

Rozdział I. Sankcja nieważności bezwzględnej – konstrukcja i podstawy stosowania – na tle wadliwości czynności prawnych w międzynarodowych projektach unifikacji lub harmonizacji prawa prywatnego

§ 1. Uwagi ogólne o głównych liniach podziału w spojrzeniu prawa modelowego na nieważność bezwzględną jako sankcję wadliwej czynności prawnej

Nieważność jako sankcja wadliwej czynności prawnej jest jedną z najważniejszych instytucji prawa prywatnego. Zagadnienie to nie traci na aktualności, a wręcz przeciwnie, zmiana tradycyjnego sposobu unormowania nieważności nabrała istotnego znaczenia w dobie prac nad unifikacją i harmonizacją prawa prywatnego w Unii Europejskiej. W Polsce dowodem doniosłości tej kwestii jest np. propozycja modernizacji normatywnego modelu nieważności czynności prawnej zawarta w projekcie Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego z 2009 r. oraz projekcie Księgi pierwszej po zmianach zatwierdzonych w 2015 r.¹

Znaczenie sankcji nieważności bezwzględnej ujawnia się także w związku z problemem, z którym boryka się judykatura w poszukiwaniu sankcji proporcjonalnej do wadliwości niektórych produktów ubezpieczeniowych lub ban-

¹ Por. szerzej F. Zoll, [w:] P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Księga I. Część ogólna. Projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przyjęty w 2015 r. z objaśnieniami opracowanymi przez członków zespołu problemowego KKPC, Warszawa 2017, s. 95 i n.

kowych (tzw. kredytów frankowych lub umów ubezpieczenia z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym).

Projekty międzynarodowe, które dotyczyły m.in. zmian konstrukcji sankcji nieważności bezwzględnej, pozwalają wskazać szereg możliwych unormowań modelu sankcji z perspektywy szerszej niż tylko stanowisko danego systemu prawa krajowego. Wynik przeglądu prawnoporównawczego wskazuje, że szereg kwestii szczególnie istotnych dla kosztów funkcjonowania systemu prawa nie jest wciąż poprawnie uregulowany w wielu jurysdykcjach systemów prawnych *common law* oraz *ius civile*². Należy także uwzględnić okoliczność, że analiza nieważności bezwzględnej jest z natury rzeczy połączona z przeglądem innych typów sankcji wadliwych czynności prawnych. W tym ostatnim przypadku spotyka się zróżnicowane podejście merytoryczne i terminologiczne do typologii sankcji w każdym systemie prawnym. Oddziałuje to na zasady proceduralne stosowania sankcji, wprowadzając niekiedy niestabilność orzecznictwa i spory w doktrynie. Powoduje to słabość modelu normatywnego sankcji nieważności bezwzględnej, a tym samym, pogarsza efektywność systemu prawa jako takiego. Trudno przecież uznać, że ogromna ilość sporów nie wywiera wpływu w skali makro na system prawny i jego uczestników, angażując ich zasoby w sprawy, które mogą być rozwiązane poprzez poprawienie obecnie stosowanego normatywnego modelu sankcji nieważności bezwzględnej.

Dowodem na brak efektywności modelu normatywnego są często zaskakująco zaciekle spory dotyczące podstaw zastosowania sankcji oraz zrozumienia, zdawałoby się kardynalnie oczywistych spraw, takich jak sprzeczność z ustawą czy z moralnością. Wreszcie na wynik orzecznictwa wpływ istotny wywiera sprawa zdawałoby się zupełnie mało istotna (wobec dorobku wykładni celowościowej i derywacyjnej), jak upatrywanie rozstrzygającego znaczenia w terminologii: zakresach pojęciowych terminów języka prawnego z dziedziny nieważności. Można wykazać, że często powstają one z powodu przyjęcia naturalnego rozumienia terminu nieważność, a także z utożsamiania nieważności czynności prawnej z sankcją nieważności bezwzględnej, czego nie można pogodzić z tym, że w tekstach przepisów nie można upatrywać zawsze ukoń-

² Problem ten w szczególności dotyczy tzw. sankcji sędziowskiej, redukcji utrzymującej skuteczność i zakresu sędziowskiej kompetencji do prawotwórczej ingerencji w stosunki prawne prawa prywatnego (np. w Polsce w okresie lat 2010–2018 z punktu widzenia naukowego i praktycznego bardzo interesujące są wysiłki judykatury dotyczące wypracowania poprawnego podejścia orzeczniczego do problemu nieważności kredytów indeksowanych lub denominowanych w obcych walutach, najczęściej kredytów w CHF).

czonych instytucji prawnych, a wykładnia powinna promować rozwiązania zgodne z elementarnym poczuciem sprawiedliwości. W związku z tym, wypada wyjaśnić, że sam tytuł książki musiał odzwierciedlać pewne utrwalone tradycje znaczeniowe, aby uniknąć nieporozumień w toku wywodu, tak aby propozycję modyfikacji rozumienia sankcji nieważności bezwzględnej oraz nieważności czynności prawnej zaproponować w oparciu o uznaną aparaturę pojęciową³.

