

Szymon Osmola

Teoria prawa umów

Autonomia, efektywność,
sprawiedliwość

JURYSPRUDENCJA

15/2021



WYDAWNICTWO
UNIWERSYTETU
ŁÓDZKIEGO

JURYSPRUDENCJA

15/2021

Szymon Osmola

Teoria prawa umów

Autonomia, efektywność,
sprawiedliwość



WYDAWNICTWO
UNIwersytetu
ŁÓDZKIEGO

Łódź 2021

Szymon Osmola – Europejski Instytut Uniwersytecki, Florencja

REDAKTORZY

Marek Zirk-Sadowski (Uniwersytet Łódzki), *Tomasz Bekrycht* (Uniwersytet Łódzki)
Bartosz Wojciechowski (Uniwersytet Łódzki)

SEKRETARZ

Robert Krason (Uniwersytet Łódzki)

RADA PROGRAMOWA

Andrzej Bator (Uniwersytet Wrocławski), *Tadeusz Biernat* (Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego), *Stanisław Czepita* (Uniwersytet Szczeciński), *Tomasz Gizbert-Studnicki* (Uniwersytet Jagielloński), *Mariusz Golecki* (Uniwersytet Łódzki), *Małgorzata Król* (Uniwersytet Łódzki), *Grzegorz Leszczyński* (Uniwersytet Łódzki), *Jerzy Leszczyński* (Uniwersytet Łódzki)
Leszek Leszczyński (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie), *Lech Morawski* (Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu), *Tomasz Pietrzykowski* (Uniwersytet Śląski)
Marek Smolak (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu), *Tomasz Stawecki* (Uniwersytet Warszawski), *Sylwia Wojtczak* (Uniwersytet Łódzki), *Jerzy Zajadło* (Uniwersytet Gdański)
Wojciech Zahuski (Uniwersytet Jagielloński)

RECENZENT

Wojciech Ciszewski

REDAKTOR INICJUJĄCY

Monika Borowczyk

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Anna Pisarek

KONCEPCJA GRAFICZNA OKŁADKI I STRON TYTUŁOWYCH

Katarzyna Turkowska

PROJEKT OKŁADKI

Agencja Reklamowa efectoro.pl

© Copyright by Szymon Osmola, Łódź 2021

© Copyright for this edition by Uniwersytet Łódzki, Łódź 2021

Publikacja sfinansowana przez Narodowe Centrum Nauki
(projekt badawczy nr 2017/27/N/HS5/01156)

Wydane przez Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
Wydanie I. W.10123.20.0.M

Ark. wyd. 6,8; ark. druk. 7,0

ISBN 978-83-8220-451-3
e-ISBN 978-83-8220-452-0

<https://doi.org/10.18778/8220-451-3>

Moim Rodzicom

Spis treści

Przedmowa	9
Rozdział I. Teoria prawa umów	11
Wprowadzenie. Fundamentalne pytania teorii prawa umów.....	11
1.1. Współczesne teorie prawa umów.....	13
1.2. Teoria prawa umów – kwestie metodologiczne.....	15
1.3. Streszczenie.....	19
Rozdział II. Teorie oparte na autonomii woli	23
Wprowadzenie.....	23
2.1. Czym jest autonomia woli?.....	24
2.2. Umowa jako obietnica.....	26
2.3. Odmiennie znaczenie obietnic i umów dla autonomii woli.....	29
2.4. Odmiennie konwencje stojące u podstaw obietnic i umów.....	34
Podsumowanie.....	38
Rozdział III. Teorie oparte na efektywności	41
Wprowadzenie.....	41
3.1. Czym jest efektywność ekonomiczna?.....	42
3.2. Koszty transakcyjne.....	47
3.3. Efektywność a moc wiążąca umów.....	51
3.4. Wady teorii opartych na efektywności.....	55
3.5. Postulaty integracyjne w teorii prawa umów.....	57
Podsumowanie.....	60
Rozdział IV. Teorie oparte na sprawiedliwości	63
Wprowadzenie.....	63
4.1. Czym jest sprawiedliwość?.....	64
4.2. Sprawiedliwość komutatywna i doktryna słusznej ceny.....	68
4.3. Sprawiedliwość transakcyjna.....	72
4.4. Sprawiedliwość relacyjna.....	76
4.5. Sprawiedliwość naprawcza i teza o kontynuacji.....	81
4.6. Sprawiedliwość dystrybutywna a prawo umów.....	84
Podsumowanie.....	88
Rozdział V. Zintegrowana teoria prawa umów	91
Wprowadzenie.....	91
5.1. Zintegrowana teoria prawa umów. Sformułowanie.....	93
5.1.1. Integracja teorii opartych na autonomii woli i sprawiedliwości.....	93
5.1.2. Integracja teorii opartych na efektywności.....	96

5.2. Zintegrowana teoria prawa umów. Zastosowania.....	98
5.2.1. Zawieranie umów konsumenckich.....	99
5.2.2. Treść umów konsumenckich	100
5.2.3. Egzekwowanie umów konsumenckich.....	102
Podsumowanie.....	105
Zakończenie.....	107
Literatura	109

Przedmowa

Zadaniem niniejszej książki jest wprowadzenie do problematyki teorii prawa umów, a więc dziedziny refleksji dotyczącej filozoficznych zagadnień związanych z umowami i dotyczącymi ich regulacjami prawnymi. Nie są to zatem rozważania z zakresu generalnej filozofii prawa, która stara się odpowiedzieć na pytania dotyczące natury prawa jako takiego. Ograniczają się one do próby uzasadnienia istnienia określonej gałęzi prawa – prawa umów, a więc jednego z najważniejszych elementów współczesnych porządków prawnych, stanowiącego nieodłączną część życia każdego z nas. Codziennie zawieramy różnego typu umowy, a czasami jesteśmy również zmuszeni do ponoszenia określonych konsekwencji ich niedotrzymywania. W związku z tym czymś naturalnym jest filozoficzny namysł nad znaczeniem i celem istnienia umów, a także funkcjami dziedziny prawa regulującej powstawanie, wykonywanie i egzekwowanie zobowiązań umownych.

Celem teorii prawa umów, a zatem również tej książki, jest zidentyfikowanie takich pytań i próba znalezienia na nie odpowiedzi. Tym samym niniejsze rozważania mają za zadanie wypełnienie znaczącej luki w polskiej literaturze, bardzo rzadko zajmującej się tego typu fundamentalnymi pytaniami dotyczącymi umów. Z uwagi na kluczowe znaczenie umów dla każdego z nas, a także na abstrakcyjny charakter przeprowadzanych analiz, książka ta jest więc adresowana nie tylko do prawników, ale również filozofów, ekonomistów, socjologów czy politologów, jak również wszystkich innych zainteresowanych prawem umów. W założeniu jest ona nie tyle typową akademicką monografią, co raczej filozoficznym esejem o teorii prawa umów. Analizowane zagadnienia przedstawione są językiem możliwie prostym, zrozumiałym dla czytelników niezaznajomionych z żargonem prawniczym czy ze skomplikowanym aparatem pojęciowym współczesnej filozofii. W celu zilustrowania poruszanych zagadnień przywoływane są proste przykłady, a odwołania do poszczególnych instytucji prawa umów mają charakter incydentalny – z wyjątkiem ostatniego rozdziału książki, który prezentuje możliwe zastosowania rozwijanej tu teorii do konkretnych porządków prawnych. Głównym zamierzeniem autora jest przy tym zainteresowanie czytelników tematyką teorii prawa umów i zachęcenie ich do własnych rozważań.

Napisanie tej książki nie byłoby możliwe bez współudziału wielu osób, wobec których zaciągnąłem ogromny, choć niemający charakteru umownego, dług wdzięczności. Szczególne podziękowania jestem winien Wojciechowi Załuskiemu za nieustanne wsparcie i bezcenne rady, którymi obdarzał mnie nie tylko

przez cały czas powstawania niniejszej pracy, ale od samego początku mojej ścieżki akademickiej. Liczne rozmowy przeprowadzone z Hansem Micklitzem, Hanochem Daganem oraz Martijnem Hesselinkiem, wybitnymi znawcami prawa umów i jego teorii, w znacznej mierze wpłynęły na moje podejście do tej tematyki. Mateuszowi Grochowskiemu dziękuję za wnikliwe uwagi dotyczące pierwszej wersji książki oraz cenne wskazówki bibliograficzne. Agacie Poznańskiej – za wsparcie edytorskie i emocjonalne. Paniom Monice Borowczyk oraz Annie Pisarek z Wydawnictwa Uniwersytetu Łódzkiego – za nieocenioną pomoc w procesie redakcyjnym. Wreszcie, dziękuję za wszystko moim Rodzicom, którym dedykuję niniejszą książkę.

Badania w ramach niniejszego projektu zostały sfinansowane przez Narodowe Centrum Nauki (projekt badawczy nr 2017/27/N/HS5/01156).

Rozdział I

Teoria prawa umów

Wprowadzenie. Fundamentalne pytania teorii prawa umów

Niniejsza książka stanowi wstęp do problematyki teorii prawa umów. W związku z tym na samym początku należy zastanowić się, czym jest teoria prawa umów, szczególnie że przyjęte tutaj rozumienie tego terminu może różnić się od znaczenia przypisywanego mu w polskiej literaturze. Jak wynika z przedmowy, jest to dziedzina zajmująca się filozoficznymi zagadnieniami dotyczącymi umów oraz prawa umów. Jakie to zagadnienia? Otóż wydaje się, że ich istotę można sprowadzić do trzech pytań, które nazwiemy pytaniem ontologicznym, pytaniem normatywnym oraz pytaniem instytucjonalnym.

Pytanie ontologiczne teorii prawa umów brzmi po prostu: (1) Czym jest umowa? Dotyczy ono zatem natury czy esencji umowy. Pytanie to możemy sformułować również w nieco inny sposób: (1a) O czym mówimy, kiedy mówimy o umowach? Innymi słowy, jest to pytanie o definicję umowy. Nie chodzi przy tym o definicję czysto prawniczą, jak chociażby tę mówiącą, że istotą umowy jest „zgodny zamiar stron doprowadzenia do wywołania powstania, zmiany lub ustania skutków prawnych”, a „[z]awierając umowę, zobowiązują się one [strony] zarazem do jej wykonania”¹. Odpowiedź na pytanie ontologiczne powinno mieć zarówno prostszy, jak i bardziej abstrakcyjny charakter. Przykładem takiej odpowiedzi, której analizą zajmiemy się w rozdziale II, jest uznanie umowy za obietnicę lub wymianę obietnic. Choć odpowiedź taka zmusza nas do zadawania dalszych pytań (Czym jest obietnica?), to rzuca ona nieco światła na charakter umów i mówi nam coś o ich funkcji i znaczeniu w życiu człowieka.

Pytanie normatywne teorii prawa umów brzmi: (2) Jakie są racje dla mocy wiążącej umów?² Inaczej można je sformułować następująco: (2a) Dlaczego umów należy dotrzymywać? O ile poprzednie pytanie miało charakter analityczny,

¹ A. Brzozowski, *Umowy*, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. K. Osajda, C.H. Beck, Warszawa 2019, s. 472–473.

² Pytania (1) i (2) pojawiają się w bardzo podobnej formie u S. Smitha, *Contract Theory*, Oxford University Press, Oxford 1993, s. 41–51; pytanie (3) jest natomiast inspirowane przez R. Craswella, *Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising*, „Michigan Law Review” 1989, t. 88, nr 3, s. 489–529.

pytanie normatywne wykracza poza kwestie definicyjne. Szczególnie istotny jest tutaj fakt, iż umowy co do zasady podlegają egzekucji. Oznacza to, że jeżeli ktoś nie wywiązuje się ze swoich zobowiązań umownych względem innych, możliwe jest użycie przymusu państwowego w celu zmuszenia tej osoby do respektowania tych zobowiązań. Może to nastąpić poprzez zmuszenie jej do wykonania zobowiązania o konkretnej treści, zapłaty odszkodowania, innej formy zadośćuczynienia czy w jeszcze inny sposób. Niezależnie od formy, jaką ten przymus przybiera, egzekucja umów wiąże się ze zmuszeniem danej jednostki do uczynienia czegoś wbrew jej woli. We współczesnych liberalnych społeczeństwach tego typu użycie przymusu przez państwo wobec jednostki zawsze powinno wiązać się z odpowiednim jego uzasadnieniem. Stąd normatywne pytanie prawa umów odnosi się do racji, dla których umowy podlegają egzekucji. Przykładem odpowiedzi na pytanie normatywne, którym zajmujemy się szczegółowo w rozdziale IV, jest uznanie, że dotrzymywanie umów jest kwestią odpowiednio rozumianej sprawiedliwości, a ich egzekucja pomaga w realizacji zasad sprawiedliwości w ramach danego społeczeństwa.

Pytanie instytucjonalne teorii prawa umów brzmi: (3) Jaki kształt powinny przybrać instytucje prawa umów? Już pytanie normatywne sugerowało znaczenie instytucjonalnego aspektu prawa umów – egzekucja postanowień umownych wymaga bowiem istnienia odpowiednich organów, takich jak sądy, komornicy czy pełnomocnicy procesowi stron. Pytanie instytucjonalne idzie o krok dalej. Zwraca ono uwagę na ścisły związek umowy z jednej strony, i prawa umów z drugiej; sygnalizuje, że umowy nie są jedynie ciekawym zagadnieniem filozoficznym, ale mają również aspekt praktyczny, wyrażający się właśnie w istnieniu odpowiednich regulacji, instytucji, doktryn i organów. Przykładem odpowiedzi na pytanie instytucjonalne, o której powiemy więcej w rozdziale III, jest uznanie efektywności ekonomicznej za kryterium determinujące kształt, jaki powinny przybrać instytucje prawa umów.

Trzy powyższe pytania oraz towarzyszące im odpowiedzi są wzajemnie powiązane. Fakt, że umowy podlegają egzekucji, w znacznej mierze wpływa zarówno na rozważania dotyczące ich natury, jak i kształtu, jaki powinny przybrać instytucje prawa umów. Odpowiedź na pytanie normatywne częściowo determinuje zatem odpowiedzi na pytania ontologiczne i instytucjonalne. Zależność ta działa oczywiście również w odwrotnym kierunku – dana odpowiedź na pytania ontologiczne i instytucjonalne ma istotne znaczenie dla odpowiedzi na pytanie normatywne. Siłą rzeczy kolejność poszukiwania przez nas odpowiedzi na poszczególne pytania wpływa na całościowy kształt rozwijanej przez nas teorii prawa umów – pomimo faktu, że wszystkie trzy powyższe pytania należy uznać za równoważne. Jak jednak zobaczymy w toku dalszych rozważań, różne teorie prawa umów przykładają różną wagę do każdego z tych pytań. Kolejna sekcja przybliży trzy główne grupy współczesnych teorii prawa umów – teorie oparte na autonomii woli, teorie oparte na efektywności oraz teorie oparte na sprawiedliwości

– i wskazuje, które z powyższych pytań uznają one za najistotniejsze. Położy to fundamenty pod ich bardziej szczegółową analizę, przeprowadzoną w dalszych rozdziałach pracy. Sekcja 2 zawiera dalsze rozważania dotyczące natury i celów teorii prawa umów, przede wszystkim w odniesieniu do pokrewnej dziedziny dogmatyki prawa umów oraz na tle dotychczasowej literatury przedmiotu. Sekcja 3 zawiera krótkie streszczenie kolejnych rozdziałów książki, pozwalające na rozwinięcie i doprecyzowanie niektórych z poruszanych tutaj wątków.

1.1. Współczesne teorie prawa umów

Umowy i prawo umów to jeden z fundamentów współczesnych społeczeństw liberalnych opartych na zasadach gospodarki wolnorynkowej. Nie powinno zatem dziwić, że rozważania podobne do prezentowanych w tej książce znaleźć można również u wybitnych myślicieli, których prace położyły fundamenty pod powstanie takich społeczeństw. Nie chodzi tutaj wyłącznie o kluczowe dla myśli oświeceniowej prace Hobbesa, Rousseau czy Kanta dotyczące umowy społecznej, ale również o te poświęcone umowom i prawu umów jako takiemu. Szczególne znaczenie prawo umów miało dla prac przedstawicieli tak zwanej nowożytnej szkoły prawa naturalnego, której czołowymi przedstawicielami byli tacy myśliciele jak Hugo Grocjusz czy Samuel Pufendorf. Najbardziej wnikliwą analizę umów, będącą zresztą pod silnym wpływem nowożytnej szkoły prawa naturalnego, zaproponował jednak u progu ery nowożytnej David Hume w *Traktacie o naturze ludzkiej*. Jego rozważania stały się inspiracją nie tylko dla tworzących bezpośrednio po nim myślicieli, jak chociażby Adam Smith, ale również dla współczesnych badaczy zajmujących się teorią prawa umów.

Hume uznawał umowy i prawo umów za jeden z fundamentów społeczeństwa, pozwalający na skuteczną koordynację działań jego członków³. Koordynacja ta przyczynia się do wzrostu bogactwa społecznego, przy jednoczesnym poszanowaniu wolności jednostek – Hume, jak wszyscy myśliciele liberalni, przywiązywał dużą wagę do zasady swobody umów. Co więcej, cnota dotrzymywania przyrzeczeń – która to kategoria obejmowała zarówno obietnice, jak i umowy – stanowiła jeden z kluczowych elementów teorii sprawiedliwości Hume’a, obok cnót poszanowania cudzej własności oraz posłuchu wobec rządzących⁴. Jak zatem widzimy, Hume utożsamiał z umowami i prawem umów trzy podstawowe wartości – wolność, bogactwo oraz sprawiedliwość – które, w jego ujęciu, razem stały u podstaw tego prawa i bezkonfliktowo się uzupełniały. Odwołanie się do

³ D. Hume, *Traktat o naturze ludzkiej*, tłum. C. Znamierowski, Aletheia, Warszawa 2005, s. 595–603.

⁴ Por. G. Postema, *Hume's Reply to the Sensible Knave*, „History of Philosophy Quarterly” 1988, t. 5, nr 1, s. 23–40.

tych wartości pozwoliło mu na sformułowanie wstępnej odpowiedzi na normatywne pytanie teorii prawa umów⁵. Jednocześnie nie przykładał on większej wagi do ontologicznego i instytucjonalnego aspektu prawa umów w rozumieniu przedstawionym wyżej.

Mimo tego, że Hume poświęcił powyższym zagadnieniom stosunkowo mało miejsca, jego rozważania można zinterpretować jako inspirację dla najważniejszych grup współczesnych teorii prawa umów. W dalszych rozdziałach tej książki analizowane są trzy takie grupy teorii: teorie oparte na autonomii woli, teorie oparte na efektywności (teorie ekonomiczne) oraz teorie oparte na sprawiedliwości (teorie sprawiedliwościowe). Każda z tych grup teorii za fundamentalną zasadę prawa umów uznaje jedną z wartości, do których odwoływał się Hume przy okazji rozważań nad cnotą dotrzymywania obietnic, a więc wolności, bogactwa lub sprawiedliwości. Oczywiście pytania, które stawia współczesna teoria prawa umów w odniesieniu do tych zasad, są o wiele bardziej precyzyjne, niż miało to miejsce u Hume'a. Współczesne teorie są również świadome faktu, że pojęcia autonomii woli, efektywności ekonomicznej i sprawiedliwości są podatne na kontestację i mogą być rozumiane na wiele różnych sposobów. Co więcej, te sposoby – przynajmniej w niektórych interpretacjach – mogą stać ze sobą w konflikcie. Pozwolenie jednostkom na pełne wyrażenie i realizację ich autonomii woli może prowadzić do rezultatów wątpliwych z punktu widzenia efektywności lub sprawiedliwości. Podobnie skupienie się wyłącznie na maksymalizacji dobrobytu społecznego czy dążeniu do różnie rozumianej sprawiedliwości może narażać na szwank realizację pozostałych wartości, potencjalnie realizowanych przez prawo umów. Kwestie te będą szczegółowo analizowane w kolejnych partiach książki, a ich zapowiedź znajduje się w streszczeniu zamieszczonym w ostatniej sekcji tego rozdziału.

W tym miejscu warto jedynie zauważyć, iż każda z wymienionych grup teorii prawa umów – teorii opartych na autonomii woli, teorii ekonomicznych oraz teorii sprawiedliwościowych – uznaje za kluczowe inne z trzech wspomnianych wyżej pytań. Dla teorii opartych na autonomii woli będzie to pytanie ontologiczne – większość z nich stara się przede wszystkim znaleźć odpowiedź na pytanie, czym jest umowa, i dopiero w tym kontekście szukać odpowiedzi na pytanie normatywne oraz pytanie instytucjonalne. Jak zobaczymy w rozdziale II, duża część tych rozważań sprowadza się do kwestii, czy umowa stanowi obietnicę lub wymianę obietnic, czy też jest fenomenem podobnym, ale jednak odrębnym od obietnicy. Dla teorii ekonomicznych najważniejsze jest pytanie instytucjonalne. Innymi słowy, znaczenie ma dla nich przede wszystkim to, w jaki sposób powinny być zaprojektowane instytucje prawa umów. Dopiero wtedy, kiedy poznamy odpowiedź na to pytanie – dla teorii ekonomicznych jest

⁵ Zob. też Ch. Fried, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Oxford University Press, New York 2015, s. 15.

ona naturalnie związana z kryterium efektywności – możemy zastanawiać się nad abstrakcyjnymi pytaniami o naturę umów i racje dla ich mocy wiążącej. Z kolei teorie sprawiedliwościowe za najważniejsze uznają pytanie normatywne. Tylko wtedy, kiedy jesteśmy w stanie uzasadnić fakt, iż umowy podlegają prawnej egzekucji, a więc pod groźbą użycia przymusu wobec jednostek, możemy dalej zastanawiać się nad ich naturą oraz konkretnym kształtem, jaki powinno przyjąć prawo umów.

Znaczna część przeprowadzonych w niniejszej książce rozważań poświęcona jest analizie i krytyce istniejących teorii opartych na autonomii woli, teorii ekonomicznych oraz teorii sprawiedliwościowych. Jak zobaczymy, każda z nich ma swoje mocne i słabe strony, co po części wynika z faktu, że uznają one za kluczowe inne z trzech fundamentalnych pytań teorii prawa umów. Ostatni rozdział poświęcony zostanie próbie zarysowania własnej, integralnej teorii prawa umów, która łączyłaby mocne strony każdej z trzech grup teorii, bez jednoczesnego powielania ich wad. Próba ta może być rozumiana jako reinterpretacja koncepcji Hume'a, w której wolność (autonomia woli), bogactwo (efektywność) oraz sprawiedliwość łącznie stoją u podstaw prawa umów. Będzie to więc propozycja pluralistycznej teorii prawa umów. Uprzedzając nieco te rozważania, możemy jednak wspomnieć, że – podobnie jak teorie sprawiedliwościowe – za kluczowe pytanie związane z prawem umów teoria ta będzie uznawać normatywne pytanie o racje dla mocy wiążącej umów. Z tego względu, mimo że wykorzystywać będzie również osiągnięcia teorii opartych na autonomii woli i teorii ekonomicznych, w gruncie rzeczy będzie to odmiana teorii sprawiedliwościowej. Zanim jednak przejdziemy do tych merytorycznych rozważań, warto w tym miejscu pochylić się nad dalszymi zagadnieniami metodologicznymi związanymi z teorią prawa umów, którym poświęcona jest następna sekcja.

1.2. Teoria prawa umów – kwestie metodologiczne

Ontologiczne, normatywne oraz instytucjonalne pytania teorii prawa umów to pytania o charakterze filozoficznym, charakteryzujące się dużą abstrakcyjnością. Jak widzieliśmy w poprzedniej sekcji i zobaczymy w dalszych rozdziałach, w poszukiwaniu na nie odpowiedzi teoria prawa umów odwołuje się do fundamentalnych zasad lub wartości – autonomii woli, efektywności lub sprawiedliwości. Nie zmienia to jednak faktu, że prawo umów jest instytucją od początku ukierunkowaną na praktykę. Umowy zawieramy w celu wywołania określonych skutków lub osiągnięcia określonych korzyści. Instytucje prawa umów służą ułatwieniu realizacji tych celów, przy jednoczesnym poszanowaniu analogicznych celów innych jednostek. Prawo umów oferuje wiele mniej lub bardziej szczegółowych narzędzi służących do realizacji tego zadania. Przykładami takich narzędzi w polskim systemie prawa są chociażby uregulowania dotyczące składania ofert

i ich akceptacji, przepisy dotyczące tak zwanych umów wzajemnych, klauzula *rebus sic stantibus* wyrażona w art. 357¹ kc czy konstrukcja nadużycia prawa podmiotowego, regulowana przez art. 5 kc. Również te przepisy są wyrazem pewnych zasad istotnych dla prawa umów, takich jak ochrona stron przed nadmiernymi trudnościami lub rażącymi stratami związanymi z nadzwyczajną zmianą okoliczności (w przypadku klauzuli *rebus sic stantibus*) lub konieczność respektowania społeczno-gospodarczych funkcji danych prawa i zasad współżycia społecznego (w przypadku konstrukcji nadużycia prawa).

Tego typu zasady, jak wskazuje Marek Safjan, wyodrębnia się zazwyczaj „poprzez uogólnienie szczegółowych, cząstkowych rozwiązań prawnych, którym towarzyszy podobna idea czy założenie aksjologiczne”⁶. Mogą one dotyczyć nie tylko konkretnych instytucji prawa umów, ale również kwestii istotnych dla całego prawa umów, ale o specyficznym charakterze, jak chociażby kwestie europeizacji prawa umów⁷ czy wpływu konstytucyjnego zakazu dyskryminacji na zasadę swobody umów⁸. Takie zasady mogą wreszcie dotyczyć jedynie poszczególnych typów umów, na przykład umów agencyjnych, umów o dzieło czy umów konsumenckich, lub jedynie wybranych aspektów takich umów. Zasady te mają charakter odmienny od zasad autonomii woli, efektywności czy sprawiedliwości, które teorie prawa umów uznają za fundamentalne zasady tej gałęzi prawa. Choć między obiema grupami zasad zachodzą niewątpliwe związki, tylko druga grupa zasad i teorii ich dotyczących zajmuje się fundamentalnymi pytaniami o naturę umów i zobowiązań umownych (pytanie ontologiczne), racje dla ich mocy wiążącej (pytanie normatywne) oraz generalny kształt, jaki powinno przybrać prawo umów (pytanie instytucjonalne).

Wyróżnienie szczegółowych i ogólnych zasad prawa umów pozwala na wyodrębnienie teorii prawa umów od dogmatyki prawa umów. O ile dogmatyka prawnicza skupia się przede wszystkim na bardziej szczegółowych zasadach, teoria prawa umów koncentruje się na najbardziej ogólnych. Dodatkowo obie dziedziny skupiają się na różnych funkcjach, które zasady te mogą pełnić w prawie umów. Jak wskazuje się w literaturze, są to najczęściej funkcja dyrektywna oraz funkcja porządkująca⁹. Funkcja dyrektywna zasad dotyczy sfery interpretacji i wykładni prawa, ma więc wymiar praktyczny – pomaga w rozwiązywaniu konkretnych problemów praktycznych. Funkcja porządkująca zasad dotyczy natomiast zrozumienia prawa umów, jego znaczenia dla całości systemu prawnego i miejsca w życiu człowieka. Rozróżnienie między teorią prawa umów

⁶ M. Safjan, *Zasady prawa prywatnego*, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. idem, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 318.

⁷ *The Foundations of European Private Law*, red. R. Brownsword, H. Micklitz, L. Niglia, S. Weatherill, Hart Publishing, Oxford 2011.

⁸ J. Basedow, *Freedom of Contract in the European Union*, „European Review of Private Law” 2008, t. 16, nr 6, s. 901–923.

⁹ M. Safjan, *Zasady prawa prywatnego*, s. 326.

a rozważaniami dogmatycznymi przebiega wzdłuż powyższego podziału: podczas gdy dla teoretyków kluczowe znaczenie ma funkcja porządkująca zasad¹⁰, dla dogmatyków będzie to ich funkcja dyrektywna. Nie istnieje oczywiście ostra granica między obiema funkcjami zasad. Wręcz przeciwnie, są one ściśle ze sobą związane. Zrozumienie znaczenia prawa umów dla życia człowieka jest przecież kluczowe nie tylko dla celów czysto poznawczych, ale może być również niezwykle przydatne dla wykładni prawa w bardzo konkretnych sytuacjach. Z drugiej strony, każda zasada prawa umów spełniająca funkcję dyrektywną stanowi już pewne uogólnienie, w związku z czym pełni w tym zakresie funkcję porządkującą. Ścisły związek funkcji porządkującej oraz funkcji dyrektywnej zasad prawa umów implikuje zatem równie ścisły związek teorii z dogmatyką prawniczą. Różnica między nimi sprowadza się zatem raczej do odmiennego rozłożenia akcentów w podejściu do prawa umów oraz innego poziomu abstrakcji, niż do bardziej fundamentalnych kwestii. Teoretycy prawa umów mogą się wiele nauczyć od dogmatyków i *vice versa*.

Mimo to istnieje jednak jedna zasadnicza różnica między dogmatyką prawniczą a teorią prawa umów w przedstawionym wyżej rozumieniu. Dogmatyka prawnicza zawsze jest dogmatyką konkretnego systemu lub porządku prawnego. Możemy mówić o dogmatyce prawa polskiego, niemieckiego, amerykańskiego czy europejskiego, ale trudno mówić o dogmatyce prawa w ogóle, to jest abstrahującej od istniejących w danym miejscu uregulowań. Z gruntu filozoficzne rozważania z zakresu teorii prawa umów są wolne od tego ograniczenia. Pytanie ontologiczne, normatywne oraz instytucjonalne można postawić w sposób abstrakcyjny, bez odniesienia ich do jakiegokolwiek istniejącego systemu czy porządku prawnego. Najbardziej fundamentalne zasady, wartości i pojęcia będące przedmiotem teorii prawa umów można skutecznie odnieść do wszystkich lub przynajmniej zdecydowanej większości porządków prawnych, pomimo lokalnych różnic w sposobie ich doktrynalnego sformułowania¹¹. Zasady autonomii woli, efektywności ekonomicznej oraz sprawiedliwość powinny (lub nie) obowiązywać w każdym porządku prawnym, a dotyczące ich pytania teorii prawa umów są niezmiennie i niezależne od kontekstu, w jakim zostały postawione.

Właśnie w taki sposób – abstrakcyjny, w oderwaniu od konkretnego porządku prawnego – prowadzone będą dalsze rozważania. Wykorzystywane w książce przykłady nie odwołują się do konkretnych instytucji prawnych, a nieliczne odwołania do takowych będą miały wyłącznie funkcję eksplanacyjną – służyć będą zilustrowaniu abstrakcyjnych rozważań filozoficznych związanych z pytaniami ontologicznym, normatywnym i instytucjonalnym. Wyjątkiem od tej zasady jest

¹⁰ Por. T. Khaitan, S. Steel, „Theorising Areas of Law” 2019, s. 5, <https://ssrn.com/abstract=3464432> [dostęp: 4.07.2020].

