

Marcin Sala-Szczypiński

Zasadność zmiany klauzuli „zasady współżycia społecznego”

Wprowadzenie

Coraz częściej w pracach rozmaitych komisji kodyfikacyjnych oraz w wypowiedziach przedstawicieli doktryny i praktyki podnoszone są postulaty zastąpienia pojęcia „zasady współżycia społecznego” innym kryterium oceny. Okres przemian politycznych i społecznych, wiążący się z częstymi nowelizacjami prawa, wprowadzaniem do niego nowych pojęć, w tym również stanowiących wyraz aksjologicznej otwartości systemu prawa, wymusza konieczność zastanowienia się nad dalszą „użytecznością” zasad współżycia społecznego oraz nad wadami i zaletami ewentualnego zastąpienia tej klauzuli jakimś innym kryterium, na przykład „dobrymi obyczajami”, „dobrą wiarą” (właściwsze w tym kontekście byłoby mówienie nie o zastąpieniu, lecz powrocie do dawnych kryteriów, mają one przecież długą tradycję i ustalone orzecznictwo).

Klauzula zasad współzycia społecznego zaczerpnięta została z systemu prawa sowieckiego i wprowadzona w miejsce tradycyjnych klauzul słuszności, dobrej wiary, uczciwości w obrocie. Jej wprowadzenie zmierzało do ustanowienia nowych jakościowo kryteriów oceny sposobu korzystania z uprawnień. Zwracano uwagę, że o ile wcześniejsze klauzule odwoływały się do przeciętnej czy minimalnej moralności, poszukując uzasadnienia i celów w samych sobie, o tyle „klauzula zasad współzycia była nakierowana na przekształcenie i doskonalenie rzeczywistości, jej dostosowanie do nowych ideologicznych i politycznych wymagań”¹. Takie ujmowanie zasad współzycia społecznego jako reguł zachowania niezbędnych do realizacji celów społeczeństwa socjalistycznego, na długo zaciążyło nad praktycznym stosowaniem i teoretyczną interpretacją tej klauzuli, owa socjalistyczno-moralna konotacja zasad podkreślana była na każdym kroku. Jak zauważa T. Zieliński, „względy językowo-polityczne narzuciły zarazem niektórym teoretykom prawa rozumienie owych «zasad» jako reguł będących produktem wyłącznie socjalistycznej kultury (norm moralności socjalistycznej)”². W takim ujęciu polityka zyskiwała prymat nad moralnością, gdyż polityczny cel (budowa socjalizmu) stanowił kryterium moralności zachowań temu celowi służących – „ogólnie charakteryzując normy specyficzne dla moralności socjalistycznej, można posłużyć się leninowską formułą, zgodnie z którą moralnym jest takie postępowanie, które zbliża zwycięstwo socjalizmu”³.

To właśnie ta silna historyczna relatywizacja klauzuli zasad współzycia w stosunku do reguł moralności socjalistycznej uzasadniać ma zastąpienie jej innymi klauzulami. Przyjmować można bowiem stanowisko uznające, iż liczne wypowiedzi doktryny oraz orzecznictwo narosłe w tej formule interpretacyjnej uniemożliwiają jakiekolwiek odstępstwa od dotychczasowego rozumienia zasad. W moim przekonaniu można

¹ M. Safjan, *Klauzule generalne w prawie cywilnym (przyczynek do dyskusji)*, „Państwo i Prawo” 1990, nr 11, s. 49.

² T. Zieliński, *Klauzule generalne w nowym porządku konstytucyjnym*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 11–12, s. 156.