Uznając doniosłość sporów dogmatycznych dotyczących terminologii i zakresów pojęciowych typologii sankcji wadliwej czynności prawnej niezbędne jest zwrócenie uwagi, że już sam termin „sankcja” w prawie prywatnym jest wynikiem przyjęcia bardzo dużej umowności. Dokonało się utrwalenie definicji tego określenia w znaczeniu odległym od przypisywanego temu terminowi⁴. Kontynuując tę myśl należy przyjąć za E. Łętowską, że: „wielość typów sankcji (rozumianej jako uchybienie jakiemuś obowiązкови) jest charakterystyczną cechą prawa cywilnego. To powoduje, że posługiwanie się uogólnionym pojęciem „sankcji w prawie cywilnym” jest mało przydatne i nieoptyczne”⁵. Uzupełniając to trafne stwierdzenie warto podkreślić, że termin „nieważność” wywarł duży wpływ na model normatywny sankcji nieważności stosowany w różnych kodyfikacjach lub projektach międzynarodowych. Sankcja jako sformułowanie stosowane w kontekście nieważności bezwzględnej wywodzi się w zasadzie z cytowania zachowanych źródeł prawa rzymskiego, co samo w sobie jest zarzewiem nieporozumień, jeżeli nie uwzględni się historycznego tła tamtego systemu prawnego. Celowe jest także z tej perspektywy zachowanie jak najwyższej precyzji w proponowanej terminologii w proponowanych rozwiązaniach normatywnych *de lege ferenda*. W europejskich projektach harmonizacji prawa prywatnego, niekiedy próbach jego kodyfikacji⁶ albo ponownej europeizacji⁷, pozwalającej odtworzyć wspólne prawo (*ius*

³ Podobnie dylemat tego typu rozwiązuje np. K. Mularski, *Czynności podobne do czynności prawnych*, Warszawa 2011, s. 15. Autor wyjaśnia, że tytuł książki oparł na terminologii użytej „nierygorystycznie”, a na uzasadnienie przywołując, że „mętnych terminów wolno używać w kontekstach «luźniejszych» bądź heurystycznych; nie mogą one jedynie znaleźć się w ostatecznym sformułowaniu teorii”.

⁴ Por. także M. Wincenciak, *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Warszawa 2008, s. 40–41.

⁵ Por. wraz z dalszą literaturą, E. Łętowska, *Sankcje w prawie cywilnym – zarys problemu*, MoP 2013, Nr 19, s. 1015.

⁶ Sformułowanie o aspekcie kodyfikacyjnym *Common Frame of Reference* jest uzasadnione nie tyle funkcją, co merytoryczną zawartością tych reguł modelowych. Określenie to odnosi się do kodyfikacji w sensie określenia zbioru niewiążących zasad (*restatment*), tzw. *soft law*. Pomimo

commune), można doszukać się ścierania różnych koncepcji, dotyczących rozstrzygania problemu nieważności czynności prawnej⁸. W zasadzie w większości systemów *ius civile* oraz *common law* brak jest poprawnego modelowego rozwiązania sankcji nieważności bezwzględnej w zakresie cech formalnych tej sankcji jak odnośnie do jej proporcjonalnego stosowania w razie naruszeń merytorycznych norm sankcjonowanych.

Powstaje pytanie czy problemy w poprawnym skonstruowaniu normy sankcjonującej nieważnością z mocy prawa w prawie modelowym nie wynikają z prostych, lecz istotnych błędów w założeniach metodologicznych. Zapowiadając ogólnie dalsze rozważania warto zwrócić uwagę, że na najnowsze trendy w modernizacji nieważności bezwzględnej największy wpływ wywarł projekt uporządkowania w niektórych krajach *common law* instytucji sankcji nielegalnych i niemoralnych umów, w tym niezgodnych z porządkiem publicznym (*public policy*). Anglosaskie podejście do takich wad często było mocno osadzone w tradycji niemal jeszcze feudalnej, gdzie naruszenie ustawy nie mogło być tolerowane w żadnym wypadku, bez najmniejszego zważania na proporcjonalność sankcji⁹.