¹¹ Por. P. Benson, *Justice in Transactions. A Theory of Contract Law*, Harvard University Press, Cambridge, MA 2019, s. 29–30.

ostatni rozdział książki, w którym rozważania teoretyczne zostaną zaaplikowane do jednego z najprężniej rozwijających się elementów prawa umów – prawa umów konsumenckich. Rozdział ten ma za zadanie pokazać, że nawet najbardziej abstrakcyjne rozważania teorii prawa umów mogą mieć zastosowanie do praktycznych kwestii dotyczących codziennego życia każdego z nas i istotnych kwestii związanych z dogmatyką prawniczą.

Taki charakter rozważań odróżnia niniejszą książkę od dotychczasowych pozycji dotyczących teoretycznych zagadnień prawa umów napisanych w języku polskim. Od czasów fundamentalnej *Teorii umów* Zbigniewa Radwańskiego¹², wydanej w 1977 r., filozoficzne rozważania o prawie umów odbywały się przede wszystkim w kontekście ogólnych analiz aksjologii prawa cywilnego¹³ lub jako wstęp do dogmatyczno-prawnej analizy instytucji prawa cywilnego¹⁴. Wszystkie te rozważania, jak również nowsze prace¹⁵, skupiają się przede wszystkim na szczegółowych zasadach prawa umów, kładąc nacisk na ich funkcję dyrektywną. Są one prowadzone w ścisłym związku z polskim systemem prawa umów, za swoje główne zadanie uznając interpretację poszczególnych przepisów prawa lub wyroków sądowych w świetle określonych wartości¹⁶. Bardzo nieliczne prace zajmują się bardziej abstrakcyjnymi zagadnieniami filozoficznymi w oderwaniu od polskiego systemu prawa¹⁷. Praktycznie żadna znana autorowi publikacja nie skupia się bezpośrednio na próbie odpowiedzi na ontologiczne, normatywne i instytucjonalne pytanie teorii prawa umów w zaprezentowanej powyżej formie. Świadczy to o niechęci polskich autorów do prób zdefiniowania pojęcia umowy (datującej się co najmniej od *Teorii umów*), czy może raczej przekonaniu o niemożliwości sformułowania takiej definicji¹⁸. W związku z tym niniejszą książkę traktować można jako pierwsze kompleksowe podejście do teorii prawa umów w literaturze polskiej¹⁹.

¹² Z. Radwański, *Teoria umów*, PWN, Warszawa 1977.

¹³ Np. A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, PWN, Warszawa 1984; M. Wilejczyk, *Zagadnienia etyczne części ogólnej prawa cywilnego*, C.H. Beck, Warszawa 2014.

¹⁴ Por. np. E. Łętowska, *Podstawy prawa cywilnego*, Ecostar, Warszawa 1993, s. 17–34.

¹⁵ Przykładowo *Aksjologia prawa cywilnego i cywilnoprawna ochrona dóbr*, red. J. Pisuliński, J. Zawadzka, C.H. Beck, Warszawa 2020.

¹⁶ Zob. J. Wróblewski, *Słuszność w systemie prawa polskiego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1970, nr 1, s. 97–116; M. Wilejczyk, *Sprawiedliwość kontraktowa: pojęcie, realizacja, granice*, „Studia Prawa Prywatnego” 2018, nr 2, s. 3–19.

¹⁷ Nieliczne przykłady: W. Załuski, *On the Applications of Game Theory in Contract Law*, [w:] *Studies in the Philosophy of Law. Game Theory and the Law*, t. 7, red. J. Stelmach, W. Załuski, Copernicus Center Press, Kraków 2011, s. 175–196; J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.

¹⁸ Z. Radwański, *Teoria umów*, s. 62–66.

¹⁹ W tym miejscu należy wskazać na jeszcze jedno opracowanie podejmujące filozoficzne zagadnienia związane z prawem umów: T. Bekrycht, *Aprioryczność prawa. Ontologia prawa w fenomenologii Adolfa Reinacha*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 163–186. Opierając się na

Nie oznacza to oczywiście, że pytania o naturę umów, racje dla ich mocy wiążącej oraz generalny kształt, jaki powinno przybrać prawo umów, w ogóle nie zostają podnoszone w dyskursie prawniczym. Wręcz przeciwnie, w ostatnich latach zaobserwować możemy znaczny wzrost zainteresowania filozoficznymi pytaniami związanymi z prawem umów, zwłaszcza wśród autorów anglosaskich²⁰. Jak zobaczymy, większość teorii analizowanych w tej książce sformułowana została przez autorów tworzących w krajach z kręgu *common law*. Jednym z zadań niniejszej pozycji jest podjęcie dialogu z tymi teoriami oraz zapoznanie z nimi polskiego czytelnika, co także świadczy o stosunkowo nowatorskim charakterze tego projektu. Z wyjątkiem bowiem kilku najnowszych prac²¹ polscy autorzy bardzo rzadko odwołują się do światowej literatury teoretyczno- i filozoficzno-prawnej. Mimo to cel niniejszej książki nie jest jedynie sprawozdawczo-krytyczny. Choć zarówno dobór analizowanych teorii, jak i ich określona klasyfikacja mogą nieść ze sobą sporą wartość poznawczą, ambicje autora sięgają dalej. Ostatecznym celem tych rozważań jest sformułowanie własnej, zintegrowanej teorii prawa umów, której zarys przedstawiony zostanie w ostatnim rozdziale.

W celu dalszego wyjaśnienia powyższych kwestii ostatnia sekcja tego rozdziału zawiera streszczenie rozważań, które będą miały miejsce w kolejnych rozdziałach książki. Wskaże ona również kryteria kierujące takim, a nie innym doбором analizowanych w nich teorii prawa umów.

1.3. Streszczenie

Struktura dalszych części książki jest zdeterminowana jej głównym celem, którym jest znalezienie odpowiedzi na ontologiczne pytanie o naturę umów, normatywne pytanie o racje dla ich mocy wiążącej oraz instytucjonalne pytanie o kształt, jaki powinno przybrać prawo umów. Jak wspomniano, duża część rozważań poświęcona zostanie analizie istniejących teorii prawa umów, spośród których wyodrębnione zostały trzy główne nurty: teorie oparte na autonomii woli, teorie oparte na efektywności oraz teorie oparte na sprawiedliwości. Choć wyróżnienie takich, a nie innych nurtów motywowane jest chęcią możliwie kompleksowego przedstawienia stanu współczesnej teorii prawa umów, pewna

fenomenologicznej teorii Adolfa Reinacha, autor przyjmuje jednak zupełnie odmienną perspektywę filozoficzną niż ta zaproponowana w niniejszej pracy.

²⁰ Wyrazem tego jest publikowanie różnego rodzaju kompendiów teorii prawa umów, np. *Philosophical Foundations of Contract Law*, red. G. Klass, G. Letsas, P. Saprai, Oxford University Press, Oxford 2014.

²¹ Np. M. Wilejczyk, *Sprawiedliwość kontraktowa...*; M. Grochowski, *Słuszność a autonomia woli – uwagi o nieoczywistej relacji*, [w:] *Aksjologia prawa cywilnego...*, s. 3–18; J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*.

arbitralność jest w tym zakresie nie do uniknięcia. W związku z tym poniższe rozważania będą musiały pominąć niektóre istotne nurty teorii prawa umów, takie jak rozmaite teorie wieszczące „śmierć umowy”²², pokrewne im dociekania przedstawicieli nurtu tak zwanych Critical Legal Studies²³ czy teorii uznających zasadę zaufania za fundament prawa umów²⁴. Taki wybór, niewątpliwie podyktowany do pewnego stopnia osobistymi preferencjami i zainteresowaniami autora, jest jednak również uzasadniony głównym celem projektu. Bowiem to właśnie teorie oparte na autonomii woli, teorie ekonomiczne oraz teorie sprawiedliwościowe dostarczają elementów, które posłużą do skonstruowania autorskiej teorii prawa umów. W związku z tym kolejne rozdziały książki przyjmą następującą strukturę.

W rozdziale II analizie i krytyce poddane zostaną teorie uznające autonomię woli za naczelną zasadę prawa umów. Rozdział rozpocznie się od przybliżenia samego pojęcia autonomii woli. Następnie przedstawione zostaną najważniejsze teorie tego nurtu, począwszy od teorii umowy jako obietnicy Charlesa Frieda. Nacisk zostanie położony na kluczowe dla tej grupy teorii ontologiczne pytanie o naturę umowy. Dalej wskazane zostaną podstawowe zarzuty w stosunku do teorii opartych na autonomii woli, sprowadzające się do krytyki odpowiedzi udzielanych przez nie na normatywne i instytucjonalne pytania teorii prawa umów. Rozdział ten będzie stosunkowo krótki, ponieważ dalsze rozważania o teoriach opartych na autonomii woli zawarte zostaną w kolejnych partiach książki, przy okazji porównań tych teorii z teoriami ekonomicznymi oraz sprawiedliwościowymi.

W rozdziale III analizie i krytyce poddane zostaną teorie uznające efektywność ekonomiczną za naczelną zasadę prawa umów. Rozpocznie się on od przybliżenia kluczowego pojęcia efektywności, jego możliwych rozumień oraz zarzutów wysuwanych wobec niego jako normatywnej podstawy prawa umów. Następnie przedstawione zostaną inne pojęcia kluczowe dla tego nurtu – pojęcie kosztów transakcyjnych oraz doktryna efektywnego złamania umowy. Jak zobaczymy, są one związane, kolejno, z odpowiedziami teorii ekonomicznych na instytucjonalne oraz normatywne pytania teorii prawa umów. Część rozważań tego rozdziału poświęcona będzie porównaniom teorii opartych na efektywności i teorii opartych na autonomii woli, a jego ostatnia sekcja dotyczyć będzie tak zwanych postulatów integracyjnych w teorii prawa umów, proponujących pogodzenie obu grup teorii.

²² G. Gilmore, *The Death of Contract*, Ohio State University Press, Columbus 1995.

²³ Zob. D. Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, „Harvard Law Review” 1976, t. 89, nr 8, s. 1685–1778; R.M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, Verso, New York 2015, rozdz. III.

²⁴ Zob. P.S. Atiyah, *Promises, Morals, and Law*, Oxford University Press, Oxford 1983; T. Scanlon, *Promises and Contracts*, [w:] *The Theory of Contract Law. New Essays*, red. P. Benson, Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 86–117.

W rozdziale IV analizie i krytyce poddane zostaną teorie uznające sprawiedliwość za naczelną zasadę prawa umów. Rozdział rozpocznie się od przybliżenia pojęcia sprawiedliwości i wyróżnienia jego dwóch podstawowych wersji. Następnie przedstawione zostaną najważniejsze współczesne sprawiedliwościowe teorie prawa umów: teoria słusznej ceny Jamesa Gordleya, teoria sprawiedliwości transakcyjnej Petera Bensona, teoria sprawiedliwości relacyjnej Hanocha Dagona oraz teoria sprawiedliwości naprawczej Johna Gardnera. Wskazane zostaną wady i zalety każdej z nich, ich stosunek do teorii opartych na autonomii oraz teorii ekonomicznych, a także nacisk, jaki kładą one na normatywne pytanie teorii prawa umów. Ostatnia sekcja rozdziału krótko przybliży pytanie, czy prawo umów może być narzędziem realizowania sprawiedliwości dystrybtywnej.

W rozdziale V podsumowane zostaną mocne i słabe strony analizowanych nurtów teorii prawa umów, z uwzględnieniem odpowiedzi udzielanych przez nie na ontologiczne, normatywne i instytucjonalne pytania teorii prawa umów. Przygotuje to grunt pod zarysowanie własnej, zintegrowanej teorii prawa umów, łączącej wartościowe elementy teorii opartych na autonomii, teorii ekonomicznych oraz teorii sprawiedliwościowych. Wskazane zostaną również przykłady praktycznego zastosowania takiej teorii w odniesieniu do wybranych instytucji prawa umów konsumenckich – jednej z najważniejszych i najszybciej ewoluujących gałęzi prawa umów.

W zakończeniu nastąpi rekapitulacja celów i ambicji niniejszego projektu oraz podsumowanie znaczenia, jakie mają przeprowadzone rozważania dla dalszej refleksji filozoficznej nad prawem umów i jego miejscem we współczesnym świecie.

Rozdział II

Teorie oparte na autonomii woli

Wprowadzenie

Autonomia woli to pojęcie z jednej strony bardzo szerokie, z drugiej posiadające dużą siłę oddziaływania. Intuicyjnie kojarzymy je z pojęciem wolności, rozumianej jako zdolność do dokonywania samodzielnych wyborów i kierowania naszym życiem w sposób, jaki sami uznajemy za najbardziej odpowiedni.

Z tego względu autonomia woli wydaje się atrakcyjną podstawą normatywną prawa umów. Znajduje to odbicie w fakcie, że zasada swobody umów jest jednym z najważniejszych elementów większości porządków prawnych we współczesnych społeczeństwach liberalnych, dla których wolność jednostek jest jedną z najwyższych wartości. W prawie polskim zasadę tę wyraża art. 353¹ kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) tego stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Rozdział ten poświęcony jest teoriom prawa umów uznającym autonomię woli za jego naczelną zasadę – zostaną tu one poddane analizie i krytyce. Sekcja 1 przybliży znaczenie pojęcia autonomii woli oraz wprowadza rozróżnienie na jego dwie możliwe interpretacje: jako niezależności od zewnętrznych ingerencji oraz jako zdolności do samostanowienia. Sekcja 2 poświęcona jest najbardziej wpływowej teorii prawa umów odwołującej się do autonomii woli – teorii obietnicy jako umowy Charlesa Frieda. Sekcje 3 i 4 analizują natomiast podstawowe zarzuty, które można jej postawić: odmienną rolę obietnic i umów w zakresie wyrażania i poszerzania zakresu autonomii woli jednostek oraz odmienne konwencje stojące u podstaw obietnic i umów. Ich zadaniem jest pokazanie, że teorie oparte na autonomii woli, mimo że stosunkowo dobrze radzą sobie z ontologicznym pytaniem o naturę umów, mają problemy z odpowiedzią na normatywne pytanie o racje dla ich mocy wiążącej oraz instytucjonalne pytanie o kształt, jaki powinno przybrać prawo umów.

2.1. Czym jest autonomia woli?

Jeżeli uznamy, że pojęcie autonomii woli jest blisko spokrewnione z pojęciem wolności, warto rozpocząć tę część rozważań od przywołania rozróżnienia Isaiaha Berlina na wolność negatywną (wolność „od”) oraz wolność pozytywną (wolność „do”), dokonanego w słynnym eseju *Dwa pojęcia wolności*. Wolność w ujęciu negatywnym to wolność od zewnętrznej ingerencji w nasze działania i decyzje. „Przez bycie wolnym w takim sensie – pisze Berlin – rozumiem to, że inni mi nie przeszkadzają. Im rozleglejszy obszar tej nieingerencji, tym większa moja wolność”¹. Wolność w ujęciu pozytywnym to z kolei zdolność jednostki do „bycia panem siebie”, do samodzielnego kierowania swoim postępowaniem, bycia autorem swojego życia, do „formułowania własnych celów i poczynañ oraz do urzeczywistniania ich”². Choć Berlin przyznaje, że te dwa pojęcia wolności pozostają w ścisłym związku, zauważa również, iż mogą zachodzić między nimi konflikty.

We współczesnej filozofii politycznej swoich zwolenników znajduje zarówno pojęcie wolności negatywnej, jak i pozytywnej. Znanym propagatorem rozumienia wolności jako wolności negatywnej jest Robert Nozick, najbardziej wpływo- wy przedstawiciel myśli libertariańskiej. Za pozytywnym rozumieniem wolności opowiada się z kolei Joseph Raz w książce *The Morality of Freedom*. Twierdzi on, że – oprócz odpowiednich zdolności umysłowych oraz niezależności od zewnętrznych ingerencji – odpowiednia liczba opcji i realnych możliwości wyboru jest niezbędnym elementem wolnego, w pełni wartościowego życia³. Dla Raza (i innych autorów uznających pozytywne rozumienie wolności) wolność, szczególnie w znaczeniu negatywnym, nie może być uznana za wartość samą w sobie. Ma ona znaczenie tylko wtedy, gdy jest „realizowana w ramach realizacji innego dobra”⁴. W związku z tym dla wolności pozytywnej istotne jest nie tylko to, czy jednostka ma do wyboru różne opcje. Ważne jest również to, by te opcje były dla niej wartościowe. Wybór, aby popełnić samobójstwo lub umrzeć z głodu w żadnym razie nie przyczynia się do wartościowego życia, nie może być zatem uznany za mający znaczenie dla pojęcia wolności.

Niech prosty przykład zilustruje różnicę między dwoma pojęciami wolności. Zarówno Jaś, jak i Małgosia chcą kupić dywan do swojego mieszkania. Jaś mieszka w małym miasteczku, gdzie jest tylko jeden sklep z dywanami, w dodatku słabo zaopatrzony. Małgosia, przeciwnie, mieszka w wielkim mieście, gdzie wybór

¹ I. Berlin, *Dwa pojęcia wolności*, [w:] idem, *Wolność*, tłum. B. Baran, Aletheia, Warszawa 2017, s. 219.

² *Ibidem*, s. 228.

³ J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford 1988, s. 372.

⁴ D. Kimel, *From Promise to Contract. Towards a Liberal Theory of Contract*, Hart Publishing, Oxford 2003, s. 131.

dywanów jest o wiele większy. Jeżeli wolność rozumiemy w sensie negatywnym, Jaś i Małgosia są wolni w jednakowym stopniu, nikt bowiem w żaden sposób nie ingeruje w ich decyzje o kupnie dywanu. Jeżeli jednak wolność rozumiemy w sensie pozytywnym, Małgosia jest wolna w większym stopniu niż Jaś, ponieważ ma więcej opcji wyboru. Co więcej, sam fakt nieistnienia zewnętrznej ingerencji w ich procesy decyzyjne – choć ma niewątpliwą wartość – nie przesądza wcale o tym, że życie Jasia jest równie wartościowe, co życie Małgosi. To oczywiście trywialny przykład, daje jednak dobre wyobrażenie o różnicach między dwoma powyższymi rozumieniami wolności⁵.

Z uwagi na ścisłe związki między pojęciami wolności i autonomii woli powyższe rozróżnienie na wolność negatywną i wolność pozytywną znajduje swoje odbicie w podobnym rozróżnieniu w kontekście autonomii woli. Autorzy zajmujący się prawem umów najczęściej interpretują pojęcie autonomii woli albo jako niezależność od zewnętrznej ingerencji (*autonomy as independence*), albo szerzej, jako zdolność do samostanowienia (*autonomy as self-determination*)⁶. Jak zobaczymy w toku dalszych rozważań, różne teorie prawa umów rozumieją autonomię woli w jednym z dwóch powyższych znaczeń – dotyczy to nie tylko analizowanych w tym rozdziale teorii opartych na autonomii woli, ale również teorii sprawiedliwościowych, którym poświęcony jest rozdział IV.

Opowiedzenie się za jedną z dwóch interpretacji pojęcia autonomii woli ma niebagatelne skutki dla poglądów na wiele istotnych kwestii związanych z prawem umów. Przykładowo, teoretycy rozumiejący autonomię woli jako niezależność generalnie opowiadają się przeciwko potrzebie ochrony słabszych stron stosunków umownych, takich jak pracownicy, konsumenci czy najemcy. Teoretycy rozumiejący autonomię woli jako zdolność do samostanowienia, przeciwnie, co do zasady postulują potrzebę takiej ochrony, w celu zapewnienia większej liczby wartościowych opcji i wyborów słabszym stronom, które są ich zazwyczaj pozbawione w stosunkach z silniejszymi stronami – pracodawcami, profesjonalistami czy wynajmującymi.

Również przywołana na początku rozdziału zasada swobody umów może zostać zinterpretowana w kontekście dwóch rozumień pojęcia autonomii woli. Pierwszy element definicji swobody umów zawartej w polskim kodeksie

⁵ Raz odwołuje się do bardziej uderzającego przykładu kobiety znajdującej się na bezludnej wyspie, nieustannie prześladowanej przez dzikie zwierzę. Choć w negatywnym rozumieniu wolności jest ona jak najbardziej wolna – nikt nie ingeruje w podejmowane przez nią decyzje – w ujęciu pozytywnym nie może ona zostać uznana za wolną z uwagi na brak jakichkolwiek dostępnych jej wartościowych opcji. Zob. J. Raz, *The Morality...*, s. 373–374.

⁶ Zob. przede wszystkim H. Dagan, A. Dorfman, *Just Relationships*, „Columbia Law Review” 2016, t. 116, nr 6, s. 1395–1460; bardziej ogólne wprowadzenie do filozoficznych rozważań o autonomii znaleźć można w: S. Buss, A. Westlund, *Personal Autonomy*, [w:] „The Stanford Encyclopedia of Philosophy” 2018 (Spring), red. E.N. Zalta, <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/personal-autonomy> [dostęp: 4.07.2020].

cywilnym, zgodnie z którym „strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania”, może być rozumiany jako wyrażający zasadę wolności negatywnej lub autonomii woli jako wolności od zewnętrznej ingerencji. Jednak drugi element tej definicji, nakazujący by „treść lub cel [stosunku prawnego] nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego”, jest już wyrazem troski o wolność pozytywną oraz autonomię woli jako zdolność do samostanowienia. Podporządkowanie treści stosunku umownego naturze tego stosunku, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego wskazuje bowiem na fakt, że dostępne stronom wybory muszą być wartościowe (do tego sprowadzić można pojęcie natury stosunku zobowiązaniowego) oraz zgodne z przyjętymi w społeczeństwie standardami moralnymi⁷.

Nie ma tu miejsca na dociekania, w jakim zakresie polskie prawo umów realizuje zasady autonomii jako niezależności oraz autonomii jako samostanowienia⁸. Dla naszych rozważań istotne jest, że oba rozumienia autonomii można zastosować do interpretacji istniejącego prawa umów, w tym do jednej z jego najważniejszych instytucji – swobody umów. Można je również, a może przede wszystkim, odnieść do fundamentalnych pytań teorii prawa umów, które są głównym tematem niniejszej książki. Jest to zadanie kolejnych sekcji tego rozdziału. Analizę rozpoczniemy od przedstawienia najbardziej wpływowej teorii prawa umów opartej na autonomii – teorii umowy jako obietnicy Charlesa Frieda.

2.2. Umowa jako obietnica

Niech za punkt wyjścia do rozważań posłuży nam prosty przykład. Podczas sąsiedzkiej pogawędki Ania opowiada Wojtkowi o wyjeździe służbowym, który czeka ją następnego dnia i przez który nie będzie mogła wyprowadzić na spacer swojego psa. Wojtek mówi więc:

(0) Obiecuję, że jutro wyprowadzę twojego psa na spacer.

Ania nie jest jednak do końca zadowolona z tej propozycji. Jej stosunki z Wojtkiem nie są na tyle zażyłe, aby chciała przyjmować od niego taką obietnicę. Zamiast tego mówi:

⁷ Choć taka interpretacja zasady swobody umów być może nie do końca pokrywa się z interpretacjami występującymi w literaturze dogmatyczno-prawnej, zdaje się ona dobrze oddawać podstawowe intuicje stojące za teoriami opartymi na autonomii woli.

⁸ W tej kwestii zob. M. Grochowski, *Ślusznosc a autonomia woli – uwagi o nieoczywistej relacji*, [w:] *Aksjologia prawa cywilnego i cywilnoprawna ochrona dóbr*, red. J. Pisuliński, J. Zawadzka, C.H. Beck, Warszawa 2020, s. 3–18.

(1) Zawrzyjmy umowę, że wyprowadzisz mojego psa na spacer, w zamian za co ja w przyszłym tygodniu skoszę twój trawnik.

Wojtek przyjmuje ofertę Ani.

Zarówno wygłoszenie zdania (0), jak i zdania (1) powoduje powstanie pewnych zobowiązań. W wyniku złożenia obietnicy Wojtek moralnie zobowiązałby się do wyprowadzenia psa Ani na spacer. W wyniku zawarcia umowy Wojtek zobowiązałby się do wyprowadzenia psa Ani na spacer, a Ania do skoszenia trawnika Wojtka. Zarówno obietnice, jak i umowy są w związku z tym pewnym ewenementem. Większość zobowiązań moralnych i prawnych istnieje bowiem niezależnie od woli jednostek. Nie należy zabijać innych, ponieważ jest to coś złego z moralnego punktu widzenia, bez względu na to, jaka jest nasza opinia wobec normy moralnej zakazującej zabijania. Analogicznie, pod groźbą sankcji prawnej, nie należy przebywać na terenie nieruchomości należącej do kogoś innego bez jego zgody – niezależnie od tego, co sądzimy o zasadności takiego zakazu.

Obietnice i umowy stanowią wyjątek od tej reguły. Pozwalają one na dobrowolne nakładanie na siebie przez jednostki zobowiązań tam, gdzie wcześniej takie nie istniały – na samodzielne kształtowanie naszego „krajobrazu normatywnego”⁹. Co więcej, istnienie zobowiązań powstałych w wyniku złożenia obietnicy czy zawarcia umowy jest, co do zasady, niezależne od treści konkretnej obietnicy czy umowy. O ile treść złożonej obietnicy nie jest sprzeczna z ogólnie przyjętymi normami moralnymi – obietnicę zabicia innej osoby większość z nas uznałaby za nieważną lub przynajmniej nie powodującą powstania zobowiązania – jest ona źródłem obowiązku w formie nadanej jej przez obiecującego. Podobnie artykuł 58(1) kc mówi, że czynność prawna – czyli przede wszystkim umowa – sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest co do zasady nieważna¹⁰. Generalnie jednak treść zobowiązań powstałych w wyniku złożenia obietnicy lub zawarcia umowy zależy wyłącznie od postanowień konkretnych jednostek. Choć, wygłaszając zdanie (0), Wojtek obiecał wyprowadzić psa Ani na spacer, w gruncie rzeczy równie dobrze mógłby obiecać jej pomalowanie płotu czy naprawienie rynny – natura jego zobowiązania, niezależna od jego treści, nie uległaby zmianie. Podobną swobodę w określaniu treści swoich zobowiązań mają strony umowy, choć w tym przypadku sprawa jest nieco bardziej skomplikowana, jak zobaczymy w dalszej części rozdziału i co zasygnalizowaliśmy powyżej na przykładzie zasady swobody umów. Z tego powodu obietnice i umowy uznaje się za bardzo ważny instrument wyrażania i realizacji autonomii woli jednostek – niezależnie od tego, czy autonomię rozumiemy jako niezależność od zewnętrznej ingerencji, czy jako zdolność do samostanowienia.

⁹ Por. D. Owens, *Shaping the Normative Landscape*, Oxford University Press, Oxford 2012.

¹⁰ Por. też art. 387 § 1 kc: „Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna”.

Uznanie zarówno obietnic, jak i umów za instrumenty wyrażania i poszerzania zakresu autonomii woli skłoniło Charlesa Frieda – w klasycznej już książce *Contract as Promise* – do uznania umowy za formę obietnicy. Już w tytule swojego dzieła Fried odpowiada zatem na ontologiczne pytanie teorii prawa umów. Jego zdaniem nie zachodzi zasadnicza różnica między zdaniem (0) i (1) z powyższego przykładu. Wartość prawa umów i jej podstawowa funkcja – wyrażanie i poszerzanie zakresu autonomii woli jednostek – jest ugruntowana w moralności obiecywania, a umowa to po prostu forma obietnicy. Instytucjonalny aparat prawa umów jest zatem, zdaniem Frieda, w całości oparty na zasadzie obietnicy (*the promise principle*), zgodnie z którą ludzie, jako autonomiczne jednostki, są obdarzeni zdolnością dobrowolnego nakładania na siebie zobowiązań moralnych, które wcześniej nie istniały¹¹.

Obietnica jest najskuteczniejszym narzędziem wyrażania i poszerzania zakresu autonomii jednostek rozumianej, w przypadku Frieda, w sposób negatywny, jako niezależność od zewnętrznych ingerencji. Obietnica bowiem polega na angażowaniu innych ludzi w nasze własne projekty, bez uszczerbku dla ich własnej autonomii – i *vice versa*. Jest tak pomimo tego, że na pierwszy rzut oka obietnice osiągają wręcz przeciwny skutek – ograniczają przecież naszą swobodę i autonomię, gdyż czynności, które inaczej byłyby jedynie dobrowolne (np. wyprowadzenie na spacer psa sąsiadki), czynią czymś obowiązkowym z moralnego punktu widzenia. Fried zauważa jednak, iż „ograniczenia związane z obiecywaniem są ograniczeniami służącymi jedynie zwiększeniu opcji dostępnych w dłuższej perspektywie, a więc jak najbardziej zgodnymi z zasadą autonomii”¹². W dłuższej perspektywie konwencja obiecywania – z której wynika ich moc wiążąca – buduje wzajemne zaufanie wśród członków społeczeństwa i pozwala na bardziej precyzyjną koordynację ich planów. Złamanie obietnicy jest z moralnego punktu widzenia niedopuszczalne, ponieważ stanowi ono nadużycie owego zaufania, czy raczej „nadużycie wspólnej instytucji społecznej, której celem jest umacnianie więzi zaufania”¹³. Co więcej, złamanie danej obietnicy w pewnym sensie neguje naszą zdolność do podejmowania świadomych i wolnych wyborów, gdyż stanowi ono zaprzeczenie wcześniej podjętej decyzji o dobrowolnym nałożeniu na siebie zobowiązania. Zarówno składanie, jak i dotrzywanie obietnic jest zatem niezbędne dla wyrażania i poszerzania zakresu naszej autonomii woli, bez uszczerbku dla autonomii i niezależności innych. To z kolei czyni lepszym życie wszystkich członków społeczeństwa, którym pozwala na angażowanie innych w swoje plany i projekty bez naruszania ich niezależności.

¹¹ Ch. Fried, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Oxford University Press, New York 2015, s. 1.

¹² *Ibidem*, s. 14. O ile nie zaznaczono inaczej, tłumaczenia cytowanych tekstów pochodzą od autora. Tam, gdzie to niezbędne, w przypisach zamieszczone są oryginalne wersje cytatów.

¹³ *Ibidem*, s. 16.

Zaproponowana przez Frieda analiza obietnicy jako źródła zobowiązań moralnych oraz instrumentu wyrażania i poszerzania zakresu autonomii woli jest przekonująca dzięki swojej prostocie i zgodności z powszechnie żywionymi intuicjami moralnymi. Czy słuszne jest jednak uznanie jej za naczelną zasadę prawa umów, odpowiadającą na fundamentalne pytania o naturę umów i źródło ich mocy wiążącej? Czy rzeczywiście nie ma znaczącej różnicy między zdaniami (0) i (1)?

Wniosek taki wydaje się błędny. Pierwszym, co zwraca uwagę, jest różnica w formie gramatycznej obu wypowiedzi: podczas gdy zdanie (0) sformułowane jest w pierwszej osobie liczby pojedynczej („Obiecuję, że...”), zdanie (1) sformułowane jest w pierwszej osobie liczby mnogiej („Zawrzyjmy umowę, że...”). W związku z tym umowę możemy w najlepszym przypadku uznać za wymianę obietnic, chociaż i taka konceptualizacja budzi czasami kontrowersje zarówno wśród filozofów¹⁴, jak i prawników, zwłaszcza tych przyzwyczajonych do siatki pojęciowej wykorzystywanej w kontynentalnej nauce prawa¹⁵. Wątpliwości te, choć niewątpliwie istotne, mają jednak dla naszych rozważań mniejsze znaczenie niż inny zarzut, który postawić można dokonaniem przez Frieda utożsamieniu obietnic i umów – ich odmienną rolę z punktu widzenia wyrażania i poszerzania zakresu autonomii woli jednostek. Jak zobaczymy w kolejnej sekcji, różnica ta ma ścisły związek z normatywnym pytaniem teorii prawa umów o racje dla ich mocy wiążącej.