³ H. Jankowski, *Moralność jako forma świadomości społecznej*, [w:] *Filozofia marksistowska*, Warszawa 1971, s. 619.

jednak prowadzić argumentację w przeciwnym kierunku. Zapewne paradoksalnie dla zwolenników zastąpienia zasad innym kryterium to właśnie uznanie ich precedensowego i wiążącego charakteru umożliwi nadawanie im nowej treści – bo właśnie wytworzone w doktrynie precedensów zasady odstępowania od wcześniejszych orzeczeń, wykazywania istotnych różnic w rozstrzyganych sprawach (odwołujących się do pojęć *ratio decidendi* i *obiter dicta*) pozwolą na nadanie zasadom nowej treści – odpowiadającej zmienionej sytuacji politycznej, ekonomicznej i społecznej. Ostateczne rozstrzygnięcie należeć będzie oczywiście do prawodawcy, zwracać jednak musimy uwagę na fakt, że zachowanie tej klauzuli pozwoli na stopniową, ewolucyjną transformację prawa, bez radykalnego przekreślania dorobku przeszłości, natomiast wprowadzenie nowego kryterium będzie postrzegane jako rewolucyjna zmiana (mam tu na myśli przede wszystkim ewentualne zmiany kodeksu cywilnego, w szczególności jego art. 5 odnoszący się do nadużycia prawa – w innych bowiem gałęziach wspomniane wyżej klauzule, jak dobre obyczaje, już przecież występują). Zmiana taka byłaby pożądana, gdyby rzeczywiście intencją ustawodawcy było odstąpienie od dotychczasowej linii orzecznictwa – wprowadzenie istotnych różnic w merytorycznej treści rozstrzygnięć wydawanych na podstawie przepisów regulujących określone instytucje prawne, a zawierających odesłanie pozaprawne o uznanej funkcji korygującej. W istocie jednak trudno oczekiwać tak radykalnych i daleko idących zmian orzecznictwa. Zasady współżycia społecznego nazywane były, obok określenia „klauzula generalna”, również „klauzulą adaptacyjną” – gdyż jej funkcję można było sprowadzić do adaptacji przepisów *stricti iuris* na użytek konkretnego przypadku, łagodzenia napięć między wymogami prawa pozytywnego a poczuciem sprawiedliwości, bowiem „kodeks nawet najbardziej kompletny nie jest nigdy zakończony, a przed sędzią staje tysiąc nieoczekiwanych sytuacji, ponieważ ustawy raz zredagowane pozostają takie, jak zostały napisane, natomiast ludzie nie stoją nigdy w miejscu, stale działają [...]. Siłą konieczności wiele jest pozostawione do unormowania zwyczajowego, do rozstrzygnięcia przez lu-

dzi wykształconych i sędziego”. Podzielić wypada ten pogląd wyrażony przez Portalisa⁴, jednego z twórców francuskiego kodeksu cywilnego, podkreślający konieczność wprowadzania do treści kodeksu przepisów pozwalających na uwzględnianie w każdym przypadku formalnej i materialnej sprawiedliwości. Ostatecznie więc drugorzędną kwestią wydaje się nazwa klauzuli generalnej, kryteria oceny, do których się ona odwołuje – najistotniejsza jest pełniona przez nią rola i zawarte w niej przyzwolenie dla sędziego do „uelastyczniania” prawa na potrzeby konkretnego przypadku. Można wręcz twierdzić, że nazwa klauzuli generalnej (rodzaj kryterium oceny) zależy wyłącznie od tego, jaką dziedzinę aktywności ludzkiej regulują przepisy zawierające daną klauzulę i w gruncie rzeczy w ograniczonym zakresie wpływa ona na ostateczną treść merytoryczną rozstrzygnięcia.

O wprowadzeniu do systemu prawa polskiego klauzuli zasad współżycia społecznego decydowały względy polityczne i one również zacydować mogą o ewentualnym jej zastąpieniu innym pojęciem – zabieg taki miałby na celu uwiarygodnienie prawa polskiego w skali europejskiej. Niezależnie od faktycznego sposobu stosowania tej klauzuli w minionych latach i obecnie, dla przedstawicieli teorii prawa państw demokratycznych zasady współżycia społecznego stanowiły drogę do ideologizacji i nasycania prawa treściami politycznymi (pozwalając, między innymi, niejednokrotnie na usankcjonowanie prymatu interesu publicznego nad interesem jednostkowym⁵).