W zasadzie w każdym z badanych systemów prawnych widać zaskakującą stagnację i brak pomysłów na bardziej efektywny model normatywny nieważności bezwzględnej. Próbę taką podjęto w *Common Frame of Reference*; w prawie polskim w projekcie Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego z 2015 r. W tym

decyzji Komisji Europejskiej co do niewiążącej mocy ostatecznej wersji *Common Frame of Reference*, postulaty o potrzebie harmonizacji prawa prywatnego w kierunku przyszłego Europejskiego Kodeksu Cywilnego pojawiają się w literaturze – por. w szczególności L. Niglia, *The Struggle for European Private Law. A Critique of Codification* (Modern Studies in European Law), Hart Publishing 2015, s. 7 i n.; H. Grosse Ruse-Khan, *The European Draft Common Frame of Reference – A Source of Comparative Law: A New Option for Choosing the Applicable Law – Or a Template for a European Civil Code?* (December 22, 2008). International Seminar on Comparative Law, Conference Proceedings, Kuala Lumpur, November 2008, publ. na SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1319247>, s. 16 i n.

⁷ Tak trafnie R. Zimmermann, *Civil Code and Civil Law. The „Europeanization” of Private Law Within the European Community and the Re-emergence of a European Legal Science*, Col-Jour 1995, Nr 1, s. 63 i n. – na podstawie cytatu R.C. van Caenegem, *European Law in the Past and the Future: Unity and Diversity over Two Millennia*, Cambridge University Press 2002, s. 28.

⁸ Szereg istotnych wskazówek dla zrozumienia istoty projektu PECL i DCFR omawiają W. Dajczak, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie w czasach dekodifikacji*, FP 2012, Nr 2, *passim*; T. Giaro, *Czy w przewidywalnej przyszłości powstanie europejskie prawo zobowiązań?* 2010, Nr 1, *passim*.

⁹ Wpływ feudalnej kultury prawnej na *common law* omawia się bardzo rzadko w nauce – por. szerzej świetne omówienie paradoksalnych związków kultur prawnych *ius civile* oraz *common law*, w tym kręgu romańskiego i germańskiego – R.C. van Caenegem, *European*, s. 2–3, *passim*.

ostatnim przypadku *nota bene* w sposób wyraźnie lepszy od propozycji DCFR, choć wciąż pomijając potrzebę normatywnej ingerencji w materię rozumienia nieważności, tak podatną na potoczne i ontologiczne rozumienie zarówno instytucji „sankcji nieważności bezwzględnej” jak samego efektu jej zastosowania, tj. stanu nieważności. Powszechne utożsamianie sankcji nieważności bezwzględnej z tzw. nieważnością wciąż prowadzi do poważnych problemów, a swoiste sprzężenie zwrotne powoduje, że dodatkowo ma to wpływ na ustawodawcę¹⁰.

W propozycjach reguł modelowych, które dotyczą unormowania cech formalnych nieważności bezwzględnej, widoczne jest połączenie dorobku dwóch ww. tradycji prawnych. Wartość badawcza projektów unifikacyjnych, np. takich jak *The Principles of European Contract Law* i *Common Frame of Reference* jest bardzo istotna – wynika bowiem z tej okoliczności, że reguły modelowe są wynikiem syntezy europejskiej doktryny prawa prywatnego¹¹.

Oceniając podejście do normowania nieważności czynności prawnej w projektach typu *restatement* zauważyć także należy, że brakuje jednolitego podejścia, co może wynikać z relatywnie dużej liczby inicjatywy tego typu¹². Różnice dotyczą sposobu unormowania cech formalnych nieważności bezwzględnej jako normy sankcjonującej, w szczególności doprecyzowania zasad jej stosowania, kręgu podmiotów legitymowanych do stosowania sankcji, a nawet aspektów terminologicznych tak często prowadzących do istotnych nieporozumień i rozbieżności w orzecznictwie.