2.3. Odmienne znaczenie obietnic i umów dla autonomii woli

Tym, co rzuca się w oczy oprócz innej formy gramatycznej, jest zasadniczo odmienna wymowa zdań (0) i (1). Podczas gdy złożenie obietnicy wskazuje na pewną zażyłość łączącą Wojtka i Anię, która skłania tego pierwszego do wygłoszenia zdania (0), zdanie (1) odwołuje się do innego typu relacji międzyludzkiej. Zawierając umowę, Ania i Wojtek nie mają zamiaru odwoływać się do swoich dotychczasowych sąsiedzkich interakcji, poprzedzających zawarcie przez nich umowy i istniejących w sposób od niej niezależny. Chcą oni raczej zawrzeć transakcję, dzięki której każde z nich zrealizuje swoje prywatne interesy¹⁶. Transakcja

¹⁴ Kwestią tą autor zajmuje się szerzej w: S. Osmola, *Między obietnicą a umową. Granice zastosowania filozoficznego dyskursu o obietnicach w teorii prawa kontraktowego*, „Avant” 2018, t. 9, nr 1, s. 111–128. Artykuł ten częściowo porusza również inne analizowane w tym rozdziale wątki.

¹⁵ Tu kluczowe kategorie pojęciowe w prawie umów stanowią konsens oraz wymiana oświadczeń woli stron.

¹⁶ Zob. J. Penner, *Voluntary Obligations and the Scope of the Law of Contract*, „Legal Theory” 1996, t. 2, nr 4, s. 338.

taka, choć korzystna dla obojga, w przeciwieństwie do obietnicy w żaden sposób nie przyczynia się do pogłębienia łączącej ich sąsiedzkiej relacji.

Tę intuicyjną różnicę w wymowie zdań (0) i (1) Dori Kimel tłumaczy w książce *From Promise to Contract*. Zgadza się on z Friedem, iż obietnice i umowy pozwalają na wyrażanie i poszerzanie zakresu autonomii woli jednostek, a zatem obie te kategorie są jednymi z kluczowych elementów wartościowego życia¹⁷. Tym samym przyznaje, że instrumentalna wartość (*instrumental value*) obietnic i umów jest tożsama. Tym, co je różni, jest coś, co Kimel nazywa ich wartością samoistną (*intrinsic value*). Podczas gdy obietnice służą dobrowolnemu zacieśnianiu istniejących relacji międzyludzkich, celem umów jest coś dokładnie przeciwnego. Samoistna wartość stojąca za umowami jest

bardzo różna od tej stojącej za obietnicami. [...] Zawiera się ona w ramach, których dostarczają nam umowy, a dzięki którym możemy robić pewne rzeczy wspólnie z innymi, nie tylko poza siatką już istniejących relacji interpersonalnych, ale również bez wymogu tworzenia podwalin pod takie relacje w przyszłości, bez potrzeby dowiadywania się lub formułowania opinii o osobistych przymiotach innych i bez pozwalania innym na dowiadywanie się i formułowanie takich opinii o nas samych. Jest to, można powiedzieć, wartość osobistego oddalenia [*personal detachment*]¹⁸.

Umowa jest więc nie tyle obietnicą, co raczej jej substytutem¹⁹. Daje nam ona możliwość dobrowolnego zaciągania zobowiązań albo stania się adresatami takich zobowiązań, bez konieczności opierania ich na istniejących już relacjach interpersonalnych. Dostarcza nam zatem dodatkowych opcji dla realizacji naszych planów i ułatwia koordynację naszych działań z działaniami innych, przez co znacznie poszerza zakres naszej autonomii woli w sposób niezależny od obietnic. Jak zatem widzimy, w ujęciu Kimela autonomia woli nie jest rozumiana wyłącznie jako niezależność od zewnętrznej ingerencji, ale jako zdolność do samostanowienia, uznająca odpowiednią liczbę wartościowych opcji za integralny element pojęcia autonomii²⁰. W przeciwieństwie do Frieda Kimel kładzie nacisk na pozytywny aspekt wolności i autonomii. Jest to dodatkowy czynnik sprawiający, że podstawową zasadą prawa umów nie jest zasada obietnicy, ale wartość osobistego oddalenia. Choć obie ugruntowane są na zasadzie autonomii woli, obietnice i umowy są fenomenami odmiennymi, ponieważ dostarczają innych sposobów (opcji) jej wyrażania i poszerzania jej zakresu.

¹⁷ D. Kimel, *From Promise to Contract...*, s. 126.

¹⁸ *Ibidem*, s. 78. Oryg.: „very different indeed from that of promise [...]. It consists in the very framework contracts provide for doing certain things with others not only outside the context of already-existing relationships, but also without a commitment to the future prospect of such relationships, without being required to know much or form opinions about the personal attributes of others, and without having to allow others to know much and form opinions about oneself. It is, if you like, the value of personal detachment”.

¹⁹ *Ibidem*, s. 79.

²⁰ *Ibidem*, s. 129–131.

Główną przyczyną odmiennej wartości samoistnej obietnic i umów i zapewnianych przez nie opcji realizacji autonomii woli, a zatem również innej wymowy zdań (0) i (1), jest fakt, iż umowy, w przeciwieństwie do obietnic, podlegają prawnej egzekucji. Gdyby Wojtek nie dotrzymał złożonej Ani obietnicy wyprowadzenia jej psa na spacer, ta mogłaby mieć do niego uzasadnione pretensje, a Wojtek naraziłby się na słuszną krytykę natury moralnej. Zasadniczo jednak Ania nie miałyby możliwości zmuszenia Wojtka do wykonania jego zobowiązania, innej niż odwołanie się do jego sumienia. Gdyby jednak Wojtek nie dotrzymał swojej części umowy, Ania byłaby w stanie użyć dostępnych jej środków prawnych, aby zmusić go do wykonania jego zobowiązania lub wynagrodzenia strat poniesionych przez nią w związku z niewywiązaniem się Wojtka z umowy. Wiązałoby się to oczywiście z wykorzystaniem odpowiednich instytucji państwowych, a w szczególności z groźbą użycia wobec Wojtka przymusu w celu zmuszenia go do wywiązania się z jego zobowiązań lub zapłaty odpowiedniego odszkodowania. O ile do tej pory w naszych rozważaniach skupialiśmy się głównie na ontologicznym pytaniu o naturę umów, zauważenie tego faktu prowadzi nas prosto do pytania normatywnego – o racje dla ich mocy wiążącej, które mogą uzasadnić groźbę użycia przymusu państwowego w razie niewywiązania się z postanowień umownych. Groźba taka istotnie wpływa również na naturę relacji umownych i odróżnia je od relacji powstałych w wyniku składania obietnic. Wskazuje tym samym na ścisły związek ontologicznego i normatywnego pytania teorii prawa umów.

Z tej perspektywy teoria umowy jako obietnicy nie dostarcza sensownego kryterium, które pozwala na rozróżnienie umów podlegających prawnej egzekucji, od obietnic, które nie podlegają takiej egzekucji. Problem ten dobitnie ilustruje Jody Kraus, stawiając następujące pytanie: Jeżeli uznamy prawnie egzekwowlalne umowy za obietnice, to czy egzekucji powinny podlegać również te obietnice, których autorzy nie życzą sobie takiej egzekucji?²¹ Koncepcja umowy jako obietnicy zdaje się prowadzić do wniosku, że i takie obietnice powinny być prawnie egzekwowlalne. Wniosek ten wydaje się jednak nie tylko nieintuicyjny, ale wręcz sprzeczny z zasadą autonomii woli. Kraus proponuje rozwiązanie tego problemu poprzez uznanie, iż zgodnie z zasadą autonomii woli każdy ma prawo nakładać na siebie zobowiązania w takiej formie, jaką uważa za słuszną²². Jeżeli naszą intencją jest złożenie obietnicy popartej jedynie sankcjami moralnymi, szacunek dla naszej autonomii nakazuje uszanowanie takiej intencji; podobnie jest w przypadku popartych groźbą sankcji prawnych umów. Podobnie jak Kimel, Kraus postuluje więc odejście od koncepcji tzw. „silnej korespondencji” obietnic i umów, na rzecz tezy o ich „słabej korespondencji”. Choć zarówno obietnice,

²¹ J. Kraus, *The Correspondence of Contract and Promise*, „Columbia Law Review” 2009, t. 109, nr 7, s. 1616.

²² *Ibidem*, s. 1617.

jak i umowy służą wyrażaniu i poszerzaniu zakresu autonomii woli, czynią to w zasadniczo inny sposób, a różnica ta najpełniej wyraża się w naturze sankcji za niewykonanie powstałych na ich gruncie zobowiązań.

Podobny, choć nieco odmienny punkt widzenia przyjmuje Daniel Markovits. Zarówno obietnice, jak i umowy uznaje on za kluczowe instrumenty budowania relacji interpersonalnych – moralnych, w przypadku obietnic, i prawnych, w przypadku umów²³. Za błędne uznaje przy tym skupianie się wyłącznie na znaczeniu, jakie niosą ze sobą oba rodzaje porozumień dla autonomii woli stron rozpatrywanych indywidualnie, w oderwaniu od łączącej je relacji. Najistotniejsza wartość obietnic oraz umów leży bowiem właśnie w konstytuowanych przez nie relacjach. Polega ona nie tyle na wyrażaniu i poszerzaniu zakresu autonomii woli każdej ze stron obietnicy i umowy, co na ich wzajemnym uznaniu jako autonomicznych podmiotów, zdolnych do kierowania swoim życiem i formułowania planów, a także rozumiejących istotę zobowiązań. Wzajemne uznanie autonomicznych podmiotów, wyrażone zarówno w przypadku obietnicy, jak i umowy, stanowi podstawę dla wytworzenia między nimi relacji opartej na wzajemnym szacunku wspólnoty (*respectful community*). O wyjątkowym znaczeniu obietnic i umów świadczy zaś fakt, że w pełni wartościowe życie jest możliwe jedynie w ramach interakcji z innymi autonomicznymi jednostkami. Istotą obietnic i umów nie jest zatem po prostu wyrażanie i poszerzanie zakresu autonomii woli jednostek, jakkolwiek rozumianej. Realizacja autonomii w ich ramach jest bowiem podporządkowana nadrzędnemu celowi konstytuowania relacji opartej na wzajemnym szacunku wspólnoty²⁴.

Tym, co zdaniem Markovitsa odróżnia umowy od obietnic i dzięki czemu jego teoria również oparta jest na tezie o „słabej korespondencji”, są przyświecające ich stronom cele i motywacje, jak również racje dla ich zawierania²⁵. Motywacje skłaniające nas do składania zwykłych obietnic mogą być bardzo zróżnicowane, ale zazwyczaj wynikają z już wcześniej istniejących relacji, takich jak dobrosąsiedzkie stosunki Wojtka z Anią. Kiedy jednak Ania proponuje Wojtkowi zawarcie umowy, czyni to w całkowitym oderwaniu od tego kontekstu. Tym, co skłania strony do zawarcia umowy – i co uzasadnia racje dla ich dotrzymania lub, w razie potrzeby, ich prawnej egzekucji – jest ich troska o własny interes. Ania ma interes w tym, żeby Wojtek wyprowadził jej psa na spacer. Wojtek ma interes w tym, żeby Ania skosiła jego trawnik. Zawierają więc umowę wyrażoną w zdaniu (I). Gdy któreś z nich nie wywiąże się ze swojej części umowy, drugie będzie mogło domagać się od odpowiednich instytucji użycia przymusu. Kontekst wcześniejszych stosunków i relacji stron nie ma tu żadnego znaczenia.

²³ D. Markovits, *Contract and Collaboration*, „The Yale Law Journal” 2004, t. 113, nr 7, s. 1419.

²⁴ Podobnie: J. Gordley, *Equality in Exchange*, „California Law Review” 1981, t. 69, nr 6, s. 1619. Sprawiedliwościowa teoria prawa umów Gordleya zostanie poddana analizie w rozdziale IV.

²⁵ D. Markovits, *Contract and Collaboration*, s. 1449 i n.

Należy przy tym pamiętać, że pomimo ich ugruntowania w interesie własnym, umowy w dalszym ciągu konstytuują relacje oparte na wzajemnym szacunku autonomicznych podmiotów – jest to po prostu inna forma szacunku niż ta mająca miejsce w przypadku zwykłych obietnic. „Moralność umów – pisze Markovits – rozwija formę szacunku nieopartą na uczuciu (*affection*)”²⁶. Czynnikiem, który pozwala na pogodzenie wzajemnego szacunku i wspólnoty stron umowy oraz ich egoistycznej troski o własne interesy, jest – znana również również w polskim systemie prawnym – instytucja dobrej wiary. Dobra wiara, stanowiąca podstawę wszelkich relacji umownych, „pozwała stronom umowy na pozostanie egoistycznymi [...] z zastrzeżeniem, że muszą one zaakceptować, iż najlepsza interpretacja tego, na co zgodziły się w ramach umowy, ogranicza ich interes własny. Charakterystyczna równowaga interesu własnego i ograniczenia wyrażone w pojęciu dobrej wiary ustanawiają wyjątkową formę wzajemnego uznania i szacunku”²⁷.

Warto przy tym zauważyć, iż teoria Markovitsa osiąga podobny rezultat, co teoria Kimela: uzasadnia tezę o odrębności umów i obietnic przy jednoczesnym zachowaniu przekonania o kluczowym znaczeniu autonomii woli dla prawa umów, bez odwoływania się do pojęcia autonomii jako samostanowienia. Wręcz przeciwnie, odwołując się do filozofii Kanta, Markovits zdaje się rozumieć autonomię woli właśnie jako niezależność od zewnętrznej ingerencji²⁸. Co więcej, jego teorię można uznać za najpełniej rozwiniętą wersję teorii opartych na tezie o słabej korespondencji obietnic i umów, ponieważ oferuje jasne odpowiedzi zarówno na ontologiczne pytanie o naturę umów, jak i normatywne pytanie o racje dla ich mocy wiążącej. Istotę umowy stanowi w takim ujęciu oparta na wzajemnym szacunku relacja autonomicznych podmiotów, oparta jednak na ich trosce o interes własny i znajdująca ugruntowanie w prawnej zasadzie dobrej wiary. Tak rozumiana istota umów dostarcza również racji dla ich mocy wiążącej – tylko prawna egzekucja umów i związana z nią groźba użycia przymusu państwowego są w stanie zagwarantować trwałość relacji opartych z jednej strony na solidarności, a z drugiej na interesie własnym. Odpowiedzi, których udziela teoria Markovitsa na oba pytania, są więc powiązane, co stanowi o jej przewadze w stosunku do teorii analizowanych powyżej, które do wzajemnego związku pytań o naturę umów i racji dla ich mocy wiążącej nie przykładają zbyt dużej wagi²⁹.

²⁶ *Ibidem*, s. 1451.

²⁷ D. Markovits, *Good Faith as Contract's Core Value*, [w:] *Philosophical Foundations of Contract Law*, red. G. Klass, G. Letsas, P. Saprai, Oxford University Press, Oxford 2014, s. 284. Oryg. „[...] good faith allows contracting parties to remain [...] self-interested [...] except that they must accept, as a side-constraint, that the best interpretation of what they agreed to in contracting binds them to limit their self-interest. And the distinctive balance of self-interest and other-regarding constraint articulated by good faith elaborates a particular form of interpersonal recognition and respect”.

²⁸ *Idem*, *Contract and Collaboration*, s. 1422–1435.

²⁹ Zob. też D. *idem*, *Making and Keeping Contracts*, „Virginia Law Review” 2006, t. 92, nr 7, s. 1325–1328.

Nie tylko teoria obietnicy jako umowy Frieda, ale również oparta na pojęciu osobistego oddalenia teoria Kimela nie dostarczają satysfakcjonującej odpowiedzi na normatywne pytanie teorii prawa umów. Choć tłumaczy ona, że moc wiążąca umów i możliwość ich prawnej egzekucji odróżnia umowy od obietnic, w żaden sposób nie uzasadnia to faktu potencjalnego użycia przymusu w imię gwarantowanej przez umowy wartości osobistego oddalenia. Prawna egzekucja umowy to zresztą nie tylko użycie przymusu wobec jednostki. To również zaangażowanie aparatu państwowego – a więc pośrednio całego społeczeństwa – w zapewnienie wykonania prywatnej umowy między stronami, co wymaga jeszcze lepszego uzasadnienia. Ochrona wartości dobrej wiary i relacji opartej na wzajemnym szacunku wspólnoty wśród członków społeczeństwa uzasadnienia takiego dostarcza.

Jak zobaczymy w rozdziale IV, teoria Markovitsa może być w tym zakresie uznana za zapowiedź sprawiedliwościowych teorii prawa umów, dla których normatywne pytanie o racje dla mocy wiążącej umów jest kluczowe. Jest tak, mimo że sam autor wyraźnie zaznacza, że dobra wiara nie powinna być utożsamiana z pojęciem sprawiedliwości w prawie umów³⁰. W rozdziale tym nastąpi również kontynuacja niniejszego wątku rozważań: wskazane zostanie, dlaczego odpowiedź Markovitsa na normatywne pytanie teorii prawa umów, mimo jej wyższości nad odpowiedziami proponowanymi przez inne teorie odwołujące się do autonomii woli, nie jest do końca satysfakcjonująca.

Powyższe rozważania skupiały się na odpowiedziach na ontologiczne pytanie o naturę umów, których udzielały teorie oparte na autonomii woli, a także, w przypadku teorii o słabej korespondencji obietnic i umów, na próbach odpowiedzi na pytanie normatywne (lub przynajmniej starały się to pytanie zasygnalizować). Czy teorie z analizowanej grupy zajmują się również instytucjonalnym pytaniem o kształt, jaki powinno przybrać prawo umów? Zwrócenie uwagi na fakt, iż umowy, w przeciwieństwie do obietnic, podlegają prawnej egzekucji, jak również wskazanie na znaczenie pojęcia dobrej wiary, sygnalizują zasadniczą odmienną konwencję stojących u podstaw obietnic i umów. Różnice te mają ścisły związek z pytaniem instytucjonalnym. Jak się wydaje, nie da się jednak wyjaśnić ich jedynie w oparciu o zasadę autonomii woli, jakkolwiek rozumianą. Dlaczego? Odpowiedzi na to pytanie poświęcona jest ostatnia sekcja niniejszego rozdziału.

2.4. Odmiennie konwencje stojące u podstaw obietnic i umów

Zazwyczaj uznaje się, że zobowiązania powstałe w wyniku składania obietnic czy zawierania umów mają swoje źródła w odpowiednich konwencjach – konwencjach obiecywania lub konwencjach prawa umów³¹. „Jednostka jest moralnie

³⁰ Idem, *Good Faith...*, s. 278.

³¹ Zob. L. Murphy, *The Practice of Promise and Contract*, [w:] *Philosophical Foundations of Contract Law*, s. 151–170.

zobowiązana dotrzymać obietnicy – pisał Charles Fried – ponieważ świadomie przywołała konwencję, której funkcją jest dawanie innym podstaw – moralnych podstaw – aby spodziewać się spełnienia tej obietnicy³². Nie ma również wątpliwości, że prawo umów – jak i prawo jako takie – jest swego rodzaju społecznym artefaktem, ufundowanym na odpowiednich konwencjach³³.

Jak widzieliśmy, dla Frieda nie ma zasadniczej różnicy między konwencjami obiecywania i prawa umów. Jednakże sam fakt, iż umowy podlegają prawnej egzekucji – związany z normatywnym pytaniem o racje dla mocy wiążącej umów – stanowi fundamentalną różnicę między tymi dwoma typami konwencji. Różnica jest jednak o wiele więcej, co uwidacznia się chociażby w tym, że konwencje prawa umów są nieskończenie bardziej skomplikowane i precyzyjne od konwencji obiecywania. Konwencja, do której odwołuje się Wojtek, składając Ani obietnicę wyprowadzenia jej psa na spacer, jest bardzo ogólna i niedookreślona. Nie tylko nie określa ona sankcji, jakie spotkałyby go w efekcie niedotrzymania obietnicy (będzie to zapewne wynikowa spadku zaufania, pogorszenia reputacji, uzasadnionych pretensji żywionych do niego przez Anię i wielu innych czynników), ale również nie precyzuje sposobu, w jaki powinien on wywiązać się ze swojego zobowiązania.

Inaczej jest w przypadku konwencji prawnych, składających się z ogromnej liczby precyzyjnych norm regulujących kwestie zawierania, wykonywania oraz konsekwencji niewykonywania umów. Richard Craswell wyróżnia przy tym dwa główne typy norm prawa umów – reguły dotyczące porozumienia (*agreement rules*) oraz reguły tła (*background rules*)³⁴. Reguły dotyczące porozumienia określają, jakie warunki muszą być spełnione, aby umowa między stronami – oraz wynikające z niej prawa i obowiązki – mogła być uznana za ważną. Reguły tła z kolei precyzują zakres owych praw i obowiązków, w szczególności okoliczności usprawiedliwiające niewywiązanie się ze swoich zobowiązań oraz sankcje obowiązujące w przypadku braku takiego usprawiedliwienia. Z tego względu reguły dotyczące porozumienia mogą być interpretowane również jako określające „warunki i procedury, które strony muszą spełnić w celu zmiany inaczej mającej zastosowanie reguły tła”³⁵.

Przykładami reguł dotyczących porozumienia w prawie polskim są przepisy kodeksu cywilnego dotyczące zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych, ogólne przepisy regulujące czynności prawne i zawarcie umowy, przepisy dotyczące formy czynności prawnych, wad oświadczeń woli czy pełnomocnictwa. Przykładami reguł tła są chociażby przepisy dotyczące przedawnienia roszczeń, ogólne przepisy dotyczące wykonywania zobowiązań umownych, przepisy

³² Ch. Fried, *Contract as Promise...*, s. 16.

³³ Zob. A. Dyrda, *Konwencja u podstaw prawa. Kontrowersje pozytywizmu prawniczego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.

³⁴ R. Craswell, *Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising*, „Michigan Law Review” 1989, t. 88, nr 3, s. 503.

³⁵ *Ibidem*.

o umowach wzajemnych, przepisy dotyczące odszkodowań za niewykonywanie umów, przepisy dotyczące potrąceń, odnowień czy zwolnień z długu, zmiany wierzyciela lub dłużnika, a także wszystkie przepisy regulujące rozmaite umowy nazwane (takie jak umowa sprzedaży, umowa pożyczki, umowa o dzieło itp.). Już sama liczba tych przepisów – w przypadku prawa polskiego nie tylko przepisów kodeksu cywilnego, ale również ustaw szczegółowych oraz norm kodeksu postępowania cywilnego – świadczy o odmienności konwencji prawa umów od w dużej mierze dorozumianych konwencji obiecywania.

Teoretycy uznający autonomię woli za naczelną zasadę prawa umów zdają się przeoczać ten fakt. Szczególnie widoczne jest to oczywiście w przypadku Frieda, wprost utożsamiającego konwencje obiecywania i prawa umów, jednak zaniedbanie to można przypisać, w większym lub mniejszym stopniu, wszystkim analizowanym powyżej teoriom. Wyjątek w tym względzie stanowi teoria Randy'ego Barnetta, dla którego ów instytucjonalny aspekt prawa umów, odróżniający się od konwencji obiecywania, jest podstawą do krytyki teorii umowy jako obietnicy Frieda. Umowa, twierdzi Barnett, nie jest obietnicą, ani nawet wymianą obietnic, ale formą zgody (*consent*), rozumianej jako zamaniestowana intencja bycia legalnie związanym (*manifested intention to be legally bound*)³⁶. „Obiecać – pisze Barnett – to podjąć się zrobienia lub powstrzymania się od zrobienia czegoś. Zgodzić się na zawarcie umowy to podjąć się bycia prawnie odpowiedzialnym za niewykonanie obietnicy”³⁷. Barnett zwraca tym samym uwagę na wspomnianą już kluczową różnicę między konwencjami obiecywania i prawa umów, polegającą na możliwości prawnej egzekucji umów, popartej groźbą użycia przymusu państwowego. Groźba ta jest uzasadniona w świetle faktu, iż obiektem umów jest transfer praw i obowiązków względem innych jednostek, a nie wyłącznie nakładanie na siebie pewnego rodzaju zobowiązań moralnych, jak w przypadku obietnic. Co więcej, ten instytucjonalny aspekt prawa umów obejmuje nie tylko ich egzekwowalność, ale również wszystkie normy – reguły dotyczące porozumień i reguły tła wskazane powyżej (a także wiele innych). Zwrócenie przez Barnetta uwagi na ten aspekt jest jego największą zasługą dla teorii prawa umów.

Paradoksalnie jednak wskazuje ono również na największą wadę – zarówno teorii umowy jako zgody Barnetta, jak i pozostałych teorii uznających autonomię woli za naczelną zasadę prawa umów. Polega ona na prawie całkowitym ignorowaniu przez nie instytucjonalnego pytania teorii prawa umów. O ile bowiem Barnett słusznie zwraca uwagę na instytucjonalny kontekst konwencji prawa umów, a zgoda na przystąpienie do tego kontekstu stanowi istotę umowy, jego teoria w żaden sposób nie określa kształtu, jaki konwencja ta powinna przyjąć. Mimo

³⁶ R. Barnett, *A Consent Theory of Contract*, „Columbia Law Review” 1986, nr 86, s. 315.

³⁷ Idem, *Contract Is Not Promise; Contract Is Consent*, [w:] *Philosophical Foundations of Contract Law*, s. 48.

że sprowadza on istotę umowy do zgody na bycie legalnie związanym konwencjami prawa umów, nie wyjaśnia, jak zasady te wyglądają lub powinny wyglądać – po prostu zakłada ich istnienie.

Zarzut ten podnosi w odniesieniu do teorii Frieda i Barnetta (choć można go odnieść do wszystkich teorii prawa umów opartych na autonomii woli) Richard Craswell. Wprowadzając wspomniane już rozróżnienie na reguły prawa umów dotyczące porozumień oraz reguły tła, twierdzi on, iż teorie oparte na autonomii mogą wprawdzie dostarczyć pewnych wskazówek co do kształtu teorii dotyczących porozumień, ale są całkowicie nieprzydatne do projektowania reguł tła³⁸. Samo odwołanie się do zasady obietnicy czy pojęcia zgody jako esencji umowy da się bowiem pogodzić z wieloma różnymi zasadami tła. Przykładowo, ani zasada obietnicy, ani pojęcie zgody nie dostarczają istotnych wskazówek co do kształtu regulacji gwarancji przy umowie sprzedaży (art. 577–582 kc) lub szczegółowych kwestii związanych z zawieraniem i wykonywaniem umów wzajemnych (art. 487–497 kc). Dzieje się tak z prostego powodu, że kwestie te najczęściej nie są, a nawet nie mogą być przedmiotem porozumienia stron. Każda umowa stanowi więc sumę porozumienia stron – częściowo określonego przez normy dotyczące porozumień – oraz odpowiednich reguł tła, precyzujących pozostałe istotne kwestie. Taki jest również sens art. 56 polskiego kodeksu cywilnego, stwierdzającego, iż czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów.

O ile zatem teorie odwołujące się do autonomii woli mogą powiedzieć nam coś o istocie i znaczeniu „skutków wyrażonych w czynności prawnej”, ich moc eksplanacyjna jest praktycznie zerowa w odniesieniu do pozostałych skutków umów. Craswell dochodzi zatem do słusznego wniosku, że w celu odpowiedzi na instytucjonalne pytanie prawa umów – wedle jakich kryteriów zaprojektować reguły prawa umów – musimy odwołać się do innych wartości niż autonomia woli. Wskazuje przy tym na dwie takie wartości – efektywność ekonomiczną oraz sprawiedliwość³⁹. Nie jest przypadkiem, że to właśnie te dwie wartości stoją u podstaw pozostałych dwóch grup teorii prawa umów analizowanych w tej książce. Jak zobaczymy, zarówno teorie ekonomiczne, jak i teorie sprawiedliwościowe udzielają swoich wersji odpowiedzi na instytucjonalne pytanie prawa umów. Niewątpliwie stanowi to ich zaletę w porównaniu z teoriami odwołującymi się do autonomii woli. Nie powinno to jednak przysłaniać innych zalet teorii opartych na autonomii, które podsumujemy krótko poniżej.

³⁸ R. Craswell, *Contract Law...*, s. 503–505.

³⁹ *Ibidem*, s. 528–529.

Podsumowanie

Powyższe rozważania pokazują, że teorie oparte na autonomii woli największą wagę przykładają do ontologicznego pytania o naturę umów, którą utożsamiają kolejno: z obietnicą, substytutem obietnicy realizującym wartość osobistego oddania, specjalnym typem obietnicy kreującym relację opartej na wzajemnym szacunku wspólnoty, regulowanym przez instytucję dobrej wiary, lub zgodą rozumianą jako ujawniona intencja bycia legalnie zobowiązanym. Cokolwiek sądzimy o każdym z tych ujęć, trudno zaprzeczyć, iż powiązanie natury umowy z autonomią woli – rozumianą jako niezależność lub zdolność do samostanowienia – jest zgodne z powszechnymi intuicjami i zasadami moralnymi stojącymi u podstaw współczesnych społeczeństw liberalnych. Fakt ten znajduje potwierdzenie nie tylko w znaczeniu, jakie każdy z nas przypisuje wolności jako wartości, ale również w przepisach prawa, jak chociażby we wspomnianym art. 353¹ polskiego kodeksu cywilnego, ustanawiającego kluczową dla naszego systemu prawa zasadę swobody umów.

W wyniku skupienia się na pytaniu ontologicznym teorie oparte na autonomii woli zdają się jednak zaniedbywać pozostałe pytania teorii prawa umów: normatywne pytanie o racje dla mocy wiążącej umów oraz instytucjonalne pytanie o kształt, jaki prawo umów powinno przyjąć. Teoria umowy jako obietnicy Frieda zupełnie ignoruje fakt, iż umowy, w przeciwieństwie do pozostałych obietnic, powinny podlegać egzekucji wspartej groźbą użycia przymusu państwowego. Inne teorie odwołujące się do autonomii woli, choć fakt ten zauważają, nie są w stanie uzasadnić go w satysfakcjonujący sposób – jedynie zakładają one, że umowy podlegają egzekucji, bez dostarczania racji, dla których posiadają one tego typu moc wiążącą. Pewien wyjątek stanowi tu odwołująca się do pojęcia dobrej wiary teoria Daniela Markovitsa, zdaniem którego moc wiążąca umów uzasadniona jest ochroną relacji międzyludzkich, opartych z jednej strony na wzajemnym szacunku, a z drugiej na trosce każdego o swój interes własny. Jest to jednak wciąż za mało dla uzasadnienia potencjalnego używania przymusu wobec jednostek niewywiązujących się ze zobowiązań umownych.