Niewątpliwie rację ma M. Safjan, gdy komentując fakt, że zastosowanie tej klauzuli w konkretnych sytuacjach w niczym nie odbiegało od stosowania klasycznych klauzul słusznościowych prawa cywilne-

⁴ Cyt. za: K. Sójka-Zielińska, *Zasada słuszności a założenia kodyfikacyjne w XIX w.*, „Państwo i Prawo” 1974, nr 2, s. 34.

⁵ Zob.: Wyrok Sądu Najwyższego z 26 czerwca 1980, sygn. II CR 164/80, OSNC 1981/4/61: „W przypadku, gdy przedsiębiorstwo zarządzające ściekami komunalnymi, nie chcąc dopuścić do wdarcia się do miasta poprzez kanały ściekowe wysokiej fali powodziowej, zamknęło odpływ tych ścieków do rzeki, wskutek czego doszło do zalania ściekami sąsiednich upraw i powstania szkody, ma zastosowanie przepis art. 142 kc [...], przy czym skoro działanie to było podjęte w interesie ogólnym, a więc także poszkodowanego, odszkodowanie powinno na podstawie przepisu art. 5 kc ulec stosownemu zmniejszeniu”.

go, stwierdza, iż „problem obiektywizacji klauzul generalnych leży w zupełnie innych obszarach, nie zaś w konwencji terminologicznej lub strukturze formalnej klauzuli, pozbawionej przecież własnej, precyzyjnie określonej zawartości treściowej”⁶.

Zbyt chyba jednak lekkomyślne byłoby akceptowanie bez zastrzeżeń poglądu stawiającego znak równości pomiędzy wszystkimi klauzulami słusznosciowymi – różnice w nazwie kryteriów odesłania były zamierzone i przez lata (stulecia!) stosowania znajdowały wyraz w orzecznictwie i poglądach doktryny. Zatrzymajmy się więc choć chwilę nad różnicami w tych klauzulach wskazywanymi w dotychczasowym dorobku nauki.

Klauzule słusznosciowe – porównanie

Odwołanie do dobrych obyczajów znane było klasycznym porządkom prawnym i obecne również na ziemiach polskich – począwszy od wielkich kodyfikacji cywilnych (Kodeks Napoleona, ABGB, BGB), aż po dzień dzisiejszy. Klauzula ta nigdy nie znikła z polskiego ustawodawstwa – nawet bowiem w drugiej połowie XX w., „zdominowanej” przez zasady współżycia społecznego Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, obecna była w zachowanej w mocy ustawie z 2 sierpnia 1926 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (gdzie zrównano ją z umieszczonym w nawiasie określeniem „uczciwość kupiecka”).

Konkretne normy postępowania, wskazywane przez doktrynę i orzecznictwo jako odpowiadające dobrym obyczajom, jak choćby w wypowiedzi, zgodnie z którą „niewątpliwie dobrym obyczajem jest spłata długu przez dłużnika”⁷, mogą być jednocześnie uznane za objęte zasadami współżycia społecznego. Każdy przecież zgodziłby się z twierdzeniem, iż zasady te wymagają spłaty długu – czy też zgodnie

⁶ M. Safjan, *op. cit.*, s. 57.

⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 22 grudnia 2000 r., sygn. I ACa 688/00, OSA 2001/5/28.

z przyjętą przez nas konwencją – iż można sformułować zasadę głoszącą „należy spłacać zaciągnięte długi”.

Wskazać można też poglądy, zgodnie z którymi dobre obyczaje będą „rozumiane przede wszystkim jako normy moralne, lokujące się bliżej tzw. spraw obyczajowych”⁸, choć wydaje się, że takie zawężenie jest równie uprawnione jak rozszerzanie ich poza sprawy obyczajowe – w znacznej mierze ma bowiem w tym kontekście charakter definicji projektującej. Na uwagę zasługuje jednak fakt, iż pojęcie „dobrych obyczajów” występować może samodzielnie bądź też z przydawką modyfikującą (jak przede wszystkim w ustawowym sformułowaniu „dobre obyczaje kupieckie”, choć w języku potocznym spotkać można również wypowiedzi odwołujące się do dobrych obyczajów sąsiedzkich czy rodzinnych).