Ponadto, widoczne są odrębności w kodyfikowaniu następstw naruszenia merytorycznych norm sankcjonowanych, wyrażających określone nakazy lub zakazy, np. sankcji z tytułu sprzeczności z ustawą. Tym samym zarówno od

¹⁰ W ostatnich latach problemy wynikające z niejednoznaczności terminu nieważność trafnie uwzględniono w redakcji sankcji nieważności w ustawie o Krajowym Zasobie Nieruchomości, Dz.U. z 2017 r. poz. 1529 – w art. 40 [Czynności prawne dotyczące nieruchomości wchodzących w skład Zasobu] reguluje się bardziej efektywnie i nowocześnie: „czynności prawne dotyczące nieruchomości wchodzących w skład Zasobu dokonane niezgodnie z przepisami ustawy są nieważne z mocy ustawy”.

¹¹ Tak o PECL A. Brzozowski, Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania w świetle art. 357¹ KC, [w:] A. Brzozowski, W. Kocot, K. Michałowska (red.), W Kierunku Europeizacji Prawa Prywatnego, Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi J. Rajskiemu, Warszawa, 2007, s. 68; A. Bierć, Zarys prawa prywatnego. Część ogólna, Warszawa 2012, s. 79 i n.

¹² Na aspekt rosnącego skomplikowania w zakresie propozycji prawa modelowego trafnie zwraca uwagę N. Jansen, R. Zimmermann, Contract Formation and Mistake in European Contract Law. A Genetic Comparison of Transnational Model Rules, Oxford Journal of Legal Studies 2011, vol. 31, s. 1–3.

strony formalnej (cechy modelowe normy sankcjonującej), jak materialnej (zakres zastosowania, możliwość przywrócenia stanu poprzedniego i dostępność roszczeń restytucyjnych) widoczne jest istotne zróżnicowanie. Trudno upatrywać w tym przypadek. W toku rozwoju nauki o nieważności nie osiągnięto dostatecznej precyzji w oddzieleniu formalnych cech sankcji nieważności bezwzględnej od skutku zastosowania tej sankcji: stanu nieważności, prawnego niebytu czynności prawnej. Problem ten widoczny jest w prawie polskim oraz innych systemach krajowych, a także w prawie modelowym oraz w problemach przy tworzeniu prawa UE (np. nieprecyzyjna, nieefektywna i skutkująca szeregiem problemów praktycznych regulacja cech formalnych sankcji dotykającej tzw. klauzule abuzywne w obrocie konsumenckim).

Poziom skomplikowania w omówieniu nieważności wzrasta wskutek faktu, że w niektórych systemach *common law*, klasyczne skutki wad sankcjonowanych tzw. nieważnością bezwzględną – ustępują pola znacznie silniejszej ingerencji w skuteczność czynności prawnej. Polega ona na sankcji braku jakichkolwiek roszczeń związanych z dokonaniem czynności prawnej, w tym na zablokowaniu możliwości przywrócenia stanu poprzedniego i wzajemnych rozliczeń stron (w szczególności w razie wykonania umowy w części, w myśl maksymy *nemo auditur turpitudine suam allegans*).

Powyższe rozbieżności wynikają przede wszystkim z różnic w systemach krajowych. Tradycja francuska bardziej koncentruje się na wytyczeniu kręgu podmiotów uprawnionych do powołania się na nieważność, zakładając przy tym wyłącznie sądowy tryb zastosowania tej sankcji, połączony z przedawnieniem roszczenia o tak skonstruowane – *de facto* – unieważnienie czynności prawnej. Natomiast podejście systemów opartych na rozwiązaniu prawa niemieckiego przyjmuje prymat zbadania, kiedy nieważności ma miejsce *ab initio*, a kiedy wymagane jest unieważnienie czynności prawnej¹³. Rozwiązania systemów *common law* cechuje większe natężenie badania skutków wystąpienia wadliwości zarówno na płaszczyźnie dostępności roszczeń umownych, jak i restytucyjnych; przede wszystkim z perspektywy doktryny *illegality*; jedynie pośrednie znaczenie ma fakt wystąpienia nieważności *ab initio*.

W obu ww. tradycjach prawnych zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej łączy się z ogólnym problemem przesłanek braku ważności oświadczenia woli lub czynności prawnej. Kwestia ta w pewnym uproszczeniu może

¹³ M.E. Storme, Harmonization of the law on (substantive) validity of contracts (illegality and immorality), [w:] J. Basedow, K.J. Hopt, H. Kötz (red.), Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag, Mohr Siebeck 1998, s. 203.

zostać sprowadzona do konieczności oceny wpływu określonych wad oświadczenia woli (czynności prawnej) w zależności od momentu i zakresu ich wystąpienia. W nauce ten skomplikowany stan prawny trafnie grupuje się w następujące zagadnienia ogólne, odnoszące się do następstw:

- 1) naruszenia przesłanek wiążącej mocy oświadczenia woli;
- 2) wad oświadczenia woli;
- 3) nielegalności lub niemoralności treści lub celu czynności prawnej¹⁴.