Co więcej, wszystkie teorie prawa umów oparte na autonomii woli niemal całkowicie ignorują jego aspekt instytucjonalny. Żadna z tych teorii nie jest w stanie udzielić odpowiedzi na pytanie, jaki kształt powinno przybrać prawo umów i jakie kryteria powinny tę kwestię determinować. Jest to konsekwencją faktu, iż prawo umów składa się z ogromnej liczby regulacji, których roli w większości nie da się w jakikolwiek sposób sprowadzić do konsekwencji wyrażania i poszerzania zakresu zasady autonomii woli. Nawet jeżeli teorie odwołujące się do autonomii woli wskazują na znaczenie instytucjonalnego aspektu prawa umów – tak jak teoria umowy jako zgody Barnetta – ich moc eksplanacyjna kończy się w tym miejscu.

Z powyższych względów teorii opartych na autonomii woli nie można uznać za w pełni satysfakcjonujące. Doceniając wkład, jaki niosą ze sobą ich odpowiedzi na ontologiczne pytanie teorii prawa umów, pozostawiają one zbyt wiele niejasności w odniesieniu do dwóch pozostałych fundamentalnych pytań teorii prawa umów. W toku dalszych rozważań zobaczymy, iż pozostałe nurty teorii prawa umów dostarczają znacznie lepszych odpowiedzi na pytanie normatywne oraz pytanie instytucjonalne, nawet jeżeli gorzej radzą sobie z pytaniem ontologicznym. Stanie się to widoczne przy okazji teorii opartych na efektywności ekonomicznej, których analizie i krytyce poświęcony jest kolejny rozdział książki. Zobaczymy w nim, jak teorie te radzą sobie z pytaniami o racje dla mocy wiążącej oraz instytucjonalny kształt prawa umów, a także w kilku miejscach porównamy ich dociekania z dociekaniem teorii opartych na autonomii woli.

Rozdział III

Teorie oparte na efektywności

Wprowadzenie

Ekonomiczne teorie prawa umów, czyli teorie uznające efektywność ekonomiczną za jego fundamentalną wartość, stanowią obecnie dominujące podejście w światowej literaturze przedmiotu¹. Szczegółowa analiza poszczególnych z nich, przeprowadzona na wzór rozważań z poprzedniego rozdziału, miałyby się w tym miejscu z celem, nie tylko z uwagi na mnogość teorii ekonomicznych, ale również ze względu na fakt, że wiele z nich dotyczy poszczególnych instytucji, doktryn czy przepisów prawa. W związku z tym poniższa analiza poświęcona będzie przede wszystkim kluczowym założeniom i pojęciom wspólnym dla teorii ekonomicznych, niezależnie od konkretnego przedmiotu ich zainteresowania.

Rozdział ma następującą strukturę. Sekcja 1 przybliży pojęcie efektywności ekonomicznej oraz jego dwa możliwe znaczenia: jako bogactwa społecznego i jako dobrobytu społecznego. Sekcja 2 skupia się na pojęciu kosztów transakcyjnych oraz bardziej szczegółowo na roli prawa umów w realizacji zasady efektywności ekonomicznej. W sekcji 3 wskazana zostanie odpowiedź, której udzielają teorie ekonomiczne na normatywne pytanie o moc wiążącą umów. Uwaga zostanie poświęcona przede wszystkim postulowanej przez teorie ekonomiczne doktrynie tak zwanego efektywnego złamania umowy², a także porównaniu w tym zakresie teorii ekonomicznych oraz teorii odwołujących się do autonomii woli. Sekcja 4 dotyczy zarzutów, które zazwyczaj stawia się ekonomicznym teoriom praw umów, w tym najpoważniejszego, sprowadzającego się do stwierdzenia, iż przy spełnieniu warunków, które teorie te uznają za optymalne, prawo umów staje się zbędne. Sekcja 5 krótko przybliży tak zwane postulaty integracyjne w teorii

¹ Zob. Ch. Fried, *The Ambitions of Contract as Promise*, [w:] *Philosophical Foundations of Contract Law*, red. G. Klass, G. Letsas, P. Saprai, Oxford University Press, Oxford 2014, s. 21: „Indeed, the economic analysis of law may today be the dominant intellectual approach to legal institutions generally and to contract law in particular”.

² W polskiej literaturze często używa się w tym kontekście pojęcia efektywnego złamania zobowiązania. Jednakże z uwagi na nieco szerszy zakres tego pojęcia – mogący obejmować między innymi również zobowiązania z zakresu prawa własności czy prawa deliktowego – w dalszej części tekstu będziemy mówić o efektywnym złamaniu umowy.

prawa umów, czyli próby pogodzenia teorii odwołujących się do autonomii woli oraz teorii ekonomicznych, w sposób, który pozwoliłby na wykorzystanie zalet każdej z nich, bez powielania ich wad. Poniższe rozważania mają za zadanie w możliwie przekrojowy sposób przedstawić najważniejsze twierdzenia ekonomicznych teorii praw umów, podkreślić ich zalety i wady, porównać je z teoriami opartymi na autonomii woli oraz wskazać, jakich odpowiedzi udzielają (lub nie) na fundamentalne pytania teorii prawa umów: pytanie ontologiczne, pytanie normatywne oraz pytanie instytucjonalne.

3.1. Czym jest efektywność ekonomiczna?

Aby wyjaśnić znaczenie kluczowego dla niniejszego rozdziału pojęcia efektywności ekonomicznej, odwołajmy się do przykładu o charakterze nieco bardziej skomplikowanym od tego z poprzedniego rozdziału.

Jan chce sprzedać swój samochód za nie mniej niż 30 000 zł. Po pewnym czasie znajduje na niego kupca, Pawła, który jest skłonny zapłacić za samochód nie więcej niż 42 000 zł. Po negocjacjach Jan zawiera z Pawłem umowę sprzedaży samochodu – nazwijmy ją umową (2) – za 40 000 zł. Zgodnie z umową Paweł od razu płaci Janowi 40 000 zł, a ten zobowiązuje się do dostarczenia mu samochodu następnego dnia.

Wyobraźmy sobie jednak, że tego samego dnia, już po zawarciu przez Jana i Pawła umowy (2), do Jana zgłasza się Magda, również zainteresowana kupnem samochodu. Za samochód jest ona skłonna zapłacić Janowi nie więcej niż 60 000 zł – ceni go więc wyżej od Pawła. Magda nic nie wie o wcześniejszej umowie Jana z Pawłem. Jan, wyczuwając okazję do większego zysku, również nie zdradza faktu wcześniejszego zawarcia umowy z Pawłem. Po negocjacjach Jan zawiera z Magdą umowę sprzedaży samochodu – nazwijmy ją umową (3)³ – za 50 000 zł. Postanawia nie dotrzymać umowy (2), gdyż wiązałoby się to dla niego ze stratą 10 000 zł. Zamiast tego postanawia zadośćuczynić Pawłowi poprzez wypłacenie mu odszkodowania w wysokości 44 000 zł. Tym samym wygląda na to, że wszyscy zyskają na niedotrzymaniu przez Jana umowy (2). Jan zyska 6 000 zł. Magda zyska samochód, który ceni najwyżej z całej trójki. Paweł, choć nie otrzyma samochodu, który kupił, odzyska swoje pieniądze oraz rekompensatę w wysokości 4 000 zł.

Niniejszy przykład pozwoli na zilustrowanie dwóch możliwych znaczeń pojęcia efektywności ekonomicznej: efektywności jako bogactwa społecznego (*social wealth*) oraz efektywności jako dobrobytu społecznego (*social welfare*). W pierwszym rozumieniu, uznawanym chociażby przez Richarda

³ Nazywamy dwie powyższe umowy umowami (2) i (3) w celu odróżnienia ich od umowy (1), występującej w przykładzie rozpoczynającym poprzedni rozdział.

Posnera w klasycznej już książce *Economic Analysis of Law*, efektywna jest taka alokacja dóbr⁴, w której trafiają one do tych, którzy cenią je najbardziej, przy czym za miarę takiej subiektywnej wartości dóbr uznaje się kwotę pieniędzy, jaką są oni w stanie za dobra te zapłacić (*willingness to pay*)⁵. Miara efektywności ekonomicznej jest więc w tym przypadku wyłącznie pieniężna. W powyższym przykładzie bogactwo społeczne jest większe w przypadku umowy (3) niż w przypadku umowy (2), bowiem Magda jest w stanie zapłacić więcej za samochód Jana, co oznacza, że ceni go bardziej niż Paweł. Kontynuując ten tok myślenia, Jan niewątpliwie bardziej ceni 50 000 zł, które otrzymał od Magdy, niż 40 000 zł, które otrzymałby od Pawła, nawet jeżeli część tej kwoty (mniejszą niż 10 000 zł) zapłaci Pawłowi w ramach odszkodowania. Taki układ jest również korzystny dla Pawła, dla którego, przypomnijmy, subiektywna wartość samochodu wynosi 42 000 zł (maksymalna suma, którą był gotów za niego zapłacić). Jeżeli Jan wypłaci mu odszkodowanie w wysokości 44 000 zł, jak w powyższym przykładzie, Paweł zyska 2000 zł, czyli różnicę między subiektywną wartością przypisywaną przez niego samochodowi Jana oraz kwotą odszkodowania. Magda natomiast zyska 10 000 zł – różnicę między subiektywną wartością, jaką przypisuje samochodowi, a kwotą, jaką rzeczywiście za niego zapłaciła. Inaczej rzecz ujmując, o ile w przypadku dotrzymania przez Jana umowy (2) i niezawarcia umowy (3) nastąpi wzrost bogactwa społecznego o 12 000 zł (różnica między subiektywnymi wartościami samochodu dla Jana i Pawła), to w przypadku złamania przez Jana umowy (2) i dotrzymania umowy (3) bogactwo społeczne wzrośnie o 20 000 zł (różnica między subiektywnymi wartościami samochodu dla Jana i Magdy)⁶. Zdaniem Posnera i innych ekonomicznie usposobionych teoretyków Jan jest więc nie tylko uprawniony, ale wręcz zobowiązany do złamania umowy (2) i wypłaty Pawłowi odszkodowania, gdyż prowadzi to do wzrostu bogactwa społecznego.

Interpretacja efektywności ekonomicznej jako bogactwa społecznego siłą rzeczy faworyzuje bogate jednostki, które są gotowe zapłacić za interesujące ich dobra więcej niż jednostki biedne. W związku z tym takiemu rozumieniu efektywności ekonomicznej można zarzucić, iż jest sprzeczne z naszymi intuicjami moralnymi, gdyż całkowicie ignoruje ono kwestię, czy rezultaty efektywnej alokacji dóbr są sprawiedliwe. Podobny zarzut w stosunku do teorii bogactwa społecznego Posnera wysunął Ronald Dworkin, stawiając pytanie, czy tak rozumiane bogactwo społeczne jest atrakcyjną zasadą normatywną. Jego odpowiedź jest jednoznacznie negatywna. „Pieniądże lub ich równowartość – pisze Dworkin

⁴ Dla uproszczenia mówimy tu o alokacji dóbr, ale chodzi również o alokację praw i obowiązków, która w przypadku prawa umów ma kluczowe znaczenie.

⁵ R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, New York 2003, s. 4–5.

⁶ Wydaje się przy tym, że fakt wypłaty przez Jana odszkodowania Pawłowi nie wpływa w tym przypadku na ogólny wzrost bogactwa społecznego.

– są użyteczne tylko o tyle, o ile umożliwiają komuś prowadzenie bardziej wartościowego, pełnego sukcesów, szczęśliwszego lub bardziej moralnego życia. Każdy, kto uważa je za coś więcej, jest fetyszystą małych zielonych papierków”⁷.

Świadome powyższych zarzutów nowsze teorie ekonomiczne definiują efektywność w bardziej inkluzywny sposób, jako dobrobyt społeczny. Najbardziej wpływowe sformułowanie takiego stanowiska znaleźć możemy w książce Louisa Kaplowa i Stevena Shavella *Fairness versus Welfare*. Za miarę efektywności, czyli dobrobytu społecznego, uznaje się tu sumę indywidualnego dobrobytu poszczególnych członków społeczeństwa⁸, a za miarę indywidualnego dobrobytu – stopień, w jakim zostały zaspokojone ich osobiste preferencje. „Pojęcie dobrobytu – piszą Kaplow i Shavell – jest z natury złożone. Zawiera ono w sobie wszystko, co jednostka może cenić w pozytywnym sensie – dobra i usługi, które może skosztować, społeczne i środowiskowe udogodnienia, osobiste spełnianie się, przychylne uczucia wobec innych, i tak dalej. Podobnie, dobrobyt jednostki w negatywnym sensie jest odbiciem szkód dla jego lub jej osoby i własności, kosztów i niegodności oraz wszystkiego innego, co jednostka ta może uznawać za odpychające. Dobrobyt nie jest ograniczony do hedonistycznej i materialistycznej przyjemności albo do jakiegokolwiek innej klasy przyjemności i bólów”⁹. Szczególną preferencją członków społeczeństwa jest preferencja dla sprawiedliwości¹⁰. Od razu należy jednak zaznaczyć, że nie jest ona tym samym, co sprawiedliwość jako taka, która jest uznawana za podstawę prawa umów przez teorie analizowane w następnym rozdziale. Preferencja dla sprawiedliwości jest w takim ujęciu traktowana na równi z wszystkimi innymi preferencjami. Stanowi więc ona jedynie jeden z elementów dobrobytu społecznego, który może zostać poświęcony na rzecz innych preferencji, jeżeli wymaga tego maksymalizacja efektywności.

Jako bardziej inkluzywna miara efektywności ekonomicznej, dobrobyt społeczny jest w stanie uniknąć zarzutów wysuwanych pod adresem bogactwa społecznego, które wydaje się mało satysfakcjonującą podstawą normatywną prawa umów. Może on też prowadzić do innych rezultatów. Przykładowo, gdyby

⁷ R. Dworkin, *Is Wealth a Value*, „Journal of Legal Studies” 1980, t. 9, nr 2, s. 201. Oryg.: „Money or its equivalent is useful so far as it enables someone to lead a more valuable, successful, happier, or more moral life. Anyone who counts it for more than that is a fetishist of little green paper”.

⁸ L. Kaplow, S. Shavell, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, Cambridge, MA 2006, s. 24.

⁹ *Ibidem*, s. 19. Oryg.: „The notion of well-being is comprehensive in nature. It incorporates in a positive way everything that an individual might value – goods and services that the individual can consume, social and environmental amenities, personally held notions of fulfillment, sympathetic feelings for others, and so forth. Similarly, an individual’s well-being reflects in a negative way harms to his or her person and property, costs and inconveniences, and anything else that the individual might find distasteful. Wellbeing is not restricted to hedonistic and materialistic enjoyment or to any other named class of pleasures and pains”.

¹⁰ *Ibidem*, s. 21.

w powyższym przykładzie zarówno Jan, jak i Paweł i Magda mieli silne preferencje przemawiające na rzecz dotrzymywania pierwotnie zawieranych umów, zasada maksymalizacji dobrobytu społecznego mogłaby przemawiać za dotrzymaniem przez Jana umowy (2) i odmową zawarcia umowy (3). Preferencje jednostek dotyczące dotrzymywania umów mogłyby w tym przypadku przeważać nad ich preferencjami czysto finansowymi. Mimo że stan po zawarciu umowy (3) byłby zatem bardziej korzystny dla wszystkich z finansowego punktu widzenia, więcej preferencji zostałooby zaspokojonych w stanie (2) – byłby on zatem bardziej efektywny z punktu widzenia dobrobytu społecznego.

Z moralnego punktu widzenia zaspokajanie osobistych preferencji jednostek wydaje się więc bardziej adekwatną miarą efektywności ekonomicznej niż wzrost bogactwa społecznego. Takie podejście rodzi jednak inne problemy. Po pierwsze, inkluzywny charakter dobrobytu społecznego jako miary efektywności ekonomicznej generuje problem porównywania wartości czy siły poszczególnych preferencji. Czy możliwe jest porównanie i przypisanie wagi tak różnym preferencjom jak, przykładowo, preferencja osiągnięcia jak największego zysku finansowego, preferencja dla dotrzymywania zawieranych umów, preferencja wobec danego klubu piłkarskiego czy preferencja wobec sprawiedliwego podziału dóbr w społeczeństwie? Problem ten pogłębia się, jeżeli weźmiemy pod uwagę problem agregacji preferencji, czyli fakt, że różni członkowie społeczeństwa mogą przypisywać różne wartości poszczególnym preferencjom. Jest to poważny zarzut, z którym nie muszą borykać się teoretycy uznający bogactwo społeczne za miarę efektywności ekonomicznej.

Po drugie, nawet jeżeli założymy, że możliwe jest sporządzenie obowiązującej dla całego społeczeństwa hierarchii preferencji, nie rozwiązuje to problemu tzw. niemoralnych preferencji. Maksymalizacja dobrobytu społecznego w żaden sposób nie wartościuje preferencji – postuluje ona branie pod uwagę wszystkich preferencji jednostek. W przeciwnym razie nabiera ona zabarwienia moralnego, którego teoretycy odwołujący się do efektywności chcą unikać. Przykładowo, gdyby zarówno Jan i Paweł mieli bardzo silne preferencje seksistowskie, postulat maksymalizacji dobrobytu społecznego mógłby doprowadzić do rezultatu, w którym Jan powinien odmówić zawarcia umowy z Magdą tylko dlatego, że jest ona kobietą. Taki rezultat jest z moralnego punktu widzenia nie do zaakceptowania.

Po trzecie, w literaturze często zwraca się uwagę na istnienie tzw. adaptywnych preferencji, czyli preferencji ukształtowanych pod wpływem rzeczywistych opcji dostępnych jednostkom¹¹. Innymi słowy, postulat uznania dobrobytu społecznego za miarę efektywności ekonomicznej może prowadzić do błędnego koła – za podstawę teorii, której potencjalnym skutkiem ma być reforma określonych

¹¹ Zob. J. Elster, *Sour Grapes – Utilitarianism and the Genesis of Wants*, [w:] *Utilitarianism and Beyond*, red. A. Sen, B. Williams, Cambridge University Press, Cambridge 1982, s. 219–238.

instytucji, uznajemy preferencje jednostek, w znacznej mierze zdeterminowanych przez same te instytucje.

Po czwarte, jeżeli uznamy osobiste preferencje jednostek za miarę dobrobytu społecznego, w odróżnieniu od zwykłej gotowości do zapłaty wyższej sumy pieniędzy za określone dobra, rodzi to oczywisty problem natury poznawczej. Przy tym założeniu praktycznie niemożliwe jest określenie osobistych preferencji poszczególnych jednostek. Nie możemy w magiczny sposób przeniknąć do głów innych ludzi, aby dokładnie poznać ich preferencje i ewentualną hierarchię między nimi. Co więcej, jak zwracają uwagę przedstawiciele tzw. behawioralnej ekonomicznej analizy prawa, jednostki same często nie zdają sobie sprawy, jakie są ich prawdziwe preferencje, a nawet jeśli, to często działają w sposób z nimi sprzeczny¹². Jeżeli zatem jednostki nie zdecydują się na ujawnienie swoich preferencji, teoria maksymalizacji dobrobytu społecznego jest bezużyteczna jako zasada kierująca naszym postępowaniem. Tak się natomiast składa, że w wolnorynkowej wymianie dóbr i usług, w kontekście której zawiera się zdecydowaną większość umów, preferencje wyrażane są najczęściej poprzez gotowość do zapłaty określonej sumy pieniędzy za określone dobro. Zatem, mimo że istnieją od tej zasady pewne wyjątki, w praktycznym zastosowaniu oparta na zaspokajaniu osobistych preferencji teoria dobrobytu społecznego nie odbiega znacznie od analizowanej wyżej teorii bogactwa społecznego.

Powyższe zarzuty mogą być formułowane nie tylko w odniesieniu do ekonomicznych teorii prawa umów, ale również do ekonomicznej analizy prawa czy nawet filozofii utilitarystycznej w ogóle. Najistotniejszy dla naszych rozważań jest zarzut czwarty, dotyczący ujawniania przez jednostki ich preferencji oraz roli, jaką prawo umów ma w tym zakresie spełniać. Jest to poważny problem dla teorii prawa umów opartych na efektywności, nawet jeżeli założymy, że ekonomiczna analiza prawa jest w stanie uporać się z pozostałymi zarzutami – w przekonujący sposób poradzić sobie z ustaleniem hierarchii preferencji oraz problemem preferencji niemoralnych i adaptacyjnych. Jego analizie poświęcona jest kolejna sekcja tego rozdziału. Jednak zanim do tego przejdziemy, warto wspomnieć o jeszcze jednej kwestii związanej z pojęciem efektywności ekonomicznej.

W literaturze ekonomicznej najpopularniejszymi definicjami pojęcia efektywności ekonomicznej jest efektywność ekonomiczna w sensie Pareto oraz efektywność ekonomiczna w ujęciu Kaldora-Hicksa. Zgodnie z pierwszą definicją dana alokacja dóbr jest efektywna (optymalna), jeżeli nie da się poprawić położenia żadnej osoby bez jednoczesnego pogorszenia położenia jakiegokolwiek innej osoby. Zgodnie z drugą definicją dana alokacja dóbr jest efektywna (optymalna), jeżeli „korzyści osób zyskujących w wyniku wprowadzenia tej zmiany są wyższe

¹² Zob. *Behavioral Law and Economics*, red. C. Sunstein, Cambridge University Press, Cambridge 2000.

niż straty osób poszkodowanych tą zmianą¹³. Powodem, dla którego powyższe rozważania nie odwołują się do tych definicji, jest fakt, że mogą być one rozpatrywane jako kryteria mierzenia wzrostu efektywności ekonomicznej, nie dotyczą natomiast samego pojęcia efektywności. Tym samym kryteria efektywnej alokacji dóbr według teorii Pareto i Kaldora-Hicksa mogą być stosowane zarówno do bogactwa społecznego, jak i dobrobytu społecznego jako miary efektywności ekonomicznej. Co więcej, w kontekście ekonomicznych teorii prawa umów oba kryteria efektywnej alokacji dóbr pokrywają się¹⁴ – jak bowiem zobaczymy w sekcji 3, niemal wszystkie teorie ekonomiczne, uznające doktrynę tak zwanego efektywnego złamania umowy, zakładają, że łamiący umowę w imię efektywności jest zobowiązany zapłacić poszkodowanemu odpowiednie odszkodowanie. Z tych względów odwoływanie się do kryteriów Pareto i Kaldora-Hicksa nie wydaje się dla naszych rozważań niezbędne.

3.2. Koszty transakcyjne

Problem ujawniania przez jednostki ich preferencji w kontekście prawa umów jest ściśle związany z pojęciem kosztów transakcyjnych. Kosztami transakcyjnymi w przypadku prawa umów nazywamy te, które wynikają z zawierania i realizacji umów. Odwołując się do przykładu z początku rozdziału: aby sprzedać samochód, Jan musiał ponieść koszty związane z jego wyceną, a więc również zapoznaniem się z cenami panującymi na rynku sprzedaży używanych samochodów, sporządzeniem i ogłoszeniem oferty sprzedaży, poszukiwaniem odpowiedniego kupca, komunikacją z potencjalnymi kupującymi, negocjacjami ceny i tak dalej. Odpowiednie koszty ponieść musieli oczywiście również potencjalni kupujący – Paweł i Magda. Inny rodzaj kosztów transakcyjnych związany jest z niedotrzymaniem umowy. I tak, gdy Jan nie dotrzymał umowy (2) z Pawłem w zamian za zawarcie i dotrzymanie umowy (3) z Magdą, musi on ponieść koszty zadośćuczynienia Pawłowi za niewykonanie wobec niego zobowiązania, a Paweł koszty dochodzenia takiego zadośćuczynienia i ewentualnego zmuszenia Jania do jego wypłacenia. To oczywiście jedynie wybrane przykłady spośród ogromnego katalogu kosztów transakcyjnych, z którymi muszą liczyć się podmioty prawa umów.

¹³ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007, s. 36.

¹⁴ Co nie jest kwestią oczywistą. Zob. *ibidem*, s. 38: „Relacje między ekonomiczną efektywnością w sensie Pareto i efektywnością ekonomiczną w sensie Kaldora-Hicksa kształtują się w sposób następujący: zmiana sytuacji, która jest dopuszczalna w sensie Kaldora-Hicksa, byłaby dopuszczalna także w sensie Pareto, gdyby na osoby zyskujące w wyniku tej zmiany nałożono obowiązek rekompensaty osobom, które w wyniku tej zmiany tracą. Z tego względu ulepszenie w sensie Kaldora-Hicksa jest niekiedy nazywane potencjalnym ulepszeniem w sensie Pareto. Jak już jednak wspomniano, efektywność w sensie Kaldora-Hicksa takiego obowiązku nie nakłada”.

Z punktu widzenia teorii opartych na efektywności pojęcie kosztów transakcyjnych jest kluczowe z dwóch powodów. Po pierwsze, w ujęciu ekonomicznym obecność kosztów transakcyjnych uzasadnia samo istnienie prawa umów. Po drugie, występowanie określonych kosztów transakcyjnych determinuje kształt, jaki prawo umów powinno przybrać.

Pierwsza kwestia – uzasadnienie potrzeby prawa umów istnieniem kosztów transakcyjnych – jest ściśle związana ze słynnym twierdzeniem Ronalda Coase’a, laureata Nagrody Nobla z ekonomii, które brzmi:

Zawsze i tylko wtedy, jeśli koszty transakcyjne wynoszą zero, efektywna alokacja prawa własności danego dobra (lub szczegółowych uprawnień wynikających z prawa własności) nastąpi niezależnie od tego, komu to prawo (lub szczegółowe uprawnienie z niego wynikające) były początkowo przyznane przez przepis prawa lub orzeczenie sądowne¹⁵.

Jak rozumieć tak sformułowane twierdzenie w kontekście prawa umów? Zgodnie z podstawowym założeniem teorii ekonomicznych celem prawa umów jest efektywna alokacja dóbr. Efektywna alokacja dóbr to taka, która przypisuje dane dobra tym, którzy najbardziej je cenią (efektywność ekonomiczna jako bogactwo społeczne), lub tym, którzy żywią w stosunku do nich najsilniejsze preferencje (efektywność ekonomiczna jako dobrobyt społeczny). Dla uproszczenia będziemy traktować efektywną alokację dóbr jako realizującą najwięcej preferencji, a więc maksymalizującą dobrobyt społeczny. Zgodnie z twierdzeniem Coase’a taka alokacja nastąpiłaby samoczynnie, a więc bez konieczności istnienia prawa umów, w przypadku gdyby koszty transakcyjne wynosiły zero. Jednakże, jak widzieliśmy, koszty transakcyjne nie wynoszą zero. W związku z tym, aby osiągnąć efektywną alokację przynajmniej niektórych dóbr, potrzebujemy prawa umów. Odwołanie się do przykładu z początku rozdziału pozwoli zilustrować tę tezę.

Większość kosztów transakcyjnych, jakie łącznie ponoszą Jan, Paweł i Magda, kolejno w związku z zawarciem umowy (2), zawarciem umowy (3) oraz niedotrzymaniem przez Jana umowy (2), wynika z faktu, że nie byli oni w stanie przeprowadzić odpowiednich kalkulacji związanych z ich własnymi preferencjami i preferencjami innych. Przykładowo, gdyby Jan od razu wiedział, że Magda ceni jego samochód wyżej od Pawła, w ogóle nie zawierałby z Pawłem umowy (2), ale od razu sprzedałby samochód Magdzie. Nie tylko uwolniłoby go to od kosztów wypłacenia Pawłowi odszkodowania (a Pawła od kosztów jego ewentualnego dochodzenia), ale również od kosztów zawarcia umowy z Pawłem, jak również kosztów poszukiwania odpowiedniego kupca, ogłaszania sprzedaży samochodu i tak dalej. Analogicznie, gdyby strony odpowiednio dobrze wzajemnie znały swoje preferencje, w ogóle uwolniłoby je to od obowiązku negocjowania

¹⁵ Cytat za *ibidem*, s. 110. Por. R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, „Journal of Law and Economics” 1960, t. 3, s. 1–44.

umowy i niejako automatycznie osiągnęłyby one najbardziej efektywny rezultat. Twierdzenie Coase'a doprowadza tego typu rozważania do ich logicznego końca – w przypadku braku kosztów transakcyjnych całe prawo umów byłoby zbędne, gdyż najbardziej efektywna alokacja dóbr nastąpiłaby automatycznie, w wyniku osiągnięcia przez wszystkie zainteresowane strony rozstrzygnięć, które w najwyższym stopniu zaspokajałyby preferencje każdej z nich wziętej z osobna, jak również ogólną sumę ich preferencji.

W rzeczywistym świecie koszty transakcyjne są jednak poważną przeszkodą dla efektywnej alokacji dóbr. Generalnie rzecz biorąc, istnienie wysokich kosztów transakcyjnych jest spowodowane ograniczoną wiedzą, ograniczonym czasem oraz ograniczoną racjonalnością ludzi. Ludzie mają ograniczoną wiedzę, ponieważ na ogół dość mało wiedzą o preferencjach innych. Zazwyczaj nie mają również czasu na szczegółowe dowiadywanie się o tych preferencjach. A nawet jeśli niektóre z tych preferencji – swoich i innych – znają, to nie działają w sposób z nimi zgodny, ponieważ są leniwi, kierują się uprzedzeniami lub innymi błędami poznawczymi¹⁶. Te ograniczenia w zakresie wiedzy, czasu i racjonalności powodują, że ludzie działają w warunkach tzw. ograniczonej optymalizacji¹⁷. Ich przewyżczenie wymagałoby od nas zbyt wiele wysiłku. W związku z tym niezbędne są instrumenty, które zapewniałyby maksymalizację efektywności ekonomicznej mniejszym kosztem. Prawo umów jest jednym z takich instrumentów.

Prawo umów jest efektywnym narzędziem radzenia sobie z kosztami transakcyjnymi z dwóch powodów. Pierwszym z nich jest wspomniana już instytucja swobody umów, mówiąca, iż zasadniczo strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania. Poprzez samodzielne decydowanie o treści umowy są one w stanie, w procesie negocjacyjnym, zgrać preferencje swoje z preferencjami drugiej strony umowy. Warto zwrócić uwagę na podobieństwo takiego argumentu do słynnego argumentu z wiedzy rozproszonej, do którego odwoływał się Friedrich August von Hayek w celu udowodnienia wyższości opartych na swobodzie umów gospodarek rynkowych nad gospodarkami centralnie sterowanymi¹⁸. Zasada swobody umów, będąca najlepszym sposobem na „dogranie” wzajemnych preferencji stron działających w warunkach ograniczonej optymalizacji, jest zatem skutecznym narzędziem maksymalizacji efektywności ekonomicznej. Widzimy zatem, że teorie ekonomiczne, podobnie jak teorie oparte na autonomii woli, przywiązują wielką wagę do zasady swobody umów, jednak z zupełnie innych powodów. Dla teorii opartych na autonomii woli zasada swobody umów pozwala przede wszystkim na skuteczną realizację naszej niezależności

¹⁶ Por. *Behavioral Law and Economics*.

¹⁷ Zob. A. Katz, *Economic Foundations of Contract Law*, [w:] *Philosophical Foundations of Contract Law*, s. 173.

