewidzianym przez ustawę koryguje się na korzyść działającego w dobrej wierze skutki prawne, jakie ustawa wiąże z danym zdarzeniem”<sup>14</sup>.

Ujmowana subiektywnie dobra wiara, zwłaszcza przy założeniu jej prawnego domniemania (zob. art. 7 k.c.), odgrywa istotną rolę w systemie ochrony podmiotowych praw majątkowych (zob. art. 92 § 2, art. 172 § 1, art. 174 § 1, art. 224 § 1, art. 226, art. 231 § 1 k.c.). Konstrukcja ochrony dobrej wiary odnosi się zwłaszcza do podmiotu uzyskującego odpłatnie jakies prawo podmiotowe<sup>15</sup>.

Wyróżnianie dobrej wiary w znaczeniu obiektywnym znajdowało pełne uzasadnienie w treści przepisów obowiązujących w II Rzeczypospolitej, które w takim

---

<sup>11</sup> H.L.A. Hart, *Problemy filozofii prawa*, [w:] *Eseje z filozofii prawa*, s. 103 i *Niebo pojęć Iheringa...*, s. 273–274.

<sup>12</sup> H.L.A. Hart, *Niebo pojęć Iheringa...*, s. 274.

<sup>13</sup> M. Zirk-Sadowski, *Pozytywizm prawniczy a filozoficzna opozycja podmiotu i przedmiotu poznania*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2001, s. 87. W tym miejscu widać pewną sprzeczność w doktrynie współczesnych pozytywistów; z jednej strony chcą oni utrzymywać tezę, że prawo jest poznawane niezależnie od poznającego je podmiotu i utrwalają przekonanie, że istnieje „obiektywne” znaczenie przepisów prawa, z drugiej – godzą się z faktyczną twórczą działalnością sędziego w procesie stosowania prawa, jego władztwem nad wyjaśnianiem (rozumieniem) znaczeń terminów zawartych w normach prawnych. Zob. *ibidem*, s. 88–89.

<sup>14</sup> A. Kunicki, *Glosa do orzeczenia SN z 7 maja 1971 r.*, „Nowe Prawo” 1973, nr 4, s. 583–584.

<sup>15</sup> Zob. art. 83 § 2, art. 92 § 2, art. 169, 192 § 2, art. 224–228, 231 § 1, art. 292, 310, 512, 515, 885, 886, 918 § 2 i art. 1028 k.c.

znaczeniu posługiwały się wyrażeniem „dobra wiara”<sup>16</sup>. W myśl art. 48 § 1 k.z. „jeżeli strona, której zależy na nieziszczeniu się warunku, wbrew wymaganiom dobrej wiary udaremni ziszczenie się warunku, następują skutki takie, jak gdyby warunek się ziścił”; według zaś art. 189 k.z. „strony winny wykonywać zobowiązania zgodnie z ich treścią, w sposób odpowiadający wymaganiom dobrej wiary i zwyczajom uczciwego obrotu”. Wreszcie w świetle art. 269 k.z. „gdyby z powodu nadzwyczajnych wypadków, jako to: wojny, zarazy, zupełnego nieurodzaju i innych klęsk żywiołowych, świadczenie było połączone z nadmiernymi trudnościami lub groziło jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie mogły przewidzieć przy zawarciu umowy, sąd może, jeżeli uzna to za konieczne według zasad dobrej wiary, po rozważeniu interesów obu stron, oznaczyć sposób wykonania, wysokość świadczenia lub nawet rozwiązać umowę”. W obowiązujących przepisach kodeksu cywilnego o dobrej wierze w obiektywnym sensie (o postępowaniu zgodnym z „dobrymi obyczajami”) mowa jest np. w art. 70<sup>5</sup> § 1, art. 72 § 2, art. 385<sup>1</sup> § 1, art. 385<sup>2</sup>.

Odwołując się do powyższego kontekstu normatywnego, można stwierdzić, że dobra wiara w znaczeniu obiektywnym, to – leżąca poza prawem pozytywnym – miara czyjś zachowania, ocena tego zachowania jako odpowiedniego, akuratnego i godnego – z punktu widzenia powszechnie przyjętych w obrocie norm etycznych, moralnych lub obyczajowych<sup>17</sup>. Dobra wiara w znaczeniu obiektywnym zastąpiona została w kodeksie cywilnym przez zasady współżycia społecznego (zob. zwłaszcza przepisy art. 5, art. 58 § 2, art. 65 § 1, art. 93, art. 353<sup>1</sup>, art. 357<sup>1</sup>, art. 358<sup>1</sup> § 3, art. 411 pkt 2, art. 428, art. 431 § 2, art. 440, art. 446 § 2, art. 754, art. 902, art. 1008 pkt 1 k.c.).

Występujące w prawie cywilnym przepisy zawierające w swej treści obie omawiane klauzule (dobrej wiary w znaczeniu subiektywnym i obiektywnym) nawiązują do reguł postępowania ocenianych dodatkowo z punktu widzenia etycznego (moralnego, obyczajowego). Tak więc w dobrej wierze w znaczeniu obiektywnym pozostaje osoba, której postępowanie jest nienaganne (co najmniej akceptowalne) z punktu widzenia etycznych, moralnych, obyczajowych reguł czy norm. Do tych ostatnich (do norm), wyraźnie rozgraniczając samo pojęcie dobrej wiary od kryteriów pozwalających przypisać ją określonej osobie (dobra wiara w znaczeniu subiektywnym), zalicza się w doktrynie zasady współżycia społecznego, dobre obyczaje, uczciwość i rzetelność w obrocie<sup>18</sup>.

Kodeks zobowiązań z 1933 r. też dawał sądowi możliwość oceny czyjś postępowania z punktu widzenia takich kryteriów, jak słuszność, porządek publiczny, przyzwoitość, zwyczaje i obowiązki moralne. Jak widać, dobra wiara w znacze-

<sup>16</sup> Zob. art. 48, 189, 269 k.z.

<sup>17</sup> Zob. R. Longchamps de Bérier, *Zobowiązania*, Lwów 1933, s. 141; zob. też A. Kunicki, op. cit., s. 584.

<sup>18</sup> J. Gajda, *Dobra wiara organu osoby prawnej*, „Państwo i Prawo” 1991, z. 3, s. 42 oraz M. Szaciński, *Dobra wiara posiadacza nieruchomości jako przesłanka zasiedzenia*, „Palestra” 1998, nr 5, s. 8.

niu obiektywnym różni się od jej subiektywnego ujęcia. W obowiązującym dziś kodeksie cywilnym rolę generalnej klauzuli słusznościowej spełniają zasady współżycia społecznego. Można jednak twierdzić, że kodeks cywilny zna pojęcie dobrej wiary w sensie obiektywnym, przy czym do oceny czyjś postępowania – z punktu widzenia wymagań dobrej wiary – stosuje miarę zgodności tego postępowania z zasadami współżycia społecznego, a także – w ostatnim czasie – miarę zgodności tego postępowania z dobrymi obyczajami (zob. art. 70<sup>5</sup> § 1, art. 72 § 2, art. 385<sup>1</sup> § 1 i art. 385<sup>2</sup> k.c.)<sup>19</sup>.

Kodeks cywilny operuje czasem wyrażeniem „dobra (zła) wiara” w kontekście, który pozwala na stwierdzenie przenikania się dwóch znaczeń pojęcia prawnego dobrej wiary – subiektywnego i obiektywnego. Jak stwierdza Kazimierz Przybyłowski, w złej wierze jest zarówno ten, kto wie o okolicznościach miarodajnych dla normy odwołującej się do dobrej wiary, jak i ten, kto wiedziałby, gdyby w konkretnej sytuacji postępował rozsądnie, należycie, zgodnie z zasadami współżycia społecznego – zgodnie zatem z wymaganiami (zasadami) dobrej wiary<sup>20</sup>.

Można zauważyć, że dyrektywa uczciwego, słusznego postępowania zgodnego z dobrymi obyczajami (zasadami współżycia społecznego), postępowania w dobrej wierze, przenika szereg szczegółowych rozwiązań prawa cywilnego. Przykładowo jest obecna w ogólnym zakazie nadużywania praw podmiotowych<sup>21</sup> oraz zakazie dokonywania czynności prawnych sprzecznych z zasadami współżycia społecznego<sup>22</sup>. Zasada słuszności, czy inaczej nakaz oceny postępowania stron stosunków cywilnoprawnych w zgodzie z zasadami słuszności, ma doniosłe znaczenie zwłaszcza w procesie stosowania prawa cywilnego<sup>23</sup>. Obecne w przepisach prawa cywilnego klauzule generalne, zwłaszcza umieszczane w dostatecznie ogólnych częściach ustawy (zwłaszcza w części ogólnej kodeksu cywilnego), wyrażają najczęściej jakąś zasadę przewodnią, charakterystyczną dla systemu prawa cywilnego. Za ich cechą szczególną uważał Andrzej Stelmachowski to, że przenikają cały system prawa cywilnego (prawotnego), przez to nadają normom cywilnoprawnym „swoiste zabarwienie”<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> Od początku lat 90. XX wieku toczy się dyskusja doktrynalna nad kwestią nazwy dla generalnej klauzuli słusznościowej nad sensownością zabiegu przywrócenia do obowiązującego prawa cywilnego instytucji dobrej wiary w sensie obiektywnym. Przykładowo Marek Safjan zaproponował powrót do tradycyjnych klauzul słusznościowych, takich jak „dobre obyczaje”, „uczciwość i lojalność”, „dobra wiara”. Jego zdaniem przemawia za tym nie tylko potrzeba oczyszczenia języka prawnego z „zaszłości” minionego okresu, ale również potrzeba uwiarygodnienia naszego prawa w skali europejskiej, ponieważ zasady współżycia społecznego stanowiły szczególnie charakterystyczny wyznacznik nasylenia ideologią prawa państw bloku komunistycznego. Zob. M. Safjan, *Klauzule generalne w prawie cywilnym (przyczynek do dyskusji)*, „Państwo i Prawo” 1990, z. 11.

<sup>20</sup> Zob. K. Przybyłowski, *Dobra wiara w polskim prawie cywilnym (ogólne uwagi o pojęciu)*, „Studia Cywilistyczne” 1970, t. XV, s. 17 i n.

<sup>21</sup> Zob. art. 5 k.c.

<sup>22</sup> Zob. art. 58 § 2 k.c.

<sup>23</sup> Zob. szerzej A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 109 i n.

<sup>24</sup> Zob. A. Stelmachowski, *Zarys teorii*, s. 283 oraz idem, *Klauzule generalne w Kodeksie cywilnym*, „Państwo i Prawo” 1965, z. 1, s. 5.

Klauzule generalne, jak stwierdził Zygmunt Ziemiński, w określonych stanach faktycznych dają organowi stosującemu prawo upoważnienie do rozstrzygnięcia nie tylko na podstawie treści prawa pozytywnego, opartego na tekstach prawnych, ale także na podstawie pewnych ocen czy dyrektyw pozaprawnych<sup>25</sup>.

Klauzule generalne odsyłają do rzeczywistości pozaprawnej, do innych niż prawo normatywnych wzorców i ocen postępowania. Głównym celem wprowadzania do porządku prawnego klauzul generalnych jest nadanie prawu niezbędnej elastyczności. Są one efektem trwających całe wieki poszukiwań idei prawa, które pozwoli podmiotom prawo stosującym dopasowywać *ius strictum* na potrzeby konkretnego przypadku<sup>26</sup>.

Posługiwanie się klauzulami pozwala „nadać” obowiązującemu prawu za często niezwykle szybko zmieniającą się rzeczywistością społeczną, bez potrzeby formalnej jego zmiany. Stosowanie klauzul generalnych jest szczególnie przydatne w przypadku praw kodeksowych, które „z natury swej są niepodatne na szybkie zmiany w układzie stosunków społecznych”<sup>27</sup>.

W związku z powyższym Marek Safjan określa klauzule generalne mianem „klauzul adaptacyjnych”, gdyż te, dzięki swej szczególnej konstrukcji, pozwalają na „stopniową ewolucyjną transformację prawa, bez konieczności radykalnego odrzucania dorobku przeszłości”<sup>28</sup>. Klauzule generalne i zwroty niedookreślone służą zatem elastyczności i optymalizacji prawa cywilnego. Jako swoisty instrument legislacyjny są łącznikiem między normami prawnymi a szerokim układem norm pozaprawnych<sup>29</sup>.

Na podstawie analizy dogmatycznej i celowościowej przepisów prawnych zawierających w swej treści wyrażenie „dobra wiara”, jak też praktyki stosowania prawa, kształtującej się w oparciu o nie, wyróżnić można dwie podstawowe funkcje instytucji dobrej wiary (w obu znaczeniach tego pojęcia).

Po pierwsze, dobra wiara spełnia funkcję ochronną, stanowi *sui generis* gwarancję bezpieczeństwa obrotu cywilnoprawnego (wystarczy przywołać takie instytucje, jak: zachowanie ważności i skuteczności czynności prawnej dokonanej w związku i na podstawie pozornego oświadczenia woli – art. 83 § 2 k.c.; nabycie własności od nieuprawnionego – art. 169 k.c.; zasiedzenie – art. 172 i n. k.c.).

Po drugie, dobra wiara, także w ujęciu subiektywnym, ale przede wszystkim dobra wiara w swym wymiarze obiektywnym, jako klauzula generalna, zapewnia obecność w prawie pozytywnym pierwiastka słusznościowego.

<sup>25</sup> Zob. Z. Ziemiński, *Stan dyskusji nad problematyką klauzul generalnych*, „Państwo i Prawo” 1989, z. 3, s. 15.

<sup>26</sup> Zob. J. Gajda, *Pojęcie dobrej wiary w przepisach Kodeksu cywilnego*, „Studia Prawnicze” 1997, nr 2, s. 45.

<sup>27</sup> Zob. T. Zieliński, *Klauzule generalne w nowym porządku konstytucyjnym*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 11–12, s. 134.

<sup>28</sup> Zob. M. Safjan, op. cit., s. 52 i n.

<sup>29</sup> Zob. A. Stelmachowski, *Zarys teorii*, s. 282–283.

Dobra wiara jako instytucja prawa cywilnego, tak jeśli chodzi o generalne założenia tej gałęzi prawa, jak również o jego działy wyspecjalizowane (prawo rodzinne, handlowe), odgrywa doniosłą rolę. Instytucja dobrej wiary spełnia przede wszystkim, w oznaczonym poszczególnymi przepisami kodeksu cywilnego zakresie, funkcję regulatora obrotu cywilnoprawnego poprzez ochronę interesu konkretnego jego uczestnika – tego, który działał w dobrej wierze. Instytucja dobrej wiary służy tym samym rozstrzygnięciu wielu sporów, przede wszystkim o charakterze majątkowym<sup>30</sup>.

Jak wyżej stwierdzono, funkcja podstawowa dobrej wiary to funkcja ochronna. Podmiot działający, będący w dobrej wierze jest chroniony, uzyskuje korzyść. Chodzi o to, że dobra wiara jako stan mniemania (błędne, lecz w swym błędzie usprawiedliwione), że istnieje jakieś prawo podmiotowe – wywiera wpływ na ocenę co do zasady obiektywnego zdarzenia prawnego skierowanego na powstanie, zmianę lub ustanie jakiegoś skutku cywilnoprawnego (np. umownego nabycia własności rzeczy ruchomej – art. 169 k.c.). W tym sensie dobra wiara pełni funkcję korygowania obiektywnego zjawiska zewnętrznego (zawarcie umowy z osobą nieuprawnioną do rozporządzania rzeczą) poprzez odwołanie się do subiektywnego zjawiska wewnętrznego. Jej funkcją jest zatem ochrona zaufania nabywcy do zewnętrznej postaci stanu faktycznego. Ochrona dobrej wiary pełni rolę instrumentu zapewnienia tzw. bezpieczeństwa obrotu cywilnego<sup>31</sup>.

Funkcja ochronna dobrej wiary jest wielokierunkowa. Dobra wiara stanowi jeden z niezbędnych elementów stanu faktycznego będącego podstawą do nabycia prawa, jak np. w art. 174 k.c., bądź jest tylko czynnikiem przyspieszającym nabycie prawa, jak np. w art. 172 § 1 k.c., bądź wreszcie pełni rolę korygującą skutki zdarzenia prawnego. Tak jest np. w wypadkach art. 169 §, art. 1028 i art. 92 § 2 k.c. Korygowanie skutków czynności prawnej jest być może najbardziej istotną funkcją dobrej wiary<sup>32</sup>.

Jak powiedziano wyżej, dobra wiara spełniała m.in. funkcję czynnika oceny zgodności postępowania kontrahenta z wymaganym przez prawo, przy uwzględnieniu całego spektrum jego funkcji, standardem. W tym sensie rzymska *bona fides*, jako klauzula słusnościowa, służyła aksjologicznemu porządkowaniu prawa w zakresie kontraktów. Kierunki tego porządkowania musiały być zgodne z akceptowanymi w danym społeczeństwie wartościami etycznymi i celami prawa. Te ostatnie najtrafniej wyłuszczył Ulpian, nazywając je nakazami prawa (*praecepta iuris*): żyć uczciwie (*honeste vivere*), nie wyrządzać szkody innemu (*alterum non laedere*), oddać każdemu to, co mu się należy (*suum cuique tribuere*)<sup>33</sup>. Przywołać można w takim kontekście także sformułowanie Celsusa, według którego prawo jest sztuką tego, co dobre i słuszne (*ius est ars boni et aequi*).

<sup>30</sup> Por. B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Glosa do orzeczenia SN z dn. 24 października 1972 r.*, „Państwo i Prawo” 1975, nr 7, s. 170.

<sup>31</sup> Por. S. Grzybowski, [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. I: *Część ogólna*, Ossolineum 1985, s. 273.

<sup>32</sup> A. Kunicki, op. cit., s. 583.

<sup>33</sup> Por. W. Dajczak, *Zasady współżycia społecznego czy dobra wiara?*, „Rejent” 2001, nr 1, s. 42 i n.

Obecność w prawie przedmiotowym (pisanym) dobrej wiary, jako klauzuli generalnej, pod postacią językową zasad współżycia społecznego, jak też dobrej wiary jako stanu świadomości podmiotu prawa, w związku z zasadą ochrony tak rozumianej dobrej wiary, jest także współcześnie sposobem realizacji maksymy Celsusa. Nie zawsze bowiem prawo pozytywne samo w sobie jest w stanie doprowadzić do takiego pożądanego, słusznego, sprawiedliwego rezultatu. Prawo w ścisłym znaczeniu (*ius strictum*) często okazuje się niewystarczające: nie zna odpowiedzi na jakiś problem lub – co gorsza – wskazuje rozwiązania, którego nie można zaakceptować. By takim właśnie sytuacjom przeciwdziałać, niezbędne jest sięgnięcie po różne słusnościowe konstrukcje<sup>34</sup>. Obecność w prawie pozytywnym pierwiastka słusności, np. pod postacią instytucji dobrej wiary, w zakresie kierunków wykładni jego norm, jest najbardziej przydatna w czasach przełomu, ale także normalnie potrzebna w okresie społeczno-gospodarczej stabilizacji. W warunkach stabilizacji społecznej, ekonomicznej i stabilnego obowiązywania systemów prawnych, które ogólnie odpowiadają potrzebom czasu, nauka i praktyka prawa nie powinna naszym zdaniem ograniczać się tylko do logiczno-formalnej egzegezy tekstów ustaw<sup>35</sup>.

W przypadku dobrej wiary w znaczeniu obiektywnym, obecnej w przepisach kodeksu cywilnego głównie pod postacią zasad współżycia społecznego, odwołanie się do słusności, jako zasady podstawowej prawa cywilnego, następuje w sposób bezpośredni; zasada słusności wprost wpływa na ocenę, czy dane zachowanie podmiotu prawnego zasługuje na aprobatę z punktu widzenia normatywnego (zob. przykładowo art. 58 § 2 k.c., wyznaczający standard oceny ważności czynności prawnej, jako zgodnej z zasadami współżycia społecznego). Natomiast jeśli chodzi o stan psychiczny podmiotu prawa cywilnego, określanej jako dobra wiara w znaczeniu subiektywnym, to argument słusnościowy ma znaczenie pośrednie; ochrona podmiotu działającego (będącego) w dobrej wierze jest ochroną uzasadnioną bezpośrednio względami pragmatycznymi (np. polegającymi na regulacyjnej funkcji, porządkującej stan stosunków faktycznych, instytucji zasiedzenia), natomiast argumenty słusnościowe stoją w tle, mają pośrednie znaczenie (co np. uzasadnia skrócenie terminu zasiedzenia czy ogranicza zakres roszczeń uzupełniających kierowanych przez właściciela do posiadacza w dobrej wierze; zob. art. 172 i art. 224–228 k.c.). Element słusności, widoczny w pojęciu dobrej wiary w znaczeniu subiektywnym, uzasadnia generalne domniemanie dobrej wiary podmiotów prawa cywilnego (zob. art. 7 k.c.).

Można zauważyć, że w kilku systemach prawnych słusność została wyodrębniona jako tzw. drugie prawo (*ius aequum*), funkcjonujące równoległe z prawem ścisłym. Jego przykładem może być rzymskie *ius gentium*, frankońskie *iudicium aequitatis*, kanoniczne *signatura gratiae*, anglosaskie *equity law*<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Zob. A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, s. 109 i n.

<sup>35</sup> Por. inaczej K. Sójka-Zielińska, *Zasada słusności wobec teoretycznych założeń kodyfikacyjnych XIX w.*, „Państwo i Prawo” 1974, nr 2, s. 40.

<sup>36</sup> Zob. I. C. Kamiński, *Miejsce słusności w anglosaskiej tradycji prawnej*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 12, s. 81.

Dobra wiara, jako generalna klauzula słusnościowa, ma m.in. znaczenie jako kryterium interpretacji treści czynności prawnych, jako instrument korekty lub uzupełniania jej treści. Pozwala zatem w ramach obowiązujących ustaw (w ramach prawa pozytywnego) rozwijać prawo cywilne w kierunkach wyznaczanych pewnymi założeniami aksjologicznymi<sup>37</sup>. Za takim wnioskiem przemawia treść przepisu art. 56 i art. 58 § 2 k.c.; według pierwszego czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, zasady współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów; według drugiego nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

Biorąc pod uwagę znaczenie dla systemu prawa cywilnego instytucji dobrej wiary, a także obie przedstawione wyżej jej funkcje: ochronną i realizacji słusności w prawie, sformułować można (co czyni się w piśmiennictwie) zasadę prawa cywilnego – w postaci zasady ochrony dobrej wiary. Jest to zasada, a więc pewna kategoria normy prawnej, wyróżniająca się swoją doniosłością, poprzez wskazanie wartości, jakie prawo cywilne powinno realizować. Zasady prawa cywilnego wyznaczają kierunek działań prawodawczych, sposób interpretacji przepisów prawnych i stosowania prawa, wskazują preferencje w razie kolizji norm prawnych oraz określają sposób wykonywania praw podmiotowych.

Zasada ochrony dobrej wiary odnosi się zwłaszcza do podmiotu uzyskującego odpłatnie jakieś prawo podmiotowe; tak dzieje się, po uwzględnieniu domniemania z art. 7 k.c., w sytuacjach określonych w art. 83 § 2 k.c. – chodzi o uznanie skuteczności odpłatnej czynności prawnej (np. umowy sprzedaży) dokonanej na podstawie pozornego, zatem nieważnego oświadczenia woli, jeżeli skutek tej czynności działająca w dobrej wierze osoba trzecia względem stron pozornej umowy nabywa prawo lub zostaje zwolniona z obowiązku. Podobne rozstrzygnięcie przyjmuje ustawodawca w sytuacjach określonych w art. 92 § 2, art. 169, art. 192 § 2, art. 224–228, art. 231 § 1, art. 292, art. 310, art. 512, art. 515, art. 885, art. 886, art. 918 § 2 i art. 1028 k.c.

Z powyższego wyliczenia wynika, że zasada ochrony dobrej wiary odnosi się do szczególnych sytuacji określonych w powołanych przepisach kodeksu cywilnego, nie zaś do całego systemu prawa cywilnego. Powoływanie się na ochronę dobrej wiary poza tymi przepisami wymaga więc dodatkowego uzasadnienia, przykładowo, jak stwierdza Zbigniew Radwański, poprzez zastosowanie w danej sytuacji klauzuli zasad współżycia społecznego, albowiem charakteryzowana zasada ma swoje silne umocowanie w panujących w naszym społeczeństwie ocenach moralnych<sup>38</sup>.

Jak powiedziano na wstępie, zasady ogólne, w tym słusność, oraz funkcje występujących w polskim prawie prywatnym klauzul generalnych i zwrotów niedo- określonych są przedmiotem szczególnej refleksji doktrynalnej. Tak istotne i częste dziś rozważanie znaczenia i roli zasady słusności w obrocie cywilnoprawnym

<sup>37</sup> Por. W. Dajczak, op. cit., s. 52.

<sup>38</sup> Zob. Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 1994, s. 28.

świadczy albo o kryzysie treści prawa pozytywnego, które w sposób istotny musi być wspomagane przez odwoływanie się do słuszności (sprawiedliwości), albo o odczytaniu przez doktrynę i judykaturę<sup>39</sup> społecznej potrzeby przewartościowania akceptowanego dotąd powszechnie w społeczeństwie paradygmatu ducha prawa prywatnego, prawa prawnego<sup>40</sup>.

Duża „otwartość” doktryny prawa na klauzule generalne i związane z nimi ściśle tzw. prawo sędziowskie, wraz z postępującą demokratyzacją państwa i sprawnością instytucji stojących na straży praw obywateli, pomaga niwelować nieufność w stosunku do przepisów udzielających swobody sędziom. W tym kontekście znaczna rola klauzul słusznościowych wydaje się być jedną z cech charakterystycznych współczesnego prawa cywilnego.

Wspomniano wyżej stwierdzenie Andrzeja Stelmachowskiego o roli zasad ogólnych, które przenikają system prawa cywilnego (prywatnego), a przez to nadają normom cywilnoprawnym „swoiste zabarwienie”. Takim „zabarwieniem” prawa cywilnego, będącym wręcz kryterium wyróżnienia tej gałęzi w całym systemie prawa, jest zasada słuszności i wszystkie instytucje cywilnoprawne, których funkcją jest słusznościowa.

Można na koniec stwierdzić, że pogłębione analizy zasady słuszności, słuszności wyłuskanej z przyczyn i kierunków rozwoju stosunków społeczno-gospodarczych we współczesnej Polsce<sup>41</sup> przyczyniają się do tworzenia obowiązującego systemu prawa cywilnego wewnątrznie spójnego i pozbawionego luk.

## Summary

### *The principle of equity, good faith and positive law (on example of Polish civil law)*

Key words: private law, equity, general clause, good faith.

The theme of the article is the importance of the principle of equity in Polish private law. The authors describe the principle of equity on the example of laws that include general clauses in their content. In particular, the analysis concerns good faith, as the notion appearing in two senses in the Polish civil law. In their discussion the authors refer to the concept of law of Herbert L. A. Hart. They came to the conclusion that reliance on the principle of equity contributes to the formation of existing civil law that is consistent and without gaps.

<sup>39</sup> Zob. A. Górski, *Słuszność w orzekaniu sędziego cywilisty*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2014, z. 17, s. 115 i n.; W. J. Katner, *Słuszność jako klauzula generalna w kodeksie cywilnym (z perspektywy orzecznictwa Sądu Najwyższego)*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2014, z. 17, s. 119 i n.

<sup>40</sup> Zob. M. Wilejczyk, *Zagadnienia etyczne części ogólnej prawa cywilnego*, Warszawa 2014.

<sup>41</sup> Por. J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1999, s. 18.

**Magdalena Dragun**

Zakład Prawa Cywilnego

Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

## **Zasada słuszności a orzekanie w postępowaniu przed sądem arbitrażowym w sprawach z zakresu handlu międzynarodowego**

Institucja arbitrażu handlowego staje się w Rzeczypospolitej Polskiej obiektem coraz to większego zainteresowania. Fakt ten zdaje się niepodważalnie potwierdzać wzrastające znaczenie polskich stałych sądów arbitrażowych oraz arbitraży *ad hoc* w procesie rozstrzygania sporów gospodarczych (handlowych).

Arbitraż handlowy jest sposobem wiążącego rozstrzygnięcia przez sąd prywatny (arbitrażowy) istniejącego bądź przyszłego sporu prawnego, powstałego w związku z łączącym strony tego sporu określonym stosunkiem prawnym, zasadniczo o charakterze gospodarczym (handlowym), który to sposób czerpie swoje umocowanie z woli stron wspomnianego sporu, z jednoczesnym wyłączeniem kognicji sądu państwowego (powszechnego)<sup>1</sup>. Elementem konstytutywnym arbitrażu jest więc wola stron rozstrzygnięcia ich sporu przez sąd arbitrażowy (zamiast sądu powszechnego), wyrażona w umowie o arbitraż, nazywana też „zapisem na sąd polubowny”<sup>2</sup>. Przedmiotową konstrukcję prawną przewiduje również polskie prawo arbitrażowe w art. 1154–1217 k.p.c.<sup>3</sup>

Umowa o arbitraż może przyjąć postać tzw. klauzuli arbitrażowej albo tzw. kompromisu. W pierwszym przypadku dotyczyć ona będzie sporu prawnego, który dopiero powstanie w przyszłości pomiędzy stronami przedmiotowej umowy. Drugi przypadek będzie dotyczył zaś sytuacji, gdy odnosi się ona do sporu już zawisłego pomiędzy stronami. Wiążący charakter orzeczenia wydanego przez sąd arbitrażowy pozwala odróżnić arbitraż handlowy od tzw. alternatywnych sposobów rozstrzygnięcia

<sup>1</sup> A. Szumański, [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 8, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 6.

<sup>2</sup> *Ibidem*. s. 7

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. nr 43, poz. 296 z późn. zm.).

sporów (*alternative disputes resolutions* – ADR), w których orzeczenia wiążą strony sporu jedynie moralnie, a nie prawnie<sup>4</sup>.

W praktyce arbitrażowej (zarówno krajowej, jak i międzynarodowej) spory gospodarcze (handlowe) są najczęściej przedmiotem rozstrzygnięcia przez sądy arbitrażowe. Stąd arbitrażu handlowego dotyczy przede wszystkim kluczoła dla kształtowania krajowych systemów prawa arbitrażowego ustawa modelowa UNCITRAL z 1985 r. o międzynarodowym arbitrażu handlowym<sup>5</sup>. To samo czyni Konwencja Europejska z 21 kwietnia 1961 r. o międzynarodowym arbitrażu handlowym, zwana konwencją genewską<sup>6</sup>. Zgodnie z przepisami ustawy UNCITRAL, „handlowy” charakter arbitrażu powinien być rozumiany w szerokim znaczeniu dla oznaczenia kwestii wynikających z wszelkich stosunków handlowych, umownych lub pozaumownych, a zdefiniowanych w art. 2 przedmiotowej ustawy. Stosunki o charakterze handlowym obejmują m.in. „wszelkie transakcje handlowe dotyczące dostawy lub wymiany towarów i usług, porozumienia w sprawie dystrybucji, przedstawicielstwo handlowe, fakturowanie, dzierżawę, budowę obiektów przemysłowych, usługi konsultingowe, inżynieryjne, licencje, inwestycje, finansowanie, transakcje bankowe, ubezpieczenia, porozumienia eksploatacyjne lub koncesyjne, wspólne przedsięwzięcia lub inne formy współpracy przemysłowej lub handlowej a także przewóz towarów lub osób drogą powietrzną, morską, transportem kolejowym lub drogowym”<sup>7</sup>.

Terminy „arbitraż” i „sądownictwo polubowne” należy traktować jako synonimy. Powyższy charakter obu pojęć podkreśla normatywne określenie przyjęte na gruncie polskiego prawa arbitrażowego – część 5 k.p.c. (art. 1154–1217) została zatytułowana „Sąd polubowny (arbitrażowy)”. Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, iż do cech podstawowych arbitrażu handlowego zalicza się:

- a) działanie arbitrażu handlowego z woli stron sporu;
- b) szybki i odformalizowany charakter postępowania prowadzącego do rozstrzygnięcia sporu;
- c) „ograniczone” stosowanie przepisów prawa materialnego przy rozstrzygnięciu sporu, z możliwością zastosowania zasady słuszności (*ex aequo et bono*);
- d) poufny charakter postępowania arbitrażowego oraz treści wyroku<sup>8</sup>.

Z treści art. 28 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 3 ustawy modelowej UNCITRAL wynika kolejno, iż „sąd arbitrażowy rozstrzyga spór zgodnie z prawem wybranym przez strony jako mającym zastosowanie w sprawie”, zaś „w razie braku wyboru

<sup>4</sup> A. Szumański, [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 8, s. 9.

<sup>5</sup> Ustawa wzorcowa uchwalona przez UNCITRAL w dniu 21 czerwca 1985 r., przyjęta i zarekomendowana państwu członkowskiemu przez Zgromadzenie Ogólne ONZ na 112 plenarnym zgromadzeniu w dniu 11 grudnia 1985 r. – nr 40/72 z dnia 11 grudnia 1985 r., zmieniona uchwałą nr 61/33 z dnia 4 grudnia 2006 r., ONZ, Wiedeń 2008.

<sup>6</sup> Konwencja Europejska z dnia 21 kwietnia 1961 r. o międzynarodowym arbitrażu handlowym (Dz.U. z 1964 r., nr 40, poz. 270 z późn. zm.).

<sup>7</sup> Art. 2 ustawy wzorcowej uchwalonej przez UNCITRAL w dniu 21 czerwca 1985 r.

<sup>8</sup> A. Szumański, [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 8, s. 12.

prawa przez strony, sąd arbitrażowy stosuje prawo wskazane przez normę kolizyjną, którą uważa się za znajdującą zastosowanie w sprawie”. We wskazanych powyżej dwóch przypadkach chodzi o prawo materialne, które jest właściwe dla danego stosunku prawnego, z którego to stosunku wyniknął spór między stronami<sup>9</sup>. Jednakże na mocy wyraźnego upoważnienia przez strony sporu sąd arbitrażowy może „pomiąć” normy właściwego prawa materialnego i orzec tylko na zasadzie słuszności (*ex aequo et bono*). Jest to rozwiązanie bardzo trafne, wtedy gdy normy prawa materialnego są niejasne, stwarzają możliwość wzajemnie sprzecznych ze sobą interpretacji (mimo dokonania ich zgodnie z zasadami wykładni prawa) albo gdy ich ścisłe (literalne) stosowanie prowadzi do rozstrzygnięcia oczywiście sprzecznego z elementarnym poczuciem sprawiedliwości i przyzwoitości (*maximum ius – maxima iniuria*). Wspomniane rozwiązanie nie jest natomiast dopuszczalne w przypadku orzecznictwa powszechnego, gdyby wydany wyrok – odrywający się całkowicie od przepisów prawa materialnego – powstawał w sprzeczności z prawem (*contra legem*). Taki wyrok byłby z pewnością uchylony przez sąd powszechny wyższych instancji. To samo dotyczy wadliwej interpretacji przepisów prawa materialnego, nawet gdy nie można wykazać oczywistej sprzeczności wyroku z prawem materialnym.

Sąd arbitrażowy nawet w sytuacji, gdy nie orzeka wyłącznie na zasadach słuszności za zgodą stron sporu, nie jest związany prawem materialnym w taki sposób, jak orzekający w podobnej sprawie sąd powszechny. Zjawisko to określa się w doktrynie międzynarodowego prawa arbitrażowego jako *search for another justice*, a ponadto jako *search for conciliation*, które są powoływane w charakterze czynników skłaniających uczestników obrotu gospodarczego do poddawania swoich sporów kognicji sądów arbitrażowych w miejsce sądów powszechnych, obok takich elementów jak: *improving the administration of justice* (a więc mniejszy formalizm, tajność postępowania, bardziej kompetentni sędziowie) oraz *disputes outside the province of the court* (a więc możliwość m.in. wypełnienia przez arbitraż luk umowy czy nawet prowadzenia modyfikacji treści umowy). Zwraca się także uwagę na istotną różnicę w tradycji podejścia do idei arbitrażu, a mianowicie europejskiego podejścia legalistycznego oraz azjatyckiego podejścia koncyliacyjnego, które mają swe podstawy nie tylko w systemach prawnych, ale nawet w podstawach filozoficznych tych społeczeństw. W polskiej doktrynie natomiast brak związania sądu arbitrażowego przepisami prawa materialnego jest powszechnie przyjęty<sup>10</sup>. W konsekwencji sąd arbitrażowy może wydać prawomocny wyrok oparty na błędnej wykładni przepisów prawa materialnego, o ile nie naruszy on porządku publicznego (zasady praworządności).

W świetle poglądów doktryny błędna wykładnia prawa nie stanowi podstawy odmowy uznania bądź stwierdzenia wykonalności zagranicznego wyroku arbitrażo-

<sup>9</sup> Ibidem, s. 17.

<sup>10</sup> Ibidem, s. 18.

wego w świetle przepisów konwencji nowojorskiej z 10 czerwca 1958 r. o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych<sup>11</sup>. Innym zagadnieniem jest natomiast kwestia odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku, który nie uwzględnia treści umowy stron (w tym klauzuli arbitrażowej), a nawet ją „ignoruje”, jakkolwiek jej formalnie nie narusza. Mimo że *prima facie* nie można mówić wówczas o naruszeniu porządku publicznego, to jednak taki wyrok nie powinien być uznany, ewentualnie należy odmówić stwierdzenia jego wykonalności<sup>12</sup>. Sąd arbitrażowy może wydać nawet wyrok sprzeczny z prawem, o ile wyrok ten nie narusza zasady praworządności (klauzuli porządku publicznego). Teza ta jest konsekwencją przepisów o odmowie uznania albo stwierdzenia wykonalności wyroku arbitrażowego. Przepisy te w sposób wyczerpujący określają podstawy uchylenia tego wyroku bądź odmowy jego uznania albo stwierdzenia wykonalności. Wśród tych podstaw nie ma natomiast mowy o naruszeniu przepisów prawa materialnego. Nie dotyczy to jednak przypadku, gdy orzeczenie narusza porządek publiczny danego państwa, czyli – innymi słowy – zasadę praworządności<sup>13</sup>. Pogląd ten na gruncie polskiego prawa arbitrażowego potwierdził również Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 29 maja 2000 r.<sup>14</sup>, którego teza brzmi: „Naruszenie przez sąd polubowny przepisów prawa materialnego, ich błędna wykładnia, wadliwie wskutek tego rozstrzygnięcie samo w sobie nie stanowi naruszenia zasady praworządności”.

W świetle art. 28 ust. 4 ustawy modelowej UNCITRAL z 1985 r. „we wszystkich przypadkach sąd arbitrażowy rozstrzyga zgodnie z postanowieniami kontraktu, z uwzględnieniem zwyczajów handlowych mających zastosowanie do transakcji”. Treść tego przepisu prawie literalnie przejmując na gruncie polskiego prawa arbitrażowego art. 1194 § 2 k.p.c. Wskazana wyżej zasada oznacza, że sąd arbitrażowy, który rozpoznaje spór z woli stron w zakresie określonym przez te strony w umowie o arbitraż, jest związany także wolą stron wyrażoną w umowie gospodarczej, jak też w innych czynnościach prawnych czy faktycznych. W świetle ustalonej treści woli stron, a ponadto na podstawie przepisów właściwego prawa materialnego albo zasad słuszności lub zasad prawa<sup>15</sup> sąd arbitrażowy rozstrzygnie spór, wydając swój wyrok w sprawie. Ma on obowiązek uwzględnienia ustalonych zwyczajów pomiędzy stronami sporu bądź w dziedzinie gospodarki (której dotyczy spór) czy szerzej w środowisku przedsiębiorców. W przypadku sporu o charakterze międzynarodowym stwarza to możliwość stosowania norm *soft law* w zakresie prawa materialnego, które czerpią swą moc z woli stron sporu. Chodzi tu zarówno o normy tego typu

<sup>11</sup> Konwencja nowojorska z 10 czerwca 1958 r. o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych (Dz.U. z 1962 r., nr 9, poz. 41 z późn. zm.).