Uznając nieważność jako ostateczny wynik zastosowania danej sankcji wadliwej czynności prawnej można zwrócić uwagę, że model sankcji nieważności bezwzględnej może niekiedy nie być dopasowany do wszystkich problemów związanych z naruszeniami przesłanek wiążącej mocy oświadczenia woli, najczęściej w wyniku wadliwego procesu wyrażania oświadczenia woli lub tzw. formowania czynności prawnej (umowy). Przeważnie na tym pierwszym etapie widoczna jest skłonność do wyodrębnienia kategorii tzw. „nieistniejących” czynności prawnych, w szczególności, jeżeli przyjęty model sankcji nieważności bezwzględnej (lub jej odpowiedników w różnych systemach krajowych) ograniczony jest terminami przedawnienia (zawitymi) w stosowaniu tej sankcji¹⁵.

W kontekście regulacji wad oświadczeń woli można zwrócić uwagę na dominację innych sankcji wadliwości. Jest to dość mocno ugruntowane podejście w obu wspomnianych tradycjach prawnych i emanacja tendencji do unikania nieważności *ab initio* na rzecz podtrzymania ważności czynności prawnej i delegowania uczestników obrotu do większej kontroli nad jej unieważnieniem.

Względy aksjologiczne nakazują, aby odnotować, że wykorzystanie nieważności bezwzględnej, a także innych sankcji wadliwości jako narzędzi do ograniczania autonomii woli stron może przybierać różne formy, bardzo często o podłożu ekonomicznym, socjologicznym, a w przypadku szczególnych podstaw nieważności *ex lege* – częstokroć koniunkturalnym i doraźnym. Podstawowe zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej ma miejsce w razie naruszeń ustaw lub norm moralnych (tzw. wartości pozasystemowych lub pozaustawowych czy też różnie definiowanego porządku publicznego), braków w zdolności do czynności prawnych lub niezachowania wymaganej formy czynności prawnej. Na tej płaszczyźnie, zarówno w projektach unifikacyjnych

¹⁴ Por. U. Drobnig, General Principles of European Contract Law, [w:] P. Sarcevic, P. Volken (red.), International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures; <http://www.cisg.law.pace.edu>, Oceana 1986, s. 313–137.

¹⁵ Wpływ mają także zjawiska kulturowe jak *matrimonium non existens*.

i harmonizacyjnych, jak w systemach tradycji *ius civile* i *common law*, można doszukać się wspólnego rdzenia dominujących rozwiązań legislacyjnych oraz zapatrywać nauki i orzecznictwa.

Punktem wspólnym jest bardzo ogólny aksjologiczny cel obowiązywania sankcji nieważności bezwzględnej. Jest nim wprowadzenie do systemu środków ochrony prawnej instytucji, skutkującej wystąpieniem definitywnego braku skutków prawnych, co do zasady, *ab initio*, *ex lege* i *erga omnes*. Innymi słowy, konieczność wywołania tzw. nieważności „bezwzględnej”. Ten swoisty *triumwirat*: podstawowy układ modelowych cech formalnych tej normy sankcjonującej opiera się na dość powszechnie – i można powiedzieć – tradycyjnie akceptowanej imperatywnej funkcji takiego mechanizmu kontroli (kontroli zarówno zasad dokonywania czynności prawnej, jak i determinowania ich treści oraz celu¹⁶). W przypadku, można rzecz podstawowego pola stosowania sankcji nieważności bezwzględnej z perspektywy historycznej, tj. tzw. nielegalności i niemoralności podkreśla się, że szczególnie ten aspekt celu sankcji nieważności w prawie prywatnym stanowi przedmiot żywego zainteresowania nauki prawa¹⁷. Głównie na płaszczyźnie owej władczej ingerencji pojawia się tendencja do rewizji i nowej identyfikacji cech formalnych – modelowych – nieważności bezwzględnej. Widoczne jest częściowe odejście od tradycyjnego sankcjonowania nieważnością każdego naruszenia ustawy lub moralności na rzecz proporcjonalizacji stosowania sankcji, najczęściej w oparciu o uznaniowość sędziowską. Szczególnie widoczna jest w II połowie XX w. oraz w pierwszych dwóch dekadach XXI w. tendencja do proponowania bardziej elastycznych i uznaniowych kryteriów reakcji na ww. wadliwość. Najważniejszą z nich jest przyznanie sądowi władzy uznaniowej – często w ograniczonej formie, tzw. uporządkowanej dyskrecjonalności (*structured discretion*). Uelastycznienie stosowania sankcji nieważności *ex lege* uznaje się za rozwiązanie lepsze od reguł sztywnych opartych na dotychczasowej tradycji, wywołującej się przecież z czasów schyłku Imperium Rzymskiego. Zostały one przejęte w wyniku recepcji prawa rzymskiego i tzw. wielkich kodyfikacji XIX w., a z różnymi zmianami obowiązują do czasów współczesnych. Pełną uznano-