¹⁸ Zob. F.A. von Hayek, *The Use of Knowledge in Society*, „*American Economic Review*” 1945, t. 35, nr 4, s. 519–530.

lub zdolności do samostanowienia. Jej przydatność dla maksymalizacji bogactwa lub dobrobytu społecznego ma tu znaczenie co najwyżej drugorzędne.

Należy jednak pamiętać, że w warunkach ograniczonej optymalizacji proces wzajemnego dogrywania preferencji przez jednostki – gwarantowany przez zasadę swobody umów – również nie jest do końca efektywny, z uwagi na wysokie koszty transakcyjne. Ograniczony czas, wiedza i racjonalność podmiotów prawa umów nie pozwalają im bowiem na wyczerpujące uregulowanie wszystkich istotnych kwestii w efektywny sposób. W tym miejscu pojawia się drugi powód, dla którego występowanie kosztów transakcyjnych jest kluczowe dla prawa umów, a prawo umów może być efektywnym narzędziem radzenia sobie z takimi kosztami. Jest on związany z przywołanym w poprzednim rozdziale, dokonanym przez Richarda Craswella rozróżnieniem na dwa typy reguł prawa umów – reguły dotyczące porozumienia oraz reguły tła¹⁹. Jak pamiętamy, reguły tła precyzują zakres praw i obowiązków stron, które nie zostały określone w umowie lub zostały określone nieprecyzyjnie. Dotyczą one zatem kwestii, których strony nie zdeterminowały samodzielnie, działając w ramach zasady swobody umów. Jak pamiętamy, Craswell argumentował, iż teorie odwołujące się do autonomii woli nie są w stanie dostarczyć kryteriów, zgodnie z którymi reguły tła powinny być zaprojektowane.

Teorie ekonomiczne dostarczają takiego kryterium – jest to kryterium efektywności. Innymi słowy, zgodnie z ekonomicznym spojrzeniem na prawo umów, reguły tła powinny być zaprojektowane tak, aby maksymalizować efektywność ekonomiczną tam, gdzie strony – z uwagi na ograniczoną wiedzę, czas i racjonalność – nie dograły swoich preferencji w kompleksowy sposób. Zasada maksymalizacji efektywności działa zatem niejako dwuetapowo. Po pierwsze, postulując zasadę swobody umów, pozwala stronom na samodzielne dogranie ich preferencji, o których co do zasady mają one największą wiedzę. Po drugie, tam gdzie przydatność swobody umów się kończy, zasada maksymalizacji postuluje takie zaprojektowanie reguł tła, które jest najbardziej optymalne z punktu widzenia efektywności ekonomicznej. Dotyczy to oczywiście nie tylko reguł odszkodowawczych, analizowanych powyżej w kontekście doktryny efektywnego złamania umowy. Zasada maksymalizacji powinna mieć, zdaniem teorii ekonomicznych, zastosowanie do wszystkich reguł tła, takich jak chociażby przepisy dotyczące wad oświadczenia woli (art. 82–88 kc), pełnomocnictwa (art. 98–109 kc) czy przedawnienia roszczeń (art. 117–125 kc). Przykładowo, wedle interpretacji efektywnościowej, gdyby za ważne uznać oświadczenia woli złożone przez osobę, która z jakichkolwiek powodów znajdowała się w stanie wyłączającym świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli (art. 82 kc), prowadziłoby to do ogólnego spadku efektywności, gdyż osoby, które nie są w stanie świadomie i swobodnie podejmować decyzji, co do zasady nie

¹⁹ Zob. wyżej, sekcja 2.4.

będą dokonywać racjonalnych wyborów prowadzących do przyrostu dobrobytu społecznego. Podobny efekt miałyby też chociażby dochodzenie roszczeń, które uległy przedawnieniu.

Tym samym ustaliliśmy odpowiedź teorii ekonomicznych na instytucjonalne pytanie teorii prawa umów: instytucje prawa umów powinny przybrać taki kształt, by w jak największym stopniu maksymalizować efektywność. Co więcej, jak wspomnieliśmy, pytanie instytucjonalne jest najważniejszym dla tej grupy teorii. A jak teorie oparte na efektywności odpowiadają na pozostałe dwa pytania teorii prawa umów? Kolejna sekcja analizuje teorie ekonomiczne w kontekście normatywnego pytania o racje dla mocy wiążącej umów.

3.3. Efektywność a moc wiążąca umów

W kontekście odpowiedzi teorii ekonomicznych na normatywne pytanie prawa umów warto przyjrzeć się uznawanej przez większość z tych teorii doktrynie tak zwanego efektywnego złamania umowy (*efficient breach of contract*)²⁰. Została ona pośrednio zasygnalizowana już w otwierającym ten rozdział przykładzie, teraz jednak przyjrzymy się jej bliżej.

Łatwo się domyślić, że odpowiedź teorii ekonomicznych na pytanie o racje dla mocy wiążącej umów jest zdeterminowane zasadą efektywności ekonomicznej. W związku z tym, zgodnie z tymi teoriami, umów należy dotrzymywać, a w razie potrzeby egzekwować ich postanowienia z użyciem przymusu, jeżeli przyczynia się to do maksymalizacji efektywności ekonomicznej. Zatem, jeżeli dotrzymywanie umów – zawsze lub jedynie w niektórych sytuacjach – nie przyczynia się do maksymalizacji efektywności, przestają obowiązywać również racje dla ich dotrzymywania.

Doktryna efektywnego złamania umowy jest naturalną konsekwencją powyższego rozumowania. Występuje ona w dwóch wersjach – silniejszej i słabszej – które, z uwagi na wprowadzający charakter naszych rozważań, traktować będziemy dalej jako równoważne. W wersji silniejszej doktryna efektywnego złamania umowy stanowi, że dana jednostka jest zobowiązana do złamania umowy, jeżeli przyczynia się to do maksymalizacji efektywności ekonomicznej. W wersji słabszej stanowi ona, że w takim przypadku jednostka jest do złamania umowy jedynie uprawniona. W odniesieniu do przykładu z początku rozdziału oznacza to, że Jan byłby zobowiązany (w wersji silniejszej) lub uprawniony (w wersji słabszej) do niedotrzymania zawartej z Pawłem umowy (2), zawarcia umowy (3) z Magdą oraz wypłaty Pawłowi odpowiedniego odszkodowania. Takie rozwiązanie w największym stopniu przyczyniłoby się do maksymalizacji efektywności ekonomicznej.

²⁰ Por. R. Posner, *Economic Analysis of Law*, s. 105–122; L. Kaplow, S. Shavell, *Fairness versus Welfare*, s. 160–165.

Doktryna efektywnego złamania umowy zwraca uwagę na ścisły związek normatywnego i instytucjonalnego pytania teorii prawa umów w kontekście teorii ekonomicznych. Skoro prawo umów powinno przyjąć kształt w największym stopniu maksymalizujący efektywność ekonomiczną, jego instytucje powinny być skonstruowane w taki sposób, by zachęcać strony do łamania umów tam, gdzie jest to korzystne z punktu widzenia efektywności ekonomicznej, oraz do ich dotrzymania tam, gdzie jest to z punktu widzenia efektywności niekorzystne. Z punktu widzenia teorii ekonomicznych pytanie normatywne jest więc niejako podporządkowane kluczowemu pytaniu instytucjonalnemu.

Czy z tego względu odpowiedź teorii ekonomicznych na pytanie normatywne należy uznać za wadliwą? W rozdziale I uznaliśmy wszystkie trzy fundamentalne pytania teorii prawa umów za równorzędne. Z tego punktu widzenia podporządkowanie mocy wiążącej umów nadrzędnemu celowi maksymalizacji efektywności ekonomicznej może wydawać się problematyczne. Skoro umów należy dotrzymywać jedynie wtedy, kiedy przyczynia się to do maksymalizacji efektywności, czy nie podważa to uzasadnienia dla mocy wiążącej umów w pierwszej kolejności?

Do takiego wniosku dochodzą niektóre teorie prawa umów oparte na autonomii woli. Zdecydowanym krytykiem doktryny efektywnego złamania umowy jest chociażby Charles Fried²¹. Najdobitniej pogląd taki przedstawiła jednak Sena Shiffrin we wpływowym artykule *The Divergence of Contract and Promise*. Podobnie jak Fried, Shiffrin uznaje zasadę obietnicy za moralną podstawę prawa umów. Przyjęcie takiego założenia prowadzi ją do wniosku, że teoria efektywnego złamania umowy – a zatem również ekonomiczne teorie prawa umów – jest jawnym zaprzeczeniem owej podstawy moralnej, co czyni je niemożliwymi do zaakceptowania. „Prawy podmiot – pisze Shiffrin – nie może jednocześnie wierzyć, że obietnica może być wiążąca nawet wtedy, kiedy pojawia się lepsza okazja będąca w konflikcie z wypełnieniem obietnicy, oraz że złamanie umowy, zawierające złamanie obietnicy, jest, ogólnie rzecz biorąc, moralnie usprawiedliwione tylko dlatego, że prowadzi do wzrostu (choćby minimalnego) bogactwa społecznego”²². Zgodnie z takim podejściem w powyższym przykładzie Jan miałby zatem moralny obowiązek dotrzymania swojej umowy z Pawłem, gdyż inaczej niejako zaprzeczyłby swojej wcześniejszej autonomicznej decyzji i zane-gował swój status autonomicznego podmiotu, na którego wartości oparte jest całe prawo umów.

²¹ Ch. Fried, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Oxford University Press, New York 2015, s. 414–150.

²² S. Shiffrin, *The Divergence of Contract and Promise*, „Harvard Law Review” 2007, t. 120, nr 3, s. 731. Oryg.: „A virtuous agent cannot believe both that a promise can be binding even if a better opportunity comes along that competes with fulfilling the promise and that breach of contract, involving breach of promise, is, all things considered, morally justified merely because it leads to (even only marginally) greater economic welfare”.

W rozdziale II zauważyliśmy, że wśród teorii opartych na autonomii woli wyróżnić możemy dwa zasadnicze nurty: teorie zakładające silną korespondencję między obietnicami i umowami oraz teorie zakładające między nimi jedynie słabą korespondencję. Zarówno Fried, jak i Shiffrin należą do zwolenników tezy o silnej korespondencji, zgodnie z którą prawo umów opiera się na moralnym obowiązku dotrzymywania złożonych obietnic. Jak jednak pamiętamy z rozdziału II, teorie o silnej korespondencji są obarczone problemami, które wynikają przede wszystkim z lekceważonego przez nie faktu, że umowy, w przeciwieństwie do obietnic, podlegają prawnej egzekucji. Fakt ten, podkreślany przez teorie o słabej korespondencji, ma zasadniczy wpływ na poszukiwanie uzasadnienia dla mocy wiążącej umów. Co więcej, wpływa on również na stosunek teorii o słabej korespondencji do doktryny efektywnego złamania umowy.

Zacznijmy od kwestii, którą pominęliśmy przy dotychczasowej analizie. Większość teorii ekonomicznych przy uzasadnianiu doktryny efektywnego złamania umowy odwołuje się do słynnego twierdzenia Olivera W. Holmesa, zgodnie z którym, zawierając umowę, alternatywnie zobowiązujemy się albo do wywiązania się z postanowień w niej zawartych, albo do zapłaty odszkodowania, przy czym obie opcje stanowią poprawne wywiązanie się ze swoich obowiązków umownych²³. W takim ujęciu nazwa doktryny efektywnego złamania umowy jest myląca, gdyż w rzeczywistości nie możemy mówić tutaj o złamaniu umowy, skoro zapłata odpowiedniego odszkodowania jest równoważnym sposobem wywiązania się ze zobowiązań umownych. Jest to jedno z uzasadnień doktryny efektywnego złamania umowy, do którego mogą odwołać się zwolennicy teorii o słabej korespondencji umów i obietnic. Drogą tą podążają między innymi Daniel Markovits i Alan Schwartz²⁴.

Jednak nawet jeżeli uznamy, iż niewywiązanie się z postanowień umownych i zapłata odszkodowania rzeczywiście stanowią złamanie umowy, a nie jedynie alternatywny sposób jej wykonania, wcale nie oznacza to, że należy z miejsca odrzucić doktrynę efektywnego złamania umowy. Wręcz przeciwnie, większość zwolenników tezy o słabej konwergencji umów i obietnic wprost stwierdza, że jest ona jak najbardziej zgodna z ich teoriami odwołującymi się do autonomii woli²⁵. Tylko jeżeli założymy, że prawo umów jest oparte na moralnym obowiązku dotrzymywania obietnic, jesteśmy zmuszeni do uznania, że zobowiązania umowne nie mogą przyjąć kształtu postulowanego przez doktrynę efektywnego złamania umowy. Jeżeli jednak zakładamy, że prawo umów powinno realizować wartość osobistego oddalenia lub promować oparte na dobrej wierze relacje podmiotów

²³ Shiffrin odwołuje się do twierdzenia Holmesa w: *ibidem*, s. 727–729, jednak odrzuca je bez podawania merytorycznych argumentów.

²⁴ D. Markovits, A. Schwartz, *The Myth of Efficient Breach: New Defenses of the Expectation Interest*, „Virginia Law Review” 2011, t. 97, nr 8, s. 1939–2008.

²⁵ Zob. np. D. Kimel, *From Promise to Contract. Towards a Liberal Theory of Contract*, Hart Publishing, Oxford 2003, s. 75–76; J. Kraus, *The Correspondence of Contract and Promise*, „Columbia Law Review” 2009, t. 109, nr 7, s. 1636–1640.

dążących do zaspokojenia własnych interesów, doktryna efektywnego złamania umowy wydaje się tu jak najbardziej naturalną konsekwencją. Tam, gdzie moralność obiecywania nakazywałaby wykonanie dobrowolnie nałożonego na siebie zobowiązania, bez względu na okoliczności, prawo umów pozwala na rozwiązanie, które w większym stopniu pozwoli na zaspokojenie relewantnych interesów stron, przy okazji prowadząc do maksymalizacji efektywności ekonomicznej.

Teza ta znajduje swoje potwierdzenie również w obowiązującym prawie umów. Odwołując się do przykładu z polskiego prawa cywilnego, warto przywołać tu art. 354 § 1 kc, według którego dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Przepis ten można zinterpretować zgodnie z dwoma wymienionymi wyżej sposobami pogodzenia teorii opartych na autonomii woli (w wersji zakładającej słabą konwergencję obietnic i umów) oraz z doktryną efektywnego złamania umowy. Każdy z tych sposobów skupia się na innym fragmencie przepisu. Zgodnie z pierwszym sposobem, zaproponowanym przez Markovitsa i Schwartza, powiedzenie, że „dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią”, należy interpretować w kontekście twierdzenia Holmesa. Treść zobowiązania byłaby w tym przypadku alternatywą pomiędzy wywiązaniem się z dosłownie wyrażonego zobowiązania lub zapłatą odpowiedniego odszkodowania. Drugi sposób skupia się na stwierdzeniu, że zobowiązanie powinno być wykonane również „w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom”. Otóż nic nie stoi na przeszkodzie uznaniu, że społeczno-gospodarczy cel prawa umów to umożliwienie wymiany handlowej, opartej na zawieranych w ramach osobistego oddalenia, interesownych relacjach podmiotów dbających o własne interesy. Doktryna efektywnego złamania umowy, jako dająca wyraz takim założeniom, nie może świadczyć o braku legitymizacji systemu prawa umów, którego jest elementem.

Doktryna efektywnego złamania umowy najlepiej ilustruje podstawowe założenie teorii ekonomicznych – postulat maksymalizacji efektywności ekonomicznej – w kontekście normatywnego pytania teorii prawa umów. Z powyższych rozważań wynika, że przyjęcie doktryny efektywnego złamania umowy nie przesądza o wadliwości odpowiedzi teorii ekonomicznych na pytanie normatywne, nawet w oczach przedstawicieli teorii opartych na autonomii woli (w wersji zakładającej słabą korespondencję obietnic i umów). Jak do tej pory teorie ekonomiczne wydają się więc dobrze radzić sobie z odpowiedziami na dwa z trzech fundamentalnych pytań teorii prawa umów. Nie znaczy to jednak, że są one wolne od zarzutów. Ich analizie poświęcona jest kolejna sekcja niniejszego rozdziału. Łatwo w tym miejscu domyślić się, że znaczna ich część związana będzie z odpowiedzią, jaką teorie ekonomiczne udzielają na trzecie fundamentalne pytanie teorii prawa umów: ontologiczne pytanie o naturę umów.

3.4. Wady teorii opartych na efektywności

W sekcji 2 krótko przedstawiliśmy ogólne zarzuty wobec ekonomicznej analizy prawa oraz stojącej u jej podstaw filozofii utylitarystycznej. Istotę tych zarzutów najlepiej wyraża słynny argument Johna Rawlsa przeciwko filozofii utylitarystycznej: stwierdził on, że podejście to jest błędne, ponieważ „nie czyni rozróżnień między jednostkami”²⁶. Sytuacja, w której jednostki traktowane są jedynie jako instrumenty maksymalizacji efektywności ekonomicznej, jest nie do zaakceptowania w społeczeństwach respektujących godność i wolność człowieka. Innymi słowy, filozofia utylitarystyczna jest błędna, ponieważ jest niezgodna z Kantowskim nakazem traktowania ludzi zawsze jako celów samych w sobie, nigdy jako środków. Zarzuty te wydają się szczególnie adekwatne w kontekście prawa umów, które dotyczy zobowiązań dobrowolnie nakładanych na siebie przez jednostki i dobrowolnie nawiązywanych przez nie porozumień.

Teoriom prawa umów opartym na efektywności można więc postawić zarzut sprzeczności z powszechnymi intuicjami moralnymi. Zawierając umowę, jednostki nie myślą o sobie jako o instrumentach maksymalizacji efektywności ekonomicznej, ale o własnych celach i interesach, a także – by odwołać się do poprzedniego rozdziału – własnej wolności i autonomii. W tym miejscu teorie ekonomiczne zdecydowanie ustępują więc teoriom opartym na autonomii woli oraz, jak zobaczymy w kolejnym rozdziale, również teoriom sprawiedliwościowym. Wystarczy porównać, ile miejsca potrzebowaliśmy, w tym i poprzednim rozdziale, na wyjaśnienie kluczowych pojęć efektywności ekonomicznej oraz autonomii woli. To ostatnie pojęcie jest o wiele bliższe potocznemu namysłowi nad prawem umów, jego funkcjami i znaczeniem. Co więcej, również język prawniczy jest o wiele bliższy językowi teorii autonomii woli niż językowi teorii ekonomicznych. Zamiast efektywności ekonomicznej ustawodawcy i sądy mówią o prawach i obowiązkach powstających w wyniku zawierania umów. Jeżeli podmioty te dążą lub powinny dążyć w swoich działaniach do maksymalizacji efektywności, w najlepszym razie możemy uznać, iż czynią to w sposób pośredni. Innymi słowy, samorozumienie prawa umów, znajdujące odbicie w języku ustawodawcy, sądów czy doktryny prawa, przemawia na rzecz opowiedzenia się raczej za teoriami prawa umów opartych na autonomii woli (lub teoriami sprawiedliwościowymi) niż teoriami opartymi na efektywności.

O ile niektóre typy umów – na przykład umowy zawierane między wielkimi firmami lub nawet niektóre umowy między osobami fizycznymi, takie jak umowy (2) i (3) z początku niniejszego rozdziału – można rozważać w kategoriach efektywności, rozważania ekonomiczne zupełnie zawodzą w przypadku innych

²⁶ J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1999, s. 3.

typów umów²⁷. Przypomnijmy sobie umowę (1) z poprzedniego rozdziału, w której Wojtek zobowiązuje się do wyprowadzenia na spacer psa swojej sąsiadki Ani, w zamian za co ona zobowiązuje się do skoszenia jego trawnika. Czy wartość umownej relacji Ani i Wojtka daje się analizować w kategoriach maksymalizacji efektywności ekonomicznej, wzrostu bogactwa społecznego, czy zaspokajania odpowiednich preferencji stron umowy? Czy gdyby Wojtek znalazł innego sąsiada, gotowego do dwukrotnego skoszenia trawnika w zamian za wyprowadzenie jego psa na spacer, wartość tej umowy byłaby dla Wojtka wyższa? Tego typu rozumowanie zdaje się wypaczać sens relacji ukonstytuowanej przez umowę Wojtka z Anią i tym samym podważać zasadność czysto ekonomicznych teorii prawa umów.

Powyższa analiza może sugerować, że w poszukiwaniu odpowiedzi na fundamentalne pytania teorii prawa umów dużo zależy od typów umów, na których chcemy się skupić. Jeżeli skupiamy się na umowach podobnych do umowy (1), siłą rzeczy dojdziemy do innych wniosków niż ktoś, kto skupiłby się w swoich rozważaniach na umowach podobnych do umów (2) i (3). I rzeczywiście, większość teorii prawa umów opartych na autonomii woli, jak również teorii sprawiedliwościowych, za paradygmatyczny przykład umowy uznaje umowę między dwiema osobami fizycznymi, podczas gdy teorie ekonomiczne za kluczowy rodzaj umowy uznają umowę między firmami²⁸. Może to prowadzić do wniosku, że zarówno teorie oparte na autonomii woli, jak i teorie ekonomiczne są poprawne, każda z nich w odniesieniu do innego rodzaju umów. Jak zobaczymy w kolejnej sekcji, tego typu postulaty rzeczywiście są podnoszone w literaturze. Nie zmienia to jednak faktu, że prowadząc filozoficzne rozważania o prawie umów – poszukując odpowiedzi na ontologiczne, normatywne oraz instytucjonalne pytanie teorii prawa umów – powinniśmy dążyć do wytlumaczenia fenomenu umowy jako takiej, a nie jedynie poszczególnych jej typów.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że teorie oparte na efektywności należy uznać za nieprzekonujące, ponieważ nie udzielają one satysfakcjonującej odpowiedzi na ontologiczne pytanie teorii prawa umów. Teorie ekonomiczne argumentują, że zasada efektywności dostarcza zarówno racji dla mocy wiążącej umów, jak i kryteriów, według których powinny zostać zaprojektowane instytucje prawa umów. Kwestia natury umów i istoty zobowiązań umownych jest dla nich o wiele mniej istotna niż fakt, że mogą one przyczynić się do maksymalizacji efektywności ekonomicznej. Co więcej, samo istnienie prawa umów jest tej zasadzie całkowicie podporządkowane. Jak widzieliśmy przy analizie twierdzenia Coase'a, przy spełnieniu idealnych warunków wyjściowych, postulowanych przez teorie ekonomiczne – idealnego funkcjonowania rynków, charakteryzującego się

²⁷ O typach umów więcej w kolejnym rozdziale, przy okazji analizy teorii sprawiedliwości relacyjnej Hanocha Dagona, która w dużej mierze opiera się właśnie na wyróżnieniu różnych typów umów.

²⁸ Por. A. Schwartz, R. Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, „The Yale Law Journal” 2003, t. 113, nr 3, s. 541–619.

brakiem kosztów transakcyjnych – prawo umów traci rację bytu. Jeżeli uznamy, że efektywność ekonomiczna nie jest jedyną wartością stojącą u podstaw prawa umów, że zasady autonomii woli oraz sprawiedliwości są dla niego co najmniej równie istotne, taki rezultat jest wysoce problematyczny. Nikt nie ujął tego lepiej niż Daniel Markovits, który pisał w artykule dotyczącym pojęcia dobrej wiary, iż „[j]est błędem traktować nasze istniejące prawo prywatne [...] po prostu jako próbę (nie bardzo udaną) przybliżenia stanu rzeczy, w którym w ogóle by ono nie istniało”²⁹. Za miarę sukcesu prawa umów nie możemy uznać jak najbardziej adekwatnego oddania stanu rzeczy, w którym prawo umów jest zbędne.

Powyższe rozumowanie można sprowadzić do wspomnianego wyżej zarzutu, że teorie oparte na efektywności są sprzeczne z powszechnymi intuicjami. Umowy i prawo umów cenimy nie dlatego, a na pewno nie wyłącznie dlatego, że przyczyniają się do maksymalizacji efektywności ekonomicznej. Cenimy je dlatego, że pozwalają na wyrażanie i poszerzanie zakresu naszej autonomii woli lub realizację pewnych zasad sprawiedliwości – jak przekonamy się w kolejnym rozdziale, cele te nie są tak bardzo od siebie oddalone. Nawet jeżeli teorie ekonomiczne dostarczają rozbudowanych odpowiedzi na pytania normatywne i instytucjonalne, z tego prostego powodu nie można uznać ich za w pełni zadowalające.

Dotychczasowa analiza teorii opartych na autonomii woli oraz teorii opartych na efektywności doprowadziła nas zatem do interesującego rezultatu. Siła teorii opartych na autonomii woli leży w ich rozważaniach związanych z ontologicznym pytaniem o naturę umów. Ich słabość tkwi natomiast w odpowiedziach udzielanych na normatywne pytanie o racje dla ich mocy wiążącej oraz, przede wszystkim, na instytucjonalne pytanie o kształt, jaki powinno przyjąć prawo umów. W przypadku teorii ekonomicznych mamy do czynienia z sytuacją dokładnie odwrotną. Taki stan rzeczy doprowadził niektórych przedstawicieli teorii prawa umów do prób integracji teorii opartych na autonomii woli oraz teorii ekonomicznych w sposób, który czerpałby z zalet obu grup teorii, bez powielania ich wad. Tego typu postulatowi poświęcona jest kolejna sekcja.

3.5. Postulaty integracyjne w teorii prawa umów

Najbardziej wpływowym teoretykiem wysuwającym postulaty integracyjne jest Jody Kraus. Zanim przejdziemy do ich analizy, warto przedstawić wyróżnione przez niego cztery różnice metodologiczne między teoriami prawa umów opartymi na autonomii woli a teoriami ekonomicznymi³⁰. Zdaniem Krausa teorie

²⁹ D. Markovits, *Good Faith as Contract's Core Value*, [w:] *Philosophical Foundations of Contract Law*, s. 290. Oryg.: „It is a mistake [...] to treat our actual private law [...] as simply an effort (not very successful) to approximate the state of affairs in which it did not exist at all”.

³⁰ J. Kraus, *Philosophy of Contract Law*, [w:] *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, red. J. Coleman, K. Himma, S. Shapiro, Oxford University Press, Oxford 2004.

oparte na autonomii: (1) starają się dostarczyć przekonującej interpretacji twierdzeń doktryny prawa; (2) przywiązują większą wagę do deskryptywnego aspektu teorii prawa umów niż do jej aspektu normatywnego (skupiają się więc przede wszystkim na jej pytaniu ontologicznym, a nie normatywnym); (3) w swoich rozważaniach przyjmują perspektywę *ex ante*; oraz (4) podkreślają odrębność prawa umów. Z kolei teorie oparte na efektywności: (1) istoty teorii upatrują w jej zdolności do przewidywania wyników spraw sądowych oraz dostarczania kryteriów odpowiedniego zaprojektowania instytucji prawa umów (a więc kładą nacisk na instytucjonalne pytanie prawa umów); (2) przywiązują większą wagę do normatywnego aspektu teorii prawa umów niż do jej aspektu deskryptywnego; (3) przyjmują perspektywę *ex post*; oraz (4) pomniejszają znaczenie odrębności prawa umów, traktując je jako jeden z instrumentów maksymalizacji efektywności. Jak widać, rozróżnienie to pokrywa się z naszym wcześniejszym wnioskiem, mówiącym, iż teorie oparte na autonomii woli i teorie oparte na efektywności ekonomicznej skupiają się na innych fundamentalnych pytaniach teorii prawa umów.

Postulaty integracyjne są naturalną konsekwencją powyższych różnic, jak również silnych i słabych stron poszczególnych teorii. Kraus wyróżnia przy tym trzy podstawowe strategie integracyjne teorii prawa umów: strategię konwergencji (*the convergence strategy*), strategię horyzontalnej niezależności (*the horizontal independence strategy*) oraz strategię wertykalnej integracji (*the vertical integration strategy*)³¹. Każda z nich inaczej podchodzi do kwestii pogodzenia teorii opartych na autonomii woli oraz teorii ekonomicznych.

Strategia konwergencji utrzymuje, że pomimo dzielących je różnic metodologicznych, teorie oparte na autonomii woli oraz teorie ekonomiczne dochodzą w gruncie rzeczy do podobnych rezultatów, jeśli chodzi o praktyczne zastosowanie w prawie umów. Jest to podejście pokrewne rozważaniom Hume'a, który – jak pamiętamy – utrzymywał, że wolność, bogactwo i sprawiedliwość to trzy fundamentalne zasady łącznie stojące u podstaw prawa umów. Strategia konwergencji nie może być jednak uznana za prawdziwą strategię integracyjną, gdyż, jak zauważa Kraus, demonstrowa ona jedynie rzekomą zgodność obu grup teorii w praktyce, bez rozwiązania problemu ich niezgodności na poziomie filozoficznym³². W związku z tym również w kontekście naszych rozważań jest ona pozbawiona większego znaczenia.

Strategia horyzontalnej niezależności postuluje, że teorie oparte na autonomii woli oraz teorie ekonomiczne mają inne zadania i skupiają się na innych aspektach prawa umów. Można więc uznać ją za konsekwencję przedstawionych wyżej różnic metodologicznych między obiema grupami teorii. Strategia

³¹ Idem, *Reconciling Autonomy and Efficiency in Contract Law: The Vertical Integration Strategy*, „Philosophical Issues” 2001, nr 11, s. 420–422.

³² *Ibidem*, s. 421.

ta postuluje zatem swego rodzaju podział pracy w teorii prawa umów. W kontekście naszych rozważań przyjęcie tej strategii mogłoby oznaczać, że do teorii opartych na autonomii woli moglibyśmy odwołać się przy poszukiwaniach odpowiedzi na ontologiczne pytanie teorii prawa umów, a do teorii ekonomicznych – przy poszukiwaniu odpowiedzi na pytanie instytucjonalne i, częściowo, pytanie normatywne. Mimo że strategia horyzontalnej niezależności jest prawdziwą strategią integracyjną, postulowany przez nią podział pracy między różne grupy teorii również nie może być uznany za zadowalający. Po pierwsze, jak zauważa Kraus, z góry określa ona zakres poszczególnych teorii oraz pytania, na które powinny poszukiwać odpowiedzi³³. Po drugie, zintegrowana teoria prawa umów powinna dostarczać kompatybilnych odpowiedzi na pytania ontologiczne, normatywne oraz instytucjonalne. Teoretyzowanie zgodne z postulatami strategii horyzontalnej niezależności doprowadziłoby do sytuacji, w której odpowiedź na ontologiczne pytanie teorii prawa umów byłaby oparta na odmiennych założeniach niż odpowiedzi na pytania instytucjonalne i normatywne (a być może nawet z nimi sprzecznych). Z metodologicznego punktu widzenia taki rezultat jest wysoce kontrowersyjny.