<sup>12</sup> A. Szumański, [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 8, s. 18–19.

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> Sygn. akt I ACa 65/00, OSA 2001, nr 2, poz. 10.

<sup>15</sup> Zasada prawa to ponadkrajowe podstawowe normy o charakterze powszechnym, wspólne dla cywilizowanych porządków prawnych, dotyczące m.in. wiążącej mocy umów, uwzględniające zasady dobrej wiary itp.

tworzone przez organizacje rządowe (np. UNCITRAL, UNCTAD itd.), jak i organizacje pozarządowe (ICC, UNIDROIT)<sup>16</sup>.

Prawnomaterialny zakres orzekania sądu arbitrażowego nie jest dowolny, gdyż wyrok końcowy tego sądu powinien być zupełny. Oznacza to, że powinien się on odnieść do wszystkich istotnych kwestii prawnych, które były przedmiotem sporu. Innymi słowy, sąd arbitrażowy – mający z istoty arbitrażu handlowego dużą swobodę rozstrzygania sporu na płaszczyźnie prawa materialnego – nie może ograniczyć się do rozstrzygnięcia tylko niektórych – istotnych jego zdaniem – kwestii prawnych będących przedmiotem sporu, pomijając inne sprawy, tj. te zdaniem sądu mniej istotne bądź w ogóle nieistotne. Ze względu na faktyczne trudności w identyfikacji wszystkich problemów prawnych prawa materialnego, wokół których toczy się spór poddany kognicji sądu arbitrażowego, niekiedy stałe sądy arbitrażowe przewidują instytucję *terms of reference* (tzw. akt misji), a więc wspólnego określenia przez arbitrów oraz strony sporu wszystkich spraw, które wymagają rozstrzygnięcia. Przykładem jest Sąd Arbitrażowy przy Międzynarodowej Izbie Handlowej w Paryżu (ICC), który przewiduje wspomnianą instytucję w treści art. 18 swego regulaminu<sup>17</sup>.

Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, iż w nauce i praktyce prawa międzynarodowego arbitrażu handlowego szeroko rozważa się zagadnienie podstaw orzekania przez sąd arbitrażowy. Powszechnie akceptowany jest pogląd, że sąd arbitrażowy może rozstrzygać spór między stronami na podstawie przepisów prawa, przez który rozumie się system prawa materialnego określonego państwa. Szczególnie duże zainteresowanie i różnice poglądów wzbudza kwestia dopuszczalności orzekania przez sąd arbitrażowy z mocy woli stron lub przepisów dotyczących międzynarodowego arbitrażu handlowego na podstawie innej niż tak pojmowane prawo. Do takich podstaw zalicza się przede wszystkim: ogólne zasady prawa, zasady słuszności i międzynarodowe prawo kupieckie (*lex mercatoria*)<sup>18</sup>. Podstawy orzekania przez sąd arbitrażowy mogą w ramach ustawowych zostać określone przez strony sporu lub przez ten sąd z woli stron. Obydwa sposoby określenia podstaw orzekania dla sądu arbitrażowego stanowią przejaw zasady autonomii woli stron w międzynarodowym arbitrażu handlowym, która leży u podstaw międzynarodowego prawa handlowego<sup>19</sup>.

Orzekanie przez sąd arbitrażowy co do istoty sporu na podstawie przepisów prawa to powszechnie przyjęta reguła. Została ona przewidziana w art. 1194 § 1 *initio* k.p.c., według którego sąd polubowny rozstrzyga spór według prawa właściwego dla danego stosunku. Przez prawo właściwe należy rozumieć w tym przepisie system prawny określonego państwa, który został wybrany przez strony lub ustalony przez sąd arbitrażowy z mocy woli stron lub przepisów prawa dotyczących arbitrażu.

<sup>16</sup> A. Szumański, [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 8, s. 19.

<sup>17</sup> *Ibidem*, s. 19–20.

<sup>18</sup> *Ibidem*, s. 180.

<sup>19</sup> J. Poczobut, *Ewolucja pojęcia międzynarodowego prawa handlowego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2007, t. 1, s. 50.

W prawie polskim wyjątek od zasady orzekania przez sąd arbitrażowy na podstawie przepisów prawa stanowi orzekanie z mocy wyraźnego upoważnienia stron, według ogólnych zasad prawa (art. 1194 § 1 k.p.c.). Przez ogólne zasady prawa należy rozumieć zasady wspólne wszystkim systemom prawa poszczególnych państw tworzących określoną grupę lub przynajmniej większości z nich, ustalone w drodze porównania. Z uwagi na fakt, iż ustalenie takich zasad w wyniku porównania wszystkich systemów prawnych byłoby trudne lub niemożliwe, zasady zaś ustalone w ten sposób byłyby przeważnie zbyt ogólne, powinno dopuszczać się możliwość orzekania na podstawie ogólnych zasad prawa, które są uznane w systemach prawa pozostających w związku z danym sporem<sup>20</sup>.

Drugi wyjątek w prawie polskim od zasady orzekania przez sąd arbitrażowy na podstawie przepisów prawa stanowi orzekanie z mocy wyraźnego upoważnienia stron, według zasad słuszności (art. 1194 § 1 k.p.c.). Umożliwia ono, co do zasady, rozstrzygnięcie sporu bez zastosowania, ze swojej natury mało elastycznych, przepisów określonego prawa<sup>21</sup>. Orzekanie przez sąd arbitrażowy na zasadach słuszności (*ex aequo et bono*) utożsamia się na ogół z orzekaniem przez arbitrów jako przyjaznych rozjemców (*amiable compositeurs*)<sup>22</sup>. Tak przyjęto m.in. w art. VII ust. 2 konwencji genewskiej, stosownie do którego arbitrzy wydają orzeczenia za zasadzie słuszności (jako *amiable compositeurs*), jeżeli strony tak się umówiły i jeżeli prawo właściwe dla arbitrażu, które jednak w tym przepisie nie zostało określone, na to zezwala. Mniej licznie reprezentowany jest pogląd, według którego *l'amiable composition* stanowi szerszą, w porównaniu z rozstrzygnięciem sporów na zasadach słuszności, instytucję w ramach zbioru różnych, alternatywnych zasadniczo względem sądu państwowego, sposobów rozwiązywania sporów (ADR), która wyraża się w umocowaniu arbitra do rozwiązania sporu według zasad słuszności i przy uwzględnieniu innych istotnych dla stron wartości (np. ich wspólnego interesu) z całkowitym lub częściowym pominięciem zasad prawa<sup>23</sup>. Mało popularny jest też pogląd o zasadniczej odrębności orzekania według zasad słuszności i jako przyjazni rozjemcy<sup>24</sup>. Zwolennicy takiego rozróżnienia powołują się przede wszystkim na art. 28 ust. 3 ustawy modelowej UNCITRAL z 1985 r., w którym stwierdzono alternatywnie, iż sąd arbitrażowy orzeka na zasadzie słuszności lub jako przyjazny rozjemca tylko wtedy, gdy strony go do tego wyraźnie upoważniły<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> B. von Hoffmann, *O stosowaniu „legis mercatoriae” w międzynarodowym arbitrażu handlowym*, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego” 1988, t. 12, s. 16.

<sup>21</sup> A. Lizer-Klatka, *Pojęcie orzekania na zasadach słuszności w międzynarodowym arbitrażu handlowym*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 1, s. 62.

<sup>22</sup> J.L. Delvolle, G.H. Pointon, J. Rouhe, *French arbitration law and practice: A dynamic civil law approach to international arbitration*, Kluwer Law International 2009, s. 149–150.

<sup>23</sup> A. Wach, „*L'amiable composition*” jako samodzielna forma rozwiązywania sporów prawnych, „Radca Prawny” 2004, nr 6, s. 122 i n.

<sup>24</sup> A. Lizer-Klatka, op. cit., s. 64.

<sup>25</sup> A. Szumański, [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 8, s. 183.

Niezależnie od różnic poglądów na istotę orzekania *ex equo et bono* i w charakterze *l'amiable compositeurs*, nie ulega wątpliwości, że w arbitrażu międzynarodowym konstytutywnym elementem obydwu instytucji jest kierowanie się przez sąd arbitrażowy poczuciem (wyczuciem) prawnym i swobodnym uznaniem, zasady zaś takiego orzekania formułuje się z reguły na podstawie konkretnego stanu faktycznego i nie są one normami prawnymi<sup>26</sup>. Nie oznacza to jednak dowolności w ocenie sprawy. Przy orzekaniu za zasadzie słuszności arbitrzy powinni bowiem respektować podstawowe zasady porządku prawnego państw, w których realizowana jest kontrola wyroków sądów arbitrażowych w ramach skargi o uchylenie wyroku takiego sądu albo postępowania o jego uznanie lub stwierdzenie wykonalności. Upoważnienie sądu arbitrażowego przez strony do orzekania według zasad słuszności nie wyłącza zatem w pełni, lecz tylko w znacznej mierze, ich umowy i wynikającego z niej stosunku prawnego spod prawa<sup>27</sup>.

Koncepcja orzekania w arbitrażu międzynarodowym na zasadach słuszności wywodzi się z orzecznictwa sądów francuskich. Została ona proklamowana w art. 28 ust. 3 ustawy modelowej UNCITRAL z 1985 r. z zastrzeżeniem wyrażonego upoważnienia do tego sądu arbitrażowego przez strony oraz zaakceptowania w większości państw członkowskich Unii Europejskiej i innych państw, które wzorowały się na przepisach przedmiotowej ustawy. Tak rozumiane orzekanie na zasadach słuszności przewidziano m.in. w § 603 ust. 3 austriackiego kodeksu postępowania cywilnego z 1895 r. w wersji z 2006 r., art. 27 ust. 3 chorwackiej ustawy o sądownictwie polubownym z 2001 r., art. 1497 francuskiego kodeksu postępowania cywilnego z 1807 r. w wersji z 1981 r., art. 28 ust. 3 greckiej ustawy o arbitrażu z 1999 r., a także w regulaminach niektórych stałych sądów arbitrażowych. Jeszcze przed ćwierćwieczem prawo angielskie nie dopuszczało orzekania za zasadach słuszności<sup>28</sup>. W myśl jednak sekcji 46 lit. b angielskiej ustawy o arbitrażu z 1996 r. sąd arbitrażowy może zostać upoważniony do rozstrzygnięcia sporu na innej podstawie uzgodnionej przez strony lub określonej przez ten sąd. Angielskie sądy państwowe dokonują wykładni przytoczonego przepisu w sposób dopuszczający orzekanie przez sąd arbitrażowy za zasadach słuszności<sup>29</sup>.

Ponadto należy mieć na uwadze, iż według art. 1194 § 2 k.p.c. niezależnie od tego, czy sąd polubowny rozstrzyga spór według przepisów prawa, czy też według ogólnych zasad prawa lub zasad słuszności, powinien brać pod uwagę – oprócz postanowień umowy – ustalone zwyczaje, które mają zastosowanie do danego stosunku prawnego.

W praktyce orzekanie na podstawie zasady *ex aequo et bono* bywa mylone z upoważnieniem do uwzględnienia postanowień umowy, zwyczaju i praktyki handlowej, które dopuszcza się w większości regulaminów arbitrażowych i ustaw krajo-

<sup>26</sup> T. Ereciński, [w:] T. Ereciński, J. Ciszewski, *Kodeks postępowania cywilnego*, s. 425.

<sup>27</sup> J.L. Delvolve, G.H. Pointon, J. Rouche, *French Arbitration Law*, s. 150–152.

<sup>28</sup> I.C. Kamiński, *Zasady słuszności*, s. 47, 52.

<sup>29</sup> A. Szumański, [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 8, s. 184–185.

wych. Tymczasem upoważnienie to, niewymagające szczególnego porozumienia stron, jest jedynie wskazówką interpretacyjną, natomiast upoważnienie do orzekania *ex aequo et bono* niejako zastępuje obowiązek stosowania prawa materialnego i uprawnia arbitrow do podjęcia decyzji według uznania. Celem uniknięcia ewentualnych wątpliwości, w razie braku jednoznacznego upoważnienia do orzekania *ex aequo et bono*, arbitrzy powinni unikać w wyrokach odniesień do „słuszności”, „sprawiedliwości” czy innych podobnych sformułowań o charakterze subiektywnym<sup>30</sup>. Orzekania *ex aequo et bono* nie należy także utożsamiać ze stosowaniem przez trybunał arbitrażowy pewnych klauzul generalnych, np. odsyłających do kryteriów słuszności, sprawiedliwości, dobrej wiary itp. Klauzule te wchodzi bowiem w skład systemu prawnego i mają charakter przepisów szczególnych, na podstawie których – w razie ich stosowania – dokonuje się z punktu widzenia słuszności oceny danej sytuacji prawnej w ramach obowiązującego porządku prawnego. Odwołanie się do tych klauzul nie oznacza orzekania na zasadach słuszności, a więc orzekania w zgodzie jedynie z dyrektywą słuszności, niezależnie od obowiązujących przepisów prawnych, a nawet wbrew tym przepisom<sup>31</sup>.

Głównym zarzutem w stosunku do orzekania na zasadach słuszności jest niemożność przewidywalności rozstrzygnięcia sądu polubownego<sup>32</sup>. Należy jednak zauważyć, iż wyrok wydany przez sąd arbitrażowy orzekający na podstawie zasad słuszności (który jest mniej przewidywalny dla stron) niejednokrotnie będzie bardziej sprawiedliwy (w odczuciu społecznym) niż wyrok wydany w tej samej sprawie na podstawie samych tylko przepisów prawa materialnego. Arbitrzy bowiem mogą wydać wyrok, który będzie zgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawnymi, jednakże niekoniecznie będzie on sprawiedliwy w odczuciu społecznym. Z drugiej jednak strony arbitrzy powinni w jak najmniejszym stopniu rezygnować ze stosowania „prawa pisanego”, ponieważ jest ono podstawową normą regulującą wzajemne stosunki między ludźmi. Powinno to być swoistego rodzaju wskazówką dla arbitrow oraz dyrektywą dla sądu arbitrażowego orzekającego na zasadzie słuszności.

Wadą arbitrażu handlowego może być ponadto okoliczność, iż sąd arbitrażowy może rozpoznawać sprawę i wydać wyrok tylko w granicach umowy o arbitraż. Powołane wyżej ryzyko zachodzi także w przypadku tzw. sporów wielostronnych, nawet przy założeniu, że wszystkie z nich są poddane kognicji sądu arbitrażowego. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, gdy różne strony sporu powołują odmienne zespoły orzekające, a tym samym nie można wykluczyć wydania sprzecznych ze sobą wyroków w tej samej sprawie. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że arbitrzy posiadają znacznie mniejszy zakres uprawnień niż sędziowie sądów powszechnych. Zwraca się uwagę na okoliczność, że arbitraż handlowy wcale nie musi

<sup>30</sup> Ibidem, s. 507.

<sup>31</sup> Ibidem.

<sup>32</sup> T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008, s. 326.

stanowiąc tańszego sposobu rozstrzygnięcia sporów niż sądownictwo powszechne, a wręcz przeciwnie – w niektórych przypadkach może być sposobem droższym. Zależy to w znacznym stopniu od wartości przedmiotu sporu, a także od sposobu określenia przez stały sąd arbitrażowy albo arbitraż *ad hoc* wysokości pobieranych opłat arbitrażowych, ustalania wydatków i określania honorariów arbitrów<sup>33</sup>. Jednakże (pomimo potencjalnych wad) nie sposób wyliczyć wszystkich zalet arbitrażu, jak np. szybki i odformalizowany charakter rozpoznania sprawy, poufny charakter postępowania arbitrażowego, możliwość wpływu stron na wybór arbitrów, wybór zasad i sposobu prowadzenia postępowania, a także możliwość wydania ostatecznego i wiążącego strony wyroku rozstrzygającego spór pomiędzy stronami (który ma moc równoprawną prawomocnemu wyrokowi sądu państwowego – powszechnego). Wyżej wymienione zalety skłaniają do wniosku, że międzynarodowy arbitraż handlowy jest bezkonkurencyjny w rozpoznawaniu sporów o charakterze międzynarodowym<sup>34</sup>.

Reasumując należy wskazać, iż wybór międzynarodowego arbitrażu handlowego w miejsce kognicji właściwego sądu powszechnego danego państwa gwarantuje neutralny grunt do rozstrzygnięcia sporów. Żadna ze stron nie będzie wówczas uprzywilejowana w stosunku do drugiej, co z kolei stanowi jedną z głównych zalet przedmiotowej instytucji.

## Summary

### *The principle of fairness and rulings in proceedings before the arbitral tribunal in cases concerning international trade*

Key words: arbitration, search for another justice, search for conciliation, improving the administration of justice, disputes outside the province of the court, soft law.

This article attempts to discuss the institution of adjudication based on fairness principle, before the arbitral tribunal in cases concerning international trade. This article presents the essence of commercial arbitration, commercial nature of arbitration and characteristics of commercial arbitration. This publication also points to sources of commercial arbitration law – Polish and international. Publication also discusses selected issues concerning „conflict of laws” in international commercial arbitration – in particular arbitration basis through court rulings by subject of the dispute that is, issues concerning the general principles of law, principles of equity and transnational trade law. The summary of the article is to present some advantages and disadvantages of the discussed institution.

<sup>33</sup> A. Szumański, [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 8, s. 27–28.

<sup>34</sup> *Ibidem*, s. 26.



**Anastasja Filonowa**

Studentka Wydziału Prawa

Grodzieńskiego Uniwersytetu Państwowego im. Janki Kupały

Białoruś

**Защита прав потребителей платных медицинских услуг**

Каждый из нас в своей жизни хотя бы раз обращался в медицинское учреждение по тем или иным вопросам. Все знают, что наряду с бесплатным оказанием медицинской помощи в нашей республике оказывают платные медицинские услуги, которые являются дополнительными к гарантированному государством объему бесплатной медицинской помощи и оказываются гражданам Республики Беларусь государственными учреждениями здравоохранения на основании письменных договоров возмездного оказания медицинских услуг, за исключением платных медицинских услуг, оказываемых анонимно.

Чтобы понять, насколько законодательство о защите прав потребителей применимо к платным медицинским услугам, необходимо выяснить особенности медицинской услуги, которые состоят в следующем:

1) гражданское законодательство определяет здоровье как объект гражданского правоотношения, являющегося нематериальным благом, которое неотделимо от личности, не может передаваться или прекращаться по каким-либо основаниям (ст. 151 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее – ГК). Нематериальные блага защищаются в соответствии с гражданским законодательством в случаях и порядке, предусмотренных этим законодательством, а также в тех случаях и пределах, в каких использование способов защиты гражданских прав вытекает из существа нарушенного нематериального права и характера последствий этого нарушения. Ст. 11 ГК содержит перечень способов защиты, среди которых пресечения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения; возмещения убытков; взыскания неустойки; компенсации морального вреда; прекращения или изменения правоотношения и др.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Гражданский кодекс Республики Беларусь: принят Палатой представителей 28 октября 1998 г.: одобрен Советом Республики 19 ноября 1998 г.: текст Кодекса по состоянию на 20 февраля 2014 г., [в:] Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь, Минск 2015.

2) существует возможность причинения вреда. Многим услугам свойственны только денежные покупательские риски, медицинским же услугам – риски физические.

3) результат услуги не может быть однозначно гарантирован исполнителем ввиду индивидуальных особенностей человеческого организма, а также того, что медицинская услуга – это взаимодействие двух сторон, от которых обоюдно зависит достижение конечной цели.

Нормативные правовые акты, регулирующие сферу оказания платных медицинских услуг, можно разделить наобщие, к которым относятся:

1. ГК (гл. 39 «Возмездное оказание услуг»);

2. Закон Республики Беларусь от 9 января 2002 г. № 90-3 «О защите прав потребителей» (далее – Закон);

3. Положение о порядке проведения экспертизы товаров (результатов выполненных работ, оказанных услуг), достоверности информации о товарах (работах, услугах), утвержденное постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 14.01.2009 № 26 «О некоторых вопросах защиты прав потребителей» (далее – Положение № 26);

4. Постановление Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 24.06.2010 № 4 «О практике применения судами законодательства при рассмотрении дел о защите прав потребителей»;

5. Постановление Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 28.09.2000 № 7 «О практике применения судами законодательства, регулирующего компенсацию морального вреда» и др.

и специальные, к которым относится:

1. Закон Республики Беларусь от 18 июня 1993 г. № 2435-XII «О здравоохранении»;

2. Положение о порядке оказания платных медицинских услуг; и Перечень платных медицинских услуг, утвержденные постановлением Совета Министров Республики Беларусь 10 февраля 2009 г. № 182 «Об оказании платных медицинских услуг государственными учреждениями здравоохранения» (Положение № 182);

3. Инструкция о порядке информирования населения об оказании медицинской помощи в организациях здравоохранения, утвержденная постановлением Министерства здравоохранения Республики Беларусь от 2.11.2005 № 44 «О порядке информирования населения об оказании медицинской помощи в организациях здравоохранения и о порядке направления для получения медицинской помощи» (далее – Инструкция № 44);

4. Инструкция о порядке создания и деятельности комитетов (комиссий) по вопросам медицинской этики и деонтологии, утвержденная постановлением Министерства здравоохранения Республики Беларусь от 28.11.2008 № 205;

5. Законодательство в сфере лицензирования, ценообразования медицинских услуг и др.

Для того чтобы защищать права потребителей платных медицинских услуг, прежде всего, необходимо их знать. Закон о здравоохранении (ст. 41) предоставляет пациентам право на: получение медицинской помощи; выбор лечащего врача и организации здравоохранения; участие в выборе методов оказания медицинской помощи; пребывание в организации здравоохранения в условиях, соответствующих санитарно-эпидемиологическим требованиям и позволяющих реализовать право на безопасность и защиту личного достоинства; уважительное и гуманное отношение со стороны работников здравоохранения; получение в доступной форме информации о состоянии собственного здоровья, применяемых методах оказания медицинской помощи, а также о квалификации лечащего врача, других медицинских работников, непосредственно участвующих в оказании ему медицинской помощи; выбор лиц, которым может быть сообщена информация о состоянии его здоровья; отказ от оказания медицинской помощи, в том числе медицинского вмешательства, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Законом; облегчение боли, связанной с заболеванием и (или) медицинским вмешательством, всеми методами оказания медицинской помощи с учетом лечебно-диагностических возможностей организации здравоохранения и др.<sup>2</sup>

Законодательство о защите прав потребителей (ст. 5) предоставляет дополнительные права пациентам, такие как: информирование об услуге, работе и исполнителях услуг; просвещение в области защиты прав потребителей; свободный выбор услуг; надлежащее качество работ, услуг, в том числе безопасность работ, услуг; то, чтобы результат работы, услуги при установленных условиях использования результата работы, услуги был безопасен для жизни, здоровья, наследственности; возмещение в полном объеме убытков, вреда, причиненных вследствие недостатков работы, услуги, в том числе на компенсацию морального вреда; государственную защиту своих прав, в том числе на обращение в суд и другие уполномоченные государственные органы за защитой нарушенных прав или интересов, охраняемых Законом о защите прав потребителей и иным законодательством; общественную защиту своих прав; создание общественных объединений потребителей<sup>3</sup>.

Войцеховская С.В. выделяет несколько основных причин развития конфликтных ситуаций на почве неудовлетворенности пациентов при оказании медицинской услуги:

---

<sup>2</sup> О здравоохранении: Закон Респ. Беларусь, 18 июня 1993 г., № 2435-XII: в ред. Закона Респ. Беларусь от 16 июня 2014 г., [в:] там же.

<sup>3</sup> О защите прав потребителей: Закон Респ. Беларусь, 9 января 2002 г., № 90-3: в ред. Закона Респ. Беларусь от 4 января 2014 г., [в:] там же.

1) некачественное оказание медицинской помощи, отсутствие полноценного обследования; необоснованное расширение показаний к назначению медицинских препаратов и т.п.;

2) несоблюдение деонтологических принципов (вопросы соблюдения врачебной тайны; меры ответственности за жизнь и здоровье больных; проблемы взаимоотношений с больными и их родственниками), отсутствие налаженных взаимоотношений с пациентом, направленных на достижение положительных результатов.

3) несоблюдение требований полного информирования пациента. Нередко это влечет за собой отсутствие комплаентности пациента (соответствия между поведением пациента и рекомендациями, полученными от врача).

4) недостатки в ведении врачебной документации<sup>4</sup>.

При этом, на наш взгляд, каждая из этих групп может быть отдельным предметом исследования. Рассмотрим их подробнее.

Заклучив договор с организацией здравоохранения на оказание платных медицинских услуг, гражданин становится обладателем широкого спектра прав, связанных с реализацией услуг по возмездному договору, приобретая тем самым статус потребителя. А значит, имеет право на защиту в случае, если заказ выполнен ненадлежащим образом, т.е. с нарушением требований законодательства или условий договора (ст. 30 Закона) или при обнаружении недостатков оказанной услуги (ст. 31 Закона)

При этом Закон также определяет, что под недостатком услуги понимается несоответствие ее нормативным документам, устанавливающим требования к качеству услуги, иному законодательству или условиям договора (ст. 1). При этом, исходя из содержания понятия «медицинская услуга» (абз. 10 ч. 1 Закона о здравоохранении) качество медицинской помощи можно определить как совокупность критериев, отражающих:

- своевременность оказания медицинской помощи;
- правильность и эффективность выбора методов диагностики, лечения, реабилитации и профилактики при оказании медицинской помощи;
- правильную интерпретацию результатов лабораторного, инструментального и иных видов обследования; постановку диагноза;
- выполнение установленных диагностических и лечебных мероприятий;
- заполнение и ведение медицинской документации;
- качество изделий медицинского назначения и медицинской техники;
- степень достижения запланированного результата, в том числе оценку удовлетворенности пациента.

Оказание медицинской помощи в Республике Беларусь осуществляется на основании клинических протоколов или методов оказания медицинской помощи (ч. 1 ст. 14 Закона о здравоохранении).

<sup>4</sup> С.В. Войцеховская, *Правовые аспекты защиты прав потребителей при оказании платных медицинских услуг (часть I)*, [в:] там же.

Клинический протокол является техническим нормативным правовым актом и устанавливает общие требования к оказанию медицинской помощи пациенту при определенном заболевании, с определенным синдромом или при определенной клинической ситуации (абз. 7 ч. 1 ст. 1 Закона о здравоохранении).

Кроме того, Министерством здравоохранения Республики Беларусь утверждаются алгоритмы оказания медицинской помощи, инструкции об организации оказания медицинской помощи и иные. Например: приказ Министерства здравоохранения Республики Беларусь от 6.12.2013 № 1246 Об утверждении Алгоритма оказания медицинской помощи пациентам с остро возникшей лихорадкой», постановление Министерства здравоохранения Республики Беларусь от 8.05.2013 № 40 «Об утверждении Инструкции о порядке организации оказания медицинской помощи пациентам с некоторыми хирургическими заболеваниями» и другие.

В исключительных случаях, установленных Министерством здравоохранения Республики Беларусь, в интересах пациента допускается применение научно обоснованных, но еще не утвержденных к применению в установленном законодательством Республики Беларусь порядке методов оказания медицинской помощи (постановление Министерства здравоохранения Республики Беларусь от 23.12.2008 № 237 «Об установлении исключительных случаев, когда в интересах пациента допускается применение научно обоснованных, но еще не разрешенных к применению в установленном законодательством Республики Беларусь порядке методов оказания медицинской помощи») (ч. 2 ст. 18 Закона о здравоохранении).

При предъявлении потребителем требований, связанных с недостатками оказанной услуги, в соответствии с п. 6 ст. 31 Закона исполнитель должен провести проверку качества оказанной услуги, если это возможно по характеру услуги.

В случае, если в ходе проверки качества будет установлено, что заявленные потребителем недостатки оказанной услуги отсутствуют, исполнитель вправе отказать потребителю в удовлетворении заявленного им требования.

Вместе с тем, если потребитель не согласился с результатами проверки качества, проведенной исполнителем, т.е. возник спор о наличии недостатков выполненной работы (оказанной услуги) и причинах их возникновения, исполнитель обязан провести экспертизу качества оказанной услуги в порядке, установленном Положением о порядке проведения экспертизы товаров (результатов выполненных работ, оказанных услуг), достоверности информации о товарах (работах, услугах), утвержденным постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 14.01.2009 № 26 (далее – Положение о порядке проведения экспертизы). О месте и времени проведения экспертизы потребитель должен быть извещен в письменной форме. Потребитель вправе присутствовать при проведении экспертизы. Стоимость экспертизы оплачивается исполнителем.

Если условия о качестве не установлены в договоре, а также не предусмотрены нормативными правовыми актами, исполнитель обязан оказать услугу, соответствующую обычно предъявляемым требованиям и пригодную для целей, для которых обычно используется услуга такого рода (п. 3 ст. 11 Закона о защите прав потребителей, ст. 674, 737 ГК)

Что касается несоблюдения деонтологических принципов, то чаще всего защита прав в этой области связана с привлечением виновных лиц к дисциплинарной, административной, уголовной ответственности (ст. 22.12 КоАП Разглашение коммерческой и иной тайны, ст. 22.15 КоАП Разглашение служебной тайны по неосторожности; ст. 178 УК Разглашение врачебной тайны и др.). Видится возможным, использование дополнительной документации, например письменного обязательства врача и персонала по хранению врачебной тайны; заявления пациента провести ему определенную альтернативную терапию, с целью облегчить доказательственную базу в случае необходимости.

Важным правом, на защиту которого становится белорусский законодатель, является право на информацию о медицинской услуге.

Так, в соответствии со ст. 16 Закона, если потребителю не предоставлена возможность незамедлительно получить в месте реализации выполнения работы, оказания услуги необходимую и достоверную информацию о работе, услуге, потребитель вправе потребовать от исполнителя возмещения убытков, вызванных необоснованным уклонением от заключения договора, а если договор заключен – в разумный срок потребовать от исполнителя расторжения договора и возврата уплаченной за работу, услугу денежной суммы, а также возмещения других убытков.

Потребитель вправе предъявить исполнителю, не предоставившему потребителю возможности получения необходимой и достоверной информации о работе, услуге, требования, предусмотренные п.п. 1, 3 и 4 ст. 31 Закона, и за те недостатки результата работы, услуги, возникшие после передачи результата работы, услуги потребителю, в отношении которых потребитель докажет, что они возникли в связи с отсутствием у него такой информации.

Если непредоставление (предоставление недостоверной или недостаточной) информации о работе, услуге повлекло за собой причинение вреда жизни, здоровью, наследственности либо имуществу потребителя, он вправе предъявить исполнителю требования в соответствии со ст. 17 Закона: возмещение вреда, причиненного вследствие недостатков работы, услуги.

При возникновении между потребителем и исполнителем спора о достоверности предоставленной информации о работе, услуге исполнитель обязан провести экспертизу достоверности информации за свой счет в порядке, установленном Положением № 26.

Также одним из средств защиты прав потребителей в этой сфере является правильно составленный договор на оказание платных медицинских услуг. Он должен содержать:

- объем и стоимость платных медицинских услуг;
- сроки оказания платных медицинских услуг;
- порядок расчетов за платные медицинские услуги;
- права, обязанности и ответственность сторон по договору;
- информацию о сторонах, заключающих данный договор;
- сведения о клиенте, необходимые для оказания качественных услуг (информация о состоянии здоровья пациента, в том числе о хронических заболеваниях, индивидуальной непереносимости лекарственных средств и т.д.);
- дату начала лечения и по возможности предполагаемого его окончания;
- объем предоставляемых платных медицинских услуг с указанием их стоимости;
- права, обязанности и ответственность сторон;
- порядок оплаты предоставляемых услуг;
- сведения о льготах для отдельных категорий граждан и других скидках, предоставляемых медицинским учреждением;
- условия изменения и расторжения договора, порядок урегулирования возникших в связи с этим споров о возмещении убытков сторон;
- порядок и сроки предъявления претензий;
- реквизиты и подписи сторон, печать лечащего учреждения (п. 4 Положения № 182).

Медицинское учреждение, оказывающее платные медицинские услуги, обязано поставить в известность пациента о возможных осложнениях при лечении, связанных с его заболеванием, а потребитель в свою очередь обязан выполнить указанные в договоре рекомендации врачей в целях обеспечения наилучшего результата лечения и оплатить стоимость оказанной медицинской услуги.

Медицинские учреждения несут ответственность за вред (ущерб), причиненный потребителю-пациенту вследствие оказания медицинской услуги ненадлежащего качества.

Размер вреда (ущерба), подлежащий возмещению, определяется исходя из затрат потребителя на восстановление здоровья (включая обследование, лечение, в том числе санаторно-курортное, приобретение лекарственных препаратов для лечения, уход за ним), в случае получения инвалидности – расходы на приобретение специальных транспортных средств и на их ремонт, на профессиональное переобучение на период нетрудоспособности.

Если говорить о существующей практике, то большинство споров в области защиты прав потребителей платных медицинских услуг были урегулированы без судебных разбирательств, посредством одного телефонного

звонка сотрудником общественного объединения с разъяснением прав обратившегося и возможных последствий для исполнителя услуги. Как сообщил один из сотрудников общества защиты прав потребителей, наиболее запоминающимися стали случаи обращения лица, которому была оказана платная стоматологическая услуга, при которой был заломан бор и зуб запломбирован, при обращении лица за лечением другого зуба, был сделан снимок, на котором был обнаружен посторонний предмет (кусочек бора) в зубе. Также поступали обращения беременных женщин, предметом которых были некавалифицированные действия врачей в области гинекологии, недостаточная квалификация выявлялась при этом при обращении в государственные учреждения здравоохранения.

Таким образом, как любые общественные отношения, сфера платных медицинских услуг предполагает своих участников с их правами и обязанностями. С точки зрения правовой природы, оказание платных медицинских услуг можно определить как договор возмездного оказания услуг, а самих субъектов правоотношения – как заказчика и исполнителя. Исходя из выше рассмотренных доводов, а также положений законодательства о защите прав потребителей, следует, что заказчик является одновременно и потребителем, тем самым к его правам и обязанностям, регламентированным гражданским законодательством, добавляются права и обязанности, предусмотренные Законом Республики Беларусь от 9.01.2002 № 90-З «О защите прав потребителей».

## Summary

### *Consumer rights protection in the field of paid medical service*

Key words: law, consumer, right protection, medical service, quality of service.

This article discusses the features of medical service in civil circulation. Contains the list and the content of the fundamental rights of patients – consumers. Discloses the criteria quality of medical service. Considers the right to information as one of the basic rights of the consumer. The article concludes the possibility of regulation in the field of paid medical service with the help of the civil law, relating to the protection of consumer rights.

## Streszczenie

### *Ochrona praw konsumenta płatnych usług leczniczych*

Słowa kluczowe: prawo, konsument, ochrona praw, usługi medyczne, jakość usług.

Każdy z nas niejednokrotnie zwracał się do instytucji medycznej w związku z jakimiś dolegliwościami. Wie zatem, że obok gwarantowanego przez państwo zakresu bezpłatnej pomocy medycznej, placówki publiczne proponują dodatkowe usługi na zasadach odpłatności. Podstawą do takiego świadczenia jest pisemna umowa wykonania usług medycznych, z wyjątkiem sytuacji, gdy usługi te są świadczone anonimowo. Aby zrozumieć do jakiego stopnia ustawodawstwo o ochronie konsumentów ma zastosowanie do płatnych usług medycznych, warto zapoznać z osobliwościami tej gałęzi gospodarki na przykładzie rozwiązań zastosowanych na Białorusi.



**Mateusz Idźkowski**

Zakład Prawa Handlowego

Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

## **Nadzwyczajna zgoda Prezesa UOKiK na dokonanie koncentracji**

Element konkurencji jest wpisany w istotę gospodarki rynkowej. Konkurencja, chęć maksymalizacji zysku, stawania się większym i silniejszym może również prowadzić do koncentracji przedsiębiorstw.

Koncentracja przedsiębiorców może przybierać różne formy. Należy dostrzegać jej pozytywne aspekty (np. obniżenie kosztów), jednocześnie nie pomijając możliwego negatywnego wpływu na rynek – nadmierna konsolidacja może doprowadzić do powstania monopolu i ograniczenia konkurencji. Z uwagi na powyższe zagrożenia koncentracje podlegają kontroli Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK). Wydając decyzję w sprawach koncentracji, Prezes UOKiK rozstrzyga, czy w wyniku koncentracji konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku.

Przedmiotem artykułu jest decyzja, w której Prezes UOKiK wyraża zgodę na dokonanie koncentracji, mimo że w jej wyniku konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona. Decyzje takie są wydawane wówczas, gdy odstępienie od zakazu koncentracji jest uzasadnione np. rozwojem ekonomicznym lub postępem technicznym. W ten sposób ustawodawca odsyła do pewnych kryteriów poprawnych.

Przedmiotowe zagadnienie zostało podjęte z uwagi na jego doniosłe znaczenie – koncentracja przedsiębiorstw może mieć bowiem wpływ na całą polską gospodarkę. Nadto instytucja ta nie doczekała się szerokiego zastosowania, przez co nie wykształciła się praktyka w tym zakresie.

### **Istota i pojęcie koncentracji przedsiębiorstw**

Koncentracja przedsiębiorstw oddziałuje na całą gospodarkę lub jej gałąź i może mieć zarówno pozytywne, jak i negatywne skutki. Z uwagi na to pozostaje w sferze zainteresowań państwa. Igor B. Nestoruk jako przyczynę kontroli concen-

tracji wskazuje „wspieranie rozwoju konkurencji przez przeciwdziałanie: pogorszeniu się struktury rynku, monopolizacji rynku oraz negatywnym skutkom dominacji rynkowej przedsiębiorstw”<sup>1</sup>.

Koncentracja przedsiębiorstw „jest to zjawisko polegające na współdziałaniu przedsiębiorców poprzez operacje łączenia aktywów lub pasywów, powodujące zmiany w strukturze gospodarki”<sup>2</sup>. „Z koncentracją w rozumieniu prawa konkurencji mamy do czynienia, jeśli dwóch lub więcej dotychczas niezależnych przedsiębiorców staje się jednym organizmem gospodarczym, pozostając często oddzielnymi bytami prawnymi, niezależnie od formy, jaką przyjmie indywidualny przypadek koncentracji”<sup>3</sup>.

Brakuje natomiast definicji legalnej koncentracji, gdyż ustawodawca w art. 13 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>4</sup> wymienia jedynie formy koncentracji poprzez wskazanie stanów faktycznych, z których zamiarem łączy obowiązek zgłoszenia Prezesowi UOKiK i są to:

- 1) połączenie dwóch lub więcej samodzielnych przedsiębiorców;
- 2) przejęcie – przez nabycie lub objęcie akcji, innych papierów wartościowych, udziałów lub w jakikolwiek inny sposób – bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad jednym lub więcej przedsiębiorcami przez jednego lub więcej przedsiębiorców;
- 3) utworzenie przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy;
- 4) nabycie przez przedsiębiorcę części mienia innego przedsiębiorcy (całości lub części przedsiębiorstwa), jeżeli obrót realizowany przez to mienie w którymkolwiek z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie przekroczył na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej równowartość 10 000 000 euro.

Prawodawca w art. 4 pkt 4 u.o.k.k. definiuje przejęcie kontroli jako wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. W dalszej części określenia tego pojęcia wskazuje katalog przykładowych stanów faktycznych, które tworzą takie uprawnienia.

## Zgłoszenie zamiaru koncentracji

Stosownie do dyspozycji art. 13 u.o.k.k. zgłoszeniu podlega zamiar koncentracji. Poprawne rozumienie tego pojęcia jest niezwykle istotne, gdyż od jego pojmowania uzależnione jest należyte wykonanie we właściwym czasie obowiązku zgło-

<sup>1</sup> I.B. Nestoruk, *Prawo konkurencji. Testy, kazusy, tablice*, C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 310.