Bronić można stanowiska przyjmującego „partykularny” charakter dobrych obyczajów – uznającego, iż zasady współżycia społecznego odwołują się do zasad właściwych społeczeństwu, podczas gdy dobre obyczaje można raczej odnieść do postępowania jednostki w określonej dziedzinie, np. działalności gospodarczej. Każda dziedzina działalności wykształca własne dobre obyczaje i inna jest ich treść np. w środowisku handlowców, a inna wśród producentów. Takie stanowisko, uznające zróżnicowanie treściowe dobrych obyczajów (prowadzące w rezultacie do odmiennej oceny jakiegoś zachowania na gruncie tych „poszczególnych odmian” dobrych obyczajów), stawiałoby nas częstokroć przed problemem wzajemnych relacji tych dobrych obyczajów – a co za tym idzie, koniecznością formułowania jakichś reguł kolizyjnych, dyrektyw derogacyjnych itp. Oczywiście „uniwersalistyczne” ujęcie zasad współżycia społecznego pozornie tylko uwalnia nas od tego problemu, bowiem w szczegółowych przypadkach może dojść do identycznych trudności – znacznie jednak rzadziej, nie będą też one niejako *ex definitione* wpisane w to kryterium. Ilustracją powyższych rozważanych problemów może być następujące stwierdzenie: „przy ocenie «dobrych obyczajów» należy więc uwzględnić także zwyczaje handlowe, zatem

⁸ L. Leszczyński, *Jest taka klauzula*, „Rzeczpospolita”, 23 marca 2000.

czynność sprzeciwia się dobrym obyczajom, jeżeli w obrocie handlowym uchodzi za nieetyczną, chociażby inne sfery poza kupcami nie uważały jej za niemoralną. Z drugiej strony nie można uznać za zgodny z dobrymi obyczajami zwyczaju handlowego, który ogół uważa za niemoralny”⁹. Jak widać, komentator w tym wypadku przyjął, iż partykularne obyczaje obowiązujące w środowisku kupieckim nie mogą „szanować” ujemnej kwalifikacji zachowania dokonanej na podstawie ogólnie rozpowszechnionych w społeczeństwie poglądów, z drugiej zaś strony szczegółowa wiedza o praktykach i obyczajach kupieckich dostępna profesjonalnym uczestnikom obrotu handlowego pozwala na ujemną ocenę zachowania, w którym osoby niebędące zawodowymi kupcami nie dostrzegają nic nagannego. Zastanawia owa „jednokierunkowość” relacji pomiędzy ocenami dokonywanymi w odwołaniu do poglądów ogółu społeczeństwa a ocenami jego części wydzielonej w tym wypadku według kryterium wykonywanej działalności, zawodu. Jest to niczym nieuzasadniona niekonsekwencja, jeśli bowiem przyjmie się odrębność „dobrych obyczajów” określonej grupy społecznej czy zawodowej, to trzeba jednocześnie przyjąć także, że jest to odrębność pełna, pozwalająca na zupełnie niezależną od ogólnych standardów ocenę – brak bowiem racji dla uznawania wskazanej „jednokierunkowości”.

Kolejna klauzula spośród wskazywanych jako mogąca zastąpić zasady – dobra wiara (*bona fides*) – ma jeszcze dłuższą tradycję i bogatsze orzecznictwo.

Termin *bona fides* pojawił się w prawie rzymskim około II w. p.n.e.¹⁰, wprowadzony do formułek niektórych skarg (np. z tytułu spółki czy sprzedaży) w upoważnieniu sędziego do orzekania na tyle, ile należało się według dobrej wiary. Funkcje pełnione przez tę klauzulę, które można odczytać i usystematyzować na podstawie kazuistycznych wypowiedzi rzymskich jurystów, były następujące:

⁹ Kodeks handlowy wraz z komentarzem Maurycego Allerhanda, Bielsko-Biała 1998, teza 10 do art. 240.