W związku ze słabościami strategii konwergencji oraz horyzontalnej niezależności, najskuteczniejszą okazuje się strategia wertykalnej integracji teorii prawa umów. Kraus wyróżnia dwie wersje tej strategii – (i) leksykalnego pierwszeństwa (*lexical priority*) teorii opartych na autonomii w stosunku do teorii opartych na efektywności oraz (ii) traktowania teorii opartych na autonomii jako fundamentalnych (*foundational*), a teorii opartych na efektywności jako pochodnych (*derivative*)³⁴. Szczegóły tego rozróżnienia nie są dla nas w tym momencie istotne, bowiem obie wersje strategii wertykalnej integracji sprowadzają się do tej samej głównej tezy. Postulują one, by teorie oparte na autonomii woli uznać za dostarczające atrakcyjnego uzasadnienia samego istnienia prawa umów, zgodnego zarówno z powszechnymi intuicjami, jak i kształtem doktryny prawa, i tym samym uznać ich wyższość w zakresie odpowiedzi na ontologiczne pytanie teorii prawa umów. Kiedy już jednak przyjmiemy to założenie, nasze rozważania powinny przebiegać zgodnie z postulatami teorii ekonomicznych, które dostarczają o wiele lepszych wskazówek co do instytucjonalnego kształtu, jaki powinno przyjąć prawo umów. Zatem strategia ta, zdaniem Krausa, „wymaga od teorii opartych na autonomii porzucenia szczegółowych instytucjonalnych wytycznych, a od teorii opartych na efektywności podporządkowania ich twierdzeń normatywnych”³⁵. Tym samym pozwala ona na zintegrowanie odpowiedzi obu grup teorii na fundamentalne pytania prawa umów, bez opierania ich na różnych podstawach normatywnych, jak miało to miejsce w przypadku strategii horyzontalnej niezależności.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*, s. 422–427.

³⁵ *Ibidem*, s. 422.

Postulat wertykalnej integracji teorii prawa umów należy uznać za obiecujący. Nie zmienia to jednak faktu, że w powyższym ujęciu jest on niekompletny, ponieważ skupia się jedynie na teoriach opartych na autonomii woli oraz teoriach ekonomicznych, pomijając trzeci główny nurt współczesnej teorii prawa umów – teorie sprawiedliwościowe. Jest to tym bardziej problematyczne, że teorie sprawiedliwościowe za kluczowe dla swoich rozważań uznają normatywne pytanie o racje dla mocy wiążącej umów. Jak widzieliśmy, odpowiedzi na to pytanie nie dostarczają teorie oparte na autonomii woli. Z kolei w ujęciu teorii ekonomicznych jest ono podporządkowane pytaniu instytucjonalnemu oraz kluczowemu postulatowi maksymalizacji efektywności. W związku z tym postulat wertykalnej integracji teorii prawa umów nie można uznać za kompletny bez dogłębnego przeanalizowania teorii sprawiedliwościowych. Analiza ta jest przedmiotem kolejnego rozdziału. Z kolei ostatni rozdział książki, w którym zarysowana zostanie autorska wersja zintegrowanej teorii prawa umów, przedstawi nową odsłonę strategii wertykalnej integracji, tym razem obejmującą swoim zakresem również teorie sprawiedliwościowe.

Podsumowanie

Jak wynika z powyższych rozważań, teorie oparte na efektywności postrzegają prawo umów instrumentalnie – jest ono w tym ujęciu jednym z wielu instrumentów maksymalizacji efektywności ekonomicznej, rozumianej albo jako bogactwo społeczne, albo jako dobrobyt społeczny. Prawo umów jest skutecznym instrumentem maksymalizacji efektywności, ponieważ pozwala ono minimalizować koszty transakcyjne stojące na przeszkodzie efektywnej alokacji praw i obowiązków – po pierwsze, poprzez zasadę swobody umów, po drugie, dzięki zaprojektowaniu odpowiednich reguł tła, regulujących zawierane przez jednostki transakcje.

W odróżnieniu od teorii opartych na autonomii woli, teorie ekonomiczne nie uznają zatem, że zawieranie umów i regulująca tę aktywność dziedzina prawa mają wartość samą w sobie. Gdyby okazało się, że istnieje lepszy sposób efektywnej alokacji praw i obowiązków, prawo umów stałoby się zbędne z punktu widzenia tej grupy teorii. Fakt ten uznaliśmy za główną wadę ekonomicznych teorii prawa umów.

Przyjęcie takich założeń powoduje, że teorie oparte na efektywności za kluczowe uznają instytucjonalne pytanie o kształt, jaki powinno przyjąć prawo umów. Temu pytaniu podporządkowana jest odpowiedź teorii ekonomicznych na normatywne pytanie o racje dla mocy wiążącej umów, która związana jest z doktryną tak zwanego efektywnego złamania umowy. Jak widzieliśmy, choć co do zasady jest ona możliwa do pogodzenia z niektórymi teoriami opartymi

na autonomii woli, przede wszystkim ilustruje fundamentalne założenia teorii ekonomicznych. Daje się bowiem sprowadzić do twierdzenia, że umów należy dotrzymywać wtedy i tylko wtedy, kiedy jest to korzystne z punktu widzenia zasady efektywności.

Teorie ekonomiczne nie nadają natomiast praktycznie żadnego znaczenia ontologicznemu pytaniu o naturę umów – rozpatrują je wyłącznie jako jeden z instrumentów służących wzrostowi bogactwa lub dobrobytu społecznego. Wyrazem tego faktu jest niezgodność teorii opartych na efektywności zarówno z powszechnie żywionymi intuicjami, jak i twierdzeniami doktryny prawa umów.

Porównanie mocnych i słabych stron dotychczas analizowanych grup teorii – opartych na autonomii woli oraz ekonomicznych – doprowadziło do podnoszenia różnego typu postulatów integracyjnych. Zintegrowana teoria prawa umów miałyby łączyć w sobie mocne strony obu grup teorii, bez powielania ich słabości. Za najbardziej obiecującą strategię integracyjną uznaliśmy strategię wertykalnej integracji. Również i ją uważamy jednak za niekompletną, gdyż skupiając się na teoriach opartych na autonomii woli oraz teoriach ekonomicznych, pomija ona w swoim zakresie teorie oparte na sprawiedliwości. Następny rozdział poświęcony jest analizie i krytyce tego nurtu współczesnej teorii prawa umów.

Rozdział IV

Teorie oparte na sprawiedliwości

Wprowadzenie

Teorie uznające sprawiedliwość za fundamentalną wartość prawa umów cieszą się stosunkowo mniejszą popularnością niż teorie oparte na autonomii woli i teorie sprawiedliwościowe¹. Niektórzy traktują je jako odmianę tych pierwszych, co, jak się przekonamy, nie jest pozbawione podstaw. Teorie oparte na sprawiedliwości należy jednak uznać za odrębny nurt współczesnej teorii prawa umów, z dwóch powiązanych ze sobą powodów. Po pierwsze, każda z koncepcji analizowanych w tym rozdziale za najważniejszą wartość prawa umów uznaje konstytuowane przez umowy relacje interpersonalne, nawet jeżeli zawieranie takich relacji jest skutkiem realizacji autonomii woli stron. Realizacja autonomii w ramach prawa umów jest, zdaniem tego nurtu, ostatecznie podporządkowana celowi promowania wartościowych relacji międzyludzkich. Po drugie, skupienie się przede wszystkim na konstytuowanych przez umowy relacjach sprawia, że teorie sprawiedliwościowe przyznają priorytet normatywnemu pytaniu o racje dla mocy wiążącej umów. To, które relacje umowne są wartościowe, a więc które z nich powinny podlegać prawnej egzekucji, popartej groźbą użycia przymusu państwowego, należy bowiem określić poprzez odwołanie się do pewnego standardu, który można ogólnie nazwać standardem sprawiedliwości. Fakt ten, zdaniem teorii opartych na sprawiedliwości, w dalszej kolejności determinuje zarówno naturę umowy, jak również stanowi kluczowe kryterium dla projektowania instytucji prawa umów. Normatywne pytanie prawa umów jest dla tego nurtu pierwotne wobec pytań ontologicznego i instytucjonalnego. Jest to bardzo ważny element teorii sprawiedliwościowych, który będzie miał duże znaczenie dla zintegrowanej teorii prawa umów zarysowanej w ostatnim rozdziale książki.

Rozdział przyjmie następującą strukturę. W sekcji 1 przybliżone zostanie pojęcie sprawiedliwości i jej dwie główne odmiany – sprawiedliwość dystrybutywna oraz charakterystyczna dla prawa umów sprawiedliwość interpersonalna.

¹ Zob. J. Kraus, *Philosophy of Contract Law*, [w:] *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, red. J. Coleman, K. Himma, S. Shapiro, Oxford University Press, Oxford 2004.

Pokróćce przyjrzymy się tu również kwestii stosunku dotychczas omawianych teorii do sprawiedliwości i jej roli w prawie umów. W kolejnych czterech sekcjach przeanalizowane zostaną teorie prawa umów odwołujące się do różnych wersji sprawiedliwości interpersonalnej: teoria słusznej ceny Jamesa Gordleya (sekcja 2), teoria sprawiedliwości transakcyjnej Petera Bensona (sekcja 3), teoria sprawiedliwości relacyjnej Hanocha Dagona (sekcja 4) oraz teoria sprawiedliwości naprawczej opartej na tezie o kontynuacji Johna Gardnera (sekcja 5). Choć nie jest to wyczerpujący przegląd sprawiedliwościowych teorii prawa umów, cztery wyróżnione koncepcje są, zdaniem autora, najciekawsze i najistotniejsze w kontekście poszukiwania odpowiedzi na ontologiczne, instytucjonalne i przede wszystkim normatywne pytanie teorii prawa umów. Po analizie teorii opartych na sprawiedliwości interpersonalnej sekcja 6 poruszy kontrowersyjną kwestię potencjalnego znaczenia drugiej zasady sprawiedliwości – sprawiedliwości dystrybutywnej – dla prawa umów. Poniższe rozważania mają za zadanie wskazać silne i słabe strony analizowanych teorii, porównać je z dwoma pozostałymi nurtami współczesnej teorii prawa umów, a także przygotować grunt pod autorską teorię prawa umów, zarysowaną w ostatnim rozdziale książki.

4.1. Czym jest sprawiedliwość?

Tak jak autonomia woli jest wartością intuicyjnie kojarzoną z prawem umów, tak sprawiedliwość jest kojarzona z prawem jako takim. Pod tym względem teorie sprawiedliwościowe, wraz z teoriami opartymi na autonomii woli, mają niewątpliwą przewagę nad teoriami ekonomicznymi. Jak widzieliśmy w poprzednim rozdziale, postulat maksymalizacji efektywności ekonomicznej jako podstawa prawa umów wydaje się sprzeczny zarówno z powszechnymi intuicjami, jak i twierdzeniami doktryny. Pojęcie sprawiedliwości jest jednak bardzo szerokie, abstrakcyjne i podatne na wielość interpretacji, co czyni je pojęciem z istoty spornym². Jak zatem powinniśmy je rozumieć w kontekście naszych rozważań?

Zgodnie z klasyczną definicją, zaproponowaną przez rzymskiego prawnika Ulpiana, sprawiedliwość to „stała i wieczna wola oddawania każdemu tego, co mu się należy”³. Jest to definicja bardzo szeroka. W takim rozumieniu w kategoriach sprawiedliwości sformułować możemy zarówno teorie prawa umów oparte na autonomii woli, jak i teorie ekonomiczne. Wszystko zależy od tego, jak rozumiemy zwrot „co się komu należy”. Jeżeli uznamy, że każdemu należy się to, i tylko to, co uzyskał w wyniku „zgodnego zamiaru stron doprowadzenia do

² Por. W.B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, „Proceedings of the Aristotelian Society, New Series” 1955–1956, nr 56, s. 167–198.

³ Łac. *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*.

wywołania powstania, zmiany lub ustania skutków prawnych”⁴, teorie autonomiczne stają się w gruncie rzeczy teoriami sprawiedliwościowymi. Jeżeli natomiast uznamy, że każdemu należy się to, co przypada mu w wyniku najbardziej efektywnej alokacji zasobów, która może odbywać się za pośrednictwem prawa umów, teorie ekonomiczne również stają się w pewnym sensie teoriami sprawiedliwościowymi. Tak szerokie rozumienie pojęcia sprawiedliwości jest więc trywialne, przynajmniej w kontekście naszych rozważań. Aby pojęcie sprawiedliwości mogło posłużyć za podstawę teorii prawa umów, odrębnej od teorii odwołujących się do autonomii woli oraz teorii ekonomicznych, należy nadać mu bardziej precyzyjne znaczenie. Na szczęście z pomocą przychodzi w tym miejscu literatura filozoficzna, datująca się już do czasów Arystotelesa.

W słynnym fragmencie *Etyki nikomachejskiej* Stagiryta wyróżnia dwie podstawowe zasady sprawiedliwości: sprawiedliwość rozdzielczą oraz sprawiedliwość wyrównawczą⁵. Podczas gdy sprawiedliwość rozdzielcza dotyczy podziału dóbr między członków społeczeństwa na podstawie pewnego kryterium – cnoty, zasługi, potrzeby lub innych – sprawiedliwość wyrównawcza odnosi się do sytuacji, „w których chodzi o odpowiednią (sprawiedliwą) zapłatę (odpłatę) za pewne określone dobro czy też zło”⁶. Nie musimy w tym miejscu wchodzić w szczegóły tego rozróżnienia ani analizować wzajemnego stosunku obu zasad sprawiedliwości; posłuży nam ono jedynie za punkt wyjścia dla naszych właściwych rozważań. Współcześni filozofowie nadali bowiem obu Arystotelesowskim kategoriom sprawiedliwości o wiele bardziej precyzyjne znaczenie.

We współczesnym ujęciu sprawiedliwość rozdzielczą najczęściej określa się mianem sprawiedliwości dystrybutywnej. Jest to zarazem najpopularniejsze rozumienie pojęcia sprawiedliwości, w którym to sprawiedliwość dotyczy kwestii słusznej alokacji praw i obowiązków w społeczeństwie. Najbardziej wpływową współczesną teorię sprawiedliwości dystrybutywnej zaproponował John Rawls w *Teorii sprawiedliwości*. Jego zdaniem słuszna alokacja praw i obowiązków w społeczeństwie powinna przebiegać zgodnie z dwiema zasadami. Po pierwsze, każda jednostka powinna mieć zapewniony równy dostęp do podstawowych praw i wolności, na tyle szeroki, na ile nie zagraża to analogicznemu dostępowi do tych samych praw i wolności dla innych. Po drugie, wszelkie nierówności społeczne i ekonomiczne są uzasadnione tylko o tyle, o ile mają one pożytek dla najmniej uprzywilejowanych członków społeczeństwa oraz nie naruszają zasady

⁴ A. Brzozowski, *Umowy*, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. K. Osajda, C.H. Beck, Warszawa 2019, s. 472–473.

⁵ Por. Arystoteles, *Etyka nikomachejska*, tłum., wstęp i komentarz D. Gromska, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2012, 1130b–1131b.

⁶ R. Kleszcz, *Co to znaczy „sprawiedliwość”?*, „Filozofia Nauki” 1999, R. IV, nr 1–2, s. 36.

równości szans⁷. W literaturze trwają dyskusje, czy i w jakim stopniu rozważania o sprawiedliwości dystrybtywnej mają znaczenie dla prawa umów. Kwestia ta zostanie poruszona w sekcji 6 niniejszego rozdziału.

Jeśli chodzi o sprawiedliwość wyrównawczą, należy zauważyć, iż zarówno Arystoteles, jak i jego liczni następcy na przełomie wieków, uznawali ją za zasadę sprawiedliwości regulującą prywatno-prawne stosunki między jednostkami, a zatem również ich relacje powstałe w wyniku zawierania umów⁸. Sam Arystoteles definiował sprawiedliwość wyrównawczą jako zasadę słusznej odpłaty za wyrządzone dobro lub zło. Współczesne teorie prawa umów przyjmują jednak o wiele subtelniejsze rozumienie relacji konstytuowanych i regulowanych przez prawo umów oraz dotyczącej ich zasady sprawiedliwości. Z tego względu teorie analizowane w kolejnych sekcjach tego rozdziału łącznie określić można jako teorie sprawiedliwości interpersonalnej, dla odróżnienia ich od arystotelesowskiej koncepcji sprawiedliwości wyrównawczej. Tym, co łączy teorie sprawiedliwości interpersonalnej, jest postulat odrębności takiej zasady sprawiedliwości od sprawiedliwości dystrybtywnej, odnoszącej się do społeczeństwa i zachodzących w jego ramach systemowych relacji, realizowanych głównie na płaszczyźnie prawa publicznego⁹.

Teorie sprawiedliwości interpersonalnej dotyczą więc unikalnych relacji łączących podmioty prawa umów. Relacje te zachodzą między autonomicznymi jednostkami realizującymi własne cele i interesy. Takie ujęcie tematu rodzi oczywiście pytanie o stosunek sprawiedliwościowych teorii prawa umów do teorii analizowanych w rozdziale II. Rzeczywiście, teorie oparte na autonomii woli w większym lub mniejszym stopniu odwołują się do pojęcia sprawiedliwości. Przykładowo, Charles Fried określa główny cel swojej książki jako „artykulację granic i związków pomiędzy sprawiedliwością związaną z obietnicami a innymi zasadami sprawiedliwości [rozumianej jako sprawiedliwość dystrybtywna – S.O.]”¹⁰. Choć Fried nie precyzuje tej tezy, należy uznać, że zasadę sprawiedliwości związaną z obietnicami sprowadza on po prostu do wyznawanej przez niego zasady obietnicy. Tym samym sprawiedliwość interpersonalna nie jest w jego ujęciu wartością niezależną od zasady autonomii woli, wyrażającej się

⁷ J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1999, s. 266.

⁸ Historyczny rys tego zagadnienia znaleźć można w: I. Englard, *Corrective and Distributive Justice. From Aristotle to Modern Times*, Oxford University Press, Oxford 2009.

⁹ Por. E. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Oxford University Press, Oxford 1995, s. 76: „Corrective justice brings together the aspects of unity, class, and character in a single approach to legal intelligibility. It is because the correlative gain and loss represent a distinctive unity that the structure of corrective justice differs from that of distributive justice. Conversely, the categorical difference between corrective and distributive justice means that the introduction of distributive considerations into corrective justice not only blurs separate categories but brings incoherence to the plaintiff-defendant relationship”.

¹⁰ Ch. Fried, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Oxford University Press, New York 2015, s. 25.

w zasadzie obietnicy. Podobne podejście ma miejsce w przypadku innych teorii opartych na autonomii woli, które sprawiedliwość w prawie umów uznają za całkowicie podporządkowaną wartości osobistego oddalenia (Kraus) lub zgody (Barnett). Jak pamiętamy, również odwołująca się do pojęcia dobrej wiary teoria Daniela Markovitsa jednoznacznie dawała do zrozumienia, że pojęcie dobrej wiary w prawie umów nie konstytuuje niezależnego kryterium sprawiedliwości¹¹.

Istnieje zasadnicza różnica między teoriami opartymi na autonomii woli a teoriami sprawiedliwościowymi analizowanymi w tym rozdziale. O ile te pierwsze uznają zasadę sprawiedliwości w prawie umów za trywialną, w znaczeniu jej całkowitego podporządkowania zasadzie autonomii, te drugie przyjmują tezę odwrotną. Twierdzą one, iż wyrażanie i realizacja przez jednostki autonomii woli w kontekście prawa umów powinny być podporządkowane i regulowane przez odrębny standard sprawiedliwości, rozmaicie rozumianej. Jak zobaczymy w toku dalszych rozważań, teorie sprawiedliwościowe, przez odwołanie się do tego standardu, odpowiadają na normatywne pytanie o racje dla mocy wiążącej umów oraz na ontologiczne i instytucjonalne pytania teorii prawa umów.

Zanim przejdziemy do analizy poszczególnych teorii należących do tego nurtu, warto wspomnieć jeszcze o stosunku teorii ekonomicznych do pojęcia sprawiedliwości w prawie umów. Sprawa jest tu prostsza niż w przypadku teorii opartych na autonomii woli. Jeżeli bowiem za miarę efektywności ekonomicznej uznamy bogactwo społeczne, rozważania dotyczące sprawiedliwości będą dla naszych analiz nieistotne. Funkcją prawa umów jest zwiększanie bogactwa społecznego, niezależnie od skutków, jakie rodzi to z punktu widzenia sprawiedliwości dystrybutywnej czy interpersonalnej. Alternatywnie za sprawiedliwe rozstrzygnięcia uznać możemy po prostu te zgodne z zasadą maksymalizacji efektywności – w tym przypadku, podobnie jak miało to miejsce przy okazji teorii opartych na autonomii woli, pojęcie sprawiedliwości staje się trywialne. Jeżeli natomiast za miarę efektywności ekonomicznej uznamy bogactwa społeczne, preferencje jednostek dla sprawiedliwości – zarówno dystrybutywnej, jak i interpersonalnej – stają się jeszcze jednym elementem koniecznym do uwzględnienia w naszych kalkulacjach dotyczących maksymalizacji efektywności. Jak jednak wspomnieliśmy w rozdziale III, preferencja dla sprawiedliwości jest czymś zupełnie odmiennym od zewnętrznego standardu sprawiedliwości, służącego do oceny i regulacji relacji interpersonalnych konstytuowanych przez prawo umów. To właśnie do takiego standardu, istniejącego niezależnie od preferencji jednostek, odwołują się sprawiedliwościowe teorie prawa umów, których analizie i krytyce poświęcone są cztery kolejne sekcje niniejszego rozdziału.

¹¹ Zob. wyżej, sekcja 2.3.

4.2. Sprawiedliwość komutatywna i doktryna słusznej ceny

Tak jak doktryna efektywnego złamania umowy jest najlepszą ilustracją teorii prawa umów opartych na efektywności, tak doktryna słusznej ceny ilustruje zarówno najbardziej intuicyjny, jak i najdalej idący standard sprawiedliwości w prawie umów. Wyraża się ona w prostym stwierdzeniu, że wartość świadczenia jednej strony umowy powinna być równa wartości świadczenia drugiej strony. Jak jednak określić, czy wartości świadczeń obu stron są równoważne? Jest to podstawowe pytanie, przed którym stają teorie sprawiedliwościowe odwołujące się do doktryny słusznej ceny; najbardziej wpływowa z nich została sformułowana przez Jamesa Gordleya.

Odwołując się do prac Arystotelesa i Tomasza z Akwinu, Gordley twierdzi, iż naczelną zasadą prawa umów jest specyficzna forma sprawiedliwości, którą określa mianem sprawiedliwości komutatywnej¹². Funkcją sprawiedliwości komutatywnej jest, jego zdaniem, zachowanie w społeczeństwie istniejącej alokacji dóbr, praw i obowiązków, pomimo prywatnych transakcji zawieranych przez jego członków. Sprawiedliwość komutatywna jest więc w pewnym sensie zależna od sprawiedliwości dystrybtywnej – aby mogła ona w ogóle uchodzić za zasadę sprawiedliwości, istniejąca alokacja dóbr musi być przynajmniej w minimalnym stopniu sprawiedliwa (w sensie sprawiedliwości dystrybtywnej). W przeciwnym razie sprawiedliwość komutatywna przyczyniłaby się do utrwalania stanu rzeczy, który jest sam w sobie niesprawiedliwy, co pozbawiłoby ją legitymacji jako atrakcyjnej podstawy normatywnej prawa umów. W kontekście powyższych uwag o niezależności zasad sprawiedliwości dystrybtywnej i sprawiedliwości interpersonalnej taki rezultat może uchodzić za problematyczny. Owa niezależność sugeruje bowiem, że obie zasady sprawiedliwości powinny posiadać również niezależne podstawy legitymizacji. Załóżmy jednak, iż teoria sprawiedliwości komutatywnej jest w stanie poradzić sobie z tym zarzutem. Jaka jest rola doktryny słusznej ceny w ramach koncepcji Gordleya?

Doktryna słusznej ceny pozwala na zachowanie istniejącej alokacji dóbr, praw i obowiązków, pomimo ich dobrowolnej wymiany przez podmioty prawa umów. Rezultat taki jest bowiem możliwy jedynie wtedy, gdy wartość świadczeń wymienianych przez obie strony umowy jest tożsama. Kluczowe jest przy tym stwierdzenie, że słuszna cena to cena, jaka obowiązywałaby na idealnie funkcjonującym rynku, a więc cena zdeterminowana wyłącznie przez siły podaży i popytu oraz koszty produkcji wymienianego dobra¹³. Teoria sprawiedliwości komutatywnej Gordleya posiada więc silny komponent ekonomiczny, który, jak się przekonamy, ostatecznie świadczy o wadliwości takiego podejścia.

¹² J. Gordley, *Equality in Exchange*, „California Law Review” 1981, t. 69, nr 6, s. 1587–1656.

¹³ *Ibidem*, s. 1607.

Warto zauważyć, że w myśl teorii Gordleya zasadzie sprawiedliwości komutatywnej powinna być również podporządkowana realizacja zasady autonomii woli w prawie umów. Skoro bowiem celem prawa umów jest przede wszystkim zachowanie istniejącej alokacji dóbr, praw i obowiązków, wyrażanie i poszerzanie zakresu autonomii woli podmiotów prawa umów powinno odbywać się w ramach wyznaczonych przez zasadę sprawiedliwości komutatywnej¹⁴. Gordley proponuje zatem ciekawy sposób integracji teorii odwołujących się do autonomii woli oraz teorii ekonomicznych w ramach sprawiedliwościowej teorii prawa umów. Pomysł ten, choć inspirujący, rodzi jednak wiele problemów, które ostatecznie czynią teorię Gordleya mało przekonującą.

Doktryna słusznej ceny wydaje się zarazem zbyt wąska i zbyt szeroka, aby służyć za standard sprawiedliwości interpersonalnej jako zasady rządzącej prawem umów. Jest ona zbyt wąska, ponieważ istnieją umowy, w przypadku których słuszna cena, określona jako wypadkowa popytu, podaży i kosztów produkcji, jest bardzo nieintuicyjnym standardem sprawiedliwości. Przypomnijmy sobie przykład z rozdziału II – umowę, w wyniku której Wojtek zobowiązuje się do wyprowadzenia na spacer psa Ani, w zamian za co Ania zobowiązuje się do skoszenia trawnika Wojtka. Zastosowanie do takiej doktryny słusznej ceny w ujęciu Gordleya jest bardzo nieintuicyjne. W tej umowie nie chodzi bowiem o znalezienie odpowiedniej ceny świadczeń obu stron, w oparciu o kryteria podaży, popytu i kosztów produkcji, ale o nawiązanie określonej relacji, która, choć podszyta interesem własnym, nie nadaje się do analizy w kategoriach czysto rynkowych. Jak bowiem zmierzyć wartość rynkową sąsiedzkiej usługi?

Doktryna słusznej ceny Gordleya jest zarazem zbyt szeroka, ponieważ istnieją takie umowy, gdzie cena, zdeterminowana przez popyt, podaż i koszty produkcji w idealnych warunkach rynkowych, jest intuicyjnie niesprawiedliwa. Przykładowo, w wyniku postępującej prywatyzacji w wielu krajach Unii Europejskiej dostawa elektryczności odbywa się na podstawie umów zawieranych przez odbiorców z dostawcami. Czy, jeżeli wypadkowa popytu, podaży i kosztów produkcji sprawi, że ceny te są na tyle wysokie, że najbiedniejsze jednostki nie będą w stanie pozwolić sobie na zawarcie umowy na dostarczanie elektryczności, w dalszym ciągu będzie to cena słuszna? Taki wniosek zdaje się wynikać z rozważań Gordleya, jednak intuicja podpowiada nam co innego, zwłaszcza w kontekście kluczowego znaczenia elektryczności w życiu współczesnym¹⁵.

Są wreszcie takie umowy, do których odnieść można oba powyższe zarzuty. Dobrym przykładem są umowy zawierane w środowisku cyfrowym, w których pewna usługa świadczona jest w zamian za zgodę na przetwarzanie naszych

¹⁴ *Ibidem*, s. 1625.

¹⁵ W ramach Unii Europejskiej kwestię umów dotyczących dostaw elektryczności przez prywatne podmioty reguluje Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE z dnia 13 lipca 2009 r., dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej.

danych osobowych. W związku z tego typu umowami możemy z jednej strony zastanowić się, czy dane osobowe i informacje o naszym życiu prywatnym, udostępniane np. w sieciach społecznościowych, powinny być przedmiotem wymiany rynkowej, a jeżeli tak, to w jaki sposób określić ich wartość? Z drugiej strony, nawet jeśli założymy, że wartość tę da się określić w ramach zaproponowanych przez Gordleya kryteriów, czy zdeterminowana w ten sposób cena za świadczenie pewnego typu usług jest rzeczywiście sprawiedliwa? Wiele afer związanych z wykorzystywaniem przez wielkie sieci społecznościowe prywatnych danych ich użytkowników zdaje się takiej tezie przeczyć.

Nawet jeżeli założymy, że teoria sprawiedliwości komutatywnej Gordleya jest w stanie poradzić sobie z powyższymi zarzutami, w kolejce czekają inne, związane z wykorzystaniem przez nią kryteriów ekonomicznych jako determinujących słuszną cenę. Wyróżnić możemy trzy takie zarzuty, w kolejności od najmniej do najbardziej istotnego.

Po pierwsze, jak sama nazwa wskazuje, doktryna słusznej ceny obejmuje jedynie cenę, a więc tylko jeden, choć niewątpliwie kluczowy, element umowy. Jak jednak widzieliśmy przy okazji omawiania teorii ekonomicznych, prawo umów dotyczy bardzo wielu innych kwestii związanych z zawieraniem, interpretacją czy egzekwowaniem umów. Kwestie te, precyzowane przez tak zwane reguły tła, w przeciwieństwie do ceny nie są bezpośrednio związane z dosłowną treścią zawartej przez strony umowy. Jak widzieliśmy, dostarczenie kryteriów pozwalających na zaprojektowanie reguł tła jest jedną z największych zalet teorii prawa umów opartych na efektywności. Co więcej, reguły tła mogą mieć bardzo istotne znaczenie dla wartości świadczeń stron umowy, a zatem bezpośrednio determinować, jaka cena będzie w danym przypadku słuszną. W związku z tym ograniczenie się przez Gordleya do analizy samej ceny stanowi istotną wadę jego teorii sprawiedliwości komutatywnej, zwłaszcza w kontekście faktu, że bezpośrednio odwołuje się ona do teorii ekonomicznych.

Po drugie, odwołanie się do idealnie funkcjonujących rynków oraz czynników popytu, podaży i kosztów produkcji jako determinujących słuszną cenę sugeruje, że oparcie prawa umów na zasadzie sprawiedliwości komutatywnej będzie również ekonomicznie efektywne. Teza ta jest jednak kontrowersyjna. Zwraca na to uwagę Magdalena Wilejczyk, pisząc, iż oparcie prawa umów na doktrynie słusznej ceny wiązałoby się „z rezygnacją przez jednostki z dążenia do zysku albo ze zminimalizowaniem zysku do wartości włożonej pracy”. To z kolei niekoniecznie prowadzi do wzrostu efektywności ekonomicznej, ponieważ „jednostkowe dążenie do zysku może być ze społecznego punktu widzenia pożyteczne i może w sumie przysparzać więcej dóbr i korzyści niż ograniczenie wszelkiej inicjatywy w imię walki z niegodziwym zyskiem”¹⁶.

¹⁶ M. Wilejczyk, *Sprawiedliwość kontraktowa: pojęcie, realizacja, granice*, „Studia Prawa Prywatnego” 2018, nr 2, s. 5.

Ponownie teoria sprawiedliwości komutatywnej zawodzi tam, gdzie doktryna słusznej ceny podporządkowana jest kryteriom ekonomicznym – okazuje się, że jej uznanie wcale nie musi oznaczać optymalnej maksymalizacji efektywności.