<sup>2</sup> A. Powalowski (red.), *Leksykon prawa konkurencji*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 76.

<sup>3</sup> C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 358.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 50, poz. 331) – dalej: u.o.k.k.

szenia. W odniesieniu do kwestii zgłoszenia należy przytoczyć fragment uzasadnienia wyroku z dnia 12 listopada 2003 r., w którym Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyraźnie stwierdził, że „zgłoszeniu Prezesowi UOKiK podlega, pod rygorem nałożenia kary pieniężnej, zamiar koncentracji przedsiębiorców, nie zaś fakt dokonania tej czynności”<sup>5</sup>. Zgłoszeniu podlega zamiar, zatem ustawodawca odwołuje się do sfery subiektywnej, do woli podmiotu i jego przeżyć psychicznych, co czyni uchwycenie i zdefiniowanie pojęcia zamiaru koncentracji jeszcze trudniejszym. Z drugiej strony trudno mówić o sferze psychicznej u przedsiębiorcy będącego osobą prawną. W literaturze podnosi się, że zamiar koncentracji „musi być »ulokowany« w dającej się zweryfikować sferze faktów, a nie tylko i wyłącznie w sferze przeżyć psychicznych przedsiębiorcy” oraz musi być skonkretyzowany, a „dokonanie koncentracji może realnie nastąpić w przyszłości”<sup>6</sup>. Z kolei I.B. Nestoruk wskazuje, że chodzi o „zamiar ujawniony w formie oświadczenia woli, które wcale nie musi przybierać jeszcze formy umowy”<sup>7</sup>.

Zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu, jeżeli łączny światowy obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 1 000 000 000 euro lub łączny obrót na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 50 000 000 euro.

Postępowanie służące zbadaniu zgłoszenia zamiaru koncentracji wszczynane jest wyłącznie na wniosek. Postępowanie w sprawach kontroli koncentracji zawsze przybiera postać postępowania antymonopolowego i służy ocenie wpływu koncentracji na konkurencję na rynku właściwym. „Zgłoszenia zamiaru koncentracji dokonują wyłącznie jej aktywni uczestnicy, tzn. ci, którzy łączą się, przejmują kontrolę, nabywają mienie, tworzą nowego przedsiębiorcę. Wyłącznie ci przedsiębiorcy mają status strony w postępowaniu przed Prezesem UOKiK. Bierni uczestnicy koncentracji, tzn. ci, nad którymi przejmowana jest kontrola albo którzy zbywają mienie (przedmiot transakcji), nie mają praw strony w takim postępowaniu”<sup>8</sup>. Szczegółowe warunki określa rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców<sup>9</sup>. Zgłoszenie zamiaru koncentracji podlega opłacie w kwocie 5000 zł. Nie podlega zgłoszeniu zamiar koncentracji w przypadkach, gdy łączny obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji nie

<sup>5</sup> Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 12 listopada 2003 r., sygn. akt XVII Ama 129/02, Lex nr 109761.

<sup>6</sup> A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011, s. 388.

<sup>7</sup> I.B. Nestoruk, *Kontrola koncentracji w prawie antymonopolowym – obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2008, nr 9, s. 17.

<sup>8</sup> Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2015, s. 41.

<sup>9</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców (Dz.U. z 2015 r., poz. 80).

przekracza kwot określonych w art. 13 ust. 1 pkt 1 i 2 u.o.k.k. oraz w sytuacjach określonych w art. 14 tejsze ustawy.

## Ocena koncentracji. Decyzje w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji

Kontrola zgłoszenia zamiaru koncentracji ma charakter prewencyjny. Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji jest decyzją administracyjną. Wydając decyzje, Prezes UOKiK bierze pod uwagę wpływ koncentracji na ograniczenie konkurencji, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku. W pewnych przypadkach, oprócz powyższego, Prezes UOKiK bierze pod rozwagę także inne przesłanki.

Przez pozycję dominującą rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Jednocześnie domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40% (art. 4 pkt 10 u.o.k.k.).

Wskazywanie i omawianie wszystkich przesłanek branych pod uwagę przy ocenie koncentracji wymaga szerszej analizy, więc zasadne jest odesłanie w tym zakresie do specjalistycznych opracowań<sup>10</sup>.

Najbardziej korzystną decyzją Prezesa UOKiK – z punktu widzenia przejmującego – jest decyzja wyrażająca **zgodę na dokonanie koncentracji**. Jest ona wydawana, jeśli w wyniku koncentracji, konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku. Wykładnia literalna sugeruje, iż w każdym przypadku, gdy zgłoszony zamiar koncentracji nie ogranicza konkurencji w stopniu istotnym, Prezes UOKiK musi wydać decyzję wyrażającą bezwarunkową zgodę na koncentrację. Należy jednak pamiętać, że ocena czy ograniczenie nastąpi, należy do Prezesa.

Prezes UOKiK może wydać **warunkową zgodę na dokonanie koncentracji**, jeśli konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona po spełnieniu przez przedsiębiorców zamierzających dokonać koncentracji określonych warunków. W tym zakresie Prezes UOKiK może nałożyć obowiązek lub przyjąć zobowiązanie od przedsiębiorcy lub przedsiębiorców zamierzających dokonać koncentracji. Ustawodawca nie wprowadził zamkniętego katalogu warunków, wskazał tylko przykładowe, czyli:

- 1) zbycie całości lub części majątku jednego lub kilku przedsiębiorców;
- 2) wyzbycie się kontroli nad określonym przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami, w szczególności przez zbycie określonego pakietu akcji lub udziałów, lub odwołanie

<sup>10</sup> Wyjaśnienia dotyczące oceny przez Prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, [online] <[www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl)>.

z funkcji członka organu zarządzającego lub nadzorczego jednego lub kilku przedsiębiorców;

3) udzielenie licencji praw wyłącznych konkurentowi.

Warunkowa decyzja udzielająca zgodę na koncentrację zawiera również zobowiązanie przedsiębiorcy lub przedsiębiorców do składania w wyznaczonym terminie Prezesowi UOKiK informacji o realizacji tych warunków. Warto nadmienić, że w tym zakresie może dojść do negocjacji, jako że Prezes UOKiK nie może władczo i jednostronnie nakładać warunków<sup>11</sup>.

W przypadku stwierdzenia, że koncentracja istotnie ograniczy konkurencję na rynku, Prezes UOKiK może **zakazać dokonania takiej koncentracji**.

### Nadzwyczajna zgoda na dokonanie koncentracji

Nawet jeśli nie ulega wątpliwości, iż koncentracja istotnie ograniczy konkurencję na rynku, Prezes UOKiK może wyrazić zgodę na jej dokonanie. Decyzja taka ma charakter wyjątkowy, często określa się ją mianem nadzwyczajnej.

Ustawodawca wskazuje przykładowe sytuacje, które uzasadniają odstępianie od wydania decyzji zakazującej koncentracji. Może to w szczególności nastąpić, jeśli koncentracja przyczyni się do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego, lub może wywrzeć pozytywny wpływ na gospodarkę narodową. W sytuacji, gdy koncentracja istotnie ograniczy konkurencję na rynku, Prezes UOKiK musi rozważyć, jaka decyzja jest bardziej uzasadniona w świetle interesu publicznego. Regułę tę określa się czasem mianem reguły rozsądku<sup>12</sup>.

Decyzja Prezesa UOKiK o wyrażeniu zgody na dokonanie koncentracji, mimo że koncentracja istotnie ograniczy konkurencję, jest decyzją związaną – w każdym stanie faktycznym, w którym odstępianie od zakazu koncentracji jest uzasadnione, na Prezesie UOKiK ciąży obowiązek wydania decyzji zezwalającej na dokonanie koncentracji. Na uwadze trzeba mieć jednak, że to do Prezesa UOKiK należy wypełnienie treścią przesłanek uzasadniających odstępianie od zakazu koncentracji i każdorazowa ocena, czy zostały spełnione.

Postępowanie przed Prezesem UOKiK jest postępowaniem hybrydowym, gdyż stosuje się do niego przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, kodeksu postępowania administracyjnego<sup>13</sup> oraz kodeksu postępowania cywilnego<sup>14</sup>.

Wydaje się, że wykazanie przesłanek wskazanych w art. 20 ust. 2 u.o.k.k. spoczywa na Prezesie UOKiK. Stosownie do dyspozycji art. 83 u.o.k.k., w spra-

<sup>11</sup> A. Bolecki, S. Drozd, S. Famińska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji*, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 489.

<sup>12</sup> B. Pęczalska, *Ochrona konkurencji*, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 134.

<sup>13</sup> Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r., poz. 267) – dalej: k.p.a.

<sup>14</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2014 r., poz. 101) – dalej: k.p.c.

wach nieuregulowanych w ustawie do postępowania przed Prezesem Urzędu stosuje się przepisy k.p.a. Z kolei art. 7 k.p.a. stanowi, że w toku postępowania organy administracji publicznej z urzędu lub na wniosek stron podejmują wszelkie czynności niezbędne do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz do załatwienia sprawy.

Przedsiębiorca uczestniczący w koncentracji również bierze udział w wyjaśnianiu stanu faktycznego. Po pierwsze, z uwagi na własny interes i posiadaną wiedzę, jako żywo zainteresowany rozstrzygnięciem w sprawie, przedsiębiorca winien dążyć do wykazania zaistnienia przesłanek wydania decyzji wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji. Po drugie, stosownie do dyspozycji art. 95 ust. 1 pkt 3 u.o.k.k., Prezes UOKiK może wezwać zgłaszającego zamiar koncentracji do usunięcia wskazanych braków w zgłoszeniu lub uzupełnienia w nim niezbędnych informacji w wyznaczonym terminie lub na podstawie art. 50 ust. 1 u.o.k.k. zażądać koniecznych informacji i dokumentów. Jednocześnie należy mieć na uwadze dyspozycję art. 84 u.o.k.k., który w sprawach dotyczących dowodów w postępowaniu przed Prezesem UOKiK w zakresie nieuregulowanym odsyła do przepisów art. 227–315 k.p.c. Zatem strony postępowania, zgodnie z art. 232 zd. 1 k.p.c., są obowiązane do wskazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Należy również mieć na względzie, iż w sprawach koncentracji, co do których istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo istotnego ograniczenia konkurencji na rynku, Prezes UOKiK przedstawia przedsiębiorcy lub przedsiębiorcom uczestniczącym w koncentracji uzasadnione zastrzeżenia wobec tej koncentracji, a strona ma prawo ustosunkowania się do tych zastrzeżeń. Ponadto, rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców zawiera wykaz informacji i dokumentów koniecznych do zgłoszenia ww. zamiaru.

Podsumowując powyższy wywód odnoszący się do ciężaru dowodzenia w postępowaniu antymonopolowym w sprawach koncentracji, należy wskazać na istnienie pewnych rozbieżności. O ile w literaturze podkreśla się, że obowiązek wykazania zaistnienia przesłanek do zakazania koncentracji i odstąpienia od niego spoczywa na Prezesie UOKiK<sup>15</sup>, o tyle organ ten akcentuje aktywną rolę strony w postępowaniu dowodowym<sup>16</sup>. Taka sytuacja wynika z niezbyt jasnego uregulowania i zależności pomiędzy art. 83 a art. 84 u.o.k.k., co rodzi szereg problemów. Postulować należy zmianę przepisów celem pozbycia się nieścisłości.

W przypadku decyzji wyrażającej nadzwyczajną zgodę na dokonanie koncentracji na Prezesie UOKiK ciąży obowiązek wykazania dwóch okoliczności. W pierwszej kolejności musi stwierdzić, że w wyniku koncentracji dojdzie do istot-

<sup>15</sup> Por. T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 901; C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 377.

<sup>16</sup> Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2015, s. 59.

nego ograniczenia konkurencji na rynku, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku. Dopiero w następstwie stwierdzenia zaistnienia tej przesłanki aktualizuje się konieczność wykazania okoliczności uzasadniających odstępianie od zakazu konkurencji.

Decyzje wyrażające zgodę na dokonanie koncentracji są, co do zasady, ważne przez 2 lata od ich wydania. Po tym terminie wygasają. Prezes UOKiK może również uchylić te decyzje, jeśli okaże się, że zostały wydane w oparciu o nierzetelne informacje, za które są odpowiedzialni przedsiębiorcy uczestniczący w koncentracji lub jeżeli przedsiębiorcy nie spełniają warunków określonych w decyzji warunkowo wyrażającej zgodę na koncentrację.

Od wszystkich decyzji Prezesa UOKiK przysługuje odwołanie do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

### **Przesłanki odstąpienia od zakazu koncentracji**

Ustawodawca wskazał, że Prezes UOKiK wydaje decyzję wyrażającą zgodę na dokonanie koncentracji, mimo że w jej wyniku konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku, jeżeli odstępianie od zakazu koncentracji jest uzasadnione, a w szczególności gdy koncentracja przyczyni się do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego, lub gdy może ona wywrzeć pozytywny wpływ na gospodarkę narodową.

Powyższy katalog przesłanek nakazujących odstępianie od zakazu koncentracji jest katalogiem otwartym. Prawodawca wskazał przykładowe okoliczności warunkujące wydanie nadzwyczajnej zgody na koncentrację, które mogą stanowić ujawnienie jego woli i stanowić wytyczną kierunku poszukiwań nowych przesłanek. Otwartość katalogu i użycie zwrotów o charakterze niedookreślonym może powodować trudności przy stosowaniu tej regulacji.

Znaczną część nadzwyczajnych zgód na dokonanie koncentracji stanowiły zgody wyrażone podmiotom z udziałem Skarbu Państwa w celu realizacji programów rządowych. W tym miejscu należy nadmienić, że Prezes UOKiK jest centralnym organem administracji rządowej powoływanym przez Prezesa Rady Ministrów, co mogło nie pozostawać bez wpływu na treść decyzji.

Wskazać należy, że przedmiotem ochrony uregulowania zawartego w art. 20 ust. 2 u.o.k.k. nie są indywidualne interesy konkretnych przedsiębiorców, zatem wykazanie zaistnienia takiej przesłanki nie uzasadnia wydania nadzwyczajnej zgody na koncentrację.

Do odstąpienia od zakazu koncentracji wystarcza zaistnienie tylko jednej przesłanki to uzasadniającej (jednej z dwóch przykładowych lub innej). Do tej pory wydano nieliczne nadzwyczajne zgody na dokonanie koncentracji, w szczególności na podstawie analogicznego do art. 20 ust. 2 u.o.k.k. art. 19 ust. 2 ustawy z dnia

15 grudnia 2000 r.<sup>17</sup> W związku z tym trudno mówić o jakiegokolwiek wykształconej i stałej praktyce w tym zakresie.

Pierwszą z przykładowych przesłanek uzasadniających odstąpienie od zakazu koncentracji jest **przyczynienie się koncentracji do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego**. Odnosząc się do tej przesłanki, wskazać należy, że rozwój ekonomiczny lub techniczny będący wynikiem koncentracji musi być udziałem większej grupy przedsiębiorców, całych gałęzi lub całej gospodarki. Nie jest dopuszczalne wydanie nadzwyczajnej zgody na koncentrację, jeśli przyczyni się ona do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego, których beneficjentami będą jedynie podmioty, które chcą dokonać koncentracji.

Drugą okolicznością, którą wskazał prawodawca, jest **wywarcie pozytywnego wpływu na gospodarkę narodową**. Podobnie jak w przypadku pierwszej przesłanki, chodzi o efekt odczuwalny na szerszą skalę, a nie jedynie przez pojedyncze podmioty, zwłaszcza te biorące udział w koncentracji. Jako przykłady konkretnych okoliczności będących podstawą do zastosowania omawianej przesłanki można wskazać stworzenie efektywnej struktury produkcyjnej przemysłu obronnego, powstanie nowych lub ochrona istniejących miejsc pracy.

W otwartym katalogu przesłanek uzasadniających odstąpienie od zakazu koncentracji są okoliczności o charakterze ekonomicznym i pozaekonomicznym. Do tych pierwszych zaliczyć można poprawę efektywności i ratowanie upadającego podmiotu. Do przesłanek o charakterze pozaekonomicznym można zaliczyć bezpieczeństwo energetyczne kraju, obronność państwa czy zapewnienie pluralizmu środków przekazu.

W dotychczasowej praktyce decyzji wyrażających nadzwyczajną zgodę na dokonanie koncentracji było niewiele – większość decyzji Prezesa UOKiK w sprawach koncentracji to decyzje wyrażające bezwarunkową zgodę. Jedną z nich była decyzja nr DDI-61/02 w przedmiocie przejęcia kontroli przez Przedsiębiorstwo Handlu Zagranicznego „Bumar” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nad 15 podmiotami. Koncentracja ta była elementem realizacji rządowego programu „Strategia przekształceń strukturalnych przemysłowego potencjału obronnego w latach 2002–2005”. W uzasadnieniu decyzji Prezes UOKiK wskazał m.in. na następujące okoliczności uzasadniające odstąpienie od zakazu koncentracji:

1) „skumulowanie zasobów kapitałowych, finansowych, technologicznych, produkcyjnych oraz marketingowo-handlowych, pozostających w dyspozycji poszczególnych spółek wchodzących w skład grupy, doprowadzi do stworzenia efektywnej struktury produkcyjnej przemysłu obronnego”;

2) „racjonalizacja kosztów wytwarzania, co doprowadzić powinno do zapewnienia opłacalności produkcji specjalnej i wzrostu międzynarodowej konkurencyjności sektora zbrojeniowego”;

---

<sup>17</sup> Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz.U. z 2005 r., nr 244, poz. 2080).

3) „nadanie produkcji specjalnej proeksportowego charakteru, poprzez obniżenie kosztów wytwarzania oraz poprawę standardów technologicznych i jakościowych wyrobów, w celu odzyskania trwałej pozycji polskich dostawców na międzynarodowym rynku broni”;

4) „rozszerzenie możliwości finansowania przedsięwzięć badawczo-rozwojowych i wdrożeniowych dzięki zdolności do pozyskania wewnętrznych źródeł finansowania”.

Prezes UOKiK we wskazanej decyzji powołał się na argument dotyczący efektywności, rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego oraz pozytywnego wpływu na gospodarkę narodową.

Reasumując, nadzwyczajna zgoda na dokonanie koncentracji jest bardzo ciekawą instytucją, która ma na celu wyważenie często sprzecznych interesów, a mimo to nie ma szerszego zastosowania w praktyce. Tylko niewielki odsetek zgłaszanych koncentracji istotnie ogranicza konkurencję na rynku.

## Summary

### ***Extraordinary decision of the President of the Office for Competition and Consumer Protection granting consent for concentration***

Key words: merger control, Office of Competition and Consumer Protection, consolidation, President of the Office of Competition and Consumer Protection, takeover.

Consolidation of entrepreneurs could have an adverse effect on the market – excessive consolidation may lead to development monopolies and restriction of competition. In the light of these risks, consolidation is subject of control by the President of the Office of Competition and Consumer Protection. Issuing his decision (on concentration), the President of the Office of Competition and Consumer Protection decides, whether concentration will not materially limit competition on the market, especially through the establishment or consolidation of a dominant market position.

The subject matter of this article is the decision in which the President of the Office of Competition and Consumer Protection gives consent to concentration, even though it will result in materially limiting competition on the market. Such decisions are issued in the event that derogation from prohibition of the concentration is justified, eg. they contribute to economic and technological development or have a positive impact on economy. In this way, the legislator refers to some non-legislative criteria.



**Jekaterina Kazakowa**

Instytut Prawa Bałtyckiego Federalnego Uniwersytetu  
im. Immanuela Kanta w Kaliningradzie

## **Принцип добросовестности при толковании предпринимательского договора**

Предпринимательский договор является актуальной темой для научных исследований, которых в последнее время становится все больше. Критикуя ученых, высказывавшихся о том, что предпринимательский договор – это собирательное понятие, поскольку он охватывает ряд гражданско-правовых договоров (самостоятельных правовых институтов), В. Белых обоснованно отмечает, что собирательное понятие нейтрализует специфические свойства предпринимательского договора, а главное – утрачивается смысл выделения в обособленную группу. Он утверждает, что предпринимательский договор не укладывается в существующую систему договорных институтов<sup>1</sup>. Конструкция предпринимательского договора в российском законодательстве нормативно не закреплена, но теоретически достаточно разработана. Ученые выделяют присущие ему специфические признаки.

Однако одной из наиболее важных практических проблем является их толкование, так как заключаемые предпринимателями договоры не всегда предусматривают всего многообразия ситуаций, которые могут возникнуть при их исполнении.

В России при возникновении споров применяются правила толкования, предусмотренные ст. 431 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – Гражданский кодекс РФ). Существует несколько видов толкования: буквальное толкование, а также толкование с применением аналогии закона и аналогии права, что предусмотрено как гражданским законодательством (ст. 6 ГК РФ), так и процессуальным законодательством (ст. 11 ГПК РФ, ст. 13 АПК РФ). В российской судебной практике широко применяется буквальное

---

<sup>1</sup> В. Белых *Предпринимательский договор: понятие, виды и сфера применения*, [online] <[www.belykhvs.ru/predprinimatelskij\\_dogovor\\_ponyatie\\_vidy\\_i\\_sfera\\_primeneniya.html](http://www.belykhvs.ru/predprinimatelskij_dogovor_ponyatie_vidy_i_sfera_primeneniya.html)>.

толкование договора. Высший Арбитражный Суд (далее – ВАС РФ) разъяснил: «при разрешении споров, возникающих из договоров, в случае неясности условий договора и невозможности установить действительную общую волю сторон с учетом цели договора, в том числе исходя из текста договора, предшествующих заключению договора переговоров, переписки сторон, практики, установившейся во взаимных отношениях сторон, обычаев, а также последующего поведения сторон договора (ст. 431 ГК РФ), толкование судом условий договора должно осуществляться в пользу контрагента стороны, которая подготовила проект договора либо предложила формулировку соответствующего условия»<sup>2</sup>.

Вместе с тем, остаются неразрешенными вопросы по субъектам толкования, объему, приемам и т.д.

Так, анализируя проблемы толкования юридических текстов, Л.Н. Александрова ссылается на высказывание немецкого ученого Бласса: «словесное толкование не обращает внимания ни на цель, ни на обстоятельства, при которых писалось произведение, ни даже на предметы, о которых в нем толкуется, а только на слова и их взаимную связь, насколько ими выражаются мысли». При этом она отмечает, что по одному из дел суд не принял во внимание предоставленное ответчиком заключение филологического факультета Санкт-Петербургского государственного университета по вопросу толкования... договора аренды, исходя из того, что толкование договора производится самим судом с соблюдением положений статьи 431 Гражданского Кодекса РФ (постановление ФАС СЗО от 20.03.02 № А56-28689/00)<sup>3</sup>.

Очевидно в состязательном процессе каждая из сторон предлагает суду свою версию толкования, и только суд, разрешая конкретный спор, толкует содержание конкретного договора с учетом всех обстоятельств спора и собранных по делу доказательств. Он не может, следуя Блассу, абстрагироваться от необходимости выяснять направленность воли сторон и обстоятельства заключения договора.

Краткость и неоднозначность формулировок положений предпринимательского договора нередко влечет различное понимание сторонами принятых на себя обязательств и условий. Учитывая, что предпринимательская деятельность является рискованной, неоднозначное толкование договоров, заключаемых субъектами предпринимательской деятельности, дестабилизирует гражданский оборот. И версия толкования договора стороной является основой ее правовой позиции в споре.

---

<sup>2</sup> О свободе договора и ее пределах: Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда № 16 от 14 марта 2014, [online] <[www.arbitr.ru/as/pract/post\\_plenum/106573.html](http://www.arbitr.ru/as/pract/post_plenum/106573.html)>.

<sup>3</sup> Александрова Л.Н. Толкование юридических норм и его влияние на судебную практику. Общественные и гуманитарные науки, [online] <[www.cyberleninka.ru/article/n/tolkovanie-yuridicheskikh-norm-i-ego-vliyanie-na-sudebnuyu-practiku](http://www.cyberleninka.ru/article/n/tolkovanie-yuridicheskikh-norm-i-ego-vliyanie-na-sudebnuyu-practiku)>.

Как отмечает А.В. Костикова «поскольку толкованию подлежит содержание договоров и правовых норм, а выражены они, как правило, в письменной форме, то предметом исследования в основном является письменный текст»<sup>4</sup>. С одной стороны, фиксация текста существенно облегчает задачу. Однако, с другой стороны, она может осложнить ее решение, если принять во внимание наличие множественности синонимов, недостаточное понимание или некорректное использование юридической терминологии авторами договоров. В связи с этим в судебной практике возникает необходимость определять действительную волю сторон при разрешении споров, поэтому толкование осуществляется, в том числе с учетом общепризнанных принципов, то есть «духа права», исходя из смысла закона.

В результате, по мнению А.В. Кандыбко, в России сложилось «параллельное право», к которому он относит судебную практику, подменяющую собой действие императивных норм<sup>5</sup>. Такое утверждение представляется излишне категоричным.

В.Е. Годик соглашается с А.С. Пиголкиным в том, что процесс уяснения – это необходимый процесс понимания правового акта, в то время как акт разъяснения не является обязательным. Он справедливо обращает внимание на то, что разъяснение может быть дано независимо от существующих разногласий в юридической практике<sup>6</sup>. В то же время оно призвано содействовать единообразному пониманию закона и практики его применения.

Правильное толкование юридических текстов является условием успешной правоприменительной деятельности. Решение проблемы адекватного толкования права имеет практическое значение. Ее решение ориентировано на преодоление конфликтных ситуаций, разрешение конкретных юридических дел, вынесение правового вердикта, но так или иначе, она опирается в понимание права<sup>7</sup>.

Независимо от того, подлежит ли толкованию норма права или текст договора, в толковании соединяются вместе и юридические знания, и правовая культура, и юридическое искусство. С этой точки зрения юридическая герменевтика, то есть наука и искусство толкования юридических терминов и понятий, есть своего рода вершина юридического мастерства, кульминационный пункт юридической деятельности<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> А.В. Костикова, *Толкование юридических текстов и основные подходы к толкованию*, Петербургский правовой портал [online] <<http://ppt.ru/news/36362>. Арбитражные споры.2007>.

<sup>5</sup> А.И. Кандыбко, *Параллельное право*, «Северо-Кавказский Юридический Вестник» 2012, № 2, с. 41.

<sup>6</sup> В.Е. Годик, *Особенности разъяснения правовых норм в судебных решениях*, «Право и образование» 2006, № 4, с. 233.

<sup>7</sup> Т.К. Примаков, Г.В. Казакова, К.А. Орлова, *Проблемы толкования правовых норм в деятельности судебных органов*, «Вестник Балтийского федерального университета имени Иммануила Канта» 2014, № 9, с. 35–43.

<sup>8</sup> С.С. Алексеев, *Государство и право*, Изд-во СевероКавказского научного центра высшей школы 2006, с. 152.

Перефразируя вывод О.М. Беляевой, очевидно: проблема заключается в том, чем должно ограничиваться толкование – уяснением действительной воли, которую хотела выразить сторона договора, но по тем или иным причинам не смогла это сделать четко и недвусмысленно, либо уяснением той воли, что получила непосредственное закрепление в тексте договора<sup>9</sup>.

Закрепление действительной воли сторон следует предоставить юристам, в то же время на практике нередко используются шаблоны предпринимательских договоров, которые не приспособлены к специфическим условиям конкретных соглашений. Руководители и финансовые директора не всегда до заключения договора формулируют суть своих намерений, поэтому в результате возникают споры между контрагентами, основанные на недопонимании. Кроме того, заключение договора допускается путем обмена письмами, в том числе и электронными. Такая практика является высоко рискованной, но некоторые авторы предлагают относить к объектам толкования также и устную речь, и конклюдентные действия, а в определенных случаях – даже молчание и бездействие<sup>10</sup>. В процессуальных рамках разрешения спора суд может толковать поведение сторон применительно к условиям заключенного между ними договора, однако вне судебного процесса такое толкование предпринимательского договора сторонами и приводит к возникновению спора. Нельзя отрицать, что в России до недавнего времени остро стояла проблема различного толкования норм права судами общей юрисдикции и арбитражными судами, что не могло не привести к идее объединения высших судебных инстанций, прежде всего, в целях обеспечения единообразного применения законодательства РФ<sup>11</sup>.

Таким образом, факторов, влияющих на надлежащее исполнение договора, множество и при толковании его условий следует исходить из декларированного ст. 1 ГК РФ и законодательством иностранных государств принципа добросовестности сторон, пока не доказано обратное.

Идея «доброй совести» в деловых отношениях берет свое начало со времен римской *bona fides*<sup>12</sup>. Однако сегодня проблема добросовестности в предпринимательском договоре не утрачивает своей актуальности.

Заключая договор, его стороны не всегда могут предвидеть, какие сложности в его реализации могут у них возникнуть. Обстоятельства заставляют стороны искать способы минимизации возможного вреда, прежде всего, для себя.

---

<sup>9</sup> О.М. Беляева, *Толкование норм права*, «Ученые записки Казанского государственного университета» 2007, т. 149, кн. 6, с. 39.

<sup>10</sup> А.В. Костикова, *Толкование предпринимательского договора*, Автореферат на соискание ученой степени кандидата юрид. Наук, Санкт-Петербург 2013, с. 12.

<sup>11</sup> Т.К.Примаков, Г.В. Казакова, К.А. Орлова, указ. соч., с. 35–43.

<sup>12</sup> А.В. Костикова, *Толкование юридических текстов...*

При этом толкование предпринимательского договора в современном мире не должно сводиться к проверке бизнес-решений, с одной стороны, но должно противостоять злоупотреблениям и недобросовестности, с другой<sup>13</sup>.

Анализ зарубежного опыта, в частности, законодательства ЕС оказывают положительный эффект от применения такого приема законодательной техники, как регулирование предпринимательских правоотношений путем установления принципов.

При толковании договора коллизия теории воли и теории волеизъявления должна решаться на основе принципов добросовестности, разумности и справедливости.

Обязанность субъектов гражданско-правовых отношений добросовестно выполнять свои договорные обязанности основывается на общеправовом принципе *parata sunt servanda*, а также на гарантировании неприкосновенности собственности, свободы экономической деятельности и свободы договора, судебной защиты нарушенных прав (статья 8, часть 1; статья 17, часть 3; статьи 34, 35 и 46 Конституции РФ)<sup>14</sup>. Этому вопросу уделено внимание Конституционным Судом РФ<sup>15</sup>.

Особую сложность представляет заключение предпринимательских договоров с иностранными партнерами. Помимо языкового барьера, в таких случаях стороны нередко прибегают к указанию на применимое право, о котором одна из сторон или даже обе стороны не осведомлены. В результате проблема выбора применимого права в значительной степени превращается в проблему согласования суверенитетов различных государств, определение обоснованности сугубо территориального или экстерриториального применения частноправовых норм<sup>16</sup>. Таким образом, буквальное толкование текста предпринимательского договора приобретает большее значение в отношениях между иностранными партнерами.

Как было отмечено, буквальное толкование положений договора не всегда решает задачу минимизации негативных последствий. В целях создания благоприятных условий для стимулирования предпринимательской активности есть необходимость использовать понятие добросовестности при толковании предпринимательского договора. Введение принципа добросовестности в ст. 1 ГК РФ упрощает эту задачу.

<sup>13</sup> А.В. Костикова, *Толкование предпринимательского договора...*, с. 4.

<sup>14</sup> Свод извлечений судебных решений о добросовестности, [online] <[www.buhgalteria.ru/article/n126268](http://www.buhgalteria.ru/article/n126268)>.

<sup>15</sup> По делу о проверке конституционности положения абзаца второго части первой статьи 446 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Ф.Х. Гумеровой и Ю.А. Шикунова – Постановление Конституционного Суда РФ от 14 мая 2012 № 14-П, СПС «КонсультантПлюс».

<sup>16</sup> А.В. Асосков, *Основы коллизионного права*, СПС «КонсультантПлюс», Инфомедиа 2012, с. 9.

Применительно к предпринимательскому договору принцип добросовестности можно определять исходя из следующих критериев:

- добросовестность при переговорах,
- верность договору,
- добросовестность текста договора,
- при толковании следует руководствоваться пониманием, принятым в соответствующей отрасли предпринимательской деятельности, рассчитывать на такое понимание и действовать сообразно ему.

Между тем, вопросы преддоговорных отношений и применения к ним принципа добросовестности нуждались в разработке. Так, Венская конвенция регулирует «только заключение договора купли-продажи и те права и обязанности продавца и покупателя, которые возникают из такого договора»<sup>17</sup>. Ст. 2.1.15 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010<sup>18</sup> перечисляет случаи недобросовестных переговоров, как то: недобросовестное ведение и прерывание переговоров влечет за собой ответственность за потери, причиненные другой стороне; вступление в переговоры и их продолжение без намерения достичь соглашения. Однако применение этих Принципов не обязательно для сторон и зависит от их волеизъявления. В российском гражданском законодательстве переговоры как основание возникновения обязательств не закреплены. Равно как и не закреплена ответственность за недобросовестное поведение при переговорах. При возникновении подобных споров российские суды исходят из принципов международного частного права, исследуют все обстоятельства и представленные в материалы дела доказательства в совокупности, и применяют либо аналогию закона, либо аналогию права.

Принцип верности договору также не имеет законодательного закрепления в Российской Федерации. Однако этот вопрос изучается учеными. Утверждается, что добрая совесть – вспомогательный масштаб, предоставленный для случаев, когда невозможно однозначно дать правильный ответ на основе положений действующего закона и заключенного между сторонами договора. Данный вспомогательный масштаб добавляет гибкости норме права и заключается в постоянном взвешивании взаимных, часто противоречивых, экономических интересов субъектов правоотношений. В таком виде, с одной стороны, добрая совесть ни в коем случае не изменяет характер соотношения норм права и нравственности, а с другой – восприятие доброй совести должно лежать в плоскости уважения договорного соглашения, соблюдения

---

<sup>17</sup> А.М. Степанищева, *Принцип добросовестного ведения переговоров о заключении международных коммерческих сделок: проблемы правового регулирования*, СПС «КонсультантПлюс». «Законодательство и экономика» 2013, № 10.

<sup>18</sup> См. [online] <[www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-russian.pdf](http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-russian.pdf)>.

договорного слова, верности договору<sup>19</sup>. Другие ученые определяют добросовестность как верность принятому обязательству, выражающемуся в недопустимости одностороннего изменения договора и отказа от исполнения, что согласуется с положениями ГК РФ.

Добросовестность текста договора предполагает, что договор будет составлен на понятном для сторон языке, без использования неизвестных слов, терминов, усложняющих понимание договора, без использования технических приемов, усложняющих восприятие договора: мелкий шрифт и т.д.

При толковании предпринимательского договора следует руководствоваться пониманием, принятым в соответствующей отрасли предпринимательской деятельности, рассчитывать на такое понимание и действовать сообразно ему. В данном случае предполагается, что одна сторона воспринимает любые способы волеизъявления другой стороны в виде устных, письменных, конклюдентных действий, в соответствии с обычным пониманием, принятым в данной отрасли предпринимательской деятельности, сложившейся практики. Предполагается, что одна сторона, осознавая ошибку в понимании контрагента, не сообщает ему об этом, а также в случае специального введения в заблуждение, то эта сторона признается недобросовестной и несет соответствующую ответственность.

На наш взгляд, в гражданском законодательстве Российской Федерации отсутствуют нормативно закрепленные принципы толкования договоров, в связи чем, суды исходят из буквального толкования. Однако в теории права выработано большое количество способов толкования, но не существует четкой системы толкования для единообразного понимания. Для того, чтобы работала система толкования необходимо законодательно закрепить перечень единых используемых определений, определить принципы, применяемые при толковании и их содержание.

## Summary

### *The principle of good faith in the interpretation of enterprise agreement*

Keywords: the business contract, the interpretation of the contract, the principle of good faith.

Business contracts do not always include all possible situations that may arise during their execution. In the Russian Federation in the event of disputes, we apply rules of interpretation (article 431 of the Civil Code). They don't always solve the problem of minimization of negative consequences. To create favourable conditions

---

<sup>19</sup> М.М. Колесникова, *Содержание термина «добросовестность»*, «Государственная власть и местное самоуправление» 2010, № 11, СПС «КонсультантПлюс».

for the stimulation of entrepreneurial activity there is a need to use the notion of good faith in interpreting of business contract. Should apply the following criteria of good faith: honesty in negotiations, contract loyalty, integrity treaty text. The interpretation should be guided by the understanding accepted in the business industry, rely on such understanding and act in accordance with it.

## **Streszczenie**

### ***Zasada dobrej wiary w interpretacji umów handlowych***

Słowa kluczowe: umowa handlowa, wykładnia umowy, zasada sumienności.

Umowy handlowe nie zawsze uwzględniają różnorodne sytuacje, które mogą pojawić się podczas ich wykonywania. W Federacji Rosyjskiej w wypadku sporu stosuje się zasady interpretacji (art. 431 kodeksu cywilnego FR), jednak nie zawsze prowadzi to do zniwelowania skutków negatywnych. W celu stworzenia korzystnych warunków do stymulacji przedsiębiorczości zachodzi potrzeba zastosowania pojęcia dobrej wiary w procesie interpretacji umów handlowych na podstawie następujących kryteriów: dobra wiara w procesie negocjacji, przestrzeganie umowy, dobra wiara tekstowi umowy, wykazywanie się wyrozumiałością przy interpretacji. Opierając się na przyjętych zasadach, warto przyjąć zasadę wzajemności i działać zgodnie z nią.

**Michał Mariański\* Jakub Jan Zięty\*\***

\* Katedra Prawa Finansowego

\*\* Katedra Prawa Gospodarczego

Wydział Prawa i Administracji UWM

## **Zasada słuszności wobec praktyki obrotu wybranymi formami instrumentów finansowych**

Światowy kryzys zapoczątkowany w 2007 r. ukazał konieczność wprowadzenia nowych regulacji prawnych w zakresie tworzenia i obrotu pochodnymi instrumentami finansowymi. Zbyt często bowiem przedsiębiorcy czy menedżerowie, zachęceni możliwością osiągnięcia szybkiego zysku, podejmowali niewspółmierne ryzyko gospodarcze. Upadłości spowodowane m.in. nabywaniem opcji walutowych pokazały, że konieczne jest dokonanie ponownej analizy wielu form instrumentów finansowych, aby wypracować zasady związane z obrotem tymi instrumentami. Jedną z zasad, która powinna znaleźć zastosowanie do tych stosunków prawnych, jest zasada słuszności.

W ramach niniejszego opracowania autorzy przyjęli, iż pod pojęciem zasady słuszności rozumiane będą pewne dyrektywy czy klauzule interpretacyjne oraz kryteria oceny faktów, które odwołują się w szczególności do zasad współżycia społecznego oraz dobrych obyczajów<sup>1</sup>. Taki wniosek płynie również z judykatury, a w szczególności z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 września 2013 r.<sup>2</sup> W tym kontekście nowego znaczenia nabiera pytanie o to, czy zasada słuszności zajmuje znaczące miejsce w obrocie instrumentami finansowymi.

### **1. Instrument finansowy jako kategoria prawna**

Pojęcie instrumentów finansowych w polskim systemie prawnym pojawiło się stosunkowo późno, bo w 2005 r., wraz z wejściem w życie ustawy o obrocie instru-

<sup>1</sup> Zob. M. Safjan, *Klauzule generalne w prawie cywilnym*, „Państwo i Prawo” 1990, nr 11, s. 48 i n.

<sup>2</sup> Sygn. akt I CSK 651/12, [online] <[www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/1%20CSK%20651-12.pdf](http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/1%20CSK%20651-12.pdf)>.

mentami finansowymi<sup>3</sup>. Wprowadzając te przepisy, ustawodawca chciał transponować rozwiązania europejskie na grunt polskiego ustawodawstwa. Definiowanie ekonomicznych kategorii poprzez przepisy prawa nie zawsze daje jednak pożądane efekty. Widać to właśnie na tle regulacji odnoszących się do szeroko rozumianego rynku finansowego i obowiązujących definicji instrumentu finansowego.