¹⁶ Należy wskazać, że zdecydowanie mniejsza zgodność poglądów dotyczy dopuszczalności stosowania takiego instrumentu także na etapie wykonywania umowy – niekwestionowaną okolicznością jest możliwość działania sprzecznego z ustawą lub moralnością także na etapie spełnienia świadczeń. Zagadnienie to jest bardzo istotne i zostanie poruszone w dalszej części publikacji.

¹⁷ Tak H.L. MacQueen, *Illegality and Immorality in Contracts: Towards European Principles*, [w:] A.S. Hartkamp, E.H. Hondius (red.), *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International 2004.

wość próbuje się ograniczać w niektórych inicjatywach legislacyjnych, aby rozwiązać kwestie ryzyka znaczącego spadku koherentności systemu. Podkreśla się w nauce ryzyko problemów narastających wokół tzw. prawa sędziowskiego i zbyt szerokiej władzy sądu, a co za tym idzie spadającej przewidywalności następstw danego naruszenia i ryzyka orzecznictwa niespójnego. Można zauważyć, że pomimo potrzeby poszukiwania sankcji najbardziej proporcjonalnej nadal próbuje się zachować dorobek pewności prawa zapisanego wyraźnie w ustawach.

Z drugiej strony, rozwój wymogów regulacyjnych, niekiedy wręcz lawinowy, powoduje, że niezbędne jest jednak odejście od automatycznego stosowania sankcji nieważności bezwzględnej w razie sprzeczności z przepisami prawa. Trafnie zauważa się, że tak dalece jak to możliwe powinno się zachować równowagę pomiędzy dwoma skrajnymi sposobami reakcji na nielegalności i niemoralność dla poszanowania pewności prawa i jego właściwej elastyczności oraz wrażliwości na potrzebę dopasowania do potrzeb obrotu prawnego¹⁸.

Forma umocowania sędziego do określenia sankcji za naruszenie i kryterium proporcjonalności, jako część generalnego problemu prawa sędziowskiego i instytucji *structured discretion*, ma doniosłość jako ogólna dyrektywa stosowania prawa także na obszarze rozstrzygania sporów przez TSUE (dawny ETS)¹⁹. Potrzeba ustalenia właściwej reakcji na dane naruszenie związana jest z generalnym postulatem, aby przy zastosowaniu władzy dyskrecjonalnej sąd był zobowiązany do udzielania odpowiedzi na pewne pytania, musiał dokonać rozstrzygnięcia sprecyzowanych ustawowo kwestii prawnych lub faktycznych.

Na tle prawa UE w nauce wyjaśnia się, że taka forma ograniczonej władzy dyskrecjonalnej pełni rolę doniosłą przy uzasadnianiu derogacji pewnych obligatoryjnych zasad prawa prywatnego na etapie ochrony zasad polityki społecznej oraz prawa przeciwdziałającego dyskryminacji (*anti-discrimination law*). Dla przeprowadzenia takiego zabiegu, należy m.in. opierać się na teście proporcjonalności²⁰. Przy tej ostatniej uwadze należy się zatrzymać. Proporcjonalność jest bowiem jednym z naczelných postulatów przy stosowaniu sank-

¹⁸ H.L. MacQueen, *Illegality and Immorality*, s. 427.

¹⁹ Por. szerzej, wraz z przywołanym tam orzecznictwem TSUE, H. Collins, *Social Rights, General Clauses and the Acquis Communautaire*, [w:] S. Grundmann, D. Mazeaud (red.), *General Clauses and Standards In European Contract Law. Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*, Kluwer Law International 2006, s. 132.