¹⁰ W. Dajczak, *Zasady współżycia społecznego czy dobra wiara?*, „Rejent” 2001, nr 1, s. 41 i nast. Z cytowanej pracy pochodzą również przytoczone wyżej przykłady funkcji pełnionej przez *bona fides*.

- kryterium interpretacji zgodności postępowania kontrahenta z wymaganym przez prawo standardem (jako postępowanie *contra bona fides* określił Salvius Ulpianus zachowanie lekarza, który przymusił pacjenta do zawarcia pożądanej przez siebie umowy stosując środki grożące jego wzrokowi),
- korygowanie ustalonej przez strony treści umowy (w jednej ze swych opinii żyjący w I w. n.e. Iavolenus uznał, że zawarta na czas określony umowa dzierżawy przestaje wiązać strony przed upływem ustalonego terminu z chwilą, gdy odpadnie cel, dla którego umowa została zawarta),
- uzupełnianie treści czynności prawnej (według wypowiedzi Ulpiana mandatariusz, który użył pieniędzy mandanta do udzielenia pożyczki osobie trzeciej, winien przekazać mu uzyskane odsetki, zaś w wypadku użycia pieniędzy na swoje potrzeby zobowiązany jest do zapłaty odsetek w wysokości przyjętej w danym regionie).

Podstawą konkretyzowania *bona fides* na potrzeby rozstrzyganych przypadków było przekonanie jurystów rzymskich o istnieniu wartości, których urzeczywistnianiu miało służyć prawo. W gruncie rzeczy chodziło więc o przełożenie *ad casum* wartości wiążących się ogólnie z nakazami prawa, takimi jakimi sformułował je Ulpian: żyć uczciwie (*honeste vivere*), nie wyrządzać szkody innemu (*alterum non laedere*), oddać każdemu to, co mu się należy (*suum cuique tribuere*).

Skoro powołane wyżej kryteria funkcjonalnie pełnią rolę identyczną co zasady współżycia społecznego, a przy powszechnej zgodzie dotyczącej funkcjonalnego ich podobieństwa (często przecież są również tożsame treściowo), podstawowym argumentem powoływanym przez zwolenników odejścia od zasad, przemawiającym na rzecz przyjęcia tych innych kryteriów, ma być podkreślenie odcięcia się od dotychczasowego orzecznictwa wypracowanego na gruncie przepisów powołujących zasady – to z całą odpowiedzialnością stwierdzić możemy, że każdy taki głos w dyskusji traktowany może być jako głos wsparcia stanowiska uznającego wiążący charakter orzeczeń formułujących konkretne zasady współżycia społecznego. Nawet jeśli nie w wersji skraj-

nej, *explicite* zakładającej precedensowy charakter takich orzeczeń, to przynajmniej w formule mniej rygorystycznej, podkreślającej znaczący, faktyczny wpływ orzecznictwa wynikający z autorytetu Sądu Najwyższego i jego pozycji oraz funkcji w hierarchii organów sądowych.

Die gute Sitten-Klausel

Klauzule generalne występują nie tylko w polskim ustawodawstwie, korzenie tej konstrukcji sięgają daleko i warto skrótowno choćby odwołać się do doświadczeń doktryny innych państw, porównując sposób stosowania i interpretacji klauzul, które moglibyśmy uznać za odpowiedniki naszych zasad współżycia społecznego.

Niezwykle pouczający okazuje się rzut oka na rozwiązania prawne państw niemieckojęzycznych¹¹, powszechnie kojarzonych z legalistyczną postawą organów państwa i obywateli, w których ustawodawca nader często sięga do konstrukcji generalnej klauzuli odsyłającej. Przykładowo wymienić można klauzule dobrej wiary (*Treu und Glauben*), dobrych obyczajów (*gute Sitten*), interesu publicznego (*öffentliche Interesse*), słuszności (*Billigkeit*), sprawiedliwości (*Gerechtlichkeit*).