Polska ustawa wprowadziła dualistyczny podział instrumentów finansowych na papiery wartościowe oraz inne instrumenty finansowe niebędące papierami wartościowymi<sup>4</sup>. Zakres desygnatowy powyższych pojęć został zawarty w art. 2 ust. 1 pkt 2 u.o.i.f. Jednak konstrukcja tej definicji prowadzi do wniosku, że nie ma katalogu zamkniętego instrumentów finansowych, a ustawowy podział należy traktować jako techniczny i niewnoszący do konstrukcji poszczególnych instrumentów treści merytorycznych. Brak jednolitej klasycznej definicji świadczyć może nie tyle o celowym liberalnym podejściu ustawodawcy, ile o braku znajomości tego rynku, wynikającym z niedoregulowania lub niemożliwości jego prawnej regulacji<sup>5</sup>.

W art. 2 ust. 1 pkt 2 u.o.i.f. ustawodawca wskazuje kategorie instrumentów finansowych niebędących papierami wartościowymi. Szczegółowa analiza składowych tego zbioru uwidacznia jednak ich różnorodny, a niekiedy wręcz niespójny charakter – dotyczy to zwłaszcza tzw. instrumentów pochodnych<sup>6</sup>. Co ciekawe, w zależności od kwalifikacji instrumentu bazowego, w oparciu o który tworzony jest instrument pochodny, będzie on zaliczany bądź do grupy papierów wartościowych, bądź do grupy instrumentów finansowych<sup>7</sup>. Ten aspekt powoduje, że kategoria ta wymyka się jednoznacznej kwalifikacji prawnej. Można wręcz zaryzykować twierdzenie, że prawa pochodne stanowią *de facto* kategorię pośrednią, łączącą dwa wymienione wyżej podzbiory instytucji instrumentu finansowego.

<sup>3</sup> Dz.U. z 2005 r., nr 183, poz. 1538 z późn. zm. – dalej: u.o.i.f.

<sup>4</sup> Szerzej o instytucji papieru wartościowego: M. Lemonnier, M. Mariański, J.J. Zięty, *Ewolucja koncepcji papieru wartościowego w prawie polskim i francuskim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011, nr 8, s. 43 i n.

<sup>5</sup> Z uwagi na zakres tematyczny niniejszej publikacji pominąć można omawianie papieru wartościowego, gdyż jest to instytucja wielokrotnie już analizowana w doktrynie. Polski ustawodawca, wprowadzając nowelizację kodeksu cywilnego ustawą z dnia 28 lipca 1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. nr 55, poz. 321), dodał do księgi III „Zobowiązania” tytuł XXXVII „Przekaz i papiery wartościowe”. W art. 926<sup>6</sup> i n. pojawiło się wówczas szereg przepisów natury ogólnej do tej instytucji się odnoszących. Dlatego też w dalszej części omawiane będą te instrumenty, które nie są kwalifikowane do papierów wartościowych.

<sup>6</sup> W świetle zapisów art. 3 pkt 28a przez instrumenty pochodne rozumie się opcje, kontrakty terminowe, swapy, umowy forward oraz inne prawa majątkowe, których cena zależy bezpośrednio lub pośrednio od ceny lub wartości instrumentów finansowych, walut, stóp procentowych, rentowności, indeksów finansowych, wskaźników finansowych, towarów, zmian klimatycznych, stawek frachtowych, poziomów emisji, stawek inflacji lub innych oficjalnych danych statystycznych, a także innych aktywów, praw, zobowiązań, indeksów lub wskaźników (instrumentów bazowych) oraz instrumenty pochodne dotyczące przenoszenia ryzyka kredytowego.

<sup>7</sup> Powyższe wynika z zapisów art. 3 ust. 1 pkt 1 lit. b u.o.i.f. oraz art. 3 pkt 28a u.o.i.f.

## 2. Charakterystyka praw pochodnych jako szczególnego rodzaju instrumentów finansowych

Instrumenty pochodne charakteryzują się tym, że ich ceny uzależnione są od wartości określonego instrumentu bazowego<sup>8</sup>. Bardzo często służą one do ograniczania ryzyka związanego z instrumentem bazowym<sup>9</sup>, którym zwykle są papiery wartościowe bądź inne instrumenty finansowe. Prawa pochodne (ang. *derivates*) opisuje się również przez pryzmat tzw. terminowych operacji finansowych, gdyż między zawarciem danej umowy kreującej prawo a chwilą jej realizacji upływa pewien oznaczony termin<sup>10</sup>. Innymi słowy, zobowiązanie z umowy związanej z tym instrumentem powstaje w terminie przyszłym i niejednokrotnie w trybie warunkowym<sup>11</sup>.

Instrumentem pochodnym, który „przysłużył” się chyba najbardziej do kryzysu gospodarczego, były tzw. umowy opcyjne, coraz częściej analizowane przez pryzmat instytucji prawa zobowiązań<sup>12</sup>. Umowy te charakteryzują się tym, iż sprzedawca (wystawca) przyznaje kupującemu (nabywcy) pewne prawo, w zamian za co zobowiązuje się do zapłaty sprzedającemu tzw. premii opcyjnej. Kupujący (nabywca) zobowiązany jest zatem do wykonania przyszłej transakcji, która może zostać związana w wyniku oświadczenia woli strony do tego uprawnionej. Z uwagi na założenia spekulacyjny i losowy charakter umowy opcji instytucję tę można przyrównać do gry bądź zakładu<sup>13</sup>. Niemniej jednak analiza tego prawa pochodnego przez pryzmat art. 413 k.c. uniemożliwiłaby ewentualne dochodzenie roszczeń z tym instrumentem związanych na drodze sądowej. Brak skutecznej ochrony przesądza zatem w opinii autorów o braku celowości takiej klasyfikacji<sup>14</sup>.

Badając charakter prawny powyższej umowy, najczęściej kwalifikuje się ją jako umowę nienazwaną<sup>15</sup>. Choć można również spotkać się z porównaniami opcji do

---

<sup>8</sup> W doktrynie często podkreśla się, iż synonimem praw pochodnych są terminowe operacje finansowe z uwagi na fakt, iż między zawarciem danej umowy kreującej prawo a chwilą jej realizacji upływa pewien oznaczony termin. Tak Z. Ofiarski, *Prawo bankowe*, Warszawa 2011, s. 279.

<sup>9</sup> K. Jajuga, *Instrumenty pochodne*, [w:] *Zarządzanie ryzykiem*, red. K. Jajuga, E. Kania, P. Rosiński, E. Gospodarowicz, W. Ronka-Chmielowiec, T. Jajuga, PWN Warszawa 2007, s. 71 i n.

<sup>10</sup> Z. Ofiarski, op. cit., s. 279.

<sup>11</sup> M. Iwanicz-Drozdowska, Z. Zawadzka, *Operacje instrumentami pochodnymi*, [w:] *Bankowość. Zagadnienia podstawowe*, red. M. Iwanicz-Drozdowska, W. Jaworski, Z. Zawadzka, Warszawa 2008, s. 166 i n.

<sup>12</sup> Tak w szczególności A. Jakubiec, *Opcja jako instrument finansowy rynku kapitałowego. Analiza cywilnoprawna*, Łódź 2014, s. 211 i n.

<sup>13</sup> Szerzej A. Jakubiec, *Problem losowego charakteru umowy opcji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 7, s. 12 i n.

<sup>14</sup> Uznanie opcji za instrument rynku finansowego powoduje, iż zastosowanie znajduje dodatkowo art. 7a prawa bankowego, który wyłącza stosowanie do transakcji na pochodnych instrumentach finansowych przepisów ustawy o grach hazardowych oraz art. 413 k.c.

<sup>15</sup> A. Jakubiec, *Opcja jako instrument finansowy...*, s. 247 i n.

umowy sprzedaży<sup>16</sup>, umowy przedwstępnej<sup>17</sup>, umowy warunkowej czy w końcu oferty. Najbardziej neutralną koncepcję umowy opcji przedstawia Maciej Gutowski. Autor ten odwołuje się do czynności prawnej, gdy jedna ze stron przyznaje drugiej stronie prawo do powołania w drodze przyszłego, jednostronnego oświadczenia woli stosunku prawnego wiążącego obie strony<sup>18</sup>. Uprawnienie prawnokształtujące gwarantuje nabywcy zawarcie umowy, której źródłem będzie jednostronne oświadczenia woli jednej ze stron.

Określanie tego rodzaju umów mianem umów opcji wynika z konwencji językowej oraz praktyki wypracowanej przez gospodarkę, orzecznictwo i doktrynę. Brak jakiegokolwiek regulacji prawnej powoduje, że umowa opcji nie ma ustalonych *essentialia negotii*. Wydaje się jednak, że najwłaściwiej scharakteryzować można umowę opcji jako pewną kategorię zbiorczą dla umów nienazwanych posiadających cechy wszystkich ww. umów. Powoduje to jednocześnie, iż nie może być ona utożsamiana z żadną z nich w sposób kategoriowy. Taka kwalifikacja pozwala oceniać umowy opcji przez pryzmat przesłanek wskazanych w art. 353<sup>1</sup> k.c. Umowa nienazwana może być bowiem przedmiotem takiej oceny, jeżeli zawiera elementy umów prawnie skutecznych<sup>19</sup>.

Z punktu widzenia tematu niniejszej publikacji warte odnotowania są również poglądy doktryny wskazujące i podkreślające bardzo wysoki poziom ryzyka transakcji na instrumentach pochodnych, w szczególności na transakcjach opcyjnych<sup>20</sup>. Powyższa cecha skłoniła niektórych ustawodawców do prawnego ograniczenia możliwości zawierania umów zmierzających do oferowania konsumentom tego typu produktów na rynkach finansowych<sup>21</sup>. W polskim systemie prawnym takich ograniczeń nie wprowadzono, jednak nie oznacza to, że brakuje mechanizmów prawnych równoważących interesy stron w praktyce obrotu wybranymi formami instrumentów finansowych.

### 3. Dobre obyczaje jako reguła przywracająca równość stron umowy opcji

Przyjmując, że umowa opcji jest umową nienazwaną, która zawiera elementy różnych umów nazwanych, to tworzy ona określony stosunek zobowiązaniowy pomiędzy jej stronami. W konsekwencji do tego stosunku będzie można stosować zasady prawa zobowiązań, w tym zasadę dobrych obyczajów. W tym duchu wypo-

<sup>16</sup> L. Sobolewski, *Umowa opcji zbycia lub nabycia instrumentów finansowych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1998, nr 6, s. 7.

<sup>17</sup> A. Chłopecki, *Opcje i transakcje terminowe w prawie polskim*, „Głosa” 1996, nr 6, s. 1.

<sup>18</sup> M. Gutowski, *Umowa opcji*, Kraków 2003, s. 110 i n.

<sup>19</sup> Por. wyrok SN z dnia 19 września 2013 r., sygn. akt I CSK 651/12.

<sup>20</sup> A. Chłopecki, op. cit., s. 26–27.

<sup>21</sup> Ibidem, s. 116–117.

wiedział się Sąd Najwyższy m.in. we wspomnianym już wyroku z dnia 19 września 2013 r. Przedmiotem sporu była wówczas ocena skuteczności oraz warunków zawartej pomiędzy przedsiębiorcą a bankiem umowy opcji. Powodowa spółka wywodziła swoje roszczenia z nieważności umowy, bezpodstawnego wzbogacenia i wyzysku, a w końcu żądała rozwiązania umowy na podstawie art. 357<sup>1</sup> oraz art. 358<sup>1</sup> k.c. Już sąd apelacyjny w tej sprawie uznał, że doszło do nieekwiwalentności świadczeń obu stron umów opcji. Doprowadziło to do obciążenia spółki nadmiernym ryzykiem zmian kursu walut przy minimalizacji ryzyka po stronie banku. Oceniając ustalony przez sądy I i II instancji stan faktyczny, Sąd Najwyższy doszedł do wniosku, że nie zaistniały przesłanki wyzysku (art. 388 k.c.). Taki wniosek pozwalał na rozważenie, czy jest możliwe zastosowanie art. 58 § 2 k.c.<sup>22</sup>

Umowa opcji jako umowa wzajemna, zgodnie z zasadami współzycia społecznego, powinna stwarzać równorzędne warunki jej realizacji (art. 487 § 2 k.c.). Dotyczy to także umów o cechach umowy losowej, a nawet wskazującej podobieństwo do gry czy zakładu. Sąd Najwyższy przyjął, że umowa formalnie zawierana pomiędzy przedsiębiorcami wcale nie oznacza, że przedsiębiorcy ci w każdym zakresie są profesjonalistami. W konsekwencji nie można oceniać banku zajmującego się obrotem instrumentami finansowymi i przedsiębiorcy, który takiej działalności nie prowadzi, jedną miarą należytej staranności. Uwzględnić bowiem należy zawodowy charakter działalności prowadzonej przez każdą ze stron umowy. Jednakże nawet nierównomierne rozłożenie ryzyka nie przesądza, że czynność narusza zasady słuszności kontraktowej, a w konsekwencji jest nieważna na podstawie art. 58 § 2 k.c. Strony stosunku mogą ukształtować go w sposób nieekwiwalentny dla jednej z nich, jednak musi to być świadoma i swobodna decyzja każdej z nich<sup>23</sup>. Bank nie może wykorzystywać posiadanej pozycji i wiedzy w relacjach ze swoimi klientami. Zawodowa staranność wymaga, by w sposób właściwy informować klientów. W konsekwencji powyższych rozważań Sąd Najwyższy na gruncie opisywanej sprawy dochodzi do wniosku, że nierównomierne rozłożenie ryzyka nie wystarcza do stwierdzenia w sposób jednoznaczny, iż czynność narusza zasady słuszności i z tej przyczyny jest nieważna na podstawie art. 58 § 2 k.c. Natura prawna umowy opcji jako umowy nienazwanej wymaga rozważenia uprawnień i obowiązków stron oraz warunków jej zawierania.

Z punktu widzenia tematu niniejszej publikacji ważne jest uznanie przez sąd dopuszczalności badania umów opcji poprzez zasady swobody umów oraz stosowanie instytucji prawa cywilnego umożliwiających wyrównanie naruszonej swobody umów.

<sup>22</sup> Podobne stanowisko zajął SN w orzeczeniach z: 14 stycznia 2010 r., sygn. akt IV CSK 432/09; 8 października 2009 r., sygn. akt II CSK 160/09.

<sup>23</sup> Por. wyrok SN z 25 maja 2011 r., sygn. akt II CSK 528/10.

#### 4. Stosowanie przepisów kodeksu cywilnego do przywracania równości stron umowy opcji

Zasady obrotu instrumentami finansowymi wyprowadzone być powinny z odpowiednich przepisów prawa materialnego, co uzasadnia próbę powiązania ich funkcjonowania ze znanymi i ugruntowanymi już instytucjami prawa zobowiązań. Do takich instytucji czy też konstrukcji prawnych zaliczyć należy niewątpliwie klauzulę *rebus sic stantibus* – tzn. art. 357<sup>1</sup> oraz art. 358<sup>1</sup> k.c. Pierwszy z przepisów daje podstawę do kształtowania w sposób konstytutywny danego stosunku prawnego, a tym samym i podstawę do kształtowania zasad, jakimi obrót instrumentami finansowymi powinien się charakteryzować. Najważniejszą przesłanką zastosowania art. 357<sup>1</sup> k.c. jest nadzwyczajna zmiana stosunków, a zatem taki stan rzeczy, który zdarza się rzadko, jest niebywały, niezwykle<sup>24</sup>. Doprecyzowanie tego określenia znajdujemy w szeregu orzeczeń sądowych<sup>25</sup>, co w opinii autorów otwiera drogę do ewentualnego od określenia zasad, których naruszenie bądź też nierespektowanie może zastosowanie takiej przesłanki wykluczać.

Drugą, nie mniej ważną przesłanką z art. 357<sup>1</sup> k.c. jest przewidywalność nadzwyczajnej zmiany stosunków, którą należy analizować w sensie obiektywnym<sup>26</sup>. Powyższe otwiera drogę do konstatacji, iż w przypadku braku respektowania zasad obrotu instrumentami finansowymi, wyprowadzonymi z odrębnych przepisów, przesłanka ta mogłaby zostać wykluczona. Podkreśla się również, iż strata uzasadniająca zastosowanie art. 357<sup>1</sup> k.c. musi być rażąca, a zatem znacznie przewyższająca poziom wyznaczony przez stosunki danego rodzaju związane z konkretną grupą instrumentów finansowych – prawami pochodnymi. W ramach powyższej regulacji sąd, kierując się zasadami współzycia społecznego, które może doprecyzować i uszczegółowić, po rozważeniu interesów stron, może oznaczyć sposób wykonania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy opiekującej na prawa pochodne. Przez oznaczenie sposobu wykonania zobowiązania należy rozumieć w szczególności zmianę czasu, miejsca i środków, jakimi świadczenie winno być wykonane<sup>27</sup>. Oznaczenie wysokości świadczenia może być zmianą zarówno podwyższającą, jak i obniżającą wartość przedmiotu świadczenia, a w zakresie umów wzajemnych sąd może w opinii doktryny zmieniać wysokość świadczeń obu stron w celu przywrócenia równości ich sytuacji prawnej<sup>28</sup>.

W konsekwencji sąd dysponuje środkami prewencyjnymi zapobiegającymi naruszeniu równowagi stron i może z nich skorzystać w ramach swobody w ocenie

<sup>24</sup> Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2006, s. 295.

<sup>25</sup> Szerzej A. Malarewicz, *Wpływ zmiany stosunków na wykonanie zobowiązań*, cz. I. „Monitor Prawniczy” 2005, nr 11, s. 544.

<sup>26</sup> Z. Radwański, *op. cit.*, s. 295.

<sup>27</sup> Zatem zmiana sposobu wykonania zobowiązania może prowadzić do odroczenia terminu spełnienia świadczenia, rozłożenie jego spłaty na raty, przedłużenia bądź skrócenia danego stosunku zobowiązaniowego lub też zmiany przedmiotu owego świadczenia.

<sup>28</sup> W. Robaczyński, *Sądowa zmiana umowy*, Warszawa 1998, s. 144 i n.

potrzeby (konieczności) zastosowania art. 357<sup>1</sup> k.c. Do rozwiązania umowy należy jednak podchodzić z dużą dozą rezerwy, zwłaszcza że art. 357<sup>1</sup> zd. 2 k.c. w sposób dość zdawkowy stanowi, iż rozwiązując umowę, sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zd. 1. Z przepisu tego nie dowiadujemy się, czy sąd może rozwiązać umowę z mocą wsteczną oraz co kryje się pod pojęciem „rozliczenia stron”.

Innym, równie przydatnym narzędziem służącym do zapewnienia równości stron umowy, której przedmiotem są instrumenty finansowe, może być art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c. Przepis ten pozwala na zmianę przez sąd wysokości lub sposobu spełnienia świadczenia pieniężnego. Przesłanką takiego działania jest sytuacja, gdy nastąpiła istotna zmiana siły nabywczej pieniądza. Roszczenie o dokonanie waloryzacji określa się w doktrynie jako swoistą normatywną postać prawa podmiotowego. Jednak samo spełnienie przesłanek art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c. nie oznacza automatycznego przeliczenia wysokości świadczenia przez strony, daje jedynie sądowi uprawnienie do zmiany wysokości świadczenia, ewentualnie rozłożenia jego spłaty na raty. Powołując się na treść powyższego przepisu, sąd nie jest uprawniony do rozwiązania stosunku prawnego. Waloryzacja nie ma na celu przywrócenia świadczeniu jego pełnej, realnej wartości, ale rozłożenie na strony zobowiązania ryzyka wynikającego ze zmiany siły nabywczej pieniądza<sup>29</sup>. Warto również zwrócić uwagę na poglądy doktryny stanowiące, iż zapłata świadczenia w sumie nominalnej nie zawsze zamknie drogę do dochodzenia waloryzacji<sup>30</sup>.

Przepis art. 358<sup>1</sup> § 1 k.c., ustanawiający w prawie polskim zasadę nominalizmu, zarazem ogranicza zastosowanie tej klauzuli do zobowiązań pieniężnych *sensu stricto*, czyli zobowiązań, których przedmiotem od momentu powstania jest suma pieniężna<sup>31</sup> rozumiana jako forma zapłaty (również w każdej legalnej walucie obcej)<sup>32</sup>. Można zatem przyjąć, że w przypadku instrumentów finansowych obie strony zobowiązują się do świadczeń pieniężnych. Bez znaczenia w tym przypadku pozostaje rodzaj instrumentu bazowego.

W doktrynie został wyrażony pogląd, że z uwagi na to, iż z żądaniem zmiany wysokości lub sposobu spełnienia świadczenia pieniężnego, co do zasady, nie po-

<sup>29</sup> E. Niezbecka, *Roszczenie o odsetki a sądowa waloryzacja świadczeń pieniężnych*, „Rejent” 1993, nr 7, s. 49.

<sup>30</sup> P. Szyszka, *Sądowa waloryzacja świadczeń pieniężnych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1995, nr 2, s. 28.

<sup>31</sup> Szerzej J. Gołaczyński, *Wybrane problemy waloryzacji świadczeń pieniężnych w świetle przepisów art. 358<sup>1</sup> k.c.*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 1994, nr 1690, s. 57 i n.

<sup>32</sup> W nawiązaniu do rozwoju nowych form instrumentów płatniczych w postaci wirtualnych walut zasadne staje się pytanie, czy zapłata przykładowo w BitCoinach będzie mogła być uznana za świadczenie pieniężne. Problemy z kwalifikacją prawną wirtualnych walut bardzo dobrze oddaje pismo polskiego Ministerstwa Finansów z dnia 28 czerwca 2013 r., stwierdzające, iż funkcjonowanie oraz obrót wirtualnymi walutami na terenie RP nie narusza prawa polskiego ani prawa UE, w którym jednocześnie odmawia się jej przyporządkowania do znanych prawu polskiemu instytucji z obrotem pieniężnym związanych.

winna występować strona prowadząca przedsiębiorstwo, jeżeli świadczenie pozostaje w związku z prowadzeniem tego przedsiębiorstwa. Innymi słowy, wyłączono możliwość waloryzacji sądowej świadczeń w obrocie profesjonalnym, powołując się przede wszystkim na wagę zasady pewności obrotu gospodarczego. Nie wydaje się, aby takie podejście było w pełni uzasadnione, gdyż dokonując analizy danego stosunku prawnego przez pryzmat związania danego świadczenia z prowadzonym przedsiębiorstwem, należy przyjąć, iż w sytuacji, gdy zawieranie umowy dotyczącej instrumentu finansowego, w tym opcji walutowej, nie mieści się w ramach przedmiotu działalności, klauzula powyższa może znaleźć zastosowanie. Aby rozstrzygnąć, czy dana umowa pozostaje w związku z prowadzeniem przedsiębiorstwa, należy zbadać, jakie są cele i charakter działalności przedsiębiorstwa oraz jaki jest związek prawny między zobowiązaniem a tą działalnością<sup>33</sup>.

## Podsumowanie

Współczesny rynek finansowy w zakresie, w jakim podstawą powstania stosunku prawnego danego instrumentu finansowego będzie umowa, nie uniknie wartościowania w oparciu o zasady właściwe dla prawa umów. W tym kontekście można – jak się wydaje – powiedzieć, że zasady te tworzą reguły funkcjonowania rynku kapitałowego, stanowiącego dość specyficzne środowisko prawne, gdzie normy prawa prywatnego przenikają się z normami prawa publicznego, tworząc zdaniem wielu nową gałąź prawa – prawo rynków finansowych<sup>34</sup>.

Bezpieczeństwo transakcji w ramach rynków finansowych stanowi obecnie najważniejszy element szerszego pojęcia bezpieczeństwa prawnego<sup>35</sup>. Z uwagi na powyższe nie uniknie się oceny dokonanych transakcji czy powstałych stosunków prawnych pod kątem dobrych obyczajów czy zasady słuszności. Co więcej, wydaje się, że takie właśnie podejście jest wręcz pożądane. Zasady prawa i klauzule generalne nadają ekonomicznemu podejściu przepisów odnoszących się do szeroko rozumianych finansowych „ludzką twarz”. Umożliwiają też judykaturze reagowanie na ciągłe zmiany i ewolucje na rynkach finansowych, które bardzo często nie znajdują wprost odzwierciedlenia w aktach prawnych rangi ustawowej.

<sup>33</sup> Szerzej W. Kubala, *Związek roszczenia z prowadzeniem działalności gospodarczej oraz prowadzeniem przedsiębiorstwa*, „Monitor Prawniczy” 1999, nr 5, s. 14 i n.

<sup>34</sup> Zob. A. Jurkowska-Zeidler, *Nowa globalna architektura finansowa*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2011, t. XXV, s. 237.

<sup>35</sup> Z. Brodecki, A. Jurkowska-Zeidler, *Bezpieczeństwo prawne a rynek finansowy*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu” 2009, nr 129, s. 281.

## **Summary**

### ***The principle of equity against trading practices of selected forms of financial instruments***

Key words: financial market, financial instruments, principle of equity, currency options, derivatives.

The global crisis began in 2007, showed the need to introduce new regulations in the development and circulation of derivative financial instruments. Too often, participants of this market, encouraged by the possibility of quick profits, undertook disproportionate economic risk. The bankruptcy of many companies due to, among others, purchasing currency options showed that it is necessary to re-analyze many forms of financial instruments. It should lead to the elaboration of principles related to financial instruments trade. One of the principles that should be applied to these legal relations is the principle of equity. The principles are necessary to create operational rules of the capital market. We can not avoid, in the authors opinion, the analysis of the financial transactions and legal relations related to them in terms of good manners and principle of equity.



**Wiktoria Michalczuk**

Studentka Wydziału Prawa

Grodzińskiego Uniwersytetu Państwowego im. Janki Kupały

Białoruś

## **Возмещение вреда, причиненного вследствие недостатков товара (работы, услуги) как один из видов специального деликта**

Возмещение вреда, причиненного вследствие недостатков товара, работы или услуги, является одним из видов специальных деликтов. К особенностям данного деликтного обязательства относятся безвиновное возмещение причиненного вреда, а также широкий перечень лиц, которые могут нести гражданско-правовую ответственность за причиненный вред. В их числе лица, которые не являются непосредственными причинителями вреда. Возложение ответственности на конкретное лицо является необходимым условием возмещения вреда и реализации деликтной ответственности.

Вопросы возмещения вреда в Республике Беларусь регулируются:

1) Гражданским кодексом Республики Беларусь (параграф 3 главы 58) (далее – ГК);

2) Законом Республики Беларусь от 9 января 2002, № 90-3 «О защите прав потребителей» (далее – Закон «О защите прав потребителей»);

3) Постановлением Совета Министров Республики Беларусь «О некоторых вопросах защиты прав потребителей» от 14 января 2009, № 26.

В соответствии с п. 1 ст. 16 Закона «О защите прав потребителей» вред подлежит возмещению в полном объеме продавцом (изготовителем) независимо от его вины и от того, состоял потребитель с ним в договорных отношениях или нет.

Так согласно ч. 1 ст. 17 Закона «О защите прав потребителей» вред, причиненный жизни, здоровью, наследственности или имуществу потребителя вследствие конструктивных, рецептурных или иных недостатков товара (работы, услуги), а также вследствие недостоверной или недостаточной информации о товаре (работе, услуге), подлежит возмещению в полном

объеме продавцом (изготовителем, исполнителем) независимо от его вины и от того, состоял потребитель с ним в договорных отношениях или нет<sup>1</sup>.

Вред, причиненный вследствие недостатков товара (работы, услуги), может быть классифицирован на:

- имущественный (возмещение убытков);
- возмещение вреда, причинённого жизни и здоровью;
- компенсация морального вреда.

Соответственно необходимо отметить способы возмещения вреда:

1) возмещение в натуре (предоставление вещи того же рода и качества, исправление повреждённой вещи);

2) возмещение причинённых убытков (убытки – расходы, которые потерпевший произвёл или должен будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода)<sup>2</sup>.

Что же касается круга лиц, которые будут возмещать вред, то в этом случае вред, причиненный вследствие недостатков товара, подлежит возмещению продавцом или изготовителем товара по выбору потребителя, а вред, причиненный вследствие недостатков работы или услуги, подлежит возмещению исполнителем.

Продавец первым указан в числе лиц, ответственных за причинение вреда вследствие недостатков товара, в ст. 965 ГК. Продавец не является непосредственным причинителем вреда, о чем подробнее будет указано ниже. Данная норма является характерным примером возложения обязанности возмещения вреда на лицо, не являющееся причинителем вреда (ч. 2 п. 1 ст. 933 ГК).

В соответствии со ст. 1 Закона «О защите прав потребителей» под продавцом понимается организация, ее филиал, представительство, иное обособленное подразделение, расположенное вне места нахождения организации, индивидуальный предприниматель, реализующие товары потребителю по договору розничной купли-продажи, а также иное физическое лицо, осуществляющее реализацию товаров в рамках ремесленной деятельности или разовую реализацию на торговых местах на рынках и (или) иных местах, на которых торговля может осуществляться в соответствии

---

<sup>1</sup> О защите прав потребителей: закон Республики Беларусь, 9 января 2002 г., № 90-3: в редакции закона Республики Беларусь от 4 января 2014 г. [в:] Консультант Плюс: Беларусь [Электронный ресурс] ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь, Минск 2015.

<sup>2</sup> Гражданский кодекс Республики Беларусь: принят Палатой Представителей 28 октября 1998 г.: одобрен Советом Республики 19 ноября 1998 г.: текст Кодекса по состоянию на 9 января 2015 г., Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь, Минск 2015, с. 651.

с законодательством, произведенных, переработанных либо приобретенных им товаров (за исключением подакцизных товаров, товаров, подлежащих маркировке контрольными (идентификационными) знаками), отнесенных к товарным группам, определенным законодательством.

Особенность изготовителя как лица, ответственного за причинение вреда вследствие недостатков товара, состоит в том, что в отличие от продавца изготовитель является непосредственным причинителем вреда – делинквентом. Недостаток товара (работы, услуги) – это несоответствие товара (работы, услуги) нормативным документам, устанавливающим требования к качеству товара (работы, услуги), иному законодательству или условиям договора (ст. 1 Закона «О защите прав потребителей»). Исходя из этого внешним проявлением противоправного поведения при причинении вреда вследствие недостатков товара, работы или услуги является нарушение норм технических нормативных правовых актов, устанавливающих требования к качеству товара (работы, услуги), а под причинителем в данном случае следует понимать непосредственного изготовителя товара либо исполнителя работы (услуги), то есть лицо, которое допустило соответствующие нарушения нормативных требований к качеству соответствующих товара, работы или услуги.

Согласно ст. 1 Закона «О защите прав потребителей» изготовитель – это организация, ее филиал, представительство, иное обособленное подразделение, расположенное вне места нахождения организации, индивидуальный предприниматель, производящие товары для реализации потребителю, а также иное физическое лицо, осуществляющее изготовление товаров в рамках ремесленной деятельности или производящее товары (за исключением подакцизных товаров, товаров, подлежащих маркировке контрольными (идентификационными) знаками), отнесенные к товарным группам, определенным законодательством, для последующей их разовой реализации на торговых местах на рынках и (или) иных местах, на которых торговля может осуществляться в соответствии с законодательством.

В соответствии со ст. 1 Закона «О защите прав потребителей» исполнитель – это организация, ее филиал, представительство, иное обособленное подразделение, расположенное вне места нахождения организации, индивидуальный предприниматель, выполняющие работы или оказывающие услуги потребителю, а также иное физическое лицо, выполняющее работы или оказывающее услуги в рамках ремесленной деятельности либо оказывающее услуги в сфере агроэкотуризма.

Таким образом, в гражданском обороте возможно наличие исполнителей двух видов: исполнители работ (подрядчики) и исполнители услуг. Изготовитель (исполнитель) несет ответственность за вред, причиненный жизни, здоровью, наследственности или имуществу потребителя в связи с использованием материалов, оборудования, инструментов и иных средств при производстве товаров (выполнении работ, оказании услуг), независимо от

того, позволял уровень научных и технических знаний изготовителя (исполнителя) выявить их особые свойства и характеристики или нет.

Изготовитель (исполнитель, продавец) освобождается от ответственности в случае, если докажет, что вред возник вследствие нарушения потребителем установленных правил использования товара (результата работы, услуги), хранения, транспортировки товара (результата работы) или действий третьих лиц либо непреодолимой силы. Согласно п. 31 Постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь №4 от 24 июня 2010 «О практике применения судами законодательства при рассмотрении дел о защите прав потребителей» помимо общих оснований освобождения от ответственности исполнитель в соответствии с п. 6 ст. 36 Закона «О защите прав потребителей» также не несет ответственности за полную либо частичную утрату (повреждение) принятого от потребителя материала (вещи), если он предупредил потребителя об особых свойствах этого материала (вещи), которые могут повлечь его утрату или повреждение<sup>3</sup>.

Ответственность за вред, причиненный вследствие недостатков товаров (работ, услуг), ограничена определенными сроками. Вред подлежит возмещению, если он возник в пределах сроков годности или службы товаров. Хотя в ГК указаны только сроки годности, а в Законе о защите прав потребителей (помимо сроков годности) – и сроки службы, фактически речь идет об одних и тех же сроках. На товары длительного пользования устанавливаются сроки службы – период, на протяжении которого изготовитель (исполнитель) обязуется обеспечить возможность использования товара (результата работы) по назначению. Срок годности устанавливается на продукты питания, медикаменты, парфюмерно-косметические товары, товары бытовой химии и иные подобные товары. Под сроком годности имеется в виду период, по истечении которого товар считается непригодным.

При неустановлении сроков годности или службы вред возмещается, если он возник в течение 10 лет со дня изготовления товара (исполнения работы). Если указанные сроки продавцом (изготовителем) были нарушены, то на основании п. 1 ст. 26 Закона продавец (изготовитель), допустивший такие нарушения, уплачивает потребителю за каждый день просрочки неустойку в размере 1% от стоимости товара. При этом если в договоре, заключенном между сторонами, предусмотрен процент неустойки меньше установленного законом, применяются правила закона. При установлении в договоре неустойки в размере более 1% цены товара за каждый день просрочки действуют условия договора.

---

<sup>3</sup> О практике применения судами законодательства при рассмотрении дел о защите прав потребителей: постановление Пленума Верховного суда Республики Беларусь, 24 июня 2010 г., № 4: в редакции постановления Пленума Верховного суда Республики Беларусь от 24 июня 2010 г., [в:] Консультант Плюс: Беларусь [Электронный ресурс] ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь, Минск 2015.

Если в нарушение требований законодательства срок годности или срок службы товара (результата работы) не установлены либо лицо, которому продан товар (для которого выполнена работа), не было предупреждено о необходимых действиях по истечении срока годности или срока службы товара (результата работы) и возможных последствиях при невыполнении указанных действий, вред подлежит возмещению независимо от времени его причинения.

Вопросы компенсации морального вреда как дополнительной ответственности продавца, регулируются ст. 18 Закона. Под моральным вредом следует понимать испытываемые гражданином физические и (или) нравственные страдания (ч. 1 ст. 152 ГК). Физические страдания – это физическая боль, функциональное расстройство организма, изменения в эмоционально-волевой сфере, иные отклонения от обычного состояния здоровья, которые являются последствием действий (бездействия), посягающих на нематериальные блага или имущественные права гражданина. Нравственные страдания, как правило, выражаются в ощущениях страха, стыда, унижения, а равно в иных неблагоприятных для человека в психологическом аспекте переживаниях, связанных с утратой близких, потерей работы, раскрытием врачебной тайны, невозможностью продолжать активную общественную жизнь, с ограничением или лишением каких-либо прав граждан и т.п. Возмещается моральный вред причинителем вреда только при наличии вины, которая предполагается, если иное не предусмотрено законодательными актами. Обязанность доказывания отсутствия вины лежит на причинителе морального вреда<sup>4</sup>. Право на компенсацию морального вреда имеет только лицо, которому вред причинён. Это право не наследуемое, и процессуальное правопреемство по указанным делам не допускается. Размер компенсации морального вреда определяется судом в зависимости от характера причинённых потребителю физических и нравственных страданий, а также от степени вины причинителя вреда в случае, когда вина является основанием для возмещения вреда. При определении размера компенсации морального вреда должны учитываться требования разумности и справедливости, а также имущественное положение ответчиков и их реальная возможность выплатить присужденную сумму компенсации.

Характер причиненных потребителю физических и нравственных страданий оценивается судом с учётом фактических обстоятельств, при которых был причинён моральный вред и индивидуальных особенностей потребителя. На практике при рассмотрении дел не всегда учитываются данные обстоятельства.

---

<sup>4</sup> О некоторых вопросах защиты прав потребителей: постановление Совета Министров Республики Беларусь, 14 января 2009 г., № 26: в редакции постановления Совета Министров Республики Беларусь от 22 июля 2014 г., [в:] там же.

Данные судебной статистики свидетельствуют о том, что судебной защитой прав потребителей с каждым годом пользуется всё большее число граждан. За последние 5 лет поступление дел о защите прав потребителей в суды Республики Беларусь увеличилось на 55%. Большинство заявленных потребителями требований судами признавались обоснованными. Ежегодно судами удовлетворяется более 60% исков о защите прав потребителей. На изучение поступили дела о защите прав потребителей при выполнении работ, оказании услуг (70% от общего количества изученных дел) и о защите прав потребителей при реализации товара. Наибольшее количество исков предъявлено в связи с нарушением прав потребителей в сфере бытового обслуживания населения – 54,6% и в сфере торговли непродовольственными товарами – 30%. Кроме того, иски предъявлялись к строительным организациям, промышленным предприятиям, туроператорам, операторам мобильной связи, банкам<sup>5</sup>.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что возмещение вреда является наиболее острой проблемой в настоящее время, так как это понятие довольно широкое и включает в себя совокупность нанесенного материального, морального ущерба и вреда здоровью. На наш взгляд, для успешного решения вопроса по компенсации вреда, причиненного вследствие недостатков товара (работы, услуги) необходимо иметь прочную доказательственную базу, которая позволит потребителю чувствовать себя защищенным и уверенным, что решение суда будет именно на его стороне.

## Summary

### *Compensation for damage caused as a result of defects of the goods (works, services) as one of the types of special tort*

Key words: Belarus, consumer, right protection, defected goods, special tort.

Compensation of damage caused by a defective product, as well as improperly performed work or services, should be categorized as specific delict. Among the characteristic features of it can be distinguished liability of damages unrelated to guilt and a wide circle of people triggered by the civil liability. They may be people who do not directly committed the tort, but sometimes it is a necessary condition to repair the damage and implement of delict liability.

---

<sup>5</sup> Верховный суд Республики Беларусь, [online] <[http://court.by/justice\\_RB/statistics/](http://court.by/justice_RB/statistics/)> (доступ: 12.04.2015).

## **Streszczenie**

### ***Naprawienie szkody wyrządzonej przez wadliwy produkt (prace, usługi) jako odmiana deliktu specjalnego***

Słowa kluczowe: Białoruś, konsument, ochrona prawa, produkt wadliwy, delikt specjalny.

Naprawienie szkody wyrządzonej przez produkt wadliwy, tak samo jak wykonane nienależycie prace lub usługi, należy zaliczyć do kategorii deliktów szczególnych. Wśród cech charakterystycznych tego zobowiązania można wyróżnić obowiązek naprawienia szkody bez związku z winą, a także szeroki krąg osób pociąganych do odpowiedzialności cywilnoprawnej. Mogą to być osoby, które bezpośrednio nie popełniły czynu niedozwolonego, jednakże bywa to niezbędnym warunkiem do naprawienia szkody i realizacji odpowiedzialności deliktowej.