Wydaje się, że teorię sprawiedliwości komutatywnej Gordleya można stosunkowo łatwo zmodyfikować w celu odparcia powyższych zarzutów. Przykładowo, szersze rozumienie słusznej ceny mogłoby obejmować wszystkie kwestie mające wpływ na wartość świadczeń stron umowy, łącznie z optymalnie zaprojektowanymi regułami tła, a także wysiłki włożone przez strony w osiągnięcie zysku, zdobywanie odpowiednich informacji, negocjacje jak najlepszej ceny itd. O ile takie modyfikacje przysparzałyby oczywistych trudności praktycznych, na poziomie czysto teoretycznym są one jak najbardziej do zaakceptowania. Nie są one jednak w stanie odeprzeć trzeciego, najistotniejszego zarzutu związanego z wykorzystaniem przez teorię sprawiedliwości komutatywnej kryteriów ekonomicznych przy sformułowaniu doktryny słusznej ceny.

Odwołanie się do kategorii popytu, podaży i kosztów produkcji w ramach idealnie funkcjonującego rynku naraża teorię sprawiedliwości komutatywnej na identyczny zarzut, jaki postawiliśmy ekonomicznym teoriom prawa umów. Otóż, jeżeli warunki idealnie funkcjonującego rynku – gdzie strony dysponują nieograniczonym czasem, wiedzą i racjonalnością, a koszty transakcyjne nie występują – zostałyby spełnione, prawo umów stałoby się zbędne¹⁷. Podobnie jak teorie oparte na efektywności, teoria sprawiedliwości komutatywnej traktuje więc prawo umów „po prostu jako próbę (nie bardzo udaną) przybliżenia stanu rzeczy, w którym w ogóle by ono nie istniało”¹⁸. Jest to niezgodne z powszechnie uznawaną intuicją, że wartości prawa umów nie da się sprowadzić jedynie do maksymalizacji efektywności ekonomicznej – a teoria sprawiedliwości komutatywnej ostatecznie do takiego wniosku prowadzi.

Jak zwróciliśmy uwagę wyżej, teorie sprawiedliwościowe uznają znaczenie zasady autonomii woli dla prawa umów, zastrzegając przy tym, że nie jest ona celem samym w sobie, ale musi zostać podporządkowana promowaniu wartościowych relacji interpersonalnych między stronami umów. Teoria Gordleya jest próbą nadania temu twierdzeniu bardziej konkretnej treści. Jest to jednak, w związku z podporządkowaniem doktryny słusznej ceny kryteriom ekonomicznym, próba nieudana. Nie zmienia to faktu, że stanowi ona interesujący przykład zintegrowania zarówno teorii opartych na autonomii woli, jak i teorii ekonomicznych w ramach jednolitej teorii sprawiedliwościowej. Z tego powodu można ją uznać za inspirację dla stworzenia zintegrowanej teorii łączącej

¹⁷ Zob. wyżej, sekcja 3.4.

¹⁸ D. Markovits, *Good Faith as Contract's Core Value*, [w:] *Philosophical Foundations of Contract Law*, red. G. Klass, G. Letsas, P. Saprui, Oxford University Press, Oxford 2014, s. 290.

zalety wszystkich trzech nurtów współczesnej teorii prawa umów, bez powielania ich wad. Teoria ta musiałaby jednakże posługiwać się innym standardem sprawiedliwości interpersonalnej niż doktryna słusznej ceny w powyższym rozumieniu. Kolejne trzy sekcje analizują teorie, które proponują takie standardy.

4.3. Sprawiedliwość transakcyjna

Koncepcja sprawiedliwości transakcyjnej (*justice in transactions*) Petera Bensona jest powszechnie uznawana za jedną z najważniejszych teorii prawa umów ostatnich lat. Badacz ten jest przedstawicielem nurtu teoretyczno-prawnego, silnie inspirowanego filozofią Kanta, działającego przede wszystkim na Uniwersytecie w Toronto i skupiającego takich badaczy jak Ernest Weinrib, Arthur Ripstein czy Bruce Chapman. Choć istnieje wiele punktów wspólnych między dociekaniem wszystkich tych teoretyków, jedynie rozważania Bensona odnoszą się w pierwszej kolejności do prawa umów i to ich dotyczyć będzie dalsza część niniejszej sekcji.

Benson rozwija sprawiedliwościową teorię prawa umów, krytyczną zarówno w stosunku do teorii opartych na autonomii woli, jak i teorii ekonomicznych. Istotą umów i prawa umów jest jego zdaniem fakt, iż dostarczają one jednostkom specyficznych racji do działania, mających swoje źródło w unikalnej relacji łączącej strony umowy. Benson charakteryzuje tę relację jako tak zwane transakcyjne nabycie (*transactional acquisition*), które „przyznaje stronom wyłączne uprawnienia w zakresie tego, co wzajemnie sobie obiecały”¹⁹. Celem prawa umów jest zapewnienie odpowiednich warunków dla zawierania tego typu relacji. Kluczowym kryterium stojącym u podstaw charakterystycznych dla prawa umów relacji jest natomiast w jego ujęciu pewien standard rozsądku (*reasonableness*), który z kolei opiera się na wzajemnym uznaniu stron umowy jako wolnych i równych jednostek (*free and equal persons*). Ideał sprawiedliwości transakcyjnej to innymi słowy postulat ochrony umownych relacji interpersonalnych, regulowanych przez standard rozsądku. Takie założenie pociąga za sobą główne pytanie, na które powinna odpowiedzieć teoria prawa umów: Jak można przekonująco i w moralnie akceptowalny sposób uzasadnić użycie przymusu państwowego wobec wolnych i równych jednostek?²⁰ Już na wstępie Benson podkreśla zatem prymat normatywnego pytania teorii prawa umów, obecny w jego rozważaniach.

Jak widzieliśmy w poprzednich rozdziałach, zarówno teorie oparte na autonomii woli, jak i teorie ekonomiczne mają problem z pytaniem o racje dla mocy wiążącej umów, popartej groźbą użycia przymusu państwowego. O ile te

¹⁹ P. Benson, *Justice in Transactions. A Theory of Contract Law*, Harvard University Press, Cambridge, MA 2019, s. 8.

²⁰ *Ibidem*, s. 13.

pierwsze w ogóle nie są w stanie dostarczyć atrakcyjnego uzasadnienia dla faktu, że umowy podlegają prawnej egzekucji, te drugie (jak również analizowana wyżej teoria sprawiedliwości komutatywnej) uzależniają moc wiążącą umów od postulatu maksymalizacji efektywności. Żadnego z tych rozwiązań nie można uznać za zadowalające. Zdaniem Bensaona wynika to z faktu, że zarówno teorie oparte na autonomii woli, jak i teorie ekonomiczne skupiają się wyłącznie na instrumentalnie rozumianej racjonalności stron (*rationality*), w odróżnieniu od rzeczywistości stojącego u podstaw prawa umów specyficznego standardu rozsądku.

Pojęcie racjonalności stron odnosi się do celów, jakie przyświecają stronom umów, rozpatrywanych w oderwaniu od ich relacji umownych – wyrażaniu i poszerzaniu zakresu ich indywidualnej autonomii woli lub zaspokajaniu własnych preferencji. Tymczasem rzeczywistość rządzący prawem umów standard rozsądku za punkt wyjścia bierze właśnie te wzajemne relacje, w dużej mierze ignorowane przez dwie pozostałe grupy teorii. Celem prawa umów jest zapewnienie sprawiedliwych relacji między stronami umów, opartych na wzajemnym szacunku wolnych i równych jednostek. Zdaniem Bensaona tylko taka interpretacja fundamentalnych zasad prawa umów jest w stanie wyjaśnić, dlaczego strony powinny dotrzymywać swoich zobowiązań umownych, a w razie konieczności do wykonania tych zobowiązań mogą być zmuszone przy użyciu przymusu państwowego. Odwołanie się wyłącznie do wartości autonomii woli lub efektywności ekonomicznej nie jest w stanie uzasadnić, dlaczego strony umów powinny dotrzymywać swoich pierwotnych zobowiązań, mimo tego, że w międzyczasie pojawiły się inne, lepsze okazje do wyrażenia i poszerzenia zakresu ich autonomii woli czy zaspokojenia preferencji²¹. Odwołanie się do pewnego standardu sprawiedliwości – w tym przypadku sprawiedliwości transakcyjnej – jest niezbędne w odpowiedzi na kluczowe, normatywne pytanie teorii prawa umów.

Prawo umów ma za zadanie zapewnić tak zwane konstruktywne warunki wymiany (*constructive conditions of exchange*), w wyniku których realizowane byłyby normy właściwej dla prawa umów zasady sprawiedliwości transakcyjnej. Z jednej strony, zasada ta nie daje się sprowadzić wyłącznie do rozważań o autonomii woli stron – choć ta jest istotna, nie może być rozpatrywana w oderwaniu od łączącej strony umowy relacji, która jest tu traktowana jako pierwotna. Z drugiej strony, zasada sprawiedliwości transakcyjnej jest niezależna od postulatu maksymalizacji efektywności ekonomicznej. Jediną miarą sprawiedliwości transakcyjnej jest oparty na standardzie rozsądku wzajemny szacunek wolnych i równych stron umowy.

Sprawiedliwość transakcyjna nie jest przy tym tak daleko idącym standardem sprawiedliwości interpersonalnej, jak analizowana w poprzedniej sekcji doktryna słusznej ceny. Jediną miarą sprawiedliwości transakcyjnej jest „zapewnienie w możliwie najwyższym stopniu rozsądnego normatywnego znaczenia

²¹ *Ibidem*, s. 17.

interakcjom stron²². Największe znaczenie mają zaś w tym kontekście rzeczywiste intencje przyświecające stronom w momencie zawierania umowy – nawet jeżeli okaże się, że ich respektowanie będzie się wiązać dla którejś ze stron ze znacznymi stratami lub zmianą w zakresie dystrybucji praw i obowiązków. Teoria sprawiedliwości transakcyjnej idzie jednak dalej niż analizowana w rozdziale II, odwołując się do pojęcia dobrej wiary teoria Daniela Markovitsa. O ile ta ostatnia jest teorią czysto formalną – wprost odżegnującą się od sprawiedliwości – Benson zaznacza, że jeżeli rzeczywiste intencje i wybory stron są niejasne, strony umowy powinny „oddać się pod opiekę rozsądku”, jako normatywnego standardu sprawiedliwości transakcyjnej. Ten zaś powinien zapewniać ochronę uzasadnionych oczekiwań (*reasonable expectations*) stron umowy²³. Z jednej strony, nie mogą one oczekiwać, że przeciwna strona umowy będzie gotowa zrzec się dążenia do osiągnięcia jak największego zysku, na przykład w imię doktryny słusznej ceny. Z drugiej jednak strony prawo umów powinno zapewnić, że relacje umowne będą prowadzone w warunkach wzajemnego szacunku do siebie wolnych i równych osób. Podmioty prawa umów powinny oczekiwać, że zawierając umowę, dążą one do osiągnięcia pewnego balansu interesów, który może zostać naruszony jedynie wtedy, gdy jednoznacznie wskazują na to ich intencje. W przeciwnym wypadku tylko odwołanie się do standardu rozsądku może zagwarantować taki szacunek, a tym samym przestrzeganie norm sprawiedliwości transakcyjnej, uzasadniającej moc wiążącą umów. Jak pisze Benson: „Leży w gestii stron umowy uzgodnienie preferowanej przez nie treści, ale nie charakteru i rodzaju relacji, która determinuje prawną charakterystykę oraz efekty ich wyboru²⁴”.

Jak widać, teoria sprawiedliwości transakcyjnej odpowiada również na instytucjonalne pytanie prawa umów. Instytucje prawa umów – zarówno reguły dotyczące porozumień, jak i reguły tła – powinny być zaprojektowane tak, aby zapewnić konstruktywne warunki wymiany, poprzez ochronę uzasadnionych oczekiwań stron, determinowanych przez kryterium rozsądku. Co więcej, kryteria te służą również do odpowiedzi na pytanie ontologiczne. Umowy to, zdaniem Bensona, specyficzne jurydyczne relacje między stronami, podporządkowane standardom sprawiedliwości transakcyjnej, rozsądku i ochrony uzasadnionych oczekiwań. Warto jednak zauważyć, że odpowiedź na pytanie normatywne jest w tym przypadku pierwotna wobec dwóch pozostałych. Uzasadnienie dla mocy wiążącej umów – i wiążącej się z nim groźby użycia przymusu państwowego – jest niezbędne zarówno dla określenia natury umowy, jak i wskazania kryteriów dla projektowania instytucji prawa umów.

²² *Ibidem*, s. 122.

²³ *Ibidem*, s. 159, 187, 209, 226, 412.

²⁴ *Ibidem*, s. 131–132. Oryg.: „It is up to the parties to choose their preferred contents but not the character of the kind of relation that determines the contractual juridical characterization and effects of their choice”.

W związku z powyższym, teoria sprawiedliwości transakcyjnej stanowi niewątpliwą postać w stosunku do wszystkich analizowanych powyżej teorii. Z jednej strony, w odróżnieniu od teorii opartych na autonomii woli, odpowiada ona na normatywne i instytucjonalne pytania teorii prawa umów. Z drugiej strony, w odróżnieniu od teorii ekonomicznych, a także doktryny słusznej ceny, dostarcza odpowiedzi na pytanie ontologiczne, nie stawiając przy tym postulatów, których całkowite spełnienie czyniłoby prawo umów zbędnym. Jednakże, pomimo tych niewątpliwych zalet, teoria sprawiedliwości transakcyjnej nie jest do końca przekonująca z trzech zasadniczych powodów.

Po pierwsze, standard rozsądku, kluczowy dla koncepcji sprawiedliwości transakcyjnej, wydaje się dość arbitralny, a w każdym razie zbyt niejasny, by stanowić wystarczające uzasadnienie dla faktu, że umowy podlegają prawnej egzekucji, popartej groźbą użycia przymusu państwowego. W wielu przypadkach trudno określić, czego konkretnie ten standard wymagałby od stron. Przykładowo, czy mógłby usprawiedliwić doktrynę efektywnego złamania umowy, analizowaną w poprzednim rozdziale? Z uwagi na fakt, że teoria sprawiedliwości transakcyjnej zdecydowanie dystansuje się od ekonomicznych teorii prawa umów, odpowiedź wydaje się negatywna. Benson nie zajmuje jednak jednoznacznego stanowiska w tej kwestii²⁵. Zapewne wynika to z faktu, iż abstrakcyjny standard rozsądku może być interpretowany zarówno jako zgodny, jak i niezgodny z doktryną efektywnego złamania umowy. Jak widzieliśmy, uzasadnienie mocy wiążącej umów, popartej groźbą użycia przymusu, Benson uznaje za kluczowe zadanie teorii prawa umów. Czy jednak uzasadnienie, którego on sam dostarcza, oparte na standardzie niejasnym i arbitralnym, mogącym prowadzić do bardzo różnych wniosków, można uznać za dostateczne? Odpowiedź na to pytanie wydaje się negatywna.

Po drugie, standard rozsądku jest nie tylko niejasny i arbitralny, ale grozi również popadnięciem w błędne koło. Jak bowiem widzieliśmy, jest on ściśle związany z pojęciem uzasadnionych oczekiwań stron. Rodzi to pytanie, które oczekiwania stron są uzasadnione. Z jednej strony można stwierdzić, że uzasadnione oczekiwania są zdeterminowane istniejącymi instytucjami i praktykami prawa umów. Z normatywnego punktu widzenia takie rozwiązanie jest jednak oczywiście wadliwe. Z drugiej strony, oczekiwania stron można uznać za uzasadnione poprzez odwołanie się do standardu rozsądku. Ale tutaj narażamy się na zarzut błędnego koła – zaproponowany przez Bensaona standard rozsądku jest w znacznej mierze oparty na pojęciu uzasadnionych oczekiwań, które z kolei określamy poprzez odwołanie się do standardu rozsądku. Teoria sprawiedliwości transakcyjnej nie dostarcza więc niezbędnego i atrakcyjnego kryterium dla określenia, które oczekiwania stron są uzasadnione.

²⁵ *Ibidem*, s. 270–272.

Po trzecie, uznanie standardu rozsądku za jedyne kryterium dla projektowania i reformy instytucji prawa umów wydaje się pewnym nadużyciem, zwłaszcza w odniesieniu do reguł tła. Nie ma zasadniczego powodu, dla którego pewne normy praw umów nie były uregulowane zgodnie z innymi kryteriami, jak chociażby kryterium efektywności – zwłaszcza że kryteria dostarczane w tym względzie przez teorie ekonomiczne są o wiele bardziej przejrzyste niż to wykorzystane w teorii sprawiedliwości transakcyjnej. Jeżeli tylko zachowane zostaną standardy dotyczące respektowania pewnych wartości – jak autonomia woli czy pewien standard sprawiedliwości interpersonalnej – inne kryteria jak najbardziej powinny mieć wpływ na kształt instytucji prawa umów. Tego, jakie standardy powinny być zachowane i kiedy inne kryteria, takie jak efektywność ekonomiczna, powinny grać rolę w projektowaniu instytucji prawa umów, dotyczą w znacznej mierze rozważania w ostatnim rozdziale książki.

W tym momencie należy podsumować powyższą analizę stwierdzeniem, iż teoria sprawiedliwości transakcyjnej stanowi niewątpliwy postęp w stosunku do dotychczas analizowanych teorii. Jest tak przede wszystkim dlatego, iż dostarcza ona wzajemnie ze sobą powiązanych odpowiedzi na ontologiczne, instytucjonalne i przede wszystkim normatywne pytanie teorii prawa umów. Jednak powyższe zarzuty czynią teorię sprawiedliwości transakcyjnej nie do końca atrakcyjną. W związku z tym przejdziemy teraz do analizy kolejnej teorii sprawiedliwościowej, aby sprawdzić, czy stanowi ona wartościową alternatywę dla koncepcji Bensona.

4.4. Sprawiedliwość relacyjna

Teoria sprawiedliwości relacyjnej (*relational justice*), rozwinięta przez Hanocha Dagona i Avihaya Dorfmana w odniesieniu do całego prawa prywatnego²⁶, do prawa umów została zastosowana w książce *The Choice Theory of Contracts*, napisanej przez Dagona wspólnie z Michaelem Hellerem²⁷. Pierwszą kwestią, na którą warto zwrócić uwagę w kontekście jej analizy, są znaczne podobieństwa między teorią sprawiedliwości relacyjnej a teoriami opartymi na autonomii woli. Dagan i Dorfman utożsamiają sprawiedliwość relacyjną z wartościami autonomii woli, rozumianej jako samostanowienie, a także materialnej równości podmiotów prawa prywatnego. Tym samym opowiadają się za pojęciem autonomii tożsamym z wolnością w sensie pozytywnym, a odrzucają koncepcję autonomii jako niezależności, tożsamą z wolnością negatywną i przywiązującą wagę jedynie do for-

²⁶ H. Dagan, A. Dorfman, *Just Relationships*, „Columbia Law Review” 2016, t. 116, nr 6, s. 1395–1460.

²⁷ H. Dagan, M. Heller, *The Choice Theory of Contracts*, Cambridge University Press, Cambridge 2017.

malnej równości podmiotów²⁸. Jako oparta na wartości samostanowienia, teoria sprawiedliwości relacyjnej przykłada zatem wagę do dostępnych jednostkom rzeczywistych i wartościowych opcji, które materializują ich autonomię i wolność, przez co umożliwiają im bycie autorami własnego życia. Teoria sprawiedliwości relacyjnej stoi również w opozycji do analizowanej wyżej teorii sprawiedliwości transakcyjnej, gdyż wyznawany przez tę drugą standard rozsądku w prawie umów odwołuje się do koncepcji autonomii woli jako niezależności, a równość podmiotów prawa umów rozumie wyłącznie w sensie formalnym²⁹. Teoria sprawiedliwości relacyjnej krytykuje więc teorię sprawiedliwości transakcyjnej na podobnym gruncie, co teoria osobistego oddalenia Kimela teorię umowy jako obietnicy Frieda.

Tym, co odróżnia teorię sprawiedliwości relacyjnej od teorii opartych na autonomii woli, a także stanowi jej punkt wspólny z pozostałymi teoriami sprawiedliwościowymi³⁰, jest podkreślenie, iż wyrażanie i realizacja autonomii woli w prawie umów zawsze odbywa się w interakcjach z innymi. Wszystkie teorie sprawiedliwościowe uznają relację między stronami umowy za wartość kluczową, w pewnym sensie pierwotną w stosunku do autonomii woli stron rozpatrywanych indywidualnie. Zatem, zgodnie z teorią sprawiedliwości relacyjnej, głównym zadaniem prawa umów powinno być zapewnienie jednostkom możliwości wyrażania i poszerzania zakresu samostanowienia w interakcjach z innymi „poprzez konstytuowanie, ułatwianie i autoryzowanie takich współzależnych interakcji”³¹. Standard sprawiedliwości właściwy dla tego typu interakcji sprowadza się do zaś tego, że „wydobywa na wierzch zobowiązanie do wartości bycia z innymi w relacjach opartych na szacunku i uznaniu [*respectful recognition*]”³². Oparte na szacunku uznanie znaczy natomiast traktowanie innych jako wolnych i równych jednostek, z podobną do nas samych zdolnością do samostanowienia, która powinna być uznana i uhonorowana.

Kluczowym elementem teorii sprawiedliwości relacyjnej jest jej pluralizm. To, jaki dokładnie kształt przybiera wartość *respectful recognition*, zależy bowiem w dużej mierze od typu relacji konstytuowanego przez daną umowę. Różne typy relacji pozwalają bowiem na wyrażanie i poszerzanie zakresu autonomii woli na różne sposoby, w odniesieniu do różnych celów, wartości i interesów,

²⁸ H. Dagan, A. Dorfman, *Just Relationships*, s. 1415–1420, 1424–1427.

²⁹ Bardziej szczegółowe porównanie tych dwóch teorii sprawiedliwościowych, a także uznawanych przez nie koncepcji autonomii woli znaleźć można w: H. Dagan, *Two Visions of Contract*, „Michigan Law Review”, w druku.

³⁰ A także, do pewnego stopnia, z analizowaną w rozdziale II teorią Daniela Markovitsa, odwołującą się do pojęcia dobrej wiary – jak jednak wspomnieliśmy, teoria ta jednoznacznie dystansuje się od jakichkolwiek rozważań związanych z pojęciem sprawiedliwości.

³¹ H. Dagan, A. Dorfman, *Just Relationships*, s. 1416.

³² *Ibidem*, s. 1418. Oryg.: „[...] it picks out a commitment to the value of being with others in relations of respectful recognition”.

wymagają zatem odmiennego traktowania przez prawo. Przykładowo, przywołana w rozdziale II umowa sąsiedzka między Anią i Wojtkiem w inny sposób przyczynia się do realizacji ich zdolności do samostanowienia niż przywołana w rozdziale III umowa o sprzedaż samochodu między Janem, Pawłem i Magdą. W związku z tym prawo umów powinno zapewnić jednostkom odpowiedni katalog typów umów, dających im realny i wartościowy wybór opcji niezbędnych do realizacji przez nie wartości autonomii woli rozumianej jako zdolność do samostanowienia³³. Tylko wtedy może ono przyczynić się do lepszego planowania przez jednostki ich własnego życia, czyniąc je tym samym bardziej wartościowym.

Warto zauważyć, że teoria sprawiedliwości relacyjnej, odwołująca się do konieczności zapewnienia jednostkom odpowiedniej liczby typów umów pozwalających na wyrażanie i poszerzanie zakresu ich zdolności do samostanowienia, jest zgodna z kontynentalnymi, skodyfikowanymi systemami prawa prywatnego. Przykładowo, polski kodeks cywilny, poza generalną zasadą swobody umów wyrażoną w artykule 353¹, zawiera również cały katalog tak zwanych umów nazwanych – takich jak chociażby sprzedaż, pożyczka, umowa o dzieło czy umowa zlecenia. Umowy te w określony sposób definiują prawa i obowiązki ich podmiotów, a więc dostarczają im rozmaitych opcji osiągnięcia ich celów i zaspokajania ich interesów w relacjach z innymi. Stanowią więc przykład typów umów w rozumieniu teorii sprawiedliwości relacyjnej. Podobnie kodeks cywilny, w oparciu o dyrektywę prawa europejskiego, zawiera szczególne przepisy dotyczące umów zawieranych przez konsumentów z przedsiębiorcami³⁴. Regulacje te opierają się na konstatacji, że konsument jest zazwyczaj słabszą stroną stosunku umownego i w związku z tym powinien podlegać ochronie w jego stosunkach z przedsiębiorcą. Zgodnie z twierdzeniami teorii sprawiedliwości relacyjnej takie regulacje są uzasadnione, ponieważ umowy konsumenckie w inny sposób przyczyniają się do realizacji autonomii woli stron niż umowy zawierane między przedsiębiorcami, w związku z czym wymagają również odmiennego traktowania przez prawo. Tylko wtedy bowiem możliwe jest zapewnienie wzajemnego szacunku dla samostanowienia obu stron umowy.

Tym, co łączy teorię sprawiedliwości relacyjnej oraz teorię sprawiedliwości transakcyjnej (i zarazem odróżnia je od teorii sprawiedliwości komutatywnej Gordleya), jest odcięcie się przez nie od jakichkolwiek rozważań ekonomicznych³⁵.

³³ H. Dagan, M. Heller, *The Choice Theory...*, s. 41–43.

³⁴ Por. np. art. 383¹ kc, art. 385¹ – 385⁵ kc, art. 387¹ kc. Dalsze rozważania o prawie umów konsumenckich zostaną podjęte w ostatnim rozdziale książki.

³⁵ H. Dagan, A. Dorfman, *Just Relationships*, s. 1410: „Our account illuminates the irreducible value of private law in both form and substance, elaborating on the powerful intuition that private law addresses our interpersonal relationships as private individuals rather than as citizens of a democracy or patients of the welfare state’s regulatory scheme”. H. Dagan, M. Heller, *The Choice Theory...*, s. 51–57.

Obie teorie odwołują się do pewnego standardu sprawiedliwości interpersonalnej, niezależnego od postulatu maksymalizacji efektywności. Rolą prawa umów jest konstytuowanie i ochrona wartościowych relacji międzyludzkich, nie zaś podnoszenie bogactwa społecznego czy zaspokajanie preferencji jednostek – nawet jeżeli ostatecznie może ono przyczyniać się również do realizacji tych celów. W związku z tym są one odrębne nie tylko od teorii opartych na autonomii woli, ale również od teorii ekonomicznych.

Innym punktem wspólnym obu teorii jest również podejście do fundamentalnych pytań teorii prawa umów. Poprzez uznanie relacji między stronami umowy i kierującego nią standardu sprawiedliwości za pojęcia kluczowe teoria sprawiedliwości relacyjnej kładzie nacisk przede wszystkim na normatywne pytanie o racje dla mocy wiążącej umów. To właśnie potrzeba respektowania zasady sprawiedliwości relacyjnej oraz konstytuowanych przez nią relacji opartych na wzajemnym szacunku dla samostanowienia uzasadnia fakt, że umowy podlegają prawnej egzekucji. Tylko prawna egzekucja umów zapewnia spełnienie takiego standardu. Dopiero w tym świetle należy poszukiwać odpowiedzi na ontologiczne i instytucjonalne pytanie teorii prawa umów. Odpowiedź na pierwsze sprowadza się przy tym do uznania, że umowa to pewna specyficzna forma relacji opartej na wzajemnym szacunku dla samostanowienia między dwiema jednostkami, charakteryzująca się zawartym przez nie porozumieniem. Odpowiedź na pytanie drugie jest równie prosta – instytucje prawa umów, a więc w szczególności zaprojektowane przez ustawodawcę typy umów, powinny dostarczać jednostkom jak najwięcej wartościowych opcji sprzyjających wyrażaniu i poszerzaniu zakresu samostanowienia jego podmiotów. Podobnie zatem jak teoria sprawiedliwości transakcyjnej, a w odróżnieniu od teorii opartych na autonomii woli i teorii ekonomicznych, teoria sprawiedliwości relacyjnej dostarcza logicznie ze sobą powiązanych odpowiedzi na wszystkie trzy fundamentalne pytania teorii prawa umów – pomimo faktu, że jedno z nich uznaje za pierwotne względem pozostałych. Niewątpliwie czyni ją to bardziej atrakcyjną w stosunku do dwóch pozostałych analizowanych grup teorii.

Mimo to również teorii sprawiedliwości relacyjnej nie można uznać za całkowicie atrakcyjną. Zaproponowany przez nią standard wzajemnego szacunku dla samostanowienia jest niewątpliwie bardziej zrozumiały niż standard rozsądku, do którego odwoływała się teoria sprawiedliwości transakcyjnej. Dostarcza też bardziej precyzyjnych odpowiedzi w kontekście instytucjonalnego pytania prawa umów: powinno ono zapewnić określony katalog typów umów, umożliwiających stronom realny wybór, który poszerzałby ich zdolność do samostanowienia. Jednakże również i ten standard nie jest do końca jasny. Czym bowiem jest wzajemny szacunek dla samostanowienia i w jaki sposób powinien on zostać odzwierciedlony w konkretnych typach umów? Jak określić, kiedy dany typ umowy spełnił ów standard i na jakiej podstawie? Teoria sprawiedliwości relacyjnej nie dostarcza odpowiedzi na te pytania, a tym samym naraża się na podobny co teoria sprawiedliwości transakcyjnej zarzut niejasności bądź arbitralności.

Teoria sprawiedliwości relacyjnej jest również narażona na dwa inne zarzuty, od których wolna jest teoria sprawiedliwości transakcyjnej. Po pierwsze, nie wyjaśnia ona, w jaki sposób wzajemny szacunek dla samostanowienia w prawie umów jest różny od tego samego standardu stosowanego w innych dziedzinach prawa prywatnego. Teoria sprawiedliwości relacyjnej została sformułowana w kontekście prawa prywatnego jako takiego, a dopiero później zaaplikowana do prawa umów. W odniesieniu do powyższych rozważań można zatem zadać pytanie, jaka jest różnica choćby między złamaniem umowy a deliktem, który operuje w ramach tego samego standardu sprawiedliwości? Nasuwa się odpowiedź, że oba fenomeny odróżnia fakt, że w przypadku umowy najpierw doszło do zawarcia między stronami pewnego porozumienia, co nie ma miejsca w przypadku deliktu. Fakt zawarcia porozumienia między stronami sprawia, że umowa w innym stopniu przyczynia się do wyrażania i realizacji samostanowienia stron niż relacje międzyludzkie regulowane przez prawo deliktowe. Jak jednak widzieliśmy przy analizie teorii opartych na autonomii, ontologiczne pytanie prawa umów dotyczy dokładnie kwestii, czym jest owo porozumienie, odróżniające prawo umów od innych gałęzi prawa prywatnego. Odpowiedź teorii sprawiedliwości relacyjnej na pytanie o naturę umów jest więc w najlepszym razie niekompletna, a w najgorszym wadliwa³⁶.