Szczególne znaczenie porównawcze ma dla nas klauzula dobrych obyczajów, występująca, przykładowo, jako kryterium oceny ważności czynności prawnej w § 138 Abs 1 niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB), zgodnie z którym „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig”, czy też w § 879 Abs 1 kodeksu austriackiego (ABGB), wedle którego za nieważny (*nichtig, absolut ungültig*) uznajemy „ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstösst”. Klauzula ta pełni zatem we wspomnianych przypadkach rolę identyczną co zasada współżycia społecznego w art. 58 § 2 kc („Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasa-

¹¹ Istnieje tam również niezwykle obszerna literatura tematu, zob. np: J. W. Hademann, *Die Flucht in die Generalklauseln, Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen 1933; F. Haft, *Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht*, „Juristische Schulung” 1975, nr 8.

dami współżycia społecznego”). Dlatego tak cenne mogą być dla nas ustalenia dotyczące sposobu określania treści tej klauzuli oraz przypisywanej jej roli.

Doktryna i orzecznictwo (a nawet sam ustawodawca) starają się dookreślić sens tej klauzuli, rozumianej jako poczucie przyzwoitości, opierające się na słuszności i sprawiedliwości – obejmujące minimum moralności (obyczajowości). Dostrzec można wyraźne dążenie do precyzyjnego zakreslenia granic argumentacji aksjologicznej¹².

Na silnie legalistyczną postawę i daleko posuniętą ostrożność w stosowaniu tej klauzuli silny wpływ wywarły doświadczenia historyczne. Nie zapominajmy, że zaledwie po trzydziestu latach stosowania¹³ *die gute Sitten* zrównane zostały z nowo wynalezionym pojęciem *das gesunde Volksempfinden*, w wyniku czego uznano za sprzeczne z dobrymi obyczajami czynności prawne pomiędzy Aryjczykami a Żydami, podobnie jak sprzeczne z dobrymi obyczajami były czynności cechujące się niedostatecznym odczuciem obowiązku względem kraju ojczystego, w szczególności mające na celu obchodzenie zarządzeń rządowych syndykatów, wydawanych w interesie ojczystego przemysłu zbrojeniowego.

Tak rażące ze współczesnego punktu widzenia przykłady nadużycia tej klauzuli nie przekreśliły w opinii ustawodawcy niemieckiego możliwości jej utrzymania w kodeksie i dalszego stosowania. Podkreśla się ten fakt braku rezygnacji z klauzul pomimo dostrzeganego niebezpieczeństwa nadużyć¹⁴. To silny argument przemawiający również za postulowaną przeze mnie tezą, iż tak naprawdę klauzula generalna zasad współżycia społecznego ma charakter formalny i w jej przypadku najistotniejszy jest sposób ustalania treści – procedura określania poszczególnych zasad oraz wzajemnego ich ważenia. Ten aspekt proceduralny okazuje się znacznie ważniejszy aniżeli próby

¹² K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin 1975, s. 404 i nast.

¹³ *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) uchwalony został przez Sejm Rzeszy w 1896 r., z mocą obowiązującą od 1 stycznia 1900 r.

¹⁴ B. Rütters, *Die unbegrenzte Auslegung*, Frankfurt a. Main 1973.

autorytatywnego rozstrzygnięcia o tym, jaka jest treść zasad. Z drugiej zaś strony historia *gute Sitten* uczy nas, jak niebezpieczne może być pozostawienie całkowitej dowolności w ustalaniu treści klauzul generalnych – niezbędne okazują się choćby ramy proceduralne.

Ustawodawca austriacki daje wskazówkę, jakie czynności i umowy uznawać za sprzeczne z dobrymi obyczajami – wyliczając w ust. 2 § 879 ABGB przykłady absolutnie w jego opinii nieważnych umów. Są to umowy:

- warunkujące jakieś działania od pokątnie zawieranych umów małżeńskich,
- dotyczące „użyczonych matek” (samej umowy z „użyczoną matką” oraz pośredniczenia w wyszukiwaniu *Leihmutter* – kobiet donaszających przeszczepione, zapłodnione jajo innej kobiety),
- obejmujące świadome zbycie przez przyszłego spadkodawcę przedmiotów przeznaczonych w testamencie (zapisie testamentowym) dla innej osoby.