**Julia Michasionok**

Studentka Wydziału Prawa

Grodzieńskiego Uniwersytetu Państwowego im. Janki Kupały

Białoruś

## **Защита прав потребителей в сфере жилищно-коммунальных услуг в Республике Беларусь**

Жилищно-коммунальные услуги – одни из самых потребляемых и жизненно-необходимых видов услуг, которыми мы пользуемся каждый день. Важно, чтобы качество жилищно-коммунальных услуг соответствовало требованиям технических нормативных правовых актов, иного законодательства и условиям договора.

В тоже время основной объем обращений потребителей в государственные уполномоченные органы на пространстве СНГ приходится на сферу жилищно-коммунального хозяйства – около 20%.

Претензии, как правило, предъявляются по следующим вопросам:

– несоблюдение соответствующими организациями (управляющие компании, наймодатели) – исполнителями жилищно-коммунальных услуг требований действующего законодательства по оформлению договорных отношений;

– навязывание условий предоставления жилищно-коммунальных услуг, ущемляющих права потребителей;

– несоблюдение установленного порядка начисления и оплаты жилищно-коммунальных услуг;

– нарушение требований к качеству жилищно-коммунальных услуг и односторонний отказ от исполнения обязательств, связанных с тепло-, водо- и электроснабжением жилых помещений (квартир) граждан;

– невыполнение жилищно-эксплуатационными организациями обязанностей по надлежащему содержанию общего имущества жилых многоквартирных домов (в том числе подвалов, чердаков, лестничных клеток,

подъездов и крыш), техническому обслуживанию лифтов и приборов учета, вывозу бытовых отходов, содержанию придомовой территории и т.д.<sup>1</sup>

Защита прав потребителей в сфере жилищно-коммунального хозяйства осуществляется на основе:

- 1) Конституции Республики Беларусь;
- 2) Закона Республики Беларусь «О защите прав потребителей жилищно-коммунальных услуг» от 16 июля 2008 года № 405 – 3 (Далее – Закон о защите прав потребителей жилищно-коммунальных услуг);
- 3) Постановления Совета Министров Республики Беларусь «О мерах по реализации Закона Республики Беларусь „О защите прав потребителей жилищно-коммунальных услуг”» от 27 января 2009 № 99.

Участниками отношений в области защиты прав потребителей жилищно-коммунальных услуг являются потребитель, исполнитель, общественные объединения потребителей, государственные органы и иные организации в соответствии с их компетенцией.

Следует отметить, что в Республике Беларусь, единственной среди стран СНГ, принят и действует Закон О защите прав потребителей жилищно-коммунальных услуг, который направлен на определение правовых, организационных и экономических основ защиты прав потребителей жилищно-коммунальных услуг.

Согласно данному Закону под жилищно-коммунальной услугой понимается деятельность, направленная на поддержание и (или) восстановление надлежащего санитарного и (или) технического состояния жилых домов, жилых и вспомогательных помещений, придомовой территории, обеспечение их благоустроенности, комфортных и безопасных условий для проживания граждан.

Потребитель – физическое лицо, имеющее намерение заказать либо заказывающее жилищно-коммунальные услуги или пользующееся жилищно-коммунальными услугами исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности.

Исполнитель – юридическое лицо, его филиал, представительство, иное обособленное подразделение, расположенное вне места нахождения юридического лица, или индивидуальный предприниматель, оказывающие потребителям жилищно-коммунальные услуги на основе договора.

Статьей 4 Закона о защите прав потребителей жилищно-коммунальных услуг, все жилищно-коммунальные услуги классифицируются на:

- 1) основные жилищно-коммунальные услуги – жилищно-коммунальные услуги, которые оказываются в обязательном порядке и обеспечивают

---

<sup>1</sup> Актуальные вопросы защиты прав потребителей в государствах-участниках СНГ: информационно-аналитический обзор, Консультационный совет по защите прав потребителей государств-участников СНГ, Москва 2012, с. 30–31.

необходимую благоустроенность жилых домов, жилых и вспомогательных помещений, придомовой территории применительно к условиям соответствующего населенного пункта, их соответствие установленным санитарным и техническим требованиям. Перечень основных жилищно-коммунальных услуг определяется Советом Министров Республики Беларусь;

2) дополнительные жилищно-коммунальные услуги – жилищно-коммунальные услуги, которые могут оказываться дополнительно к основным жилищно-коммунальным услугам по договору между исполнителем и потребителем.

В зависимости от особенностей содержания и целевого назначения жилищно-коммунальные услуги подразделяются на следующие виды:

- коммунальные услуги, включающие горячее и холодное водоснабжение, водоотведение (канализацию), газо-, электро- и теплоснабжение, пользование лифтом, вывоз, обезвреживание и переработку твердых коммунальных отходов;
- техническое обслуживание, включающее эксплуатацию общего имущества жилых домов, уборку и освещение вспомогательных помещений жилых домов, придомовой территории, а также ремонт усовершенствованных покрытий проездов, проходов, уход за зелеными насаждениями;
- текущий ремонт, осуществляемый в установленном законодательством порядке;
- капитальный ремонт многоквартирного жилого дома, осуществляемый в установленном законодательством порядке;
- услуги по управлению жилым домом или группой жилых домов;
- иные жилищно-коммунальные услуги.

К основным правам потребителей жилищно-коммунальных услуг относятся:

1) право на удовлетворение потребностей в жилищно-коммунальных услугах;

2) право на безопасность жилищно-коммунальных услуг;

3) право на информацию об исполнителе и оказываемых им жилищно-коммунальных услугах;

4) право на выбор исполнителя жилищно-коммунальных услуг, оказываемых на конкурентной основе;

5) право на просвещение в области защиты прав потребителей жилищно-коммунальных услуг;

6) право на возмещение убытков, вреда, причиненных исполнителем жизни, здоровью и (или) имуществу потребителя вследствие некачественного оказания жилищно-коммунальных услуг либо их оказания с недостатками;

7) право на надлежащее качество жилищно-коммунальных услуг;

8) право на государственную, включая судебную, защиту своих прав;

9) иные права, предусмотренные законодательством Республики Беларусь<sup>2</sup>.

Процедура рассмотрения требований потребителя в связи с неоказанием (оказанием с недостатками) жилищно-коммунальных услуги установлена ст. 20 Закона о защите прав потребителей жилищно-коммунальных услуг.

*Шаг 1.* Потребитель в устной (в т.ч. по телефону) или в письменной форме направляет претензию (устное сообщение) исполнителю либо в аварийно-диспетчерскую службу, указанную в договоре, о факте неоказания (оказании с недостатками) жилищно-коммунальных услуг. Работник исполнителя или аварийно-диспетчерской службы, принявший устное сообщение (заявку), обязан сообщить потребителю сведения о лице, принявшем сообщение (заявку), и регистрационный номер сообщения (заявки).

*Шаг 2.* Работник исполнителя должен прибыть к потребителю на основании уведомления потребителя не позднее срока, определенного договором (типовыми договорами, утвержденными Постановлением Совета Министров Республики Беларусь № 99, этот срок определен в 1 день). В случае необеспечения потребителем доступа в жилые помещения в заранее согласованное время, исполнитель не несет ответственности за нарушение указанного срока.

*Шаг 3.* Работник исполнителя, прибывший на основании уведомления потребителя, устанавливает факт наличия и причины неоказания (оказания с недостатками) жилищно-коммунальной услуги (или не подтверждает факт неоказания (некачественного оказания) жилищно-коммунальной услуги), а также составляет претензионный акт и в случае подтверждения некачественного оказания услуг при наличии технической возможности с согласия потребителя незамедлительно обеспечивает оказание жилищно-коммунальной услуги либо устранение недостатков оказания жилищно-коммунальной услуги.

*Шаг 4.* На основании претензионного акта исполнитель удовлетворяет требования потребителя либо направляет потребителю мотивированный письменный отказ в удовлетворении его требований.

В случае подтверждения исполнителем факта неоказания жилищно-коммунальной услуги либо установления такого факта в результате независимой проверки (экспертизы) или судебного разбирательства потребитель вправе требовать оказания жилищно-коммунальной услуги и не оплачивать жилищно-коммунальную услугу за период с момента, указанного в претензионном акте, акте независимой проверки (экспертизы) или судебном постановлении, до момента начала (возобновления) оказания жилищно-коммунальной услуги.

---

<sup>2</sup> О защите прав потребителей жилищно-коммунальных услуг: Закон Республики Беларусь, 16 июля 2008 г.: в редакции Кодекса Республики Беларусь от 28 августа 2012 г. № 428-З, Эталон-Беларусь [Электронный ресурс] Национальный центр правовой информации Республики Беларусь, Минск 2015.

Также потребитель вправе отказаться от такой услуги без возмещения исполнителю расходов на ее оказание, а если такая услуга уже оказана, вправе по своему выбору требовать возврата платы за оказанную жилищно-коммунальную услугу, если это возможно исходя из ее характера, либо уменьшения размера платы за оказанную жилищно-коммунальную услугу, либо безвозмездного устранения недостатков жилищно-коммунальной услуги, если это технически возможно, либо повторного оказания жилищно-коммунальной услуги, если это технически возможно.

*Шаг 5.* В случае отказа в удовлетворении его требований потребитель вправе за свой счет организовать проведение независимой проверки (экспертизы) качества жилищно-коммунальной услуги (факта неоказания жилищно-коммунальной услуги) и (или) обжаловать такой отказ в судебном порядке. Обжаловать отказ нужно в срок 1 месяц со дня его получения.

В случае нарушения прав потребителя жилищно-коммунальных услуг исполнитель возмещает причиненные убытки, вред и уплачивает неустойку, предусмотренную законодательством о защите прав потребителей и (или) договором, если не докажет, что нарушение прав потребителя произошло не по его вине.

Потребитель вправе требовать от исполнителя компенсации морального вреда, причиненного нарушением прав потребителя жилищно-коммунальных услуг, независимо от подлежащего возмещению имущественного вреда. Размер компенсации морального вреда определяется судом.

Центральным аппаратом Минжилкомхоза и организациями ЖКХ в прошлом году рассмотрено свыше 94 тыс. обращений граждан и юридических лиц. Более 50% поступивших обращений касались вопросов эксплуатации и ремонта жилищного фонда. Большинство этих обращений было незаконно зарегистрировано и рассмотрено в соответствии с законом «Об обращениях граждан и юридических лиц», а не в соответствии с законом «О защите прав потребителей жилищно-коммунальных услуг».

В связи с этим, в 2014 г. Комитетом государственного контроля Республики Беларусь уделялось большое внимание вопросам защиты прав потребителей в указанной сфере. В настоящее время обсуждается вопрос о необходимости введения административной ответственности за нарушение требований закона «О защите прав потребителей жилищно-коммунальных услуг». И с этим нельзя не согласиться, так как увеличилось количество письменных и устных обращений граждан по вопросам ЖКХ (по отношению к 2012 г. в 2013 г. увеличилось количество обращений в Брестской области на 155%, в Гомельской – 128,3%, в Витебской – 107,5%, в Минской – 102,9%, в г. Минске – 101,9, в Гродненской рост не наблюдался, в Могилевской 94,1%)<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> „БЕЛТА – Новости Беларуси” 2010–2015, [online] <[www.belta.by/ru/all\\_news/society/KGK-vystupaet-za-vvedenie-administrativnoj-otvetstvennosti-za-narushenie-zakona-o-zaschite-prav-potrebitelej-ZhKU\\_i\\_664869.html/](http://www.belta.by/ru/all_news/society/KGK-vystupaet-za-vvedenie-administrativnoj-otvetstvennosti-za-narushenie-zakona-o-zaschite-prav-potrebitelej-ZhKU_i_664869.html/)> (доступ: 24.04.2015).

## Summary

### ***Consumer rights protection in the field of housing and communal services in the Republic of Belarus***

Key words: Belarus, consumer, right protection, housing and communal service, quality of service.

Housing and communal services belong to the category of the most widely used and necessary in everyday life, therefore the quality of services in this area should comply with the requirements of technical acts of a normative nature, the laws and the terms of the agreement. The participants of relations in the field of consumer protection in the sphere of housing and communal are a consumer, contractor, social groups of consumers, public authorities and other organizations - in accordance with their competence. Over 20% of complaints related to violation of consumer rights, addressed to the authorities in the CIS countries was related to property management, residential and municipal. In the Republic of Belarus as the only CIS countries, entered the Law on the Protection of consumer services, residential and municipal, the aim of which is to determine the legal, organizational and economic basis for consumer protection services, housing and utilities.

## Streszczenie

### ***Ochrona praw konsumenta usług mieszkaniowo-komunalnych w Republice Białoruś***

Słowa kluczowe: Białoruś, konsument, ochrona praw, usługi mieszkaniowo-komunalne, jakość usług.

Usługi mieszkaniowo-komunalne należą do kategorii najszerzej wykorzystywanych i niezbędnych w życiu codziennym, dlatego też jakość świadczonych usług w tej dziedzinie winna odpowiadać wymaganiam aktów technicznych o charakterze normatywnym, ustawom oraz warunkom umowy. Uczestnikami stosunków w dziedzinie ochrony praw konsumenta w sferze mieszkaniowo-komunalnej są konsument, wykonawca, społeczne ugrupowania konsumentów, państwowe organy i pozostałe organizacje – zgodnie z ich kompetencjami. Ponad 20% skarg dotyczących naruszenia praw konsumenta, skierowanych do organów władzy na terenie państw WNP, miało związek z gospodarowaniem mieniem mieszkaniowo-komunalnym. W Republice Białoruś, jako jedynym z państw WNP, weszła w życie ustawa o ochronie praw konsumenta usług mieszkaniowo-komunalnych, celem której jest określenie prawnych, organizacyjnych oraz ekonomicznych podstaw ochrony praw konsumenta usług mieszkaniowo-komunalnych.

**Ewa Paulina Mońdział**

Zakład Prawa Handlowego

Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

## **Zasady słuszności jako podstawa orzekania w arbitrażu gospodarczym**

### **Wprowadzenie**

Poddanie sprawy pod rozstrzygnięcie w arbitrażu gospodarczym oznacza wyłączenie jej woli stron spod kompetencji sądów państwowych. Autonomia stron przejawia się jednak nie tylko w samym wyborze arbitrażu jako sposobu rozstrzygnięcia istniejącego albo mogącego wystąpić w przyszłości sporu, ale także w możliwości wpływania na kształt postępowania oraz wyboru podstawy orzekania. Spośród innych alternatywnych metod rozwiązywania sporów arbitraż wyróżnia się tym, że rozstrzygnięcie arbitrów ma wiążący charakter<sup>1</sup>.

W tym kontekście duże znaczenie dla stron będzie miał przemyślany wybór podstawy orzekania, ponieważ będzie ona miała znaczący wpływ na ostateczny wynik postępowania arbitrażowego. Strony mają możliwość określenia, jakie prawo lub zasady prawne będą miały zastosowanie do ich sporu. Taką regulację zawiera na gruncie prawa polskiego art. 1194 § 2 k.p.c.<sup>2</sup> Jest to w arbitrażu międzynarodowy standard. Do harmonizacji przepisów krajowych w tym zakresie dąży ustawa modelowa UNCITRAL o międzynarodowym arbitrażu handlowym<sup>3</sup>. Na ustawie modelowej oparło swoje regulacje prawne dotyczące arbitrażu w całości lub w części już 67 państw, w tym Polska<sup>4</sup>. Ponadto w piśmiennictwie wskazuje się, że każde państwo wprowadzające zmiany w swoim prawie arbitrażowym w jakimś stopniu korzysta

<sup>1</sup> W. Brych, *Arbitraż – alternatywa z przyszłością*, „Monitor Prawniczy – dodatek” 2009, nr 1, s. 3.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 101).

<sup>3</sup> Ustawa z 1985 r., znowelizowana w 2006 r., [online] <[www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html)> (dostęp: 25.05.2015).

<sup>4</sup> Zob. [online] <[www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html)>, (dostęp: 25.05.2015).

z tych norm<sup>5</sup>. W podobny sposób odnoszą się do tego zagadnienia regulaminy stałych sądów arbitrażowych<sup>6</sup>.

Podstawą rozstrzygnięcia mogą być jednak nie tylko przepisy lub zasady prawne określone przez strony albo – w razie braku dyspozycji stron w tym zakresie – przez arbitrów, ale także zasady słuszności<sup>7</sup>. Strony nie decydują się na takie rozwiązanie tak często, jak mogłoby się wydawać – w Międzynarodowym Sądzie Arbitrażowym przy Międzynarodowej Izbie Handlowej w latach 2007–2011 było to mniej niż 1% spraw, w których właściwe prawo zostało określone przez strony<sup>8</sup>. Orzekania na zasadach słuszności nie należy łączyć bezpośrednio z orzekaniem na podstawie zasad ogólnych prawa albo zwyczajów handlowych<sup>9</sup> ani z orzekaniem na podstawie materialnoprawnych przepisów zawierających klauzule generalne<sup>10</sup>. Upoważniając arbitra do orzekania na zasadach słuszności, strony upoważniają go do kierowania się wewnętrznym poczuciem sprawiedliwości.

## 1. Uprawnienie arbitrów do orzekania na zasadach słuszności

Zasadą jest, że oparcie rozstrzygnięcia na zasadach słuszności wymaga wyraźnego upoważnienia przez strony sporu<sup>11</sup>. Inaczej więc niż w przypadku określenia przez strony właściwego prawa, nie wystarczy dorozumiany wybór<sup>12</sup>. Postanowienia ustaw krajowych czy regulaminów arbitrażowych nie zawierają odniesienia wprost do żadnej konkretnej formy oświadczenia woli. Wskazuje się, że upoważnienie nie wymaga formy właściwej do zapisu na sąd polubowny, chyba że w zapisie strony wskazały już prawo właściwe do rozstrzygania sporów w postępowaniu arbitrażowym, ponieważ w takiej sytuacji zachodzi wątpliwość, czy upoważnienie to nie modyfikuje treści istniejącego już zapisu<sup>13</sup>. Uwaga ta jest o tyle istotna, że strony aż

<sup>5</sup> P. Sanders, *Unity and diversity in adoption of the model law*, „Arbitration International” 1995, nr 1, s. 1.

<sup>6</sup> Zob. np. § 6 ust. 1 regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej, art. 21 ust. 1 regulaminu arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej, art. 27 ust. 1 regulaminu wiedeńskiego.

<sup>7</sup> Np. art. 1194 § 1 *in fine* k.p.c., art. 28 ust. 3 ustawy modelowej, art. 21 ust. 3 regulaminu arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej.

<sup>8</sup> J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, International Chamber of Commerce, Paryż 2012, s. 223.

<sup>9</sup> K. Ryszkowski, *Orzekanie na zasadach słuszności w postępowaniu przed sądem arbitrażowym – summum ius summa iniuria?*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2011, nr 1, s. 54.

<sup>10</sup> A. Malarewicz-Jakubów, *Klauzule generalne i zasady słuszności*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2014, nr 17, s. 154.

<sup>11</sup> Zob. w zakresie innych rozwiązań prawnych: I.C. Kamiński, *Zasady słuszności jako podstawa orzekania w obrocie cywilnym i handlowym*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 4, s. 47.

<sup>12</sup> P. Pruś, [w:] M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2013, s. 1794.

<sup>13</sup> P. Bielarczyk, *Rozstrzyganie sporów arbitrażowych według zasad słuszności w oparciu o polski porządek prawny*, [w:] *Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie*, red. J. Okolski, Warszawa 2010, s. 153.

do momentu wydania wyroku mogą zdecydować się na upoważnienie arbitrów do rozstrzygnięcia sporu na zasadach słuszności<sup>14</sup>. W przypadkach, gdy nie powstaje problem zmiany treści zapisu na sąd polubowny, upoważnienie może być dokonane w dowolnej formie, np. ustnie na rozprawie<sup>15</sup>, choć dobrą praktyką jest uzyskanie od stron pisemnego dowodu lub potwierdzenia tego upoważnienia<sup>16</sup>.

Wydaje się zasadniczo możliwe ustalenie przez strony, że arbitrzy będą umocowani do orzekania na zasadach słuszności tylko w odniesieniu do niektórych zagadnień. Jest to koncepcja zaczerpnięta z międzynarodowego prawa kontraktów, oparta na rozważaniach dotyczących dopuszczalności rozszczępienia statutu kontraktowego (*splitting, dépeçage*). Na gruncie prawa europejskiego rozważania te prowadzone są na tle art. 3 ust. 1 zd. 3 rozporządzenia Rzym I<sup>17</sup>, stanowiącego, że strony mogą dokonać wyboru prawa właściwego dla całej umowy lub tylko jej części. W doktrynie ścierają się w tym zakresie dwa stanowiska: restryktywne, które ogranicza możliwość stosowania różnych porządków prawnych tylko do takich części umowy, które samodzielnie regulują odrębne od siebie stosunki zobowiązaniowe, oraz liberalne, według którego części umowy poddane właściwości różnych systemów prawnych nie muszą posiadać cechy takiej samodzielności<sup>18</sup>. Więcej swobody w tym zakresie przyznają stronom przedstawiciele amerykańskiej kultury prawnej<sup>19</sup>. Zasada swobody kontraktowania ostatecznie wydaje się przeważać nad zasadą jednolitości statutu kontraktowego – wprawdzie wybór praw różnych państw dla różnych elementów umowy powinien być motywowany realną potrzebą takiego wyboru i w praktyce zdarza się jedynie w szczególnych sytuacjach, to w momencie, kiedy strony wyraźnie wyraziły taką wolę, nie należy interpretować jej inaczej niż właśnie jako wolę rozszczępienia statutu<sup>20</sup>.

Podobnie w arbitrażu generalnie wyrażane są opinie, że strony mogą zdecydować, by jedynie niektóre aspekty ich sporu rozstrzygane były na zasadach słuszności, choć – tak, jak i w doktrynie prawa prywatnego międzynarodowego – podnoszony jest problem pewnej nieprzewidywalności rozstrzygnięć w takich sporach, a także negatywnego wpływu tego typu postanowień na równą pozycję stron w postępowaniu arbitrażowym<sup>21</sup>. Niepełna przewidywalność rozstrzygnięcia zdaje się jednak należeć do istoty orzekania na zasadach słuszności<sup>22</sup>. Warto przy tym

<sup>14</sup> R. Morek, *Mediacja i arbitraż. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 232.

<sup>15</sup> A.J. Bělohávek, *Application of law in arbitration, ex aequo et bono and amiable compositeur*, „Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration” 2013, nr 3, s. 26.

<sup>16</sup> J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, op. cit., s. 230.

<sup>17</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Dz.Urz. L 177 z dnia 4 lipca 2008).

<sup>18</sup> M. Wojewoda, *Zasada jednolitości statutu kontraktowego w konwencji rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2008, z. 3, s. 666–667.

<sup>19</sup> P.E. Nygh, *Autonomy in international contracts*, Nowy Jork 1999, s. 129.

<sup>20</sup> *Ibidem*, s. 135–136.

<sup>21</sup> A.J. Bělohávek, op. cit., s. 34–35.

<sup>22</sup> K. Ryszkowski, op. cit., s. 61.

zauważyć, że arbiter nie ma całkowitej dowolności w rozstrzygnięciu sprawy i prowadzeniu postępowania – musi opierać się na zgromadzonych w sprawie dowodach<sup>23</sup>.

## 2. Orzekanie *ex aequo et bono* i jako *amiable compositeur*

Chociaż stosunkowo często można natknąć się na odnoszenie się do „orzekania na zasadach słuszności” jako do pewnego monolitu, to jednak w tym kontekście wyróżnia się dwie instytucje: orzekanie *ex aequo et bono* oraz jako *amiable compositeur*. Wprost nazywane są one w wielu aktach normatywnych dotyczących arbitrażu. Artykuł VII ust. 2 konwencji europejskiej o międzynarodowym arbitrażu handlowym wydaje się utożsamiać orzekanie na zasadach słuszności tylko z orzekaniem jako *amiable compositeur*. Ustawa modelowa UNCITRAL w art. 28 ust. 3 wyróżnia z kolei oba modele. Artykuł 1194 § 1 k.p.c. posługuje się po prostu formułą „według zasad słuszności”; podobnie uczynili ustawodawcy Niemiec, Austrii i Szwajcarii (*nach Billigkeit*)<sup>24</sup>. Regulaminy arbitrażowe wykazują raczej tendencję do wymieniać oba tych sposobów orzekania<sup>25</sup>.

Orzekanie *ex aequo et bono* – według tego, co słuszne i dobre – jest tym, co wyraża istotę orzekania na zasadach słuszności. Orzekając *ex aequo et bono*, a więc *sensu stricto* na zasadach słuszności, arbitrzy mają „dokonać oceny słusznościowej według kryteriów subiektywnych, tj. tego, co mieści się w ich koncepcji sprawiedliwego rozstrzygnięcia sporu”<sup>26</sup>. Nie są związani normami prawnymi, w tym przepisami *ius cogens*, a ogranicza ich jedynie zasada porządku publicznego<sup>27</sup>. Arbiter orzekający na zasadach słuszności co do zasady nie opiera rozstrzygnięcia na przyporządkowaniu stanu faktycznego do generalnej i abstrakcyjnej normy prawnej, ale sam tworzy normę indywidualną i konkretną, odpowiednią do konkretnego sporu<sup>28</sup>.

Koncepcja orzekania jako *amiable compositeur* wywodzi się natomiast z prawa francuskiego i przede wszystkim we Francji istnieje w swojej oryginalnej formie,

<sup>23</sup> R. Morek, op. cit., s. 232.

<sup>24</sup> Zob. § 1051 ust. 3 niemieckiego k.p.c. (*Zivilprozessordnung*), § 603 ust. 3 austriackiego k.p.c., art. 381 ust. 1 lit. b szwajcarskiego k.p.c., art. 187 ust. 2 szwajcarskiej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym (*Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht*).

<sup>25</sup> Tak art. 35 ust. 2 regulaminu arbitrażowego UNCITRAL, art. 21 ust. 3 regulaminu arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej, art. 27 ust. 3 regulaminu wiedeńskiego, sekcja 23.3 regulaminu Niemieckiego Instytutu Arbitrażowego, art. 22 ust. 3 regulaminu Instytutu Arbitrażowego Sztokholmskiej Izby Handlowej, reguła 27.2 regulaminu Centrum Arbitrażu Międzynarodowego w Singapurze.

<sup>26</sup> T. Ereciński, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. T. Ereciński, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 793.

<sup>27</sup> M. Szymańska, w: P. Nowaczyk, A. Szumański, M. Szymańska, *Regulamin arbitrażowy UNCITRAL. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 468. Pogląd przeciwny w zakresie możliwości wyłączenia norm *ius cogens* prezentuje np. M. Arroyo, *Arbitration in Switzerland. The practitioner's guide*, Kluwer Law International 2013, s. 768–769.

<sup>28</sup> B. Berger, F. Kellerhals, *Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Stämpfli Verlag, Berno 2006, s. 465.

polegającej na tym, że arbitrzy orzekają wprawdzie w oparciu o przepisy lub zasady prawa, ale dysponują możliwością wpływania na efekt zastosowania tych norm prawnych poprzez m.in. odwołanie się do słuszności<sup>29</sup> lub wspólnego interesu stron<sup>30</sup>. Taki sposób orzekania zna również np. praktyka szwajcarska. W pewnym uproszczeniu można stwierdzić, że podczas gdy orzekanie *ex aequo et bono* zwalnia arbitrów z korzystania z jakichkolwiek norm prawnych, to orzekanie jako *amiable compositeur* oznacza ich stosowanie, ale w odpowiednio zmodyfikowany sposób<sup>31</sup>.

Ten klarowny podział rozmywa się jednak w szczególności w międzynarodowym arbitrażu gospodarczym, gdzie stykają się ze sobą różne systemy prawne i sposoby pojmowania tej instytucji. Oba te modele orzekania, *ex aequo et bono* i jako *amiable compositeur*, są w praktyce postrzegane jako bardzo do siebie zbliżone<sup>32</sup>. Odnotować można na przykład coś w rodzaju szerszego i węższego rozumienia *amiable compositeur*, gdzie w szerszym rozumieniu arbitrzy powinni kierować się jedynie zasadami sprawiedliwości, pomijając zupełnie prawo materialne i nie kierując się tym, czy uzyskane rozstrzygnięcie jest zgodne z jego przepisami, zaś w rozumieniu węższym punkt wyjścia miałyby stanowić zastosowanie norm prawnych, z późniejszą możliwością odstąpienia od ich stosowania, jeżeli nie prowadziłyby to do wydania sprawiedliwego wyroku<sup>33</sup>.

Odwrotnym zjawiskiem jest tendencja do utożsamiania *amiable compositeur* z rodzajem odrębnej procedury. Prawnicy z państw *common law* nie postrzegają *amiable composition* jako sposobu wykorzystania zasad słuszności w postępowaniu arbitrażowym, ale jako rodzaj koncyliacyjnego rozwiązania sporu<sup>34</sup>. Również w piśmiennictwie niektórych innych państw – w opinii przynajmniej części autorów – orzekanie jako *amiable compositeur* wyraźnie zbliża się do procedur o charakterze koncyliacyjnym<sup>35</sup>, a owe „koncyliacyjne” uprawnienia arbitra są jasno oddzielane od rozstrzygania sporu *ex aequo et bono*<sup>36</sup>. Jednak w polskiej doktrynie nawet autorzy broniący tezy o odrębności instytucji *amiable compositeur* od orzekania na zasadach słuszności w arbitrażu podnoszą, że choć rzeczywiście rozstrzygnięcie w tym trybie powinno przede wszystkim dążyć do odbudowania relacji między stronami, to jednak jest ono nadal wiążącym dla stron rozstrzygnięciem osoby trzeciej, a tym samym adjudykacyjny charakter całego postępowania przesądza o zakwalifikowaniu go jako pochodnej arbitrażu<sup>37</sup>. W pierwotnym zamyśle *amiable*

<sup>29</sup> A.J. Bělohávek, op. cit., s. 32.

<sup>30</sup> A. Wach, *L'amiable composition jako samodzielna forma rozwiązywania sporów prawnych*, „Radca Prawny” 2004, nr 6, s. 125.

<sup>31</sup> M. Arroyo, op. cit., s. 771.

<sup>32</sup> T. Ereciński, op. cit., s. 794.

<sup>33</sup> J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, op. cit., s. 231.

<sup>34</sup> A. Wach, op. cit., s. 121.

<sup>35</sup> Zob. np. A.S. Caramelo, *Arbitration in equity and amiable composition under Portuguese law*, „Journal of International Arbitration” 2008, nr 5, s. 577–578.

<sup>36</sup> J. Suchoža, R. Hučková Palková, *Autonomy of arbitrators – decision-making on the basis of ex aequo et bono*, „Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration” 2012, nr 2, s. 266.

<sup>37</sup> A. Wach, op. cit., s. 123 i 128.

*compositeur* odnosiło się jednak z całą pewnością do rozstrzygnięcia meritum sporu, nie zaś do sposobu procedowania<sup>38</sup>; tym niemniej w zasadzie nie jest wykluczone upoważnienie arbitrów do rozstrzygnięcia kwestii proceduralnych na zasadach słuszności<sup>39</sup>.

Jeżeli przyjmie się przekonującą zdaniem autorki tezę, że oba podejścia dotyczą merytorycznego rozstrzygnięcia sporu, to w istocie ich precyzyjne rozróżnienie nie jest łatwe. Wprawdzie przyznają one różny priorytet poszczególnym podstawom orzekania, preferując odpowiednio zasady słuszności albo normy prawne, to jednak zarówno *amiable compositeur* może odwołać się do zasad słuszności, uzasadniając w ten sposób odstępianie od stosowania norm prawnych<sup>40</sup>, jak i arbiter orzekający *ex aequo et bono* może oprzeć swoje rozstrzygnięcie na przepisach prawa materialnego, o ile w uzasadnieniu wskaże, jakie reguły sprawiedliwości zastosował, ustalając, że przepisy te są słuszne i orzeczenie wydane z ich zastosowaniem będzie sprawiedliwe<sup>41</sup>. Bez szczegółowej analizy toku rozumowania arbitra nie będzie możliwe ustalenie, który z tych sposobów zastosował.

W doktrynie można napotkać poglądy, że zaprezentowane wyżej rozumienie orzekania jako *amiable compositeur*, odwołujące się do jego genezy i rozumienia w państwie jego pochodzenia, nie dotyczy arbitrażu międzynarodowego – szczególnie tam, gdzie do sprawy nie ma zastosowania prawo francuskie – i w takich przypadkach należałoby przyjąć, że arbiter jest upoważniony do pomijania wszelkich reguł prawa<sup>42</sup>. Takie postawienie kwestii budzi jednak wątpliwości, ponieważ skoro strony świadomie upoważniły arbitra do rozstrzygnięcia jako *amiable compositeur*, to ten sposób orzekania, który przypuszczalnie miały na myśli, powinien być respektowany także w innych jurysdykcjach niż Francja<sup>43</sup>. Rzeczywisty problem może pojawić się wtedy, gdy sformułowanie użyte przez strony nie przesądza jednoznacznie, który z modeli orzekania miały one na myśli, zaś *lex arbitri* lub regulamin arbitrażowy, któremu poddane jest postępowanie, dopuszcza wprost obie te formy albo – jak art. 1194 k.p.c. – nie czyni między nimi rozróżnienia. Wydaje się, że w wielu jurysdykcjach, którym koncepcja *amiable compositeur* jest dość obca (w tym sensie, że nieznaną w swej czystej formie uczestnikom obrotu niebędącym prawnikami), możliwe byłoby przyjęcie swego rodzaju domniemania, że przez „orzekanie na zasadach słuszności” strony rozumiały orzekanie *ex aequo et bono*.

<sup>38</sup> Por. A.J. Bělohávek, op. cit., s. 30.

<sup>39</sup> B. Berger, F. Kellerhals, op. cit., s. 468.

<sup>40</sup> T. Ereciński, op. cit., s. 793–794.

<sup>41</sup> A.J. Bělohávek, op. cit., s. 33; A. Lizer-Klatka, *Pojęcie orzekania na zasadach słuszności w międzynarodowym arbitrażu handlowym*, „Państwo i Prawo” 2000, z. 1, s. 66.

<sup>42</sup> A. Lizer-Klatka, op. cit., s. 65.

<sup>43</sup> B. Berger, F. Kellerhals, op. cit., s. 469.

### 3. Granice orzekania na zasadach słuszności w arbitrażu gospodarczym

Wspomniane już zostało, że orzeczenie na zasadach słuszności nie może być wydane w sposób dowolny. Trzeba też zauważyć, że brak którejkolwiek z wymaganych przesłanek – tj. upoważnienia udzielonego przez strony, dopuszczalności wydawania takich orzeczeń w krajowym porządku prawnym lub przestrzegania przez arbitrów granic orzekania na zasadach słuszności – skutkuje możliwością uchylecia wyroku lub odmową jego uznania lub stwierdzenia wykonalności<sup>44</sup>. Oprócz konieczności zachowania pewnych wymogów proceduralnych, arbitrzy powinni uwzględnić także ograniczenia materialne.

Pierwszym i być może najważniejszym pojęciem jest tu porządek publiczny – zarówno rozumiany negatywnie, w formie klauzuli porządku publicznego, jak i pozytywnie, pod postacią przepisów wymuszających swoje zastosowanie. Klauzula porządku publicznego umożliwi sądowi delibacyjnemu uchylene (na wniosek strony) wyroku arbitrażowego<sup>45</sup> albo odmowę jego uznania lub stwierdzenia jego wykonalności<sup>46</sup> wszędzie tam, gdzie wyrok ten byłby sprzeczny z podstawowymi zasadami porządku prawnego danego państwa, ewentualnie z zasadami międzynarodowego porządku prawnego. Na gruncie prawa polskiego wypowiedział się na temat stosowania klauzuli porządku publicznego Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 września 2009 r.<sup>47</sup>, stwierdzając, że „przez podstawowe zasady porządku prawnego [...] należy rozumieć nie tylko normy konstytucyjne, ale i naczelną normy w poszczególnych dziedzinach prawa”. Przepisy wymuszające swoje zastosowanie są to natomiast „przepisy, które są bezwzględnie stosowane w sensie kolizyjnoprawnym, czyli do ich zastosowania dojdzie [...] bez względu na prawo właściwe dla danego stosunku”<sup>48</sup>. Takie ich stosowanie motywowane jest ich szczególnym znaczeniem dla ochrony porządku publicznego państwa<sup>49</sup>. Przepisy te nie znajdują jednak zastosowania w arbitrażu na zasadach słuszności, ponieważ w takim postępowaniu arbiter rozstrzyga na podstawie swojego subiektywnego odczucia prawnego i nie występuje w nim prawo, które jest stosowane z samej swej istoty<sup>50</sup>.

<sup>44</sup> M. Hilgard, A.E. Bruder, *Unauthorised amiable compositeur?*, “Dispute Resolution International” 2014, nr 1, s. 58–59.

<sup>45</sup> Zob. np. art. 1206 § 2 pkt 2 k.p.c., § 1059 ust. 2 pkt 2 lit. b niemieckiego k.p.c.

<sup>46</sup> Zob. np. art. V ust. 2 lit b konwencji nowojorskiej o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, art. 1214 § 3 pkt 2 k.p.c.

<sup>47</sup> Sygn. akt I CSK 53/09, System Informacji Prawnej LEX nr 527154.

<sup>48</sup> B. Fuchs, *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie w nowej ustawie Prawo prywatne międzynarodowe*, [w:] *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*, red. J. Poczobut, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 69.

<sup>49</sup> M.A. Zachariasiewicz, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20A: *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 436.

<sup>50</sup> J. Beulker, *Die Eingriffsnormenproblematik in internationalen Schiedsverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, s. 240.

Kolejnym zagadnieniem, na które należy zwrócić uwagę, jest uwzględnianie przez arbitrów postanowień umowy oraz zwyczajów handlowych. Artykuł 1194 § 2 k.p.c. stanowi, że w każdym przypadku sąd polubowny bierze pod uwagę postanowienia umowy oraz ustalone zwyczaje mające zastosowanie do danego stosunku prawnego. Wskazuje się, że arbiter orzekający na zasadach słuszności ma więc tylko obowiązek uwzględniania, ale już nie – bezwzględnego stosowania zwyczajów handlowych, jest natomiast związany postanowieniami umownymi<sup>51</sup>. Interpretacja taka nie wynika wprost z wykładni językowej przepisu. Analogiczny przepis art. 28 ust. 4 ustawy modelowej UNCITRAL jest w tym zakresie klarowniejszy, ponieważ stanowi, że trybunał „powinien orzekać w zgodzie z postanowieniami kontraktu” i „powinien brać pod uwagę zwyczaje handlowe”. W doktrynie podnosi się też, że istnieje w tym zakresie różnica pomiędzy orzekaniem *ex aequo et bono* i jako *amiable compositeur*, ponieważ wyłączenie lub modyfikacja umowy wiążącej strony nie jest możliwa tylko w tym pierwszym przypadku<sup>52</sup>. Nie jest to jednak pogląd jednolity – zgodnie z innym stanowiskiem, arbiter orzekający jako *amiable compositeur* jest związany postanowieniami umowy stron, ale interpretując je powinien mieć na uwadze raczej względy słuszności niż normy prawne<sup>53</sup>.