²⁰ H. Collins, *Social Rights, General Clauses*, s. 133.

cji nieważności bezwzględnej²¹. Zasada ta jest promowana w szeregu różnych instytucji prawnych ograniczających zastosowanie tej normy sankcjonującej, np. tzw. nieważność częściowa, konwersja lub stanowi uzasadnienie stosowania pozytywnej formy określenia w prawie stanowionym, jakie skutki prawne należy łączyć z daną niezgodnością (np. wprowadzenia prawa do natychmiastowego wypowiedzenia umowy).

Obok kwestii proceduralnych, związanych z elastycznym stosowaniem sankcji nieważności bezwzględnej, tradycyjny zakres przesłanek tej sankcji może przewidywać jej zastosowanie w przypadku początkowej niemożności świadczenia oraz niektórych wad oświadczeń woli (np. pozorności). W tych dwóch ostatnich sytuacjach dostrzegalna jest obecnie tendencja do zastosowania bardziej praktycznych środków prawnych, bez odwoływania się wyłącznie do nieważności z mocy ustawy.

Jak zostało wspomniane, sankcja nieważności bezwzględnej jest jednym z mechanizmów kontroli czynności prawnej podejmowanych w obrocie prawnym. Zakres tej kontroli może być bardzo szeroki. Może być też zawężany poprzez stosowanie innych instytucji prawnych albo ogólnie, poprzez rezygnację z takiej ingerencji w autonomię woli w określonych przypadkach. Ingerencja w skuteczność prawną czynności prawnych może być stosowana obok innych środków prawnych. W kategoriach sankcji (stosując tutaj liberalną konwencję językową) można rozpatrywać szereg innych prawnych instytucji, np. prawo do odstąpienia od umowy, możliwość tzw. odwołania umowy – wycofania się z umowy w nieograniczonym terminie czy regułę *contra proferentem*²². Do wyobrażenia jest zatem wzmocnienie w systemie pozycji prawnej innych środków ochrony prawnej, a tym samym kontrolowanie stosunków prawnych w obrocie mniej inwazyjnie – bez usuwania z niego skutków prawnych dokonanych czynności prawnych w sposób bezwzględny. Całokształt tych rozwiązań tworzy pozytywny aspekt regulowania wadliwości czynności prawnych.

Możliwe jest także podejście odmienne, według którego wadliwość powoduje szerokie stosowanie norm sankcjonujących nieważnością i umniejszanie tym samym roli czynności prawnych jako podstawowej formy realizacji autonomii woli. Przy takim ujęciu nieważność bezwzględna jest regulowaniem

²¹ Por. w szczególności R. Trzaskowski, Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem. W poszukiwaniu sankcji skutecznych i proporcjonalnych, Warszawa 2013, s. 23 i n.

²² Tak o *contra proferentem* np. E. Ferrante, Contractual Disclosure and Remedies under the Unfair Contract Terms Directive, [w:] G.G. Howells, A. Janssen, R. Schulze (red.), Information Rights And Obligations: A Challenge For Party Autonomy And Transactional Fairness, Ashgate Publishing, Ltd. 2005, s. 121–122.

w sposób negatywny następstw wystąpienia określonych nieprawidłowości. Regulacja negatywna przy wzroście liczby regulacji prawnych może być uznana za niepraktyczną i kosztogenną dla systemu prawa (np. skutek ryzyka sankcji nieważności bezwzględnej w razie naruszenia wymogów regulacyjnych w sektorze przedsiębiorstw). Alternatywa może polegać na szerszym stosowaniu wspomnianej regulacji pozytywnej, tak by precyzyjnie określić, tj. poinformować uczestników obrotu prawnego, jakie skutki należy łączyć z daną wadą.

Przy rozstrzyganiu następstwa wadliwości unormowanie nieważności z mocy prawa, może plasować się także w nurcie rozsądnym. W takim modelu regulacji nie dominuje podejście dogmatyczne i pryncypialne w rozumieniu jej cech formalnych (tj. proceduralnych zasad stosowania w obrocie) oraz nie w każdym przypadku stosuje się podstawy nieważności – dostrzegalne jest odejście od korzystania z tej normy prawnej w każdym przypadku zajścia jej przesłanek: sprzeczność z ustawą (szeroko rozumianą jako obejmującą także naruszenie ustawowych wymogów co do formy czynności prawnej i zdolności do podejmowania czynności prawnych) oraz normami moralnymi. Uwaga ta dotyczy szczególnie tego, jak dalece czynność prawna zostanie pozbawiona skutków prawnych (tzn. nieważność częściowa) oraz jak należy sankcjonować naruszenie ustaw, jeżeli te nie przewidują sankcji nieważności bezwzględnej. W tym ostatnim przypadku coraz częściej proponowane są w prawie modelowym rozwiązania kompromisowe – w mniejszym lub większym zakresie opierające się na koncepcji tzw. sankcji sędziowskiej.