Z pewnością powyższe przykładowe wyliczenie możliwe byłoby do zaakceptowania również na gruncie prawa polskiego i nie wywołałoby sprzeciwu orzeczenia powołującego się na takie właśnie zasady współżycia.

Orzecznictwo dalej twórczo rozwija klauzulę *gute Sitten*, dostarczając wielu kolejnych przykładów, zarówno na dość ogólnikowe, formalne określenie dobrych obyczajów, sposobów ich rozpoznawania i ustalania ich treści, jak i na kazuistyczne określanie sprzeczności zachowania z przedmiotowymi dobrymi obyczajami.

Jako przykład pierwszego przypadku przytoczmy orzeczenie, zgodnie z którym za sprzeczny z dobrymi obyczajami powinien być uznany kontrakt, wtedy „wenn er dem Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft – das ist die Gemeinschaft aller billig und Gerech Denkenden – widerspricht und somit grob rechtswidrig ist. [...] Die guten Sitten werden mit dem ungeschriebenen Recht gleichgesetzt, zu welchem neben den allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch die allgemein anerkannten

Normen der Moral gehören¹⁵. Podkreślić w tym miejscu wypada, iż zawarte w ostatnim zdaniu twierdzenie jest bardzo charakterystyczne – zgodnie z doktryną niemiecką „dobre obyczaje” obejmują szerszy zakres norm zachowania aniżeli tylko normy moralne, uznawane są za normy „celowe”, służące zapewnieniu przetrwania określonej grupie społecznej.

Można również w orzecznictwie odszukać dość kazuistyczne opisy zachowań sprzecznych z dobrą wiarą, jak choćby, na przykład, zaręczenie z osobą zamężną (żoną); wysyłanie niezamawianych reklam faksem w sposób utrudniający codzienne, niezakłócone korzystanie z urzędnictwa przez jego właściciela.

Pomimo nacisków na ograniczenie swobody sędziowskiej, daje się jednak zauważyć, że w potocznym odczuciu klauzule generalne stanowią dla sędziego złożone w jego ręce przez ustawodawcę narzędzie (*ein flexibles legistisches Instrument*) dość nieskrępowanego orzekania, utożsamianego wręcz z prawotwórstwem: „Der Gesetzgeber delegiert mit einer Generalklausel einen Teil seiner Rechtssetzungsmacht an den Rechtsanwender, der im Einzelfall unter Zugrundelegung der in der Generalklausel allgemein umschriebenen Wertungen festzustellen hat, ob ein von einer Partei gewünschtes oder erzielttes rechtliches Ergebnis, den von der Rechtsordnung statuierten Grundwertungen entspricht oder nicht¹⁶”.

W tym miejscu chciałbym przytoczyć jeszcze jedno orzeczenie sądu austriackiego¹⁷, zapadłe na gruncie stanu faktycznego, mogącego niewątpliwie budzić sprzeczne odczucia i wywoływać rozbieżne oceny etyczne. Podstawą wniesienia pozwu był następujący stan faktyczny: aktorka filmów pornograficznych podpisała z producentem kontrakt zobowiązujący ją do udziału w jednym filmie (co obejmowało zarówno filmowanie scen zbliżenia, jak i pracę w studio nad techniczną ob-

¹⁵ OGH in EvBl 1980/117.

¹⁶ <http://info.uibk.ac.at/c/c3/c305/zivilonline/allgteil/sitten.html> (strona uniwersytetu w Innsbrucku).