Może też budzić wątpliwości, czy i w jakim zakresie arbiter orzekający *ex aequo et bono* może posiłkować się przepisami prawnymi. W przypadku, gdy wyda orzeczenie na zasadach słuszności bez upoważnienia lub z przekroczeniem upoważnienia udzielonego przez strony, możliwe jest uchylene orzeczenia. W odwrotnym przypadku, gdy arbiter upoważniony do orzekania *ex aequo et bono* rozstrzygnie spór na podstawie przepisów prawa, uchylene orzeczenia będzie dopuszczalne w wyjątkowych i nietypowych przypadkach, gdy doprowadziło to do niesprawiedliwego rozstrzygnięcia<sup>54</sup>. Nie ma zakazu stosowania przepisów prawa materialnego w orzekaniu *ex aequo et bono* i arbiter może zarówno najpierw rozważyć sprawę z punktu widzenia najściślej związanego z nią prawa, jak i po jej rozstrzygnięciu skontrolować, czy orzekanie na podstawie prawa doprowadziłoby do porównywalnych rezultatów<sup>55</sup>. Może także zdecydować o zastosowaniu wprost prawa właściwego lub innego, np. w najbardziej wyczerpujący sposób regulującego materię sporu<sup>56</sup>, albo o zastosowaniu normy zwyczajowej<sup>57</sup>. Arbiter zobowiązany jest w tym przypadku jedynie do „poszukiwania słusznego i sprawiedliwego rozstrzygnięcia sporu”<sup>58</sup>. Jego osąd nie powinien być przypadkowy, ale oparty na zasadach prawa, precedensach, poglądach doktryny lub też poparty jego własnymi przemyśleniami<sup>59</sup>.

<sup>51</sup> T. Ereciński, op. cit., s. 794.

<sup>52</sup> K. Ryszkowski, op. cit., s. 55.

<sup>53</sup> J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, op. cit., s. 231.

<sup>54</sup> R. Geimer, [w:] *Zöller Zivilprozeßordnung*, Kolonia 2001, s. 2409.

<sup>55</sup> B. Berger, F. Kellerhals, op. cit., s. 465.

<sup>56</sup> I.C. Kamiński, *Uprawnienia sędziów i arbitrów orzekających na podstawie reguł słuszności*, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego” 2000, t. 19/20, s. 71–72.

<sup>57</sup> A. Lizer-Klatka, op. cit., s. 67.

<sup>58</sup> K. Ryszkowski, op. cit., s. 55.

<sup>59</sup> J. Suchoża, R. Hučková Palková, op. cit., s. 267.

## Podsumowanie

Odwoływanie się w orzekaniu do zasady słuszności nie jest elementem obcym, ponieważ czasem sam przepis prawa materialnego odsyła do klauzul generalnych, umożliwiających pełniejsze uwzględnienie szczególnych okoliczności konkretnej sytuacji<sup>60</sup>. Jednak orzekanie wyłącznie w oparciu o zasady słuszności jest nieznanym sądom państwowym. Arbiter w arbitrażu gospodarczym może orzekać na zasadach słuszności tylko w takim zakresie, w jakim zostanie do tego upoważniony przez strony. Słuszność jako podstawa orzekania nie jest często wybierana przez strony. Takie orzeczenia cechują się pewną nieprzewidywalnością, dlatego poleca się taki wybór w szczególnych wypadkach i tylko wtedy, gdy strony mają zaufanie do kompetencji i zdrowego rozsądku arbitra<sup>61</sup>. Ich zaletą jest natomiast większa elastyczność i możliwość rozważenia okoliczności każdej sprawy<sup>62</sup>.

Orzekanie na zasadach słuszności nie powinno być dowolne ani przypadkowe. Konieczne jest zarówno przeprowadzenie postępowania dowodowego, jak i uzasadnienie wyroku. W uzasadnieniu arbiter powinien wskazać, jakimi przesłankami się kierował, jakie zasady sprawiedliwości uznał za mające zastosowanie w konkretnej sprawie. Wskazanie tych okoliczności jest tym istotniejsze, gdy arbiter upoważniony do orzekania na zasadach słuszności zdecydował się zastosować przepisy prawa materialnego lub odpowiednie zwyczaje handlowe – powinien on bowiem stosować tylko takie normy, które w jego ocenie zapewniają osiągnięcie sprawiedliwego rozstrzygnięcia.

Od orzekania *ex aequo et bono* można odróżnić orzekanie jako *amiable compositeur*, polegające nie na rozstrzygnięciu w całości w oparciu o zasady słuszności, ale na stosowaniu norm prawnych w takim zakresie, w jakim są one zgodne z zasadami sprawiedliwości, którymi kieruje się arbiter przy rozstrzygnięciu danej sprawy. Wyróżnienie to nie jest precyzyjne, co stoi na przeszkodzie spopularyzowaniu takiego sposobu rozwiązywania sporów<sup>63</sup>. Pokonanie tej przeszkody umożliwiłoby upowszechnienie – jak się wydaje – użytecznego narzędzia, które pozwoliłoby stronom chcącym poddać swój spór pod arbitraż na zasadach słuszności wpływać na to, jaki zakres swobody chcą pozostawić arbitrowi.

---

<sup>60</sup> P. Mayer, *Reflections on the international arbitrator's duty to apply the law*, [w:] *Arbitration insights*, red. J.D.M. Lew, L.A. Mistelis, Kluwer Law International 2007, s. 297.

<sup>61</sup> G. Lörcher, H. Lörcher, T. Lörcher, *Das Schiedsverfahren – national/international – nach deutschem Recht*, C.F. Müller, Heidelberg 2001, s. 62.

<sup>62</sup> T. Ereciński, op. cit., s. 794.

<sup>63</sup> A. Wach, op. cit., s. 121.

## Summary

### ***Principles of equity as a ground of judgement in commercial arbitration***

Key words: commercial arbitration, principles of equity, *ex aequo et bono*, *amiable compositeur*, public order.

An award rendered by an arbitral tribunal in commercial arbitration may be based on national or international regulations, as well as on general principles of law and principles of equity. The latter is admissible only when parties explicitly entitle the arbitrator to apply the principles of equity. The perception of equity-based awards varies significantly in different jurisdictions.

Decision-making *ex aequo et bono* and as an *amiable compositeur* are two slightly different concepts which tend to be confused. To decide what *ex aequo et bono* means to decide from equity and conscience, theoretically without taking provisions of substantive law into account. *Amiable compositeur* decides, by contrast, according to legal regulations, having a possibility to adjust the effect of its application, where he or she finds it unjust.

It is hard to foresee precisely the outcome of an arbitration proceeding, when the principles of equity are to be applied. Nevertheless, it cannot be random or coincidental. In particular the arbitrator must respect the public order.

**Tatiana Primak, Galina Kazakowa**

Instytut Prawa Bałtyckiego Federalnego Uniwersytetu  
im. Immanuela Kanta w Kaliningradzie

## **Добросовестность в российском гражданском праве: проблемы теории и практики**

Формирование представлений о добросовестности в России обладает определенной спецификой, что проявляется в ходе исторического анализа.

Так, долгое время русское гражданское право использовало категорию добросовестности в конкретных законодательных предписаниях. Например, в Русской Правде ссылка на добрую совесть позволяла защититься от обвинения в краже и снизить размер ответственности перед собственником. В Своде Законов Российской империи (ст. ст. 1538, 1539) добрая совесть учитывалась при толковании сделки<sup>1</sup>.

Попытки более широкого применения добросовестности можно наблюдать в конце XIX – начале XX века в связи с развитием торгового оборота. Это, в свою очередь, привело к необходимости создания проекта Гражданского уложения и теоретическим дискуссиям о понятии добросовестности, что происходило под влиянием Германского гражданского уложения и германской правовой доктрины. В частности, в ст. ст. 31, 50 проекта Гражданского уложения добрые нравы выступали в качестве критерия оценки сделки, в том числе указывалось, что договоры, которые нарушают добрые нравы, считаются недействительными, договорные отношения сторон покоятся на началах справедливости и добросовестности<sup>2</sup>, что, в общем, аналогично § 138 Германского гражданского уложения<sup>3</sup>.

В русской юриспруденции в наиболее полном виде понятие добросовестности было представлено в работе И.Б. Новицкого, который опираясь на труды немецкого цивилиста Штаммлера, высказал соображения

<sup>1</sup> Свод Законов Российской империи, т. X, ч. 1, Санкт-Петербург 1900.

<sup>2</sup> В кн. V Проекта Гражданского уложения, 1899, т. I, с. LII, LIII.

<sup>3</sup> И.А. Покровский, *Основные проблемы гражданского права*, Москва 1998, с. 269.

о том, что добрая совесть включает в себя такие элементы, как: знание о другом, об его интересах, знание, связанное с известным доброжелательством; элемент доверия, уверенность, нравственные основы оборота принимаются во внимание, от них исходит каждый в своем поведении. Добросовестность дает направление решению судьи, представляет собой правило, указывающее для каждого положения правильное решение с учетом наличия социальных идеалов, разделяемых большинством членов общества<sup>4</sup>.

Однако с этими утверждениями были согласны далеко не все. Например, Л.И. Петражицкий писал о добросовестности как о незнании (извинительном заблуждении), отрицал всякое присутствие в добросовестности нравственных начал<sup>5</sup>. И.А. Покровский считал положения проекта Гражданского уложения о добросовестности проблематичными, поскольку проблема, перелагаемая законодателем с себя на плечи судьи, неразрешима и для последнего<sup>6</sup>.

Между тем, несмотря на то, что добросовестность получила теоретическое обоснование, нормативное закрепление в некоторых институтах гражданского права, русская специфика заключалась в том, что существовал разрыв между теоретическими представлениями о добросовестности, ее нормативным закреплением и социальной реальностью. В среде крестьян (самой многочисленной группы населения Российской Империи), ни закон, ни договор не занимали особого места, отношения строились на основе норм обычного права, которые имели ярко выраженный общинный характер, обеспечивались силами социального контроля и принуждения (наш крестьянин говорит «мир приказал» и исполняет беспрекословно его приказания<sup>7</sup>), могли не соответствовать законодательству. Так, купля-продажа могла быть признана недействительной не по основанию недобросовестности поведения, а по хозяйственным соображениям семьи, общины, из-за заключения договора в пьяном виде<sup>8</sup>. По этому поводу С.В. Пахман писал, что в нашем народном быту нельзя искать ни значительного развития отношений, основанных на сделке, ни тех развитых и сложных форм гражданского оборота, которые являются на высших ступенях народной культуры<sup>9</sup>.

Таким образом, добросовестность в русской цивилистической доктрине и законодательстве использовалась в институтах вещного и обязательственного

<sup>4</sup> И.Б. Новицкий, *Принцип доброй совести в проекте обязательственного права*, «Вестник гражданского права» 2006, № 1, с. 124–181.

<sup>5</sup> Л.И. Петражицкий, *Права добросовестного владельца на доходы с точки зрения догмы и политики гражданского права*, Статут, Москва 2002, с. 235.

<sup>6</sup> И.А. Покровский, указ. соч., с. 103–104.

<sup>7</sup> Ю.С. Гамбаров, *Гражданское право. Общая часть*, Санкт-Петербург 1911, СПС «Гарант».

<sup>8</sup> Н. Добровольский, *Крестьянские юридические обычаи*, по материалам, собранным в восточной части Владимирской губернии (уезды: Вязниковский, Гороховенский, Шуйский и Ковровский). Права по обязательствам, «СПб. Юридический вестник» 1891, с. 326–363.

<sup>9</sup> С.В. Пахман, *Обычное гражданское право в России*, Москва 2003, с. 50.

права. Обсуждения шли в русле германской правовой традиции, однако сформированный на протяжении многих веков общинный уклад значительной части крестьянства, существенно ограничивал сферу торгового оборота и не предполагал широкого распространения добросовестности как правовой категории.

Сегодня во многих современных исследованиях отмечается, что в советский период говорить о добросовестности в гражданском обороте не приходится. Однако это далеко не так, поскольку преемственность русской и советской цивилистики сохранялась на законодательном и теоретическом уровнях<sup>10</sup>. В статьях Гражданского кодекса РСФСР 1922 г., Гражданского кодекса РСФСР 1964 г. добросовестность не употреблялась в качестве общего понятия, но учитывалась при виндикации, осуществлении прав и исполнении обязанностей, что дало основание советским цивилистам прийти к выводу о закреплении презумпции добросовестности (С.Н. Братусь, О.А. Красавчиков, Б.Б. Черепахин и др.). Впрочем, существовала и противоположная точка зрения. Так, В. П. Грибанов считал, что понятия «добрая совесть» и «добрые нравы» являются «каучуковыми» правилами, которые позволяют значительно расширять рамки свободного судейского усмотрения и тем самым выйти за рамки законности<sup>11</sup>, что аналогично отмеченной ранее позиции И.А. Покровского.

Между тем, в плановой советской экономике категория добросовестности не имела существенного значения для экономического оборота, т.к. большинство отношений регулировалось административными актами, централизованное управление использовало административные меры ответственности, в практическом плане закрепление презумпции добросовестности участников гражданских правоотношений ограничивалось лишь виндикацией.

Современный период использования категории добросовестности в российском гражданском праве логично связывать с принятием части первой Гражданского кодекса РФ (далее: ГК РФ) 1994 г., где расширилась сфера ее применения (виндикация, приобретательная давность, злоупотребление правом, аналогия права, презумпция добросовестности участников гражданских правоотношений и др.). Однако тогда законодатель не закрепил

---

<sup>10</sup> Разработанные русскими цивилистами теоретические положения, нормативные конструкции постоянно использовались в работах юристов, получивших классическое образование до революции 1917 г. (М.М. Агарков, А.В. Венедиктов, А.Г. Гойхбарг, И.Б. Новицкий, Б.Б. Черепахин и др.). В этом смысле интересна позиция А. Г. Гойхбарга, который первоначально выступал против принятия Гражданского кодекса 1922 г., так как считал, что договорные отношения, которые ГК был призван регулировать, отсутствуют, затем возглавлял комиссию по его составлению. См.: Т.Б. Новицкая, *Кодификация гражданского права в Советской России 1920–1922 годов*, Москва 1989, с. 9–10.

<sup>11</sup> В.П. Грибанов, *Пределы осуществления и защиты гражданских прав*, Москва 1992, с. 21.

добросовестность в качестве принципа, отдав предпочтение свободе договора в качестве антипода плановой экономике, главного лозунга проводимых реформ. В частности, С.С. Алексеев назвал свободу договора одним из важнейших демократических завоеваний<sup>12</sup>. Но свобода договора не привела к желаемому экономическому развитию.

В 2008 г. началось реформирование гражданского законодательства<sup>13</sup>. Советом по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства и Исследовательским центром частного права при Президенте РФ была разработана Концепция развития гражданского законодательства. Её авторы исходили из того, что ГК РФ прошел проверку временем, обширной судебной практикой применения и объективной доктринальной оценкой. Однако практика применения ГК РФ показала, что многие его положения нуждаются в дополнениях и детализации, отсутствие которых не может быть восполнено судебным толкованием. Так, например, ст. 167 ГК РФ в первоначальной редакции в качестве общего правила предусматривала, что при недействительности сделки каждая сторона обязана возвратить другой стороне все полученное по сделке, а в случае невозможности возвратить полученное в натуре, возместить его стоимость в деньгах. В результате обобщения сложившейся практики Пленум Высшего Арбитражного суда РФ (далее: ВАС РФ) вынужден был дополнить и детализировать нормативные положения: если по возмездному договору имущество приобретено у лица, которое не имело права его отчуждать, собственник вправе обратиться с иском об истребовании имущества из незаконного владения лица, приобретшего это имущество. Но если в этой ситуации собственником заявлен иск о признании недействительной сделки купли-продажи и возврате имущества, переданного покупателю, а при разрешении спора будет установлено, что покупатель отвечает требованиям, предъявляемым к добросовестному приобретателю (ст. 302 ГК РФ), в удовлетворении исковых требований о возврате имущества должно быть отказано. Покупатель не может быть признан добросовестным приобретателем, если к моменту совершения возмездной сделки в отношении спорного имущества имелись притязания третьих лиц, о которых ему было известно, и которые впоследствии признаны в установленном порядке правомерными<sup>14</sup>. В настоящее время указанное положение прямо закреплено в ч. 1 ст. 166 ГК РФ<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> А.А. Алексеев, *Философия права*, Москва 1998, с. 225.

<sup>13</sup> О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации: Указ Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 № 1108, [в:] Собрание законодательства РФ. 2008, № 29, ст. 3482.

<sup>14</sup> О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав: Постановление Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 25 февраля 1998 № 8, СПС «КонсультантПлюс» (утратило силу).

<sup>15</sup> В ред. Федерального закона от 7 мая 2013 № 100-ФЗ, СПС «КонсультантПлюс».

В Концепции был предложен широкий диапазон мер, направленных на укрепление нравственных начал гражданско-правового регулирования: прежде всего, введение в гражданское законодательство принципа добросовестности в качестве одного из наиболее общих и важных принципов гражданского права, конкретизация лишаемых правовой защиты «иных форм злоупотребления правом», введение в ГК РФ института преддоговорной ответственности по принципу *culpa in contrahendo*, существенная модификация многих норм о недействительности сделок и др.<sup>16</sup>

Многие предложения авторов Концепции не были учтены (в частности, непосредственно связанные с категорией добросовестности преддоговорные отношения), что послужило поводом для обвинений в лоббизме представителей крупного бизнеса, министерств и ведомств. Так, известный цивилист и в то время судья ВАС РФ В.В. Витрянский заявил, что принципиальные законопроекты зачастую разрабатываются келейно с привлечением никому не известных молодых юристов и затем «проталкиваются» через парламент без какого-либо профессионального обсуждения. Результат налицо: сначала лихорадит правоприменительную практику, затем закон подвергается бесконечным и таким же непродуманным изменениям<sup>17</sup>.

Вместе с тем, острых разногласий по поводу включения принципа добросовестности в ст. 1 ГК РФ не наблюдалось<sup>18</sup>. В пояснительной записке к законопроекту отмечалось, что правила о добросовестности являются естественным противовесом правилам, утверждающим свободу договора и автономию воли сторон. Нормативное закрепление принципа добросовестности должно не только установить важнейшие ориентиры поведения субъектов права, но и содействовать более широкому применению мер гражданско-правовой защиты в случаях недобросовестных действий участников оборота. Кроме того, принцип добросовестности соответствует представлениям современной доктрины гражданского права и давно введен в законодательство большинства стран<sup>19</sup>.

В российской юридической науке большинство ученых положительно относятся к использованию категории добросовестности, но дискуссионными остаются вопросы ее определения, содержания, соотношения с нравственными началами, признания принципом гражданского права, деления на субъективную и объективную и др. Так, Г.А. Гаджиев, Т.В. Новикова, О.М. Свириденко и другие утверждают, что добросовестность понятие объективное, но что это

<sup>16</sup> Концепция развития гражданского законодательства, СПС «КонсультантПлюс».

<sup>17</sup> Интервью В.В. Витрянского: *Законное решение суда не может быть несправедливым*, Официальный сайт Высшего Арбитражного Суда РФ 16.08.2011, [online] <[www.arbit.ru](http://www.arbit.ru)>.

<sup>18</sup> О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации: Федеральный закон от 30.12.2012, № 302-ФЗ, СПС «КонсультантПлюс».

<sup>19</sup> СПС «КонсультантПлюс».

такое установить проблематично (совокупность принятых в обществе правил поведения, не являющихся источниками права; взгляд на отношения субъектов права со стороны; стандарт поведения, которому должно отвечать поведение стороны и т.д.). В субъективном смысле добросовестность рассматривают В.А. Белов, С.А. Краснова, В.И. Емельянов, К.И. Скловский, но также открытым остается вопрос, что она собой представляет (психическое отношение к своим действиям, бездействиям (не знал и не должен был знать); институт фактической ошибки (не знал и не должен был знать); внутренний предел осуществления права и т.д.).

В целом можно констатировать, что представители законодательных органов, доктрины, судьи на основе изучения опыта других стран, Евросоюза, используют сочетание разных подходов к определению добросовестности – принцип, презумпция, открытая норма. Первые два нормативно закреплены и используются в правоприменительной практике. По поводу третьего надо отметить, что, с одной стороны, нет четких указаний законодателя на предмет того, какое поведение является добросовестным, с другой – нет и четкой законодательной формулировки, что суд имеет возможность самостоятельно решать споры исходя из представлений о том, соблюдалась или нет добросовестность поведения сторон. По сути, законодатель занял двойственную позицию – не раскрыл содержание добросовестности, но формально не разрешил судам корректировать правовые нормы и исходить из собственных представлений о добросовестности. Иными словами, в российском праве добросовестность вряд ли сегодня можно трактовать как открытую норму, в том числе остается много неразрешенных проблем.

Во-первых, проблема применения добросовестности неразрывно связана с проблемой судейского усмотрения. Её трудно разрешить в рамках позитивного права, до сих пор пронизывающего всю российскую правовую систему, когда основным источником права является нормативно-правовой акт, который создается в процессе правотворчества уполномоченных субъектов, содержит правовую норму. В этом смысле свобода выбора суда в принятии решений осуществляется в пределах установленных законодательством норм.

Большинство ученых и практиков согласны с тем, что судейское усмотрение объективно присутствует при разрешении вопросов права, факта, при применении норм материального, процессуального права, оценочных категорий, санкций и т.д. и можно говорить о его расширении<sup>20</sup>. Дискуссии как в защиту расширения свободы судейского выбора, так и о необходимости ее ограничения продолжаются, что связано с различными типами правопонимания, оценкой соотношения источников права и т.д.

---

<sup>20</sup> О свободе договора и ее пределах: Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 марта 2014, № 16, СПС «КонсультантПлюс».

Вместе с тем, сегодня вокруг использования позитивистской концепции в РФ сложилась непростая ситуация. Так, многие ученые и практики, анализируя российские реалии, заявляют о доминировании публично-правовых начал в регулировании экономического оборота, избыточном нормативном регулировании, столкновении и противодействии норм права и свободы договора, свободного усмотрения. В частности, Председатель Конституционного Суда РФ В.Д. Зорькин отмечает: «избыточность императивности, не позволяющая участникам гражданского оборота (и прежде всего – предпринимателям) самим определять условия взаимодействия друг с другом, характерна, на мой взгляд, и для всего гражданско-правового регулирования в целом»<sup>21</sup>. Излишняя императивность приводит к тому, что предприниматели нередко «голосуют ногами», создавая юридические лица и выводя их из-под российской юрисдикции.

Действующая нормативно-правовая база, регулирующая торговый оборот, избыточна, но неполна. Законов принято слишком много, в том числе дублирующих друг друга, но в целом ряде случаев они не решают поставленных задач, так как приняты под давлением узких интересов (групповых или ведомственных)<sup>22</sup>. Констатируется нарушение баланса между законами и подзаконными актами в сторону последних, что связано с нечетким регулированием гражданских правоотношений, негативным проявлением реализации принципа свободы договора. При этом самым мощным источником многочисленных злоупотреблений является деятельность предприятий – монополистов и государственных органов, которым, в первую очередь, адресованы подзаконные акты<sup>23</sup>.

Проблема усугубляется и отношением к закону россиян. В частности, по данным социологических опросов, проведенным Всероссийским центром исследований общественного мнения (ВЦИОМ) в 2014 г. 46% граждан РФ считают законы хорошими, 27% – плохими, но 64% отрицают возможность жить в России, не нарушая законов. 71% уверены, что хорошая власть важнее хороших законов. 49% – считают более справедливой ту власть, которая неукоснительно следует закону, а 51% – ту власть, которая поступает по совести, даже если это противоречит закону<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> В.Д. Зорькин, Выступление на Международной научно-практической конференции в г. Москве 26 января 2012 г., посвященной 20-летию юбилея со дня создания арбитражных судов в России, СПС «Гарант».

<sup>22</sup> Г.А. Гаджимагомедов, Г.П. Ивлиев, Участие Правительства Российской Федерации в законодательной деятельности, Норма, Москва 2008, СПС «Гарант».

<sup>23</sup> А.В. Волков, Принцип недопустимости злоупотребления гражданскими правами в законодательстве и судебной практике (Анализ более 250 судебных дел о злоупотреблении правом), СПС «Гарант».

<sup>24</sup> Всероссийский центр исследований общественного мнения (ВЦИОМ), [online] <<http://wciom.ru>>. Опрашивалось 1500 человек в 100 населенных пунктах в 42 областях, краях и республиках России. Статистическая погрешность не превышает 3,5%.

Во-вторых, практика высших судебных органов фактически стала источником права, несмотря на отсутствие официального признания. Так, Конституционный суд РФ последовательно отстаивает идею о том, что его правовые позиции по своей юридической силе равны положениям Конституции и носят нормативный характер<sup>25</sup>. Верховный Суд РФ, вырабатывает единообразную практику применения законодательства, восполняет пробелы в законах и их недостатки, устраняет правовые коллизии, формулирует правовые позиции по тем или иным вопросам, что можно отнести к правотворческой деятельности. Более того, в ряде случаев судебная практика подменила собой действующие нормы императивного права, при этом большинство судей придерживаются однозначной установки, что, если по аналогичному спору имеется судебная практика, следует руководствоваться ею. Так, по данным опроса судей (759 из 5 федеральных округов) в процессе принятия решений они ориентируются, принимают во внимание (по важности): 1 место – правовые позиции Конституционного Суда РФ (65% – очень важно, 30,5% – важно); 2 место – постановления Пленума Верховного Суда РФ (57% – очень важно; 41% – важно); 3 место – текст закона (51% – очень важно, 47,6% – важно); 4 место – установившаяся практика (40,1% – очень важно, 53,3% – важно). При этом судебное усмотрение менее важно для большинства судей, чем решения вышестоящих судов, текст закона или установившаяся судебная практика (13% – очень важно, 19% – не очень важно, 7% – совсем не важно, однако 60% судей все же не склонны отказываться от него). Исходя из полученных результатов, делается вывод, что в контексте постоянных изменений законодательных норм, в условиях продолжающейся судебной реформы российские судьи склонны искать опору в решениях более авторитетных судов, а не в законодательных нормах<sup>26</sup>.

Изучение актов высших судебных инстанций, постановленных со ссылкой на принцип добросовестности, позволяет прийти к следующим выводам.

1. Правовое поведение участников гражданского оборота, соответствующее принципу добросовестности, является одним из принципов публичного порядка (правопорядка) РФ, наряду с принципом равенства участников гражданского оборота<sup>27</sup>.

2. Добросовестность стороны в договоре характеризует надлежащее исполнение ею своих договорных обязанностей. В отсутствие законодательно определенного понятия добросовестности некоторые ориентиры в судебной

<sup>25</sup> См.: *Комментарий к Конституции Российской Федерации (постатейный)*, ред. В.Д. Зорькин, «Норма», «Инфра-М» 2011, СПС «КонсультантПлюс».

<sup>26</sup> В.В. Волков, А.В. Дмитриева, М.Л. Поздняков, К.Д. Титаев, *Российские судьи как профессиональная группа: социологическое исследование*, Институт проблем правоприменения Европейского университета, Санкт-Петербург 2012, с. 40–41.

<sup>27</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 23 апреля 2013, № 16497/12, [online] <[www.arbitr.ru/](http://www.arbitr.ru/)>.

практике определил Конституционный Суд РФ, с одной стороны, указав на обязанность субъектов гражданско-правовых отношений добросовестно выполнять свои договорные обязанности, основанные на общеправовом принципе *pacta sunt servanda*, а также на гарантировании неприкосновенности собственности, свободы экономической деятельности и свободы договора, судебной защиты нарушенных прав (ч. 1, ст. 8; ч. 3, ст. 17, ст.ст. 34, 35 и 46 Конституции РФ)<sup>28</sup>. С другой стороны, он признал, что принцип добросовестного исполнения обязательств не может преобладать над иными принципами права. В свою очередь, иные принципы и права не должны брать вверх над принципом добросовестного исполнения обязательств.

3. Незаконное поведение является недобросовестным. Так, Верховный Суд РФ разъяснил, что приобретательная давность не может распространяться на случаи, когда в качестве объекта владения и пользования выступает самовольно возведенное строение, в том числе расположенное на неправомерно занимаемом земельном участке. В подобной ситуации отсутствует такое необходимое условие, как добросовестность застройщика, ведь осуществляя самовольное строительство, он должен был осознавать отсутствие у него оснований для возникновения права собственности. Исключительно совокупность всех перечисленных в ст. 234 ГК РФ условий (добросовестность, открытость и непрерывность владения как своим собственным недвижимым имуществом в течение 15 лет) является основанием для приобретения права собственности на это имущество в силу приобретательной давности<sup>29</sup>. Следовательно, если лицо знало и должно было знать о незаконном характере предпринимаемых им действий и возможных последствиях, и, тем не менее, совершало их, то его поведение может оцениваться как недобросовестное.

4. Защита добросовестности приобретателей основывается на общеправовом принципе справедливости. Конституционный суд РФ пришел к выводу о том, что добросовестное приобретение в смысле ст. 302 ГК РФ возможно только тогда, когда имущество приобретается не непосредственно у собственника, а у лица, которое не имело права отчуждать это имущество<sup>30</sup>. Однако добросовестность приобретателя не имеет правового значения

---

<sup>28</sup> По делу о проверке конституционности положения абзаца второй части первой статьи 446 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Ф.Х. Гумеровой и Ю.А. Шикинунова: Постановление Конституционного Суда РФ от 14 мая 2012, № 11-П, СПС «Гарант».

<sup>29</sup> Обзор судебной практики по делам, связанным с самовольным строительством. Утверждён Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 19 марта 2014, [online] <[www.suprcourt.ru/Show\\_pdf.php?Id=9166](http://www.suprcourt.ru/Show_pdf.php?Id=9166)>.

<sup>30</sup> По делу о проверке конституционности положений пунктов 1 и 2 статьи 167 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан О.М. Мариничевой, А.В. Немировской, З.А. Скляновой, Р.М. Скляновой и В.М. Ширяева: постановление Конституционного Суда РФ от 21 апреля 2003, № 6-П, СПС «Гарант».

в случае, если им приобретено имущество, выбывшее из владения собственника против его воли. Как разъяснил Верховный Суд РФ по смыслу п. 1 ст. 302 ГК РФ собственник вправе истребовать свое имущество из чужого незаконного владения независимо от возражения ответчика о том, что он является добросовестным приобретателем, если докажет факт выбытия имущества из его владения или владения лица, которому оно было передано собственником, помимо их воли. В связи с этим судам необходимо устанавливать наличие или отсутствие воли собственника на передачу владения иному лицу<sup>31</sup>.

5. Принцип добросовестности это требование, обращенное к участникам гражданского оборота, в том числе при осуществлении ими индивидуального гражданско-правового регулирования посредством заключения договоров. В силу ст. 310 ГК РФ, а также законодательства о регулировании банковской деятельности процентные ставки по кредитам и срок кредитования могут быть изменены банком в одностороннем порядке в случае, если это предусмотрено договором с заемщиком. Но это положение не означает, что сторона договора, уведомленная об изменении условий договора и не согласная с такими изменениями, не может доказать, что одностороннее изменение договорных условий нарушает разумный баланс прав и обязанностей сторон договора, противоречит устоявшимся деловым обыкновениям либо иным образом нарушает основополагающие частноправовые принципы разумности и добросовестности<sup>32</sup>.

В практическом плане следует отметить, что пока не до конца разрешимой проблемой остается обязательность решений высших судебных органов. С определенными оговорками можно сказать (остаются вопросы, связанные с исполнением решений), что эта проблема урегулирована в отношении решений Конституционного Суда РФ<sup>33</sup>, постановлений ЕСПЧ<sup>34</sup>. Однако ни в Конституции РФ, ни в федеральных законах, в том числе и во вновь принятом законе «О Верховном Суде Российской Федерации»<sup>35</sup> не закреплено, что разъяснения Верховного Суда РФ являются обязательными для

---

<sup>31</sup> Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации. Утверждён Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 4 марта 2015, № 1, СПС «КонсультантПлюс».

<sup>32</sup> Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о кредитном договоре: Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011, № 147, СПС «Гарант».

<sup>33</sup> Следует из положений ст. 125 Конституции РФ, ст.ст. 6 и 79 ФКЗ от 21 июля 1994, № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации».

<sup>34</sup> Регламентируется п. 1 ст. 46 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, ратифицированной Российской Федерацией 30 марта 1998 г.

<sup>35</sup> О Верховном Суде Российской Федерации: Федеральный конституционный закон от 5 февраля 2014, № 3-ФКЗ (ред. от 4 ноября 2014), Собрание законодательства РФ. 2014, № 6, ст. 550.

нижестоящих судов. Эта ситуация дала основания утверждать, что его правовые позиции, не являются обязательными для других судов, носят рекомендательный характер, отказ в их применении не влечет каких-либо санкций. Основной аргумент – судьи независимы и подчиняются только Конституции РФ и федеральному закону. Такого рода высказывания, а их достаточно много<sup>36</sup>, свидетельствуют о том, что рекомендации Верховного Суда РФ не могут исполняться лишь в силу его высокого авторитета.

В определенном смысле решить проблему попытался Конституционный Суд РФ фактически признавший нормативность постановлений высших судебных инстанций и их обязательный характер<sup>37</sup>. Соглашаясь с тем, что придание обязательного характера постановлениям Верховного Суда РФ позволит обеспечить стабильность и единообразие толкования и правоприменения, надо с осторожностью подходить к вопросу о нормативности. Учитывая продолжающий существовать и доминировать позитивистский подход к принятию и применению законодательства, а также российские реалии, формирование нормативных правил поведения должно оставаться за законодателем, так как изменение судебной практики, толкование правовых норм может происходить быстро и в противоположных направлениях.

Так, в России являются актуальными судебные споры об обращении взыскания на автомобили, переданные в залог заемщиками, в пользу банков, предоставивших им кредит. Множественная перепродажа автомобиля до недавних пор не препятствовала обращению взыскания на него, а последний в цепочке приобретателей собственник становился на место залогодателя, даже не предполагая при покупке, что такая ситуация возможна. Даже покупка автомобиля в салоне не гарантировала от неблагоприятных последствий для покупателя, т.к. он мог быть заложен самим салоном. В разрешении споров сформировались две различные правовые позиции. ВАС РФ указывал, что исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости (п. 2 ст. 6 ГК РФ), не может быть обращено взыскание на заложенное движимое имущество, возмездно приобретенное у залогодателя лицом, которое не знало

<sup>36</sup> А.В. Смирнов, А.Г. Манукян, *Толкование норм права: учебно-практ. Пособие*, Проспект, Москва 2013, СПС «Гарант».

<sup>37</sup> По делу о проверке конституционности части второй статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан А.А. Дорошка, А.Е. Кота и Е.Ю. Федотовой: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 26 февраля 2010, № 4-П; По делу о проверке конституционности положений части 4 статьи 170, пункта 1 статьи 311 и части 1 статьи 312 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами закрытого акционерного общества Производственное объединение «Берег», открытых акционерных обществ «Карболит», Завод «Микропровод» и Научно-производственное предприятие «Респиратор»: Постановление Конституционного Суда РФ от 21 января 2010, № 1-П, СПС «Гарант».

и не должно было знать о том, что приобретаемое им имущество является предметом залога<sup>38</sup>. В то же время Верховный Суд РФ строго следовал букве закона: недобросовестность первоначального собственника – заемщика банка не может расцениваться как основание для освобождения от ответственности последнего собственника в виду его добросовестности<sup>39</sup>. С таким подходом согласился и Конституционный Суд РФ<sup>40</sup>.

Противоречие позиций судебных органов по вопросам добросовестности приводит к необходимости закрепить законодательно формальные признаки добросовестного поведения в наиболее полном виде, в том числе в качестве примеров указывать часто встречающиеся ее виды, конкретизировать ее содержание в соответствующих статьях понятиями «обычных» условий, обычно предъявляемых требований.

Несмотря на широкое распространение судебной практики как нормативного регулятора, в РФ наблюдается невысокий уровень доверия населения к судам и судебным решениям. Так, анализ статистических отчетов, представленных на сайте Судебного департамента при Верховном Суде РФ, говорит о том, что в нашей стране значительно выше, чем в других европейских странах, процент обжалования судебных решений (более 40%)<sup>41</sup>. По количеству жалоб в ЕСПЧ несколько лет занимала 1 место РФ, а в 2014 г. она переместилась на 3 место, уступив Украине и Италии<sup>42</sup>, что связано с ужесточением требований к критериям приемлемости жалобы.

По данным социологических опросов, проведенным Всероссийским центром исследований общественного мнения (ВЦИОМ) в 2014 г., мнения россиян в отношении эффективности суда в деле защиты прав и интересов граждан делятся практически поровну: 36% опрошенных считают, что суд – это действенное средство, 38% придерживаются противоположной точки зрения, каждый четвертый (23%) затрудняется с оценкой. В числе проблем и причин, которые мешают судам эффективно работать, в качестве основной 31% россиян называют недобросовестность и взяточничество судей. Затем, с заметным отрывом следует такой фактор, как давление со стороны властей, на него указывают 23% респондентов. 19% опрошенных связывают

---

<sup>38</sup> О некоторых вопросах применения законодательства о залоге: Постановление Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011, № 10, СПС «КонсультантПлюс», п. 25.

<sup>39</sup> Определение Верховного Суда РФ от 10 апреля 2007, № 11-В07-12, СПС «КонсультантПлюс».

<sup>40</sup> Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Угадчикова Анатолия Леонтьевича на нарушение его конституционных прав статьями 302, 349 и 353 Гражданского кодекса Российской Федерации: Определение Конституционного Суда РФ от 15 апреля 2008 № 319-О-О, СПС «КонсультантПлюс».

<sup>41</sup> Сводные статистические сведения о деятельности федеральных судов общей юрисдикции и мировых судей за 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 г., Официальный сайт Судебного департамента при Верховном Суде РФ. Ведение судебной статистики <[www.cdep.ru](http://www.cdep.ru)>.

<sup>42</sup> Пресс-служба Министерства юстиции РФ. Официальный сайт.

неэффективную работу судов с несовершенством законодательства, столько же (19%) – с большой загруженностью судов<sup>43</sup>.

В связи с отмеченными негативными моментами возникает вопрос – могут ли сами предприниматели выработать модели добросовестного поведения и добровольно им следовать. Вероятно, нет, так как в торговом обороте соблюдение этических, моральных норм зачастую вступает в противоречие с эгоистическим стремлением получения прибыли, по сравнению с прибылью нравственность в экономике – крайне дефицитный ресурс, поэтому на страже обеспечения приемлемого для развития торгового оборота порядка стоит закон.

Специфика российского предпринимательства проявляется в том, что добросовестность учитывается при личных взаимоотношениях, которые имеют огромное значение, в том числе размер прибыли зависит от неформальных «связей» с чиновниками. Надо полагать, что с развитием торгового оборота личные связи ослабевают или теряют свое значение, поэтому уверенность в надежности партнера должна замещаться верой в способность власти обеспечить правопорядок, что может осуществляться путем включения нравственных основ в законодательные нормы, обычаи, договоры, учитываться при разрешении конфликтов.

Пока сложно говорить о добросовестности применительно к российским предпринимателям. Так, по данным опроса, проведенного в 2014 г., наиболее острой проблемой для них является неисполнение договоров – 84% сталкивались с нарушениями обязательств со стороны контрагентов, в том числе 54% считают это нередким явлением. Предпочитают соблюдать законы, но фактически вынуждены их обходить 84 % российских предпринимателей, 72% не рассматривают судебные органы в качестве эффективных средств разрешения конфликтных ситуаций<sup>44</sup>.

Таким образом, если добросовестность – это отражение доверия, то о широком практическом использовании в России концепции добросовестности говорить преждевременно. Добросовестность как принцип, презумпция, открытая норма может работать, опираясь на две юридические составляющие – закон и суд, доверие к которым является необходимыми элементами развития торгового оборота (влияет на снижение рисков и расходов по заключению договора, его исполнению, ускоряет товарооборот и т.д.) и справедливого разрешения конфликтов.

---

<sup>43</sup> Всероссийский центр исследований общественного мнения (ВЦИОМ), [online] <<http://wciom.ru>>. Не особо отличаются и данные социологических опросов, проведенных Фондом общественного мнения. См.: Работа судов и судей [online] <<http://fom.ru>>. Как правило, опрашиваются от 1500 до 1700 человек в 100–150 населенных пунктах в 40–45 областях, краях и республиках России. Статистическая погрешность не превышает 3–3,5%.