Dzięki ww. pozytywnemu podejściu może nastąpić przeniesienie ciężaru określania skutków prawnych danego naruszenia z płaszczyzny wywodzenia skutków z samego abstrakcyjnego pojęcia nieważności. Zamiast sankcjonowania nieważnością można wykluczenie skutków prawnych zamienić – przekonwertować – na skutki uznawane przez ustawę. W taki sposób następuje nieważność skutków prawnych danej czynności prawnej w wymiarze proporcjonalnym do stwierdzonego *in concreto* zasięgu naruszenia.

Wskazana przy tworzeniu prawa modelowego potrzeba poszukiwania elastycznej konstrukcji sankcji nieważności bezwzględnej wynika z problemu niezbędnego rozumienia skutków naruszenia przepisów prawnych oraz norm moralnych. Skrajnym przypadkiem może być zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej w razie sprzeczności z jakimkolwiek przepisem rangi ustawowej, bez wnikania się w ocenę jego *ratio legis*. Powstaje zasadnicza wątpliwość: czy w dobie znacznej ingerencji prawa publicznego w prawo prywatne – często regulacji kwestii tzw. natury technicznej – jest nadal trafne niemal mechaniczne stosowanie sankcji nieważności bezwzględnej w przypadku naruszenia przepi-

sów prawnych każdej gałęzi prawa. Z drugiej strony, istotną wątpliwością jest co stanie się w praktyce w razie podważenia klasycznego kanonu formalnych cech nieważności bezwzględnej jako sankcji działającej zawsze z mocy prawa i w każdym czasie, uwzględnianej z urzędu oraz wywołującej skutki prawne wobec wszystkich, niezależnie od woli którejkolwiek z osób zainteresowanych. Czy sankcja sędziowska, czyli sankcja jakiej nie znają z góry uczestnicy obrotu będzie prawem efektywnym, skutecznym, sprawiedliwym i ekonomicznie najmniej kosztownym?

Zasygnalizowane powyżej problemy natury ogólnej odsłaniają jednocześnie szereg dalszych kwestii związanych z poszukiwaniem i wypracowywaniem instrumentów oraz rozwiązań kompromisowych pomiędzy wykluczeniem autonomii woli a jej nadmiernym promowaniem kosztem pewności prawa. Ocena przydatności takich prób wymaga obok omówienia samej sankcji nieważności bezwzględnej, przedstawienia ogólnych założeń systematyki wadliwości w wybranych projektach kodyfikacyjnych.

Warto zwrócić uwagę na fakt, że stosowanie omawianego instrumentu w przypadku wymuszania zgodności czynności prawnych z porządkiem prawnym jest pochodną zmian związanych z funkcją prawa prywatnego w kontekście polityki społecznej i ekonomicznej państwa. To zaś łączy się z tendencją do rozwijania wymogów regulacyjnych jako narzędzi ustawowych kontrolujących swobodę umów. W literaturze zwraca się uwagę na pewien przełom ideowy w zakresie roli umów i przenikania prawa prywatnego regulacjami, mającymi na celu ochronę szczególnych wartości ogólnospołecznych, który nastąpił głównie po II wojnie światowej. Wprowadzenie narzędzi ustawowych, nakierowanych na zapewnienie sprawiedliwości społecznej poprzez ochronę słabszych stron w danych rodzajach umów czy w pewnych rodzajach stosunków prawnych (np. obrót B2C), spowodowało, że umowa staje się niekiedy instrumentem do realizacji celów innych niż tylko autonomia prywatna, w szczególności związanych z założeniami tzw. państwa opiekuńczego²³.

Rozwiązanie, w myśl którego kontrola zasad zawierania, formułowania treści i celu, wreszcie wykonywania czynności prawnych, powinna być realizowana przy pomocy środków pozwalających na osiąganie słuszych i rozsądnych rezultatów (tj. bez oddawania szerokiego pola nieważności bezwzględnej w każdym przypadku zaistnienia jej ogólnych przesłanek: naruszenia ustawy lub norm moralnych), powoli krystalizuje się jako stanowisko dominujące.

²³ Tak np. *J. W. Rutgers*, *The Draft Common Frame of Reference, Public Policy, Mandatory Rules and the Welfare State, The Politics of the DCFR 2008*, s. 10–12.