¹⁷ OGH JBI 1987/334.

róbką materiału filmowego, „dogrywaniem” ścieżki dźwiękowej itp.). Po rozpoczęciu zdjęć i zrealizowaniu części filmu zawarła ona związek małżeński i na prośbę małżonka odmówiła dalszej pracy nad filmem. Wobec powyższego producent filmowy wniósł sprawę do sądu, domagając się nakazania pozwanej powrotu do pracy (umowa owa zakwalifikowana została jako *Arbeitsvertrag*) bądź zapłaty odszkodowania. Istotne przy tym jest, iż powód powoływał się na inną klauzulę generalną, mianowicie klauzulę dobrej wiary (*Treu und Glauben*), która służy ocenie zachowania dłużnika („Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit dem Rucksicht auf die Verkehrsitte es erfordern”).

Rozstrzygnięcie powyższej sprawy pozwoliło na sformułowanie tezy, że strona, która samodzielnie zawarła umowę o treści sprzecznej z dobrymi obyczajami (przy czym była ona świadoma faktu tej sprzeczności), zwolniona jest z obowiązku dotrzymania umowy i realizacji wynikających z niej zobowiązań.

Na nieważność umowy może powoływać się także ta strona, która sama wykroczyła przeciwko dobrym obyczajom (w tym wypadku oznaczałoby to więc przełamanie „zasady czystych rąk”). Nie bierze się przy tym pod uwagę faktu, iż strona ta narusza jednocześnie wymagania dobrej wiary. Zdaniem OGH zaufanie do drugiej strony kontraktu ma w tym konkretnym przypadku znacznie mniejsze znaczenie aniżeli wola aktorki oraz jej męża, aby odstąpić od zawartej umowy, powołując się na jej nieważność wynikającą z naruszenia dobrych obyczajów.

Powyższe, z konieczności przedstawione w telegraficznym skrócie uwagi, pozwalają stwierdzić, że znana prawu krajów niemieckojęzycznych klauzula dobrych obyczajów, wykazuje wiele podobieństw do polskich zasad współżycia społecznego – podobnie jak wiele podobieństw wykazuje społecznie akceptowana moralność tych krajów. Fakt, iż skłonni bylibyśmy zaakceptować merytoryczną treść orzeczeń wydawanych w oparciu o klauzulę „dobrych obyczajów”, różniącą się nazwą od „zasad współżycia społecznego”, przekonuje nas, że znacznie większą rolę odgrywa tu aspekt funkcjonalny klauzul, formalny sposób

ich stosowania i ustalania treści. Również niemieckie doświadczenia historyczne przekonują nas, iż nie ma potrzeby rezygnować z klauzuli zasad współżycia społecznego, pomimo faktu, iż wielokrotnie była ona w przeszłości stosowana w nieprawidłowy sposób czy nadużywana.

Podsumowanie

Przekonany jestem, iż brak uzasadnionych podstaw przemawiających na rzecz zastępowania zasad współżycia społecznego jakimkolwiek innym kryterium oceny, jakimkolwiek innym odesłaniem. Klauzule odsyłające, co wielokrotnie podkreślałam i co jednoznacznie wynika z przytoczonej literatury, nie odsyłają nas do spetryfikowanego, formalnie skodyfikowanego systemu norm. Stanowią one kompetencję dla organu orzekającego do ustalenia treści takiej normy na potrzeby rozstrzygnięcia konkretnego przypadku, wskazując jedynie określony kierunek poszukiwań – a jest to kierunek zbieżny dla wszystkich klauzul słusznościowych. Jego odchylenia wynikać mogą z różnych historycznie korzeni danej klauzuli, odmiennego kontekstu jej dotychczasowego stosowania – jednak nie są całkowicie zdeterminowane merytorycznie nazwą klauzuli. Ostatecznie bowiem „rzecz jednak nie tylko w tym, jakie klauzule są stosowane i czy zasadne jest ich wprowadzenie do prawa pozytywnego, ale jak są one stosowane”¹⁸. Podstawową rolę odgrywać bowiem będzie często wyłącznie intuicyjne poczucie prawa słusznego, żywione przez organ orzekający i to ono właśnie zadecyduje o kierunku poszukiwań ocen i wartości stosowanych w konkretnym przypadku.

¹⁸ M. Safjan, *op. cit.*, s. 51.