<sup>44</sup> Фонд общественного мнения, [online] <<http://fom.ru>>. опрашивалось 1500 человек в 100 населенных пунктах в 40 областях, краях и республиках России. Статистическая погрешность не превышает 3,5%.

Ответ на традиционный русский вопрос – что делать? – заключается в том, что надо создавать как правовые, так и социальные условия (политические, экономические, психологические и др.) для восприятия доктрины добросовестности. Необходимо учитывать, что спецификой России является сильная государственная власть, которая определяет экономические, правовые модели развития, распределение благ и ресурсов, что российское общество считает нормой, поэтому добросовестность должна включать в себя правила, адресованные как законодательным, исполнительным органам государства, другим публичным образованиям, так и частным лицам. Определенные шаги в этом направлении предпринял Конституционный Суд РФ, отметив, что из закрепленного в Конституции РФ принципа правового государства (ч. 1, ст. 1) вытекают конкретные требования, рекомендации и запреты в отношении определенных действий органов государства. Указанный конституционный принцип диктует для законодателя запрет устанавливать регулирование таким образом, чтобы провоцировать законопослушных граждан на сокрытие получаемых доходов и занижение облагаемой базы<sup>45</sup>.

В целом надо признать, что ни идеальных норм, ни идеального суда никогда не было и не будет, конституции, нормативные акты создаются, применяются, толкуются людьми, суды всегда будут допускать ошибки, даже если правила прописаны четко и хорошо. Поэтому задачей современных исследований является нахождения разумного компромисса между согласованием различных интересов (законодателя, судей, участников гражданского оборота) на основе оценки фактического состояния дел.

## Summary

### *Conscientiousness in the Russian civil law: problems of theory and practice*

Key words: the principle of conscientiousness, law, judicial practice, doctrine, freedom of choice, obligatoriness, normativity.

Good faith is the principle of civil law. The discussion about it, came to end in Russia with inclusion of the principle of good faith in art. 1 of the Civil Code. The analysis of changes of art. 10 of the Civil Code shows intention to separate the doctrine of good faith from the doctrine of abuse of the right. However the principle of good faith can't be treated as the open norm. Firstly, problems of inclusion in the legislation of moral standards, ideas of a reasonable combination, coordination of private and public interests differ in complexity and discrepancy. Secondly, develop-

<sup>45</sup> О тарифах страховых взносов Постановление Конституционного Суда РФ от 23 декабря 1999, № 18-П, СПС «Консультант Плюс».

ment of a moral basis of an entrepreneurial activity is in embryo. Thirdly, in society there is no consensus about a role and value of court practice, freedom of a judicial discretion. Fourthly, for elimination of a contradiction between positions of instances of jurisdiction on good faith it is necessary to fix formal signs of this behavior in the law, including to specify its most common types.

## **Streszczenie**

### ***Zasada dobrej wiary w rosyjskim prawie cywilnym: problemy teorii i praktyki***

Słowa kluczowe: zasada sumienności, ustawa, orzecznictwo sądowe, doktryna, swoboda wyboru, obowiązkowość, normatywność.

Dyskusja o tym, czy dobra wiara jest zasadą prawa cywilnego w Rosji, czy nie, zakończyła się jej włączeniem do art. 1 kodeksu cywilnego FR, zaś analiza zmian art. 10 wskazuje na zamiar rozgraniczenia doktryny dobrej wiary i nadużycia prawa. Niemniej jednak zasada ta nie może być traktowana jako norma o charakterze otwartym. Po pierwsze, włączenie do prawa norm moralnych, dopasowanie i uzgodnienie interesów prywatnych i publicznych to problem trudny i wewnętrznie sprzeczny. Po drugie, podstawy etyczne działalności handlowej dopiero się kształtują. Po trzecie, w społeczeństwie brak jest konsensusu co do roli i znaczenia praktyki sądowej, w tym swobody decyzji sędziowskiej. Po czwarte, sprzeczne postawy instancji sądowych wobec zasady dobrej wiary wskazują na potrzebę prawnego scharakteryzowania jej cech formalnych w najbardziej pełnej formie, włącznie ze wskazaniem przykładów najczęściej występujących jej form.



**Renata Tanajewska**

Zakład Prawa Handlowego

Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

## **Zasada słuszności jako ochrona interesu wspólnika spółki kapitałowej**

*Każdy rozumie, że byłoby rzeczą dla księcia chwalebna dotrzymywać wiary i postępować w życiu szczerze, a nie podstępnie. [...] Dwa są sposoby prowadzenia walki: jeden – prawem, drugi siłą; pierwszy sposób jest ludzki, drugi zwierzęcy, lecz ponieważ częstokroć pierwszy nie wystarcza, wypada uciekać się do drugiego. Dlatego księżę musi umieć dobrze posługiwać się naturą zwierzęcia i człowieka. [...] Przeto księżę, zmuszony umieć posługiwać się dobrze naturą zwierząt, powinien spośród nich wziąć za wzór lisa i lwa, albowiem lew nie umie unikać sidła, a lis bronić się przed wilkami. Trzeba przeto być lisem, by wiedzieć, co sidła i lwem, by strach budzić u wilków<sup>1</sup>.*

### **Wprowadzenie**

Obecnie w polskiej przestrzeni gospodarczej działalność gospodarcza jest często prowadzona w formie spółki kapitałowej. Dzięki gwarancyjnej funkcji kapitału zakładowego<sup>2</sup> oraz praw o charakterze korporacyjnym i majątkowym wspólników<sup>3</sup> z jednej strony spółka kapitałowa stanowi ochronę interesu kontrahentów, z drugiej zaś strony samych wspólników. Uważa się zatem, że do przedsięwzięć o znacznych rozmiarach ekonomicznych adekwatną formą prowadzenia działalności gospodarczej jest właśnie spółka kapitałowa<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> N. Machiavelii, *Księżę*, przeł. Cz. Nanke, Wydawnictwo ALFA, Warszawa 1999, s. 68.

<sup>2</sup> Zob. A. Szumański, *Problem funkcji gwarancyjnej kapitału zakładowego (akcyjnego) spółki kapitałowej*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 6, s. 78–88; A. Śmieja, *Kapitał zakładowy i jego funkcje. Wkłady wspólników w spółkach kapitałowych*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo” 1995, nr 242, s. 157–174.

<sup>3</sup> Zob. J. Okolski, J. Modrzejewski, Ł. Gasiński, *Natura stosunku korporacyjnego spółki akcyjnej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2000, nr 8, s. 2–14.

<sup>4</sup> A. Malarewicz-Jakubów, *Spółka akcyjna*, [w:] *Prawo gospodarcze prywatne*, red. T. Mróz, M. Stec, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 271–272.

Spółka kapitałowa z natury swojej umożliwia realizację planów inwestycyjnych rozciągniętych w czasie, o dużym zaangażowaniu personalnym i majątkowym<sup>5</sup>. Cechy spółki kapitałowej stwarzają prowizorycznie stabilną konstrukcję prawną, która daje kontrahentom nadzieję na zapewnienie płynności finansowej i ciągłości działania. Używając celowo przysłowka „prowizorycznie”, zwraca się uwagę na rozbieżność pomiędzy intencją ustawodawcy w zakresie stworzenia konstrukcji prawnej adekwatnej do prowadzenia działalności gospodarczej dużych rozmiarów, jednakże z drugiej strony nieadekwatnej w określonych sytuacjach dla interesu samego wspólnika. W spółce kapitałowej element osoby nie odgrywa tak znaczącej roli, jak ma to miejsce w przypadku spółek osobowych. Wielokrotnie zdarzają się sytuacje, w których odwrotnie proporcjonalnie do wzrostu zysku spółki maleje liczba wspólników: „Honor i zysk nie sypią w tym samym łożu”<sup>6</sup>. Nieraz wspólnicy bardzo dosłownie pojmują przytoczoną na wstępie zasadę lisa i lwa, zapominając, że przede wszystkim winni być ludźmi. Zatem czy nie jest tak, że gdy zachowanie wspólników jest niemoralne, zasada słuszności pełni funkcję ochrony interesów pokrzywdzonych wspólników? Czy pośrednio stosowana przez sądy w postępowaniach o uchylenie uchwał sprzecznych z umową spółki bądź dobrymi obyczajami i godzących w interesy spółki lub mających na celu pokrzywdzenie wspólnika – nie jest lekarstwem na brak lojalności? Czyj interes jest chroniony poprzez stosowanie zasady słuszności?

Celem artykułu jest wskazanie problemu wykorzystania zasady słuszności w sytuacjach, gdzie natura lisa i lwa pozostawiła w sidłach człowieka. W artykule postawiono tezę, że struktura korporacyjna spółki kapitałowej ukierunkowana jest na zysk, często związany z celowym uszczupleniem składu osobowego. Struktura ta pozwala bowiem na „budowanie mostu od człowieka do człowieka, oczywiście zwodzonego”<sup>7</sup>. Używanie nieco gawędziarskiego języka i potocznego toku wypowiedzi jest celowe.

Przy opracowaniu zagadnienia wykorzystano dogmatyczną metodę badawczą, analityczną metodę badawczą oraz analizę orzecznictwa. Metoda dogmatyczna<sup>8</sup> została wykorzystana w taki sposób, że poddano analizie przepisy kodeksu spółek

<sup>5</sup> Szerzej: Ł. Gasiński, *Kryterium natury spółki akcyjnej jako kryterium ograniczenia kształtowania treści statutu a projekt kodeksu cywilnego*, [w:] *Institucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym*, red. T. Mróz, M. Stec, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 624–636; Sz. Pawelec, *O potrzebie poszanowania natury spółek kapitałowych w postępowaniu karnym w świetle zasady rzetelnego procesu*, [w:] *Rzetelny proces karny. Materiały konferencyjne (Trzebiezowice, 17–19.09.2009 r.)*, red. J. Skorupka, W. Jasiński, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 206–213; M. Romanowski, *Zasada „jedna akcja – jeden głos” a natura spółki akcyjnej*, „Czasopismo Kwartalne Całego Prawa Handlowego, Upadłościowego oraz Rynku Kapitałowego” 2008, nr 4, s. 459–480; P. Bielski, *Przymusowy wykup akcji drobnych akcjonariuszy a natura spółki akcyjnej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2001, nr 11, s. 11–19.

<sup>6</sup> M. de Cervantes Saavedra, [online] <[www.przyslowia.imedyk.com/cytat/5030](http://www.przyslowia.imedyk.com/cytat/5030)> (dostęp: 1.12.2015).

<sup>7</sup> S.J. Lec, [online] <[www.aforyzmy.com.pl/aforyzmy/obyczaj-i-moralnosc](http://www.aforyzmy.com.pl/aforyzmy/obyczaj-i-moralnosc)> (dostęp: 1.12.2015).

<sup>8</sup> Szerzej: A. Bator, W. Gromsik, A. Kozak, S. Kaźmierczyk, Z. Pulka, *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 24–25.

handlowych<sup>9</sup> w zakresie powództwa o uchylenie uchwały wspólników sprzecznej z umową spółki bądź dobrymi obyczajami i godzącej w interesy spółki lub mającej na celu pokrzywdzenie wspólnika. Metoda analityczna<sup>10</sup> polegała na przeglądzie naukowych opracowań i poglądów przedstawicieli doktryny w zakresie poruszanego zagadnienia.

## 1. Zasada słuszności a natura lisa i lwa w spółce kapitałowej

Zasada słuszności to reguła prawa cywilnego<sup>11</sup>. Związana jest z wykonywaniem władzy publicznej. Zgodnie z treścią art. 417<sup>2</sup> k.c., jeżeli przez zgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej została wyrządzona szkoda na osobie, poszkodowany może żądać całkowitego lub częściowego jej naprawienia oraz zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę, gdy okoliczności, a zwłaszcza niezdolność poszkodowanego do pracy lub jego ciężkie położenie materialne wskazują, że wymagają tego względy słuszności<sup>12</sup>. W literaturze wskazuje się, że zasada słuszności bywa aktualizowana jedynie wówczas, gdy nie ma prawnych podstaw do wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym na zasadach ogólnych, ale istnieją ważne racje do przyznania kompensacji<sup>13</sup>. W orzecznictwie widoczny jest problem określenia związku przyczynowego pomiędzy wykonywaniem władzy publicznej a wyrządzoną szkodą. Podejmuje się w tym zakresie próby wskazania sytuacji, w których zaistnienie związku przyczynowego nie jest konieczne do zastosowania odpowiedzialności na zasadzie słuszności<sup>14</sup>.

Jednakże, biorąc pod uwagę treść art. 417<sup>2</sup> k.c., zauważa się, że ustawodawca wskazuje możliwość wystąpienia odpowiedzialności na zasadzie słuszności wówczas, gdy pojawi się szkoda na osobie. Oznacza to, że szkoda ta winna powstać wskutek uszkodzenia ciała albo wywołania rozstroju zdrowia. Nie ma zatem przesłanek do zastosowania wskazanego przepisu w przypadku szkody na mieniu<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r. poz. 1030 z późn. zm.) – dalej: k.s.h.

<sup>10</sup> Szerzej: J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2003, s. 33.

<sup>11</sup> Szerzej: W. Dziędział, *Słuszność jako wartość prawa*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2011, t. 15, s. 71–81; R. Sobański, *Słuszność w prawie*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 8, s. 3–12.

<sup>12</sup> Zob. A. Szpunar, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa na zasadzie słuszności*, „Państwo i Prawo” 1970, Nr 2, s. 229–241.

<sup>13</sup> W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, wyd. LexisNexis, Warszawa 2009, s. 252.

<sup>14</sup> Tak np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 12 września 2012 r. (sygn. akt I ACa 527/12, OSA 2013, nr 4, poz. 8, s. 41), gdzie w uzasadnieniu stwierdza się, że „przesłanką odpowiedzialności z art. 417<sup>2</sup> k.c. jest istnienie adekwatnego związku przyczynowego, a wyjątkowo (mając na uwadze humanitarne względy tej normy) istnienie niekwalifikowanego powiązania kauzalnego, przy czym owo powiązanie kauzalne winno stanowić relację i w danych okolicznościach określone działanie (zaniechanie) było jedyną przyczyną skutku w postaci szkody na osobie”.

<sup>15</sup> Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 228.

Natomiast w prawie handlowym trudno wskazać okoliczność, gdzie podjęcie uchwały mogłoby spowodować uszczerbek ciała czy wywołać rozstrój zdrowia. Sytuacja taka może być pochodną w stosunku do podjętej uchwały, jednakże nie będzie wówczas traktowana jako skutek bezpośredni, a tym samym nie wystąpi konieczna przesłanka istnienia związku przyczynowego. Ponadto, czynność powodująca szkodę winna być wykonywana przez władzę publiczną<sup>16</sup>. Wydaje się zasadne zastosowanie wskazanej regulacji wprost. Jednakże ustawowe przesłanki do jej stosowania uniemożliwiają to w odniesieniu do ochrony interesu wspólnika spółki kapitałowej<sup>17</sup>.

Zważając na zasadę jedności prawa cywilnego, należy spojrzeć na zasadę słuszności w kontekście szerszym. Być może, aby znaleźć zasadę słuszności w prawie handlowym, należy wyjść od pojęcia dobrych obyczajów. Zgodnie z treścią uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 26 marca 2009 r., „kodeks spółek handlowych nie zawęży pojęcia dobrych obyczajów do norm uczciwości panujących pomiędzy przedsiębiorcami. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż pojęcie dobrych obyczajów użyte w treści art. 249 k.s.h. odnosi się nie tylko do uczciwości kupieckiej skierowanej na zewnątrz funkcjonującej spółki (w stosunku do innych uczestników obrotu gospodarczego), ale przede wszystkim do stosunków wewnętrznych w spółce, w tym relacji pomiędzy wspólnikami. Przemawia to zatem do sięgnięcia do kryteriów moralnych obowiązujących nie tylko pomiędzy przedsiębiorcami ale także panujących w społeczeństwie, w tym ogólnej normy przyzwoitego zachowania. Z reguły zatem uchwała zgromadzenia wspólników podjęta w celu lub z zamiarem pokrzywdzenia wspólnika mniejszościowego narusza obowiązującą w społeczeństwie normę moralną przejawiającą się obowiązkiem przyzwoitego zachowania się. Najczęściej pokrzywdzenie wspólnika polega na podejmowaniu uchwał, które są powzięte w interesie wspólników większościowych przy jednoczesnym wyrządzeniu szkody albo pozbawieniu korzyści wspólnika mniejszościowego”<sup>18</sup>.

Kontynuując ten wątek, trzeba skomentować kwestie zasad współżycia społecznego. W literaturze podkreśla się, że proces wcielania zasad w ramy prawa cywilnego jest złożony i wymaga jeszcze wielu lat. Poczynając od klauzul generalnych, a na

<sup>16</sup> Zob. J. Parchomiuk, *Zasada słuszności jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej władzy publicznej*, [w:] *Księga pamiątkowa z okazji 10-lecia Wydziału Zamiejscowego Nauk Prawnych i Ekonomicznych Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II w Tomaszowie Lubelskim*, red. T. Guz, M. Pałubska, M. Kuć, Wyd. KUL, Lublin 2006, s. 447–467.

<sup>17</sup> Por. M. Rejmer, *Zasada słuszności w prawie prywatnym i jej praktyczne znaczenie*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 11, s. 121–123; B. Więzowska-Czepiel, *Odpowiedzialność za zgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej na zasadzie słuszności*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2009, s. 39–56; A. Rapała, *Odszkodowanie na zasadzie słuszności jako przejaw humanizacji regul odpowiedzialności cywilnej*, [w:] *Człowiek pomiędzy prawem a ekonomią w procesie integracji europejskiej*, red. G. Dammacco, B. Sitek, Wyd. UWM, Olsztyn 2008, s. 178–189; J. Bieluk, *Zasada słuszności a art. 216 § 2 kodeksu cywilnego*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2008, nr 3, s. 21–32.

<sup>18</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 26 marca 2009 r., sygn. akt V ACa 49/09, OSA 2010, nr 7, poz. 19, s. 65.

konkretnych rozwiązaniach kończąc, należy zauważyć, że proces ten nie jest jednokowy dla wszystkich zasad. Przykładowo, w polskim prawie szeroko przyswojono zasadę współżycia społecznego, natomiast ochrona własności społecznej stosunkowo niedawno doczekała się normatywnego ujęcia. Stanowi to dowód na ciągły rozwój prawa cywilnego w polskiej rzeczywistości prawnej<sup>19</sup>.

Arystoteles uważał, że słuszność nie jest czymś lepszym od sprawiedliwości samej w sobie, ale od błędu wynikającego z ogólnego sformułowania. Podawał, że istotą słuszności jest korektura prawa w tych sytuacjach, gdzie prawo niedomaga w wyniku ogólnego sformułowania<sup>20</sup>. Immanuel Kant natomiast określał słuszność mianem odpowiedzi na największą krzywdę – najściślejsze prawo. Twierdził, że nie można temu zaradzić na drodze prawa, a jedynie na drodze sumienia. Zwracał jednak uwagę, że każde zagadnienie prawa musi być rozpoznane przed forum prawa cywilnego<sup>21</sup>.

Wydaje się zasadne uznanie, że słuszność stanowi odpowiedź na krzywdę wyrażaną przez niedookreślenie prawa z jednej strony, zaś z drugiej – wykorzystanie niedookreślonego prawa celem realizacji własnego interesu. Właściwe kryterium oceny zachowania godziwego lub niegodziwego będzie stanowiło odesłanie do zasad współżycia społecznego, obyczajowości i moralności. Bynajmniej nie chodzi tu o określenie winy osoby dokonującej czynności, ale jedynie wskazanie ładunku moralnego<sup>22</sup>. Oznacza to konieczność wyodrębnienia dokonanej czynności od dokonującego i wzięcie pod uwagę jedynie skutku czynności dokonanej. Istotne staje się określenie skutku podjętej czynności dla współnika, który dochodzi praw w związku z dokonaną czynnością. Należy zwrócić uwagę, z czym wiąże się naruszenie jego praw, a tym samym gdzie powstaje jego szkoda. W kontekście prawa handlowego moralność nie jest właściwą przesłanką do stosowania zasady słuszności.

Andrzej Stelmachowski rozważał zasadę słuszności i zasadę współżycia społecznego w kontekście stosowania prawa<sup>23</sup>. Oponował przeciwko ścisłemu ustaleniu treści zasad współżycia społecznego w taki sposób, jaki ma to miejsce w stosunku do zasad prawnych. Podkreślał, że klauzule generalne są wprowadzane celem odezwania od rygoru prawa pozytywnego. Zauważył, że zasady współżycia społecznego zawierają w sobie normy moralne. Różnica leży w tym, że normy moralne są tożsame z poglądami moralnymi, czego już nie można powiedzieć o normach prawnych. Zgodnie z prezentowanym poglądem, zasady współżycia społecznego dotyczą nie tylko zasad najogólniejszych, ale wszystkich zasad życia codziennego<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, PWN, Warszawa 1984, s. 136.

<sup>20</sup> Arystoteles, *Etyka Nikochamejska*, V, 10, 1137b, 10-30, Warszawa 1956, s. 199–200.

<sup>21</sup> I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Berlin 1922, s. 36.

<sup>22</sup> A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, PWN, Warszawa 1984, s. 163.

<sup>23</sup> Por. K. Sójka-Zielińska, *Zasada słuszności wobec teoretycznych założeń kodyfikacyjnych XIX, „Państwo i Prawo”* 1974, nr 2, s. 30–44.

<sup>24</sup> A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, PWN, Warszawa 1998, s. 118.

Zasadne wydaje się przyjęcie, że zasada słuszności stosowana w prawie handlowym to zasada współzycia społecznego<sup>25</sup> wyrażona w treści art. 5 k.c., zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Czy w strukturze korporacyjnej spółki kapitałowej natura lisa i lwa występuje po stronie większości? Przykładami takich sytuacji są uchwały podejmowane z pominięciem wspólnika czy wspólników, w wyniku których osłabieniu ulega pozycja prawna wspólnika zarówno pod względem korporacyjnym, jak i majątkowym. Symulacją takiego stanu faktycznego może być spółka akcyjna, w statucie której nie określono szczegółowej procedury zwoływania walnego zgromadzenia wspólników. Zwykle zarząd wysyłał w tym celu listy polecone. Jednakże w konsekwencji personalnych konfliktów część akcjonariuszy postanowiła osłabić pozycję prawną kłopotliwego akcjonariusza. Postanowiono zatem o podniesieniu kapitału zakładowego poprzez ustanowienie nowych akcji. Walne zgromadzenie akcjonariuszy zostało zwołane za pomocą ogłoszenia w MSiG. Akcjonariusz nie przybył w określonej w ogłoszeniu dacie, a tym samym nie uczestniczył w walnym zgromadzeniu akcjonariuszy. W efekcie nieobecności, a przede wszystkim braku wiedzy o jakichkolwiek planach pozostałych akcjonariuszy jego pozycja prawna znacząco uległa osłabieniu. W wyniku nabycia nowych akcji przez pozostałych akcjonariuszy powstała znacząca różnica w stosunku do posiadanych uprawnień korporacyjnych i majątkowych sprzed podniesienia kapitału. Akcjonariusz nieobecny na walnym zgromadzeniu poniósł zatem realną stratę w wyniku podniesienia kapitału zakładowego, pomimo że walne zgromadzenie zostało zwołane w sposób prawidłowy, a uchwała podjęta zgodnie z formalnymi wymogami.

## 2. Zasada słuszności – lek na uwolnienie człowieka z sidła

Podstawę prawną ochrony interesu wspólnika spółki kapitałowej stanowi treść art. 249 § 1 k.s.h., w myśl której uchwała wspólników sprzeczna z umową spółki bądź dobrymi obyczajami i godząca w interesy spółki lub mająca na celu pokrzywdzenie wspólnika może być zaskarżona w drodze wytoczonego przeciwko spółce powództwa o uchylenie uchwały oraz treść art. 422 § 1 k.s.h., zgodnie z którą uchwała walnego zgromadzenia sprzeczna ze statutem bądź dobrymi obyczajami i godząca w interes spółki lub mająca na celu pokrzywdzenie akcjonariusza może być zaskarżona w drodze wytoczonego przeciwko spółce powództwa o uchylenie uchwały.

<sup>25</sup> Por. M.E. Stefaniuk, *Słuszność jako kryterium oceny prawa – kontrowersje wokół praw mniejszości*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2011, t. 15, s. 157–173.

Gdzie leży granica między pokrzywdzeniem wspólnika czy akcjonariusza a nadinterpretacją faktów na swoją korzyść? Warto w tym momencie posłużyć się przykładami wynikającymi ze stosowania prawa.

Prezentując linię orzeczniczą w zakresie stosowania zasad współżycia społecznego czy zasady słuszności, należy wskazać sposób rozumienia zachowania aktualizującego przepisy będące podstawą do wystąpienia z roszczeniem o uchylenie uchwały<sup>26</sup>. Zgodnie z treścią uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 października 2014 r., „wyrażona w art. 249 § 1 k.s.h. klauzula generalna dobrych obyczajów to takie zachowania, które wpływają pozytywnie na funkcjonowanie spółki, są związane z postrzeganiem uczciwości kupieckiej przy prowadzeniu działalności gospodarczej. Jest to, ogólnie rzecz ujmując, przyzwoite postępowanie, które uwzględnia w odpowiednim stopniu różne interesy służące wszystkim w spółce”<sup>27</sup>.

Natomiast zgodnie z treścią uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 16 kwietnia 2014 r., „sprzeczność uchwały z dobrymi obyczajami”<sup>28</sup>, o której mowa w art. 422 § 1 k.s.h., występuje wówczas, gdy w obrocie handlowym może być ona uznana za nieetyczną w świetle tradycyjnie rozumianej uczciwości kupieckiej, sprzeczną z normami moralnymi i obyczajowymi, godzącą w poczucie przyzwoitości, tj. sprzeczną z zasadami współżycia społecznego. Uchwały (przyznające rażąco wygórowane i niczym nieuzasadnione wynagrodzenie członkom organów spółki, które znacznie zwiększają koszty jej działalności i jednocześnie zmniejszają jej zysk oraz ograniczają możliwość jego przeznaczenia na rozwój spółki<sup>29</sup>) godzą zarówno w interes spółki, jak i mają na celu pokrzywdzenie akcjonariusza”<sup>30</sup>.

Według uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 30 grudnia 2013 r., „oceniając, czy uchwała walnego zgromadzenia akcjonariuszy ma na celu pokrzywdzenie akcjonariusza”<sup>31</sup>, należy uwzględnić szerszy kontekst podejmowania uchwały, w tym pozycję akcjonariusza w spółce oraz skutki, jakie pociągnie za sobą wykonanie tej uchwały. Pokrzywdzenie akcjonariusza spółki akcyjnej może nastąpić

<sup>26</sup> Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 1 kwietnia 2014 r., sygn. akt I ACa 91/14, Legalis 1062360; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 9 stycznia 2014 r., sygn. akt I ACa 670/13, Legalis 863105; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 24 lipca 2013 r., sygn. akt I ACa 370/13, Legalis 776473.

<sup>27</sup> Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 października 2014 r., sygn. akt VI ACa 1840/13, Legalis 1162391.

<sup>28</sup> Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 22 listopada 2012 r., sygn. akt V ACa 760/12, Legalis 733968; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 15 listopada 2012 r., sygn. akt I ACa 1036/12, Legalis 721917.

<sup>29</sup> Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2009 r., sygn. akt I CSK 158/09, OSNC 2010, nr 4, poz. 63, s. 82; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 26 marca 2014 r., sygn. akt I ACa 1630/13, Legalis 1180187.

<sup>30</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. akt I ACa 5/14, Legalis 1067384.

<sup>31</sup> Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 28 grudnia 2012 r., sygn. akt I ACa 1269/12, Legalis 726602.

także w sferze jego interesów pozamajątkowych związanych z funkcjonowaniem spółki, w tym w zakresie jego praw i obowiązków korporacyjnych. Pojęcie »pokrzywdzenie akcjonariusza« należy zatem interpretować szeroko, z uwzględnieniem – co oczywiste – nie tylko interesów majątkowych akcjonariusza, ale także całego kontekstu funkcjonowania spółki i jej otoczenia gospodarczego, pozycji danego akcjonariusza itp., celu podjęcia danej uchwały i skutków, jakie pociągnie za sobą jej wykonanie»<sup>32</sup>.

Interpretacja taka nie może być zbyt szeroka. Pokrzywdzenie nie może być traktowane jako oczywista przesłanka do uchylecia uchwały. Przede wszystkim pokrzywdzenie musi wynikać z naruszenia określonych procedur czy warunków formalnych, np. takiego sposobu zwołania walnego zgromadzenia akcjonariuszy, który faktycznie doprowadził do niedoinformowania akcjonariusza o planowanym zgromadzeniu, a z drugiej strony uchwała podjęta na tymże zgromadzeniu naruszyła interes akcjonariusza<sup>33</sup>. Tym samym można domniemać, że pozostali akcjonariusze celowo pominęli poszkodowanego akcjonariusza<sup>34</sup>. Przykładem jest uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 24 października 2012 r., gdzie stwierdza się, że „wychodząc z założenia racjonalności ustawodawcy, należy uznać, że nieprawidłowości o charakterze formalnym, mające miejsce przed odbyciem zgromadzenia, na etapie jego zwoływania, nie pociągają za sobą automatycznie sprzeczności uchwały walnego zgromadzenia z ustawą. Samo wadliwe zwołanie zgromadzenia lub podjęcie uchwały w sprawie nieobjętej porządkiem obrad nie stanowi wyłącznej przesłanki eliminacji jej z obrotu. Tego typu nieprawidłowości otwierają natomiast drogę do zaskarżania powziętych na nieprawidłowo zwołanym zgromadzeniu uchwał tym, którzy z tego powodu nie mogli uczestniczyć w podjęciu decyzji. Nie zmienia to jednak faktu, że osoby te muszą wykazać ustawowo określo-

<sup>32</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 30 grudnia 2013 r., sygn. akt I ACa 633/13, Legalis 999040.

<sup>33</sup> Szerzej: K. Szczepańska, *Przesłanki powództwa o uchylenie uchwały spółki kapitałowej*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza” 2012, nr 1, s. 59–76; A. Owczarewicz, *Zabezpieczenie powództwa o uchylenie bądź stwierdzenie nieważności uchwał organów właścicielskich spółek kapitałowych przez zawieszenie postępowania rejestrowego po nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego*, „Przegląd Sądowy” 2012, nr 11/12, s. 138–145; Ł. Błaszczak, *Zdatność arbitrażowa z art. 1157 k.p.c. a spory o stwierdzenie nieważności lub uchylenie uchwał w spółkach kapitałowych*, „Radca Prawny” 2012, nr 127/128, s. 2–4; W. Popiołek, *W sprawie częściowej nieważności (uchylecia w części) uchwały wspólników spółki kapitałowej*, [w:] *Proces cywilny. Nauka – kodyfikacja – praktyka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Feliksowi Zedlerowi*, red. P. Grzegorzczak, K. Knoppek, M. Walasik, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 1211–1221; M.J. Nowak, *Powództwo o uchylenie uchwały a powództwo o stwierdzenie nieważności uchwały w spółkach kapitałowych*, „Edukacja Prawnicza” 2010, nr 2, s. 35; M. Gutowski, *Dopuszczalność stosowania art. 58 § 3 k.c. do podlegających uchyleniu uchwał zgromadzenia wspólników lub walnego zgromadzenia spółek kapitałowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2009, nr 12, s. 19–25; A. Szumański, *Pokrzywdzenie akcjonariusza oraz sprzeczność z dobrymi obyczajami jako przesłanki uchylenia uchwały walnego zgromadzenia spółki akcyjnej o przymusowym wykupie akcji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 3, s. 4–11.

<sup>34</sup> Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 4 września 2012 r., sygn. akt I ACa 734/12, Legalis 719497.

ne przesłanki eliminacji tych uchwał z obrotu, a zatem wpływu naruszenia przepisów formalnych na treść uchwały. Oznacza to, że w przypadku wadliwego zwołania zgromadzenia wspólników (np. uchybienie w sposobie zawiadomienia, podjęcie w sposób wadliwy decyzji o zwołaniu zgromadzenia itp.) powód, występując z żądaniem stwierdzenia nieważności podjętych na nim uchwał, zobowiązany jest wykazać, że uchwała w związku z zaistniałym uchybieniem proceduralnym narusza jednocześnie jakiś inny przepis ustawy, co czyni ją bezwzględnie nieważną. Ewentualne mogące wchodzić w grę uchybienia postanowieniom statutu nie stanowią podstawy stwierdzenia nieważności, a innego objętego treścią art. 249 § 1 k.s.h. powództwa. Wpływ na wynik głosowania wyraża się uzasadnionym okolicznościami faktycznymi twierdzeniu, iż uchybienie formalne spowodowało lub mogło spowodować podjęcie uchwały o określonej treści. Podstawą stwierdzenia nieważności uchwały powinno być więc nie tylko wskazanie naruszenia prawa, ale również wykazanie wpływu tego uchybienia na podjęcie uchwały lub podjęcie uchwały o określonej treści. Ustalenie związku pomiędzy wadliwością formalną uchwały a jej treścią następuje więc *in concreto*, a nie *in abstracto*<sup>35</sup>.

Ponadto, aby uchwała mogła być uznana za mającą na celu pokrzywdzenie wspólnika czy akcjonariusza, musi wpływać na jego prawa. W treści uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 26 kwietnia 2013 r. wskazano, że „użyte w art. 249 k.s.h. określenie: »uchwała (...) mająca na celu pokrzywdzenie wspólnika« nie może być wykładane tylko z punktu widzenia interesów majątkowych tego wspólnika, którego treść uchwały ma dotyczyć. Wykładnia ta musi bowiem, biorąc pod rozwagę wszystkie istotne okoliczności konkretnego wypadku, uwzględniać generalną pozycję wspólnika w ramach podmiotu korporacyjnego, którego status ekonomiczny jest tylko jednym z wyznaczników. Ocena zatem, czy kwestionowana uchwała ma na celu pokrzywdzenie wspólnika, musi być przeprowadzona w formie odpowiedzi na pytanie, czy podjęto tę uchwałę po to, by pozycję tę osłabić i w ten sposób doprowadzić do jego pokrzywdzenia przejawiającego się także w skali korzyści finansowych, jakie wiążą się z tą pozycją”<sup>36</sup>.

## Podsumowanie

Konkludując, trudno wskazać podmiot chroniony zasadą słuszności. Z jednej strony ochroni ona interes wspólnika, którego prawa zostały uszczuplone bądź jego pozycja prawna w strukturze korporacyjnej spółki osłabiona w wyniku uchwały podjętej przez pozostałych wspólników. Z drugiej strony, w przypadku rosnącego

<sup>35</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 24 października 2012 r., sygn. akt V ACa 417/12, OSA 2013, nr 12, poz. 34, s. 56.

<sup>36</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 26 kwietnia 2013 r., sygn. akt I ACa 643/12, Legalis 744288.

konfliktu wewnętrznego w spółce, zastosowanie zasady słuszności może godzić w interes spółki. Nie można jednoznacznie wykluczyć, że poszkodowany wspólnik nie był wspólnikiem gnuśnym, działającym na szkodę spółki i w związku z takim zachowaniem pozostali wspólnicy podjęli drastyczne kroki. Wówczas zastosowanie zasady słuszności byłoby niezasadne, biorąc pod uwagę interes spółki. Należy stwierdzić, że gdy zachowanie wspólników kłóci się z normami moralnymi, zastosowanie znajduje zasada słuszności chroniąca interesy pokrzywdzonych wspólników. Stanowi ona lekarstwo na brak wewnętrznej lojalności wspólników.

Trudno się oprzeć wrażeniu, że w obecnej przestrzeni gospodarczej struktura korporacyjna spółki kapitałowej ukierunkowana jest na zysk, często związany z celowym uszczupleniem składu spółki. Dowodem tego są liczne orzeczenia sądowe odnoszące się do sygnalizowanego zagadnienia. Trudno znaleźć uzasadnienie, dlaczego dzieje się tak, że wspólnicy po pewnym czasie wspólnego dążenia do realizacji zamierzonego celu gospodarczego starają się wzajemnie wykluczyć z gry. Trudno nie zauważyć, że „to, co u innych nazywamy grzechem, w naszym wykonaniu jest jedynie doświadczeniem życiowym”<sup>37</sup>. Tym samym powinien niby cieszyć fakt, że z roku na rok przybywa doświadczonych przedsiębiorców. Radość ta jednak dotyczy jedynie okresu, w którym korzystamy z ich doświadczenia. Humor znacząco ulega pogorszeniu, gdy sami stajemy się obiektem doświadczalnym. „Świat jest pełen porządných ludzi. Poznaje się ich po tym, że świństwa robią bardzo nieudolnie”<sup>38</sup>.

## Summary

### *The principle of equity, as protect the interest of shareholder capital company*

Key words: capital, principle of equity, shareholder, company.

Many times there are situations in which inverse proportion to the company's profit growth decreasing the number of shareholders. Whose interests are actually protected by the principle of fairness? This article aims to identify the problem application of the principle of fairness in the situations, where “the nature of the fox and the lion left a man in the clutches”. The article thesis assumes that the corporate structure of a capital company is focused on profit, often associated with deliberate depletion of composition. Corporate structure of the company allows you to “build a bridge from man to man, of course drawbridge”.

<sup>37</sup> R.W. Emerson, [online] <[www.aforyzmy.com.pl/grzech-i-sumienie/to-co-u-innych-nazywamy-grzechem-w-naszym-wykonaniu-jest-jedynie-doswiadczeniem-zyciowym](http://www.aforyzmy.com.pl/grzech-i-sumienie/to-co-u-innych-nazywamy-grzechem-w-naszym-wykonaniu-jest-jedynie-doswiadczeniem-zyciowym)> (dostęp: 1.12.2015).

<sup>38</sup> Ch. Péguy, [online] <<http://mottazyciowe.pl/motto/show?page=3554>> (dostęp: 1.12.2015).

**Elena Trikoz, Dawid Koguszwilli**

Katedra Teorii i Historii Państwa i Prawa

Rosyjski Uniwersytet Przyjaźni Narodów w Moskwie

## **К вопросу о понятии принципа справедливости (*aequitas*) в римском классическом праве**

Что есть справедливость? Как правило, при произнесении этого слова возникает следующий ассоциативный ряд: принцип равенства, общая норма добросовестности, равное распределение ценностей и благ, и проч. В обществе понятие справедливости трактуется как устранение неравенства между различными социальными группами (т.н. «социальная справедливость»), а с юридической точки зрения справедливость тождественна самому праву, выступает инструментом регулирования межличностной коммуникации посредством правовых предписаний (т.н. «правовая справедливость»)<sup>1</sup>.

Если задаться целью и проследить истоки такого восприятия в западной (романо-германской) правовой традиции, то безусловно следует начать с римской юриспруденции, которая выработала интересный подход к толкованию термина *aequitas*. Само это понятие издревле отождествлялось с богиней правосудия как символом справедливости, изображавшейся в виде девы с весами в правой руке и рогом изобилия в левой. В письменной традиции римского права понятие *aequum* очерчивало сферу должного и нормативного, т.е. правомерного, и по смыслу своему приравнивалось к понятию *ius* (право).

По мнению римских «отцов права», консолидирующим ядром древнего общества квиритов были фидуциарные (доверительные) отношения, а именно добросовестность и честность, представленные первоначально как *fides* (доверие), а не как *aequitas* (справедливость)<sup>2</sup>. Но для достижения истины

---

<sup>1</sup> В современном мире справедливости придается большое значение, чему свидетельство специальная резолюция Генеральной Ассамблеи ООН № A/RES/62/10, которая провозгласила 20 февраля «Всемирным днем справедливости».

<sup>2</sup> М.В. Новиков, *Справедливость как добросовестность: ценность римского права*, [в:] *Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики*, № 5 (19), ч. I, Тамбов 2012, с. 139–141.

в судебных спорах стали основываться как на доброй совести, так и на справедливости, постепенно отождествляя их<sup>3</sup>. Как утверждал знаменитый римский юрист Юлий Павел, «во всем, особенно же в праве, следует исходить из справедливости» (D. 50.17.90 – Paul., 15 Quaest.).

Собственно термин *aequitas* получил распространение в римской юридической литературе в конце II в. н.э., и тогда он выражал уже идею «правовой справедливости» как ведущего нормативного принципа и способа разрешения конфликтов. В эту эпоху *aequitas* представало как принцип равенства римских граждан и peregrinorum перед судом и законом. Таким образом, справедливость выводилась правоведами из равноправия, как основной принцип правореализации, ибо по меткому изречению Цельса-младшего: *Ius est ars boni et aequi*. Кстати, это знаменитое выражение более корректно переводить так: «Право есть искусство (наука) доброго и равного», а не справедливого (от лат. *aequus* – равный)<sup>4</sup>. При этом местные юристы конструировали такое определение, опираясь на философское учение Аристотеля<sup>5</sup> и Цицерона. Последний, рассуждая об укорененном в природе праве, объединял в общем понятии справедливости такие родственные термины, как *iustitia*, *aequitas* и *bonum et aequum*<sup>6</sup>.

Римские праведы ввели и такое понятие, как «несправедливый» закон (*iniustum*), когда необходимо было подвергнуть критике положения или нормы законодательства, не соответствующие «справедливости» как важнейшему критерию правильности правопорядка. Так, Гай в своих *Институциях* противопоставлял ответственность по праву и несправедливость привлечения к суду (Gai. 4.116). Таким образом, уже из уст классиков римского права мы слышим трактовку справедливости в её соотношении с позитивным правом, когда более справедливое решение противопоставляется требованиям «строгаго права» (*ius strictum*).

Исидор Севильский, «первый энциклопедист Средневековья», исследуя римско-правовую традицию употребления понятий *aequitas* и *iustitia*, отмечал, что справедливость в форме *aequitas* была основана на естественном праве (*ius naturale*), подразумевая изначальный правопорядок, в основе которого было равенство всех членов общества. Справедливость же в форме *iustitia* была

<sup>3</sup> См. подробнее: Д.В. Дождев, *Добросовестность (bona fides) как правовой принцип*, [в:] *Политико-правовые ценности: история и современность*, ред. В.С. Нерсисянц, Москва 2000.

<sup>4</sup> См.: *Дигесты Юстиниана*, кн. I, ред. Л.Л. Кофанов, Москва 2002, с. 83.

<sup>5</sup> Как известно, Аристотель в своем труде *Никомахова этика* проанализировал понятие справедливости, сопоставив его с законом и равенством и сформулировав «арифметическое равенство» в виде пропорции, сфера применения которой – гражданско-правовые отношения (сделки, компенсации, штрафы, возмещение ущерба, распределение благ и т.д.). В соответствии с этой пропорцией справедливым является всё, что исключает возможность неравенства, способствует его возмещению и компенсации.

<sup>6</sup> См.: Д.В. Дождев, *Право и справедливость в понятийной системе римской юриспруденции (ius civile, ius naturale, bonum et aequum)*, «Вестник древней истории» 2003, № 3, с. 100–122.

тесно связана с законодательством и публичным правосудием. Но на практике различие *aequitas* и *iustitia* постепенно стиралось, превращая их во взаимозаменяемые синонимы<sup>7</sup>. Как верно резюмировал Д.В. Дождев, для римского юриста справедливость – это подлинное право, найденное право, поскольку «несправедливое» правом считаться не может<sup>8</sup>.

В сфере частного права римские магистраты (судьи и преторы) старались разрешать споры, возникавшие вследствие уклонения граждан от исполнения *fides* («обещания», например, торгового или иного обязательства)<sup>9</sup>, согласно требованиям «высшей справедливости», пронизывавшей всю правовую материю идеалом всеобщего блага<sup>10</sup>. Однако, римское право не знало деления частного права на две системы – гражданское и торговое право. Но, как метко выразился Г.Ф. Шершеневич, принцип исключительности в древнем римском праве был в итоге побежден началом торгового космополитизма и свойственным ему принципом справедливости<sup>11</sup>.

Так, иностранные торговцы с особым правом *commercium* обращались в поисках справедливости за защитой к римским судьям-*recuperatores*, которые выбирались из людей, сведущих в торговых делах, как некое подобие коммерческого суда в Риме. Благодаря их активной торговой деятельности в империи на первый план вышли консенсуальные договоры, оттеснив старые формализованные сделки. Именно эта категория торговых соглашений покоилась на доверии, когда одного согласия было достаточно для заключения договора.

## Summary

### *Issues of the concept of the principle of justice (aequitas) in the Roman classical law*

Key words: justice, Roman classical law, law, equity, fairness.

What is justice? In general, the word appears in our minds as the following association: the principle of equality, the overall standard of good faith, common

<sup>7</sup> Е.С. Марей, *Понятие справедливости в трудах Исидора Севильского*, «Scholae. Философское антиковедение и классическая традиция» 2014, № 2.

<sup>8</sup> Д. Дождев, *Понятие справедливости в римской правовой традиции*, «Журнале Московской Патриархии» 2011, № 11, [online] <[http://e-vestnik.ru/analytics/rimskoe\\_pravo\\_aequitas\\_3869](http://e-vestnik.ru/analytics/rimskoe_pravo_aequitas_3869)>.

<sup>9</sup> См., например Законы XII Таблиц (п. 20а таблицы VII – о недобросовестном выполнении обязанностей опекуном).

<sup>10</sup> Марк Туллий Цицерон, *Речи*, пер. В.О. Горенштейна, Москва 1993; Цицерон, *Речи*, «Вестник древней истории» 1986, № 4; 1987, № 1-2.

<sup>11</sup> Г.Ф. Шершеневич, *Торговое право*, т. I: *Введение. Торговые деятели*, Санкт-Петербург 1908.

rules for all, equal distribution of property values e.t.c. In society, the concept of justice is regarded as the elimination of inequalities between social groups (eg. “social justice”), whereas if from a legal point of view, justice is identified with the law, being the instrument for the regulation of interpersonal communication through the law (eg. “legal justice”). In an attempt to investigate the origins of the birth of such an approach in Western legal culture, it should be started with recognition by explaining the meaning of *aequitas* in the Roman legal tradition. The intention of author is to find the solution to this problem.

### **Streszczenie**

#### ***Kwestia pojęcia sprawiedliwości (aequitas) w klasycznym prawie rzymskim***

Słowa kluczowe: sprawiedliwość, prawo rzymskie, prawo, równość, słuszność.

Czym jest sprawiedliwość? Kojarzy się za nią zazwyczaj zasadę równości, ogólną normę dobrej wiary, wspólne reguły dla wszystkich, równy podział wartości i dóbr itp. W społeczeństwie poprzez pojęcie to rozumie się eliminację nierówności między poszczególnymi grupami socjalnymi (eg. „sprawiedliwość społeczna”), podczas gdy z prawnego punktu widzenia sprawiedliwość jest traktowana jako instrument regulacji komunikacji interpersonalnych za pośrednictwem prawa (eg. „sprawiedliwość prawna”). Podejmując próbę zbadania źródeł takiego podejścia do sprawiedliwości w zachodniej kulturze prawnej, należy przede wszystkim wyjaśnić znaczenie *aequitas* w rzymskiej tradycji prawnej. Analizy właśnie tego problemu podjęli się autorzy niniejszego artykułu.

## ***Recenzje i sprawozdania***

Urszula Szymańska, Elżbieta Zębek, *Ochrona środowiska naturalnego jako interdyscyplinarna dziedzina wiedzy*, Wydawnictwo UWM, Olsztyn 2014.

Ochrona środowiska stała się niezwykle istotną dziedziną wiedzy i jednym z podstawowych kryteriów oceny prawidłowości działań podejmowanych zarówno przez osoby fizyczne przedsiębiorstwa, jak i instytucje publiczne. Zakres pojęciowy ochrony środowiska daleko wykroczył poza tradycyjnie postrzegane zachowanie istniejących zasobów przyrodniczych. Z drugiej strony obecnie, jak nigdy w historii, działania na rzecz ochrony środowiska odpowiadają oczekiwaniom społeczeństw. Dzieje się tak na skutek zauważalnego kurczenia zasobów naturalnych i stale rosnących potrzeb zgłaszanych przez przemysł. Konflikt między prawami ekonomicznymi a ochroną środowiska musi być rozwiązywany przez stanowione przepisy prawne.

Autorki recenzowanej monografii podkreślają, że prawo ochrony środowiska nie jest jedynie zbiorem norm prawnych regulujących różne dziedziny działalności gospodarczej – to wyodrębniona, mająca swoją logikę i wewnętrzne powiązania gałąź prawa. Dlatego zaczęły od przybliżenia funkcji, jakie spełnia prawo ochrony środowiska oraz powiązań między tą gałęzią prawa a naukami ekonomicznymi, technicznymi czy biologicznymi. Na szczególne podkreślenie zasługuje wywód dotyczący prawa ochrony środowiska jako stymulatora rozwoju gospodarczego, a jednocześnie zbioru instrumentów ograniczających niepożądane użytkowanie zasobów – do represji włącznie. Opis ogólnych zasad stosowanych w prawie ochrony środowiska można w przyszłych wydaniach książki wzbogacić o przykłady rozwiązań horyzontalnych, jak np. oceny oddziaływania przedsięwzięć na środowisko, dostęp do informacji o środowisku i jego ochronie, udział społeczeństwa w procesach ochrony środowiska. Zagadnienia te stanowią przykład przeniesienia ogólnych zasad na prawo, najpierw w Unii Europejskiej, a następnie w Polsce.

Jednak około 80% prezentowanej publikacji poświęcono przykładom konkretnego wdrożenia zasad prawa środowiskowego do przepisów dziedzinowych. Definicja środowiska, zamieszczona przykładowo w ustawie Prawo ochrony środowiska, prezentuje katalog szczególnie istotnych elementów zasługujących na ochronę. Autorki wybrały ochronę wód, ochronę przed odpadami, ochronę przyrody i gospodarowanie zasobami lasach. Są to elementy na tyle różnorodne, a zarazem reprezentatywne, aby na ich przykładzie wyprowadzić wnioski o mechanizmach regulacji

w całym obszarze środowiska. Tym bardziej że w poszczególnych elementach środowiska różnie rozłożono akcenty prawne realizujące podstawowe zasady polityki ekologicznej, czyli zasadę zapobiegania, ostrożności, ochrony u źródła oraz zasady „zanieczyszczający płaci”.

Pierwszym przedstawionym w książce elementem środowiska są wody. Użytkowanie wód polega oczywiście na ich wydobywaniu w celu zużycia, ale też na traktowaniu rzek jako odbiornika oczyszczonych ścieków. Pierwszy rodzaj użytkowania jest analogiczny do poszukiwania i wydobycia kopaliny, natomiast drugi np. do emisji zanieczyszczeń do powietrza. Dlatego rozważenia w przyszłości wymaga rozszerzenie opracowania o rozdział dotyczący ochrony powietrza w związku z rosnącą liczbą oraz coraz ostrzejszym charakterem przepisów UE w zakresie zanieczyszczeń powietrza i efektywności energetycznej. W Polsce zarządzanie wodami zorganizowane jest w oparciu o podział zlewniowy. Do tego systemu dopasowana jest zarówno struktura instytucji publicznych, jak i wymagane przepisami plany działań. Rozdział wzbogacono omówieniem zasobów wodnych i podstawowych zagrożeń dotyczących wód, a dopiero na tej bazie zaprezentowano system gospodarowania wodami. Takie opracowanie tematu z pewnością poszerza możliwości zrozumienia stosowanych w polskim prawie rozwiązań.

Gospodarka odpadami, omówiona w rozdziale piątym, stanowi przykład problemu środowiskowego, który dotyczy wszystkich. Osoby fizyczne i przedsiębiorstwa występują bowiem w charakterze wytwórcy odpadów, a jednostki administracji publicznej różnych szczebli odpowiedzialne są za zorganizowanie skutecznego systemu zbiórki i przetwarzania lub składowania odpadów. W rozdziale tym znaleźć można wyjaśnienie stosowanej obecnie klasyfikacji odpadów oraz znaleźć opis organizacyjnych, technicznych i prawnych instrumentów prawidłowego gospodarowania odpadami.

Część książki poświęcona lasom w sposób szeroki i jednoznaczny przekonuje, że są one jednym z najważniejszych zasobów Polski. Zarówno ich obszar, jak i stan uzasadniają liczne i dość ścisłe przepisy prawne regulujące gospodarkę leśną. Na ostatniej konferencji klimatycznej KOP21 podkreślono, że funkcja klimatotwórcza lasów obejmuje wpływ na obecność w atmosferze gazów odpowiedzialnych za efekt cieplarniany. Z tego powodu oczekiwać można dalszego zainteresowania lasami w przepisach najpierw prawa wspólnotowego, a następnie krajowego w ujęciu niezwykle interdyscyplinarnym.

Rozdział ostatni przybliży formy ochrony przyrody. Dowiemy się m.in., dlaczego objęcie nowych obszarów ochroną napotyka na silny opór społeczności lokalnych i władz samorządowych, mimo że niemal każdy zgadza się że ochrona przyrody jest istotnym i pozytywnym przejawem troski o zasoby naturalne. Zasady i formy ochraniają wybrane, szczególnie cenne elementy otoczenia, a jednocześnie uzależniają decyzje o rozwoju terenu chronionego i terenów sąsiednich od spełnienia dodatkowych warunków.

Autorki dowodzą, że występowanie powiązań pomiędzy poszczególnymi elementami środowiska naturalnego wymusza interdyscyplinarność przy komponowaniu przepisów prawa, jak również w podejściu do rozwiązywania pojawiających się problemów. Dlatego to właśnie interdyscyplinarność uczyniono w opracowaniu kluczem do skutecznego wdrożenia zasady zrównoważonego rozwoju.

*Wojciech Truszkowski*



Ogólnopolska konferencja naukowa „Ustawa o prawach konsumenta – szanse i zagrożenia”, Łódź, 15 września 2014 r.

W dniu 15 września 2014 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego odbyła się ogólnopolska konferencja naukowa podejmująca aktualną problematykę dotyczącą implementacji do prawa polskiego dyrektywy 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów. Konferencja została zorganizowana przez Katedrę Europejskiego Prawa Gospodarczego WPiA UŁ we współpracy z Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych. Wybór tematu konferencji „Ustawa o prawach konsumenta – szanse i zagrożenia” wskazywał zarówno na pewne nadzieje, jak i wątpliwości, które organizatorzy wiążą z wprowadzeniem nowej regulacji, wchodzącej w życie w dniu 25 grudnia 2014 r., ale także z jej znaczeniem dla tworzenia systemu ochrony konsumentów. Temat ów wzbudził szerokie zainteresowanie teoretyków i praktyków, a na konferencję przybyło ponad 400 gości i przygotowano blisko dwadzieścia referatów.

Uroczystego otwarcia konferencji dokonali organizatorzy wydarzenia: dziekan WPiA UŁ dr hab. Sławomir Cieślak, prof. UŁ, prezes UOKiK Adam Jasser, dr hab. Maria Królikowska-Olczak, prof. UŁ, kierownik Katedry Europejskiego Prawa Gospodarczego oraz kierownik CARS prof. dr hab. Tadeusz Skoczny. Przedstawiciele organizatorów podkreślali znaczenie nowej regulacji i potrzebę merytorycznej dyskusji nad przyjętymi w niej rozwiązaniami, mając na uwadze zarówno czas na przygotowanie się do jej stosowania przez przedsiębiorców, jak i zapoznanie z nowymi rozwiązaniami przez konsumentów. Część inauguracyjną zamykało wystąpienie wiceprezes UOKiK Doroty Karczewskiej, która zwróciła uwagę na radykalny charakter zmian wprowadzonych przez dyrektywę 2011/83/UE i ostateczne przyjęcie harmonizacji mieszanej w procesie implementacji. Podkreśliła, że przyjęta dyrektywa, jak też ustawa o prawach konsumenta stanowią istotny krok w kierunku ujednoczenia prawa konsumenckiego w Unii Europejskiej, wzmocnienia pozycji konsumenta na rynku, pobudzenia wymiany transgranicznej na rynku wewnętrznym.

Konferencja została podzielona przez organizatorów na cztery sesje tematyczne. Moderatorem pierwszej, zatytułowanej *Nowe regulacje – czy wzmacniają pozycję konsumenta?* i poświęconej ocenie nowych regulacji z punktu widzenia wzmocnienia pozycji konsumenta, była dr hab., prof. UŁ Maria Królikowska-Olczak (UŁ).

Najpierw wystąpiła dr Monika Namysłowska (UŁ) z referatem pt. *Ustawa o prawach konsumenta – najważniejsze zmiany*. Prelegentka wskazała najważniejsze zmiany przyjęte w nowej regulacji, zaznaczając w szczególności te, które jej zdaniem mogą stanowić źródło problemów. Zwróciła uwagę na szerokie obowiązki informacyjne, brak generalnych sankcji, kwestię liczenia terminów czy zmiany wprowadzone w ustawach już obowiązujących. Drugi referat: *Wyłączenia spod zakresu stosowania ustawy – praktyczny wymiar dla konsumentów i przedsiębiorców* wygłosiła dr hab. Anna Piszcz (UwB). Na wstępie podkreśliła, że w ustawie regulowane są prawa konsumenta i bardzo szeroko obowiązki przedsiębiorców. W obszarze wyłączeń wskazała na odmienne ujęcie w odróżnieniu od dotychczas obowiązującej terminologii dotyczącej umowy o usługi zdrowotne. Pierwszą sesję zamknął referat pt. *Konsument w świetle ustawy – czy zmiany idą w dobrym kierunku?* dr Małgorzaty Sieradzkiej (Uczelnia Łazarskiego). Prelegentka omówiła nową definicję konsumenta i wskazała na rezygnację przez polskiego prawodawcę z szerokiego ujęcia konsumenta jako osoby fizycznej. Przedstawione referaty skłoniły uczestników konferencji do dyskusji. Jako pierwszy głos zabrał prof. dr hab. Wojciech J. Katner, sędzia Sądu Najwyższego, który skrytykował dotychczas obowiązującą definicję konsumenta, która wprost nie określa drugiej strony umowy zawieranej z konsumentem, a jednocześnie pozytywnie ocenił wprowadzone zmiany wprost wskazujące na przedsiębiorcę. Krytycznie jednak wypowiedział się o niezaliczeniu do kategorii konsumentów osoby fizycznej mikroprzedsiębiorcy, który także wymaga szczególnej ochrony. Prof. dr hab. Anna Fornalczyk podzieliła obawy dotyczące sankcji za nieprzestrzeganie przepisów ustawy. Natomiast prof. zw. dr hab. J. Szwaja (UJ) postulował rozróżnianie sytuacji konsumentów w Polsce i w krajach starej UE, co powinno być brane pod uwagę przez ustawodawcę w procesie implementacji.

Sesję drugą *Prawa konsumenta do informacji i odstąpienia od umowy – obowiązki i wyzwania dla przedsiębiorców*, moderowała dr Joanna A. Luzak (Uniwersytet w Amsterdamie). Pierwszym referentem był dr Marek Świerczyński (UKSW), który przedstawił *Obowiązki informacyjne przedsiębiorcy*, krytycznie oceniając szeroki zakres informacji, który ma pozwolić podjąć konsumentowi właściwą decyzję. Zgodził się z opinią prezes D. Karczewskiej na temat wagi sposobu przekazywania informacji i ich zrozumienia przez konsumentów, a nie tylko ich wielości. Następnie referat wygłosił dr hab. Paweł Księżak, prof. UŁ, który w wystąpieniu pt. *Skutki prawne naruszenia obowiązków informacyjnych przez przedsiębiorców* odniósł się do możliwych konsekwencji niewywiązania się przez przedsiębiorców z nałożonych na nich obowiązków informacyjnych w sposób szeroki: począwszy od sankcji prawa prywatnego, prawie karnym kończąc (prawo do odstąpienia od umowy lub stwierdzenia jej nieważności, poprzez możliwość dochodzenia odszkodowania, a nawet możliwość dochodzenia zadośćuczynienia za naruszenie dóbr osobistych aż po karę grzywny za powstałe wykroczenia). Kolejny referat *Specyfiki umów o dostarczenie treści cyfrowych* wygłosili przedstawiciele Uniwersytetu Opolskiego dr Berenika Kaczmarek-Templin i dr hab. Dariusz Szostak, prof. UO, którzy już na wstępie

zaznaczyli, że pojęcie treści cyfrowych jest nowym terminem. Obrót towarami zawierającymi treści cyfrowe jest powszechny, a szerokie ujęcie obowiązków informacyjnych może budzić wątpliwości przedsiębiorców, np. co do zabezpieczeń i kodowania oraz wzrostu kosztów. Na tym tle zdaniem referentów powstaje także niepewność dotycząca zrozumiałości tych skomplikowanych informacji przez konsumentów. Kolejnym prelegentem była dr hab. Marlena Pecyna (UJ), która przedstawiła problematykę odstąpienia przez konsumenta od zawartej umowy, wskazała wątpliwości związane z określeniem początku biegu terminu i krytycznie oceniła ostatecznie przyjęte w polskiej ustawie rozwiązanie w tym zakresie. Sesję zakończył referat dr hab. Edyty Rutkowskiej-Tomaszewskiej (Uwr) pt. *Umowa dotycząca usług finansowych zawieranych na odległość*. Prelegentka wskazała na różnorodność określeń konsumenta w regulacjach prawa finansowego, które w zależności od regulowanej materii posługują się terminami „klient” lub „użytkownik”. Podkreśliła, że wskazuje to na specyfikę omawianej problematyki i konieczność jej wyodrębnienia.

Trzecią sesję, poświęconą wybranym aspektom odpowiedzialności przedsiębiorcy w obrocie konsumenckim, moderowała dr Beata Giesen (UŁ). Rozpoczęło ją wystąpienie dr Elwiry Macierzyńskiej-Franaszczyk (Akademia Leona Koźmińskiego) pt. *Skutki prawne spełnienia niezamówionych świadczeń*. Prelegentka odniosła się do nowo przyjętych w prawie polskim rozwiązań i wskazała na niejednorodną wykładnię przepisów ustawy i brak szerokiego ujęcia skutków dostarczania niezamówionego świadczenia, który przyjęła dyrektywa 2011/83/UE. Następne dwa referaty podejmowały problematykę rękojmi i gwarancji. Pierwszy, pt. *Rękojmia i gwarancja – zmiany w odpowiedzialności*, zaprezentowała dr hab. Monika Jagielska (Uniwersytet Śląski). Prelegentka zwróciła uwagę na znowelizowane pojęcie wady w kodeksie cywilnym i wskazała różnice pomiędzy rękojmią i gwarancją, które często nie są przez konsumentów rozróżniane. Sesję zakończył referat prof. dr. hab. Wojciecha J. Katnera (UŁ), który w swoim wystąpieniu *Czy nowa ustawa w zakresie dotyczącym rękojmi i gwarancji przy sprzedaży jest nam rzeczywiście potrzebna?* krytycznie odniósł się do zmian wprowadzonych jedenaście lat wcześniej w ustawie o sprzedaży konsumenckiej z 2002 r. Oboje prelegenci ocenili wprowadzone nową ustawą zmiany w zakresie rękojmi i gwarancji oraz uznali je za korzystnie dla konsumentów.

Ostatnią sesję pt. *Praktyczne skutki wejścia w życie ustawy – różne perspektywy* moderowała dr Monika Namysłowska (UŁ), współorganizatorka konferencji. Otworzył ją referat dr Anety Wiewiórowskiej-Domagalskiej (Ministerstwo Sprawiedliwości), która przedstawiła przebieg procesu legislacyjnego w Polsce i UE. Następnie głos zabrała Małgorzata Rothert, Miejski Rzecznik Konsumentów w Warszawie i wiceprzewodnicząca Krajowej Rady Rzeczników Konsumentów, która podzieliła się wątpliwościami co do niektórych przyjętych w ustawie rozwiązań w związku z ich praktycznym stosowaniem. Kolejnym prelegentem był pan Łukasz Wroński (Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów), który wskazał najważniejsze korzyści wynikające z przyjętych rozwiązań ze szczególnym uwzględnieniem obowiąz-

ków informacyjnych. Z kolei dr Dominik Lubasz (Kancelaria Radców Prawnych „Lubasz i Wspólnicy”) dostrzegł nieprecyzyjność języka przyjętego w ustawie w kontekście już obowiązujących regulacji. Wskazywał na niejasność podobnych, lecz różnych pojęć wykorzystywanych przez ustawodawcę. Ostatnim referującym był Grzegorz Wójcik (Izba Gospodarki Elektronicznej), który podkreślił wielość nowych obowiązków nałożonych na przedsiębiorców sektora e-commerce i wysokie koszty związane z ich wprowadzeniem.

Konferencję zakończyły podsumowania i podziękowania ze strony organizatorów, przy czym podkreślono, że stanowiła ona doskonałą płaszczyznę wymiany poglądów nt. nowej ustawy o prawach konsumenta. Organizatorzy planują wydanie monografii pokonferencyjnej.

Transmisję z konferencji można obejrzeć na stronie [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl).

*Beata Pachuca-Smulska*

## Sprawozdanie z konferencji „Bratislava Legal Forum”, Bratysława, 9–10 października 2015 r.

„Bratislava Legal Forum” to cykliczne międzynarodowe spotkanie organizowane przez Wydział Prawa Comenius University w Bratysławie. Patronat nad konferencją roztacza premier słowackiego rządu Robert Fico. Tematem przewodnim tegorocznej konferencji były prawne i społeczne instrumenty mające w celu usprawnienie i zwiększenie wiarygodności sądownictwa (*lega land social instruments for more efficient and trustworthy judiciary*). Jak stwierdził dziekan Wydziału Prawa doc. JUDr. PhD Eduard Burda, dokonując otwarcia obrad: „głównym celem prawa jest zapewnienie porządku oraz ochrona i zapewnienie działania wymiaru sprawiedliwości. Celem konferencji naukowej jest powiązanie teorii z praktyką oraz przedstawienie logicznie uporządkowanej i potencjalnie przydatnej nowej wiedzy w tym zakresie. Jeśli obywatele państwa są zdania, iż ich prawa nie są w tej mierze odpowiednio respektowane, należy podejmować decyzje dotyczące implementacji nowego prawa. Jakość oraz szerzej kultura sądownictwa jest czynnikiem decydującym, jeśli chodzi o zasadność i słuszność stosowanego prawa. Jeżeli chcemy, aby prawo rozwijało się w odpowiednim kierunku, nie możemy odwracać się od problemów, które napotyka sądownictwo. Z tego właśnie powodu został obrany taki, a nie inny temat tegorocznej konferencji”<sup>1</sup>. Następnie Eduard Burda określił, iż „w ostatnim czasie sądownictwo w Słowacji przechodzi pozytywne zmiany spowodowane presją społeczną, jak również wewnętrznymi napięciami w samym systemie. Jakość przyszłych zmian w sądownictwie nie jest ważkim współcześnie tematem jedynie w Republice Słowackiej, wręcz przeciwnie – temat ten powinien znaleźć się w centrum zainteresowania w każdym demokratycznym społeczeństwie”<sup>2</sup>.

Podczas pierwszej sesji plenarnej wygłoszono referaty związane ściśle z realizacją zmian w tej dziedzinie na terenie Republiki Słowackiej oraz Republiki Czeskiej. Wystąpienie prof. Jamesa E. Moliterno (Washington and Lee University School of Law) poświęcone było uwagom co do zakresu niezależności sądownictwa. Prelegent, niejednokrotnie mający możliwość uczestniczenia w sympozjach i projektach związanych z systemem prawnym Republiki Słowackiej oraz kulturą prawną tego państwa, okazał się baczny obserwatorem zmian w dziedzinie sądownictwa.

<sup>1</sup> Eduard Burda, *Introductory Word*, Bratislava Legal Forum Conference Programme, s. 2.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

Obrady podzielono na dwanaście równoległych sekcji tematycznych. Tematyka obrad sekcji pierwszej związana była z badaniami i narzędziami organizacji pozarządowych oraz środowiska akademickiego w sferze sądownictwa oraz „dobrego zarządzania”. Przed słowackim wymiarem sprawiedliwości stoi wiele wyzwań, takich jak niewydolność, długotrwałe procedury lub nieufność społeczeństwa. Nieefektywna alokacja zasobów publicznych i konflikt interesów, częste zmiany pracowników sektora publicznego, brak mechanizmów zapobiegających niepożądanym zachowaniom spowodowały, iż organizatorzy konferencji byli zainteresowani przedstawianiem badań zorientowanych na analizy, porównania i rozwiązania zjawisk problemowych. Referaty zaprezentowane w tym panelu dotyczyły pozarządowych instrumentów społecznych i prawnych zmierzających do zwiększenia wiarygodności i skuteczności wymiaru sprawiedliwości oraz zwiększenia jego przejrzystości. Celem sesji była wymiana doświadczeń i otwarta dyskusja między członkami środowiska akademickiego i praktykami.

Drugi panel dyskusyjny koncentrował się na problemie równości i nierówności wobec prawa w odniesieniu do słabszych grup społecznych. Stopniowe zmiany społeczne, gospodarcze i polityczne prowadzą do redefinicji tradycyjnych paradygmatów. Wzajemne relacje pomiędzy podmiotami prawa w zakresie pracy, prawa cywilnego i handlowego również powinny uwzględniać ochronę jednostek słabszych. Sesja ta została poświęcona definiowaniu i analizowaniu konkretnych problemów praktyki prawnej w powiązaniu z aktualnym stanem regulacji prawnych oraz propozycjami rozwiązań legislacyjnych tych problemów w przyszłości.

Trzecia równoległa sesja dotyczyła zagadnień związanych z *tematem Prawo cywilne pomiędzy – pomiędzy przeszłością a przyszłością*. Jej uczestnicy prowadzili dywagacje na temat nowych regulacji prawnych w zakresie prawa cywilnego, materialnego i procesowego w Republice Słowackiej.

Dowód w postępowaniu sądowym oraz praktyka prawna i nowe wyzwania stanowiły sedno rozważań uczestników sesji czwartej. Uzgodniono, iż procedury normatywnie odgrywają ważną rolę w procesie pozyskiwania w sposób zgodny z prawem istotnych informacji, które mają zasadnicze znaczenie nie tylko w odniesieniu do samego postępowania, ale także mogą wpływać na wynik tego postępowania. Gwarancje prawne do rzetelnego procesu sądowego są zasadami kluczowymi, określającymi również zakres interwencji podmiotów, które otrzymały odpowiednie uprawnienia do uczestniczenia w postępowaniu i mogą wpływać na jego wynik. Ważne jest również, aby z punktu widzenia teorii prawa i praktyki prawnej zastanowić się nad pytaniem: jakie są granice instytucjonalizacji postępowania i gdzie te granice leżą, z naciskiem na nowe formy realizacji czynności procesowych w postępowaniu, które mają na celu ochronę podstawowych konstytucyjnych gwarancji praw podmiotowych.

Obrady piątego panelu konferencyjnego koncentrowały się na wpływie niejednoznacznych definicji prawnych i regulacji ustawowych na kwestię przestrzegania prawa. Podstawowym narzędziem regulacji prawnej jest akt normatywny, który nie

zawsze odwzorowuje różnice w definiowaniu różnorodnych zasad i mechanizmów. Praktyka prawna konfrontuje nas z licznymi problemami stosowania i interpretacji prawa. Mają one niejednokrotnie szkodliwy wpływ na wykonalność prawa. Nie są rzadkością głosy wzywające do zmiany tekstu normatywnego, uzasadniające takie działania potrzebą formułowania w bardziej precyzyjny sposób pewnych rozwiązań dążących do likwidacji problemu. Wątpliwe, czy taki „optymizm legislacyjny”, opierający się na założeniu, że każdy problem można rozwiązać poprzez przyjęcie lub zmianę regulacji prawnej, nie szkodzi sam w sobie egzekwowaniu prawa, niekorzystnie wpływając na stabilność regulacji prawnych i stosunków prawnych. Podmioty publiczne zajmujące się tworzeniem i stosowaniem prawa powinny współpracować we wzajemnej symbiozie, tylko wówczas możliwa będzie realizacja zasad państwa prawa.

Tematyka wystąpień konferencyjnych szóstej sesji związana była z wzorami sprawiedliwego procesu oraz gwarancjami praw człowieka. Podejmowano tu kwestię sprawiedliwości w postępowaniu sądowym, administracyjnym i dyscyplinarnym. Należy w tym miejscu podkreślić interdyscyplinarność wygłoszonych referatów.

Wyzwania prawa w cyberprzestrzeni stanowiły główny element rozważań uczestników sesji siódmej. Tradycyjne instytucje prawa publicznego i prawa prywatnego, rozwijające się nieprzerwanie w poprzednich dekadach, są obecnie kwestionowane przez nowe zjawiska technologiczne. Jednym z najważniejszych zjawisk tego typu jest cyberprzestrzeń i jej rosnąca jurydyfikacja. Interesujące kwestie konfliktu praw, odpowiedzialności, ochrony własności intelektualnej, prawa konkurencji w cyberprzestrzeni, prywatności i ochrony danych osobowych oraz cyberprzestępczości były poruszane w kolejnych referatach. Wiele nowych problemów prawnych związanych z cyberprzestrzenią stało się przedmiotem dyskusji. Można tu chociażby wymienić pojęcie i status tzw. cyberprawa jako nowej dyscypliny prawnej czy nowe obiekty regulacji (wirtualne nieruchomości, nazwy domen, wirtualny szkody, *cloud computing*), nowe formy transakcji (transakcje elektronicznych, kwestia podpisu elektronicznego), e-commerce, e-administracja, e-sprawiedliwość, e-zdrowie oraz nowe formy rozstrzygania sporów (*on-line dispute resolution*), a nawet nowe formy wojny i terroryzmu (cyberwojna, cyberbezpieczeństwo).

Demokracja partycypacyjna w XXI wieku stała się przedmiotem badań oraz dyskusji uczestników panelu ósmego. Globalizacja jest procesem złożonym, mającym wymiar gospodarczy, społeczny i polityczny. Ponadnarodowe korporacje z ich siłą ekonomiczną i mobilnością mają znaczący wpływ na funkcjonowanie państw i ich konstytucyjnych organów. Państwa straciły część swoich uprawnień na rzecz organizacji międzynarodowych oraz mniejszych jednostek terytorialnych. Szczególnie ważne pytanie dotyczy tego, jakie są dziś są formy i metody uczestniczenia w sprawowaniu władzy publicznej samych obywateli. Dialog społeczny oraz dialog obywatelski staje się formą wpływu obywateli na działalność organów państwowych zgodnie z wolą społeczną. Impulsem do zwiększenia uczestnictwa obywateli w tym zakresie są solidne podstawy prawne jako warunek tworzenia platformy dialogu

społecznego przez zainteresowanych członków społeczności. Na terenie Słowacji jest to szczególnie widoczne w obszarze finansowania samorządu terytorialnego od 2005 r. Przeprowadzona wówczas decentralizacja administracji publicznej w zakresie spraw fiskalnych miała na celu osiągnięcie wyższego stopnia odpowiedzialności i przejrzystości lokalnych organów samorządowych przy podejmowaniu decyzji z zastosowaniem środków publicznych w danym regionie. Bezpośrednią konsekwencją tego działania okazało się indywidualne i zbiorowe uczestnictwo obywateli w procesie tworzenia budżetu partycypacyjnego, stanowiącego część budżetu lokalnego jednostki samorządowej. Społeczeństwo uzyskało możliwość bezpośredniego wpływu przez swoje propozycje na rozlokowanie środków budżetowych. Przez prelegentów została także podniesiona kwestia rozwoju demokracji partycypacyjnej oraz jej instytucji na terenie Polski.

Tematem przewodnim panelu dziewiątego było zjawisko przestępczości gospodarczej oraz narzędzi prawnych do jej likwidacji. Zakres przestępczości gospodarczej uległ w ostatnich latach radykalnemu zwiększeniu. Widoczny tu brak konsensusu w zakresie definicji terminów związanych z przestępczością gospodarczą doprowadził do tego, iż utajona przestępczość gospodarcza często nie jest identyfikowana, a w związku z tym nie jest ani zgłaszana, ani penalizowana.

Podczas obrad dziesiątej sesji ukazano prawne aspekty umów pomiędzy stronami oraz ich wpływ na postępowanie sądowe i arbitrażowe. Skupiono się w dużej mierze na roszczeniach kontrahentów oraz wyrokach w postępowaniu sądowym i arbitrażowym. Kwestia egzekwowania umów jest szczególnie ważna dla praktyki gospodarczej i prawnej. Dodatkowo, w niektórych przypadkach egzekwowanie roszczeń wynikających z umów nabiera egzystencjalnego znaczenia. Ze względu na nieefektywne funkcjonowanie systemu sądownictwa kontrahenci coraz częściej wybierają alternatywne i bardziej elastyczne metody rozwiązywania sporów.

Rozwój prawa międzynarodowego w zakresie bezpieczeństwa energetycznego był tematem przewodnim panelu jedenastego. Bliżej zbadano międzynarodowe aspekty prawne bezpieczeństwa energetycznego. Zwrócono szczególną uwagę na strategiczne podejście do tego zagadnienia m.in. w kwestii bezpieczeństwa dostaw, obowiązków państw w zakresie obchodzenia się z surowcami mineralnymi oraz ich tranzytem. Podjęto jednocześnie kwestię korzystania z zasobów odnawialnych, aktualnych trendów w zakresie prawa międzynarodowego i prawa UE w dziedzinie energii oraz interdyscyplinarnych tematów poświęconych środowisku, globalnej reakcji na zmiany klimatu, dekarbonizacji gospodarki i suwerenności państw w tym zakresie.

Panel dwunasty organizatorzy konferencji poświęcili tematyce związanej z proporcjonalnością i pomocniczością prawa europejskiego oraz kwestiom *over-regulation* i *under-regulation* w prawie europejskim. Podczas obrad odbyły się prezentacje i dyskusja skoncentrowana na krytycznej analizie formy, zakresu i treści najnowszych i aktualnych źródeł wtórnych prawa europejskiego. Ponadto uczestnicy sekcji skupili się na analizie konkretnych przypadków, gdy przepisy europejskie przekro-

czyły niezbędne ramy, jak również przypadków, w których przepisy europejskie wydają się być konieczne, natomiast nadal ich nie wprowadzono.

Należy zauważyć, iż dzięki równoległym sesjom o bogatej tematyce konferencja „Bratislava Legal Forum” zyskała interdyscyplinarny charakter, stanowiąc platformę prezentacji wyników badań dla ekspertów z różnorodnych dziedzin. Interdyscyplinarny dyskurs umożliwił także przedstawienie bieżących działań naukowych oraz ujawnienie głównych braków obecnych regulacji prawnych. Szczególnie istotne będzie stosowanie nabytej wiedzy w różnych dziedzinach prawa.

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego podczas „Bratislava Legal Forum” reprezentowali: dr Małgorzata Augustyniak z Katedry Teorii i Filozofii Prawa, dr Aleksander Bauknecht z Katedry Powszechnej Historii Prawa, Prawa Rzymskiego i Komparatystyki Prawniczej, dr Robert Dziembowski z Katedry Prawa Karnego Materialnego, dr Paweł Polaczuk z Katedry Praw Człowieka i Prawa Europejskiego, dr Edyta Sokalska z Katedry Powszechnej Historii Prawa, Prawa Rzymskiego i Komparatystyki Prawniczej, dr Jarosław Szczechowicz z Katedry Postępowania Cywilnego, dr Krystyna Szczechowicz z Katedry Prawa Karnego Materialnego oraz dr hab. Elżbieta Żywucka-Kozłowska z Katedry Prawa Karnego Materialnego. Przedstawili oni wyniki swych badań dotyczących wyżej wspomnianej materii w wybranych panelach konferencyjnych.

*Edyta Sokalska*