Po drugie, przyjęcie wzajemnego szacunku dla samostanowienia jako standardu sprawiedliwości relacyjnej może prowadzić do paternalizmu. Skoro standard ten jest niejasny i arbitralny, istnieje niebezpieczeństwo, że ustawodawca, projektując katalog typów umów, będzie narzucał jednostkom jego własną interpretację, z którą jednostki niekoniecznie muszą się zgadzać. Zarzut ten ma mniejszą moc w przypadku teorii sprawiedliwości transakcyjnej, z uwagi na przyjęcie przez nią rozumienia autonomii woli jako niezależności – nawet jeżeli jest to standard również niejasny, to jego kluczowym elementem jest unikanie zewnętrznych ingerencji w podejmowane przez jednostki decyzje. W przypadku rozumienia autonomii woli jako samostanowienia nabiera on jednak istotnego znaczenia. Z drugiej strony, jego moc osłabia fakt, iż teoria sprawiedliwości relacyjnej również przywiązuje wagę do zasady swobody umów. Twierdzi ona, że oprócz odpowiednio szerokiego katalogu typów umów (nazwanych), prawo umów powinno również gwarantować stronom możliwość samodzielnego ustalenia treści ich stosunku prawnego, gdyż jest to jeszcze jedna opcja pozwalająca im na wyrażanie i poszerzanie zakresu ich zdolności do samostanowienia.

Ostatni zarzut wobec teorii sprawiedliwości relacyjnej jest tożsamy z ostatnim zarzutem sformułowanym wyżej wobec teorii sprawiedliwości transakcyjnej. Otóż całkowite oddzielenie standardu sprawiedliwości relacyjnej od czynników ekonomicznych wydaje się pewnym nadużyciem. Nie tylko postulat

³⁶ Zob. też D. Kimel, *The Choice Theory of Contract*. By Hanoach Dagan and Michael Heller. [Cambridge University Press, 2017], „Cambridge Law Journal” 2019, t. 78, nr 1, s. 202–207.

maksymalizacji efektywności jest o wiele bardziej przejrzystym kryterium projektowania instytucji prawa umów niż wzajemny szacunek dla samostanowienia stron umowy. Można też sądzić, że często kryteria te nie stoją ze sobą w sprzeczności. Wręcz przeciwnie – Dagan zdaje się nie zauważać, iż standard sprawiedliwości relacyjnej jest bardzo często uzależniony od czynników ekonomicznych. Większy dobrobyt społeczny sprawia, że na ogół dostępnych jest dla nas więcej wartościowych opcji realizacji naszych celów i interesów, również w zakresie prawa umów. Im większa efektywność ekonomiczna danej instytucji prawa umów, tym większy ma ona potencjał w zakresie realizacji autonomii woli rozumianej jako samostanowienie. Co prawda w niektórych przypadkach obie zasady mogą wchodzić ze sobą w konflikt. Przykładowo, uznanie, że konsumenci nie zasługują na specjalną ochronę w ich stosunkach z przedsiębiorcami może prowadzić do wzrostu efektywności ekonomicznej³⁷. Nie zmienia to jednak faktu, że ochrona konsumentów wydaje się uzasadniona w świetle zasady sprawiedliwości relacyjnej. Pamiętając o możliwych konfliktach, całkowite oddzielenie standardu sprawiedliwości relacyjnej od czynników ekonomicznych nie wydaje się jednak uzasadnione, podobnie jak w przypadku teorii sprawiedliwości transakcyjnej. Nad kwestią możliwej integracji teorii sprawiedliwości z teoriami ekonomicznymi zastanowimy się w ostatnim rozdziale pracy. W tym miejscu przejdźmy natomiast do analizy kolejnej sprawiedliwościowej teorii prawa umów, która ma potencjał, by przyczynić się do rozwiązania tego problemu.

4.5. Sprawiedliwość naprawcza i teza o kontynuacji

W odróżnieniu od pozostałych analizowanych w tym rozdziale koncepcji, teoria sprawiedliwości naprawczej Johna Gardnera sformułowana została przede wszystkim z myślą o prawie deliktowym. Mimo to ma ona również zastosowanie do prawa umów, a ponadto będzie istotna dla sformułowania zintegrowanej teorii prawa umów, którą zarysujemy w ostatnim rozdziale książki.

Gardner wychodzi od założenia, że głównym zadaniem prawa, w tym prawa umów, jest dostarczanie nam określonych racji do działania. Charakterystyczne dla prawa racje do działania mają zaś swoje główne źródło w podstawowym obowiązku moralnym zakazującym wyrządzenia krzywdy innym, na przykład poprzez popełnianie przestępstw, deliktów czy, w naszym przypadku, niedotrzymywania umów. Wiele norm prawnych znajduje jednak zastosowanie dopiero wtedy, kiedy krzywda została już wyrządzona. W związku z tym istotą dostarczanych przez prawo racji do działania jest skłonienie jednostek do postępowania

³⁷ Zob. O. Bar-Gill, O. Ben-Shahar, *Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law*, „Common Market Law Review” 2013, nr 50, s. 109–126.

zgodnego z pierwotnym obowiązkiem zakazującym wyrządzenia innym krzywdy, w stopniu, w jakim ciągle jest to możliwe. Rozumowanie to streszcza tak zwana teza o kontynuacji (*the continuity thesis*), zgodnie z którą, „kiedy umowa została złamana lub jakakolwiek inna szkoda została wyrządzona innej osobie, różnego rodzaju racje nie zostały uszanowane, i racje te w dalszym ciągu wymagają uszanowania”³⁸. W związku z tym główne pytanie teorii prawa – w naszym przypadku teorii prawa umów – brzmi więc: „Jaki jest najlepszy możliwy i wciąż dostępny sposób uszanowania tych racji?”³⁹.

Zdaniem Gardnera możemy zatem wyróżnić trzy fazy postępowania zgodnego z racjami do działania: (i) postępowanie zgodnie z (moralnymi) racjami do działania pierwszego rzędu, dotyczącymi zakazu wyrządzenia krzywdy innym (np. w wyniku popełnienia deliktu lub złamania umowy); (ii) postępowanie zgodne z racjami do działania drugiego rzędu, dotyczącymi naprawiania wyrządzonej krzywdy, tak aby jak najlepiej naśladować postępowanie zgodne z racjami do działania pierwszego rzędu w wyniku ich naruszenia (np. poprzez zapłacenie poszkodowanemu odpowiedniej sumy pieniędzy lub przeprosiny); oraz (iii) postępowanie zgodne z racjami do działania trzeciego rzędu, sprecyzowanymi przez instytucje władzy, w celu zapewnienia postępowania zgodnego z racjami do działania drugiego rzędu (np. poprzez poddanie się sądowemu nakazowi zapłaty odszkodowania lub przeprosin). Jak widzimy, rolą faz (ii) i (iii) jest zapewnienie postępowania zgodnego z fazą (i) w takim stopniu, w jakim jest to możliwe, w oparciu o tezę o kontynuacji. Rola prawa, w tym prawa umów, jest przy tym kluczowa w fazie (iii): w jej wyniku ludzie, którym została wyrządzona krzywda, zostają obdarzeni konkretnymi prawami, a sprawiedliwość naprawcza „jest z kolei specjalistycznym prawnym systemem umożliwiającym niektórym ludziom, często kosztem innych, utrzymanie z pomocą prawa tego, co już posiadają lub ostatnio posiadali w swoim życiu”⁴⁰.

W kontekście naszych rozważań warto zwrócić uwagę na trzy kwestie związane z teorią sprawiedliwości naprawczej Gardnera. Po pierwsze, teorii tej nie można uznać za pełnoprawną teorię prawa umów w znaczeniu przyjętym w tej książce, ponieważ nie dostarcza ona odpowiedzi na ontologiczne pytanie o naturę umów oraz tylko częściowo odpowiada na normatywne pytanie o racje dla ich mocy wiążącej. Pierwsze pytanie leży po prostu poza zakresem jej zainteresowania. Co do drugiego z pytań, moc wiążąca umów i ich możliwa egzekucja uzasadnione są wspomnianą wyżej zasadą krzywdy – umów należy dotrzymywać,

³⁸ J. Gardner, *From Personal Life to Private Law*, Oxford University Press, Oxford 2018, s. 102. Oryg.: „when a contract was breached or any other wrong was done to another person, various reasons went unconfomed to, and those reasons are still awaiting conformity”.

³⁹ *Ibidem*. Oryg.: „What is the best conformity with those reasons that is still available?”.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 193. Oryg.: „[I]s in turn a specialized juridical scheme for allowing some people, often at the expense of others, to hold on more tightly, with the support of the law, to what they already have, or recently had, in their lives”.

ponieważ ich łamanie prowadzi do wyrządzenia krzywdy drugiej stronie. Odpowiedź ta jest tylko częściowa, ponieważ nie wyjaśnia, czym konkretnie krzywda wyrządzona przez złamanie umowy różni się od innych rodzajów krzywdy, których dotyczy chociażby prawo deliktowe czy prawo karne. Nie jest to oczywiście zarzut w stosunku do teorii sprawiedliwości naprawczej Gardnera, która stawia sobie inne cele niż pełnoprawne teorie prawa umów.

Po drugie, w kontekście kluczowego znaczenia tezy o kontynuacji teoria sprawiedliwości naprawczej Gardnera ma istotne znaczenie dla instytucjonalnego pytania teorii prawa umów. Jak widzieliśmy, sprawiedliwość naprawcza jest zasadą rządzącą trzecią fazą postępowania zgodnego z racjami do działania, w której skończył się czas na idealne działanie, zgodne z pierwotnymi racjami do działania, a „wszystko, co można teraz zrobić, to wypełnić inny obowiązek, wtórny lub awaryjny, którego wypełnienie służy tym samym racjom, ale pozwala tylko na niedoskonałą z nimi zgodność”⁴¹. Na tym etapie postępowania zgodnego z racjami do działania kluczowe znaczenie mają instytucje prawa, w tym prawa umów. Ich zadaniem, a więc również zadaniem ludzi je projektujących, jest znalezienie najlepszego sposobu na działanie zgodne z racjami pierwszego rzędu. Teza o kontynuacji dostarcza zatem kryterium, zgodnie z którym powinny być zaprojektowane instytucje prawa umów. Choć kryterium to zostawia ustawodawcy wiele swobody w zakresie tworzenia reguł prawa umów, jest ono uzasadnione, jeżeli uznamy, że ustawodawca ten posiada odpowiedni autorytet wśród podmiotów podległych jego jurysdykcji. Z jednej bowiem strony ustawodawca ograniczony jest w swoich działaniach zasadą sprawiedliwości naprawczej oraz będącej jej wyrazem tezy o kontynuacji. Z drugiej strony natomiast, jeżeli założylibyśmy, że ustawodawca tworzący prawo umów nie dysponuje dostatecznym autorytetem, musiałaby zostać podana w wątpliwość legitymizacja całego prawa umów w danym porządku prawnym. Jak zobaczymy w ostatnim rozdziale książki, tezę o kontynuacji da się twórczo wykorzystać przy tworzeniu zintegrowanej teorii prawa umów, łączącej wartościowe spostrzeżenia wszystkich analizowanych tutaj grup teorii.

Po trzecie, Gardner zwraca uwagę na fakt, że w ostatniej, instytucjonalnej fazie postępowania zgodnego z racjami do działania ludzie zostają obdarzeni określonymi prawami w stosunku do innych. Jak widzieliśmy, prawa te są instytucjonalne i najczęściej przysługują nam „kosztem innych”⁴². Oba te elementy zwracają uwagę na dystrybutywny pierwiastek prawa umów. W przypadku faz (i) i (ii) postępowania zgodnego z racjami do działania nie ma, zdaniem Gardnera, sensu „pytanie, jaka dystrybucja pierwotnych moralnych praw i obowiązków

⁴¹ *Ibidem*, s. 126. Oryg.: „[A]ll one can do now is perform another duty, a secondary or fall-back duty, fulfilment of which serves the same reasons but allows for only imperfect conformity with them”.

⁴² *Ibidem*, s. 193.

byłaby sprawiedliwa, nawet jeżeli interesy, którym one służą, stoją w konflikcie, ponieważ pierwotne moralne prawa i obowiązki nie mogą być dystrybuowane⁴³. Pytanie to ma jednak duże znaczenie w odniesieniu do fazy (iii), regulowanej przez zasadę sprawiedliwości naprawczej. Każda władza musi podjąć decyzję, które prawa i obowiązki będą podlegać egzekucji w ramach prawa umów. Wynika to z faktu, że egzekucja umów z jednej strony musi posiadać odpowiednie uzasadnienie, a z drugiej strony jest przedsięwzięciem bardzo kosztownym z uwagi na zaangażowanie aparatu instytucjonalnego państwa. Z tego względu egzekucji nie podlegają wszystkie obietnice, jak również niektóre typy umów. Decyzje dotyczące tego typu selekcji i dystrybucji są kluczowe dla każdego systemu prawa umów. Zwrócenie na nie uwagi prowadzi nas do ostatniego zagadnienia, które podejmiemy w ramach niniejszego rozdziału: roli, jaką zasada sprawiedliwości dystrybucyjnej może odgrywać w prawie umów.

4.6. Sprawiedliwość dystrybucyjna a prawo umów

W poprzednich sekcjach poddaliśmy analizie i krytyce teorie odwołujące się do różnych form sprawiedliwości interpersonalnej, czyli zasady sprawiedliwości dotyczącej specyficznych relacji międzyludzkich konstytuowanych przez umowy i prawo umów. W sekcji 1 wyróżniliśmy jednak również drugą zasadę sprawiedliwości – sprawiedliwość dystrybucyjną – dotyczącą kwestii słusznej alokacji dóbr, praw i obowiązków między członkami społeczeństwa. Zasada sprawiedliwości dystrybucyjnej jest pierwszą, która przychodzi na myśl, kiedy używamy pojęcia „sprawiedliwość”. Czy ta zasada sprawiedliwości ma znaczenie dla prawa umów i jego teorii? I odwrotnie, czy rozważania z zakresu teorii prawa umów mogą przyczynić się do głębszego zrozumienia problematyki sprawiedliwości dystrybucyjnej?

Należy zaznaczyć, że z uwagi na rozległość problematyki sprawiedliwości dystrybucyjnej rozważania w niniejszej sekcji mają charakter bardzo pobieżny i nie roszczą sobie pretensji do żadnych definitywnych konkluzji. Jest tak przede wszystkim dlatego, iż siłą rzeczy zasada sprawiedliwości dystrybucyjnej może mieć jedynie ograniczone znaczenie dla prawa umów. O ile ta pierwsza odnosi się bowiem do społeczeństwa jako całości, prawo umów dotyczy jedynie relacji i porozumień między jego poszczególnymi członkami. Nawet jeżeli pewne zasady czy instytucje prawa umów niosą za sobą pewne konsekwencje dystrybucyjne, są

⁴³ J. Gardner, *What Is Tort Law For? Part 2. The Place of Distributive Justice*, [w:] *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, red. J. Oberdiek, Oxford University Press, Oxford 2014, s. 339. Oryg.: „[T]o ask what distribution of raw moral rights and duties would be just, even when the interests that they serve conflict, because raw moral rights and duties are incapable of being distributed”.

one nieporównywalnie mniejsze niż konsekwencje dystrybucyjne innych dziedzin prawa, przede wszystkim prawa podatkowego. Mimo to trudno zaprzeczyć, że regulacje dotyczące różnych części prawa umów, szczególnie tych dotyczących stosunków prawnych i charakteryzujących się znaczącą nierównowagą siły przetargowej stron, mogą mieć istotne konsekwencje dystrybucyjne. Wymienić możemy tutaj chociażby przepisy odnoszące się do stosunków wynajmujących z najemcami, pracodawców z pracownikami czy konsumentów z profesjonalistami – te ostatnie będą zresztą bardziej szczegółowo analizowane w ostatnim rozdziale książki.

Co jednak istotniejsze w kontekście naszych rozważań, wydaje się, że zasada sprawiedliwości dystrybucyjnej ma jedynie marginalne znaczenie dla fundamentalnych pytań teorii prawa umów, będących głównym przedmiotem zainteresowania niniejszej książki. Mowa tu szczególnie o pytaniach ontologicznym oraz normatywnym. Nawet jeśli jesteśmy w stanie określić, jaka dystrybucja dóbr jest najślusniejsza, niewiele powie nam to o naturze umów czy racji dla ich mocy wiążącej. Większy wpływ zasada sprawiedliwości dystrybucyjnej może mieć na odpowiedź na instytucjonalne pytanie teorii prawa umów. Jeżeli bowiem uznamy, że prawo umów powinno pełnić również funkcję dystrybucyjną, znajdzie to odzwierciedlenie w naszych poglądach na pożądaną kształt norm prawa umów. Jak jednak wspomnieliśmy przed chwilą, z uwagi na skupienie się na indywidualnych relacjach i porozumieniach jednostek, a nie na społeczeństwie jako całości, również w tej kwestii znaczenie prawa umów dla sprawiedliwości dystrybucyjnej jest ograniczone, i *vice versa*.

Dużą część debaty dotyczącej sprawiedliwości dystrybucyjnej w prawie umów koncentruje się na pytaniu, czy prawo umów powinno być uznane za część podstawowej struktury społeczeństwa (*the basic structure of society*) w znaczeniu nadanym temu pojęciu przed Johna Rawlsa⁴⁴. Debatą tą również nie będziemy się zajmować z uwagi na jej wysoce techniczny charakter. Mimo ich doniosłego znaczenia filozoficznego, rozważania o sprawiedliwości dystrybucyjnej nie wpływają również bezpośrednio na kwestie związane z ontologicznym, normatywnym i instytucjonalnym pytaniem teorii prawa umów.

Z powyższych względów ograniczymy się tutaj do wskazania czterech możliwych poglądów na wzajemne stosunki zasady sprawiedliwości dystrybucyjnej i prawa umów oraz do wskazania, jak do tego zagadnienia podchodzą analizowane dotychczas teorie.

Pierwszy możliwy pogląd zaprzecza istnieniu jakiegokolwiek relacji między sprawiedliwością dystrybucyjną a prawem umów z tego prostego powodu, że w ogóle nie uznaje tej pierwszej za atrakcyjną zasadę sprawiedliwości. Na gruncie filozofii politycznej pogląd taki wyznawał między innymi Friedrich August

⁴⁴ Zob. J. Rawls, *The Basic Structure as Subject*, „American Philosophical Quarterly” 1977, t. 14, nr 2, s. 159–165.

von Hayek, piszący o „ułudzie sprawiedliwości socjalnej” (*a mirage of social justice*)⁴⁵, czy Robert Nozick, który z perspektywy libertariańskiej krytykował tak zwane teleologiczne zasady sprawiedliwości dystrybutywnej (*end-state principles of distributive justice*)⁴⁶. Zgodnie z tego typu poglądami prawo umów powinno w ogóle zrezygnować z odwoływania się do zasady sprawiedliwości albo powinno być oparte na innej zasadzie sprawiedliwości, odmiennej od sprawiedliwości dystrybutywnej, jak na przykład zaproponowana przez Nozicka teoria sprawiedliwości udziałów (*entitlement theory of justice*)⁴⁷. Spośród analizowanych powyżej teorii prawa umów najbliższej takiego poglądu sytuuje się teoria umowy jako zgody Randy’ego Barnetta, który przyjmuje pozycję libertariańską, silnie inspirowaną myślą Nozicka⁴⁸. Blisko takiego poglądu jest się również ekonomiczna teoria prawa umów Richarda Posnera – jego interpretacja efektywności ekonomicznej jako bogactwa społecznego, mierzonego chęcią do zapłaty, zdaje się prowadzić do wniosku, że skoro prawo umów może faworyzować bogatszych członków społeczeństwa, to sprawiedliwość dystrybutywna nie ma znaczenia dla tej gałęzi prawa. Zwolennicy takiego podejścia z założenia sceptycznie podchodzą do norm prawa umów mających na celu obronę słabszych stron stosunków umownych, takich jak pracownicy, najemcy czy konsumenci.

Drugi możliwy pogląd nie podważa legitymacji zasady sprawiedliwości dystrybutywnej jako takiej, ale zaprzecza, że powinna mieć ona wpływ na prawo umów. Postuluje on swego rodzaju podział pracy: sprawiedliwość dystrybutywna, jako zasada słusznej alokacji dóbr w społeczeństwie, powinna być domeną prawa publicznego, natomiast prawo umów powinno oprzeć się na innej fundamentalnej zasadzie – sprawiedliwości interpersonalnej, autonomii woli lub efektywności. Tego typu pogląd jest popularny wśród teoretyków prawa umów reprezentujących wszystkie trzy analizowane wyżej nurty. Wśród teorii opartych na autonomii woli uznaje go chociażby teoria obietnicy jako umowy Charlesa Frieda czy teoria dobrej wiary Daniela Markovitsa. Również Luis Kaplow i Stephen Shavell, jedni z najbardziej wpływowych przedstawicieli teorii ekonomicznych, wprost postulują tego typu podział pracy⁴⁹. Z kolei wśród teorii sprawiedliwościowych zdeklarowanym zwolennikiem takiego podejścia jest Peter Benson⁵⁰. Warto zauważyć, że jeżeli skupiamy się wyłącznie na prawie umów, pogląd ten nie różni się zbytnio od poprzedniego – oba

⁴⁵ F.A. von Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, t. 2: *The Mirage of Social Justice*, Routledge, London–New York 2012, s. 62–100.

⁴⁶ R. Nozick, *Anarchia, państwo i utopia*, tłum. P. Maciejko, M. Szczubiałka, Aletheia, Warszawa 2010, s. 181–271.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 182–186.

⁴⁸ R. Barnett, *A Consent Theory of Contract*, „Columbia Law Review” 1986, t. 86, nr 2, s. 286.

⁴⁹ L. Kaplow, S. Shavell, *Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, „The Journal of Legal Studies” 1994, t. 23, nr 2, s. 667–681.

⁵⁰ P. Benson, *Justice in Transactions...*, s. 448–476.

postulują bowiem niezależność prawa umów od sprawiedliwości dystrybucyjnej, mimo że tylko pierwszy z nich całkowicie neguje legitymizację zasady sprawiedliwości.

Trzeci możliwy pogląd również uznaje, że prawo umów powinno być oparte na innej zasadzie niż sprawiedliwość dystrybucyjna. W odróżnieniu od dwóch powyższych poglądów zauważa on jednak, że prawo umów należy do szerokiej siatki instytucji społecznych, których legitymizacja jako całości jest częściowo determinowana przez zasadę sprawiedliwości dystrybucyjnej. Zatem zgodnie z tym poglądem prawo umów, mimo że jest formalnie niezależne od zasady sprawiedliwości dystrybucyjnej, może posiadać legitymizację jedynie w społeczeństwie, które chociażby w minimalnym stopniu spełnia wymogi stawiane przez tę zasadę. Spośród teorii opartych na autonomii woli pogląd taki zdaje się wyznaczać Dori Kimel⁵¹. Znajduje on również wielu zwolenników wśród teoretyków odwołujących się do sprawiedliwości, czemu najmocniejszy wyraz daje Hanoch Dagan⁵². Za pewną jego interpretację można uznać również teorię sprawiedliwości naprawczej opartą na tezie o kontynuacji. Radykalną odmianę tego poglądu prezentuje natomiast teoria sprawiedliwości komutatywnej Jamesa Gordleya, która, jak widzieliśmy wyżej, całkowicie uzależnia legitymizację zasady sprawiedliwości interpersonalnej od sprawiedliwości dystrybucyjnej. Zwolennicy tego poglądu co do zasady dopuszczają zatem różne regulacje chroniące słabsze strony stosunków umownych.

Czwarty możliwy pogląd uznaje, że zasada sprawiedliwości dystrybucyjnej może i powinna mieć wpływ zarówno na kształt instytucji prawa umów, jak i interpretację określonych postanowień umownych. Zgodnie z tym poglądem, wyznawanym przez takich teoretyków jak Anthony Kronman czy Aditi Bagchi, prawo umów, jako część szerszej siatki instytucji społecznych, zawsze powinno mieć na uwadze dystrybucyjne skutki jego reguł i doktryn⁵³. Jest tak pomimo faktu, że odnosi się ono przede wszystkim do interpersonalnych relacji indywidualnych jednostek, w odróżnieniu od systemowych rozważań będących domeną zasady sprawiedliwości dystrybucyjnej. Pogląd ten idzie więc dalej niż poprzedni, uznając, że legitymizacja prawa umów zależy nie tylko od ogólnej legitymizacji instytucji danego społeczeństwa w świetle sprawiedliwości dystrybucyjnej, ale również od bezpośredniego czynienia przez prawo umów zadość tej zasadzie, w takim stopniu, w jakim jest to możliwe. Jego zwolennicy bardzo często wymagają więc od prawa umów ochrony dla słabszych stron stosunków umownych.

⁵¹ D. Kimel, *From Promise to Contract. Towards a Liberal Theory of Contract*, Hart Publishing, Oxford 2003, s. 119.

⁵² H. Dagan, *The Distributive Foundation of Corrective Justice*, „Michigan Law Review” 1999, t. 98, nr 1, s. 138–166.

⁵³ Zob. A. Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, „The Yale Law Journal” 1980, t. 89, nr 3, s. 472–511; A. Bagchi, *Distributive Justice and Contract*, [w:] *Philosophical Foundations of Contract Law*, s. 193–211.

To oczywiście bardzo pobieżny przegląd możliwych poglądów na wzajemne relacje zasady sprawiedliwości dystrybutywnej i prawa umów. Kwestię, który z nich jest najbardziej adekwatny, zostawimy w tym miejscu otwartą, zaznaczając jedynie, że najbliższy prawdy wydaje się pogląd trzeci (z wyłączeniem jego radykalnej wersji wyznawanej przez teorię sprawiedliwości komutatywnej). Jest to jednak wniosek w dużej mierze intuicyjny, a poruszana w tej sekcji problematyka niewątpliwie wymaga bardziej wnikliwego rozważenia. Tymczasem jednak kwestię wzajemnych relacji między zasadą sprawiedliwości dystrybutywnej a prawem umów pozostawiamy zasadniczo otwartą – również w kontekście ostatniego rozdziału książki, w którym zaproponowana zostanie autorska teoria prawa umów.

Podsumowanie

Teorie analizowane w tym rozdziale uznają sprawiedliwość za naczelną zasadę prawa umów, przy czym bardzo różnie rozumieją one samo pojęcie sprawiedliwości. Jak zauważyliśmy, teorie sprawiedliwościowe co do zasady za kluczowe uznają normatywne pytanie o moc wiążącą umów i dopiero w odniesieniu do niego prowadzą rozważania dotyczące natury umów oraz kształtu, jaki powinny przyjąć instytucje prawa umów. Widzieliśmy również, iż każda z przedstawionych teorii sprawiedliwości interpersonalnej boryka się z własnymi problemami. Teoria sprawiedliwości komutatywnej Gordleya po bliższej analizie staje się w gruncie rzeczy teorią ekonomiczną, podziela więc wady teorii opartych na efektywności, analizowanych w poprzednim rozdziale. Teoria sprawiedliwości transakcyjnej Bensona odwołuje się do kryterium zbyt niejasnego i arbitralnego, by uzasadnić moc wiążącą umów, a tym samym znaleźć satysfakcjonującą odpowiedź na normatywne pytanie teorii prawa umów, które uznaje za kluczowe. Mimo to jest bardzo przydatna jako najdalej z wszystkich analizowanych koncepcji idąca próba dostarczenia zintegrowanej odpowiedzi na wszystkie trzy fundamentalne pytania teorii prawa umów.

Teoria sprawiedliwości relacyjnej Dagona zwraca uwagę na bliskie związki teorii opartych na autonomii woli i teorii sprawiedliwościowych – a więc również na potencjał teorii sprawiedliwościowych w zakresie odpowiedzi na ontologiczne pytanie o naturę umów. Reinterpretując samo pojęcie autonomii woli, dostarcza również atrakcyjnej alternatywy dla teorii sprawiedliwości transakcyjnej. Mimo to kryterium wzajemnego szacunku stron dla samostanowienia jest narażone na podobny zarzut, co Bensonowski standard rozsądku – jest zbyt niejasne i arbitralne, żeby, po pierwsze, uzasadnić moc wiążącą umów oraz, po drugie, stanowić standard, zgodnie z którym powinny zostać zaprojektowane normy i instytucje prawa umów. Z kolei teoria sprawiedliwości naprawczej Gardnera nie może być

uznana za pełnoprawną teorię prawa umów, jednak jej kluczowa teza o kontynuacji dostarcza wartościowych wniosków, które zostaną wykorzystane w następnym rozdziale pracy.

Rozdział ten należy zakończyć stwierdzeniem, iż największą siłą teorii sprawiedliwościowych jest sposób, w jaki traktują one trzy fundamentalne pytania teorii prawa umów. Nawet jeżeli udzielane przez te teorie odpowiedzi nie są do końca zadowalające, zwraca uwagę fakt, iż rozpatrują je one w sposób o wiele bardziej spójny niż teorie oparte na autonomii woli oraz teorie ekonomiczne. Fakt ten znajdzie swoje odbicie w ostatnim rozdziale niniejszej pracy, poświęconemu próbie sformułowania autorskiej, zintegrowanej teorii prawa umów.

Rozdział V

Zintegrowana teoria prawa umów

Wprowadzenie

W poprzednich rozdziałach poddaliśmy analizie i krytyce trzy dominujące nurty współczesnej teorii prawa umów: teorie oparte na autonomii woli, teorie oparte na efektywności oraz teorie oparte na sprawiedliwości. Porównaliśmy mocne i słabe strony każdego z nich w odniesieniu do fundamentalnych pytań dotyczących umów i prawa umów: ontologicznego pytania o naturę umów, normatywnego pytania o racje dla ich mocy wiążącej oraz instytucjonalnego pytania o kryteria, wedle których zaprojektowane powinny zostać reguły prawa umów.

Celem niniejszego rozdziału jest wykorzystanie powyższych rozważań do sformułowania własnej, zintegrowanej teorii prawa umów, która byłaby w stanie wykorzystać zalety każdego z analizowanych nurtów, bez powielania ich wad. Najważniejszą cechą takiej teorii powinno być dostarczenie satysfakcjonujących i spójnych odpowiedzi na wszystkie trzy fundamentalne pytania teorii prawa umów. Jak widzieliśmy, istniejące teorie prawa umów uznają jedno z pytań za pierwotne w stosunku do pozostałych – pytanie ontologiczne w przypadku teorii opartych na autonomii woli, pytanie instytucjonalne w przypadku teorii ekonomicznych oraz pytanie normatywne w przypadku teorii sprawiedliwościowych. Choć samo w sobie nie stanowi to o ich słabości, w toku naszych rozważań doszliśmy do wniosku, że praktycznie żadna z istniejących koncepcji, wychodząc od pytania uznawanego przez nią za pierwotne, nie potrafi dostarczyć spójnych i możliwie wyczerpujących odpowiedzi na dwa pozostałe.

W związku z powyższym, głównym celem zintegrowanej teorii prawa umów powinno być dążenie do zachowania fundamentalnych i wartościowych spostrzeżeń w każdej z analizowanych grup teorii oraz ujęcie ich w ramach jednolitej siatki pojęciowej, która pozwalałaby na adekwatną interpretację prawa umów i leżących u jego podstaw wartości. Każde z tych spostrzeżeń mówi nam o umowach coś istotnego, co nie może być pominięte przez teorię, która chce uchodzić za kompletną.

Fundamentalną intuicją teorii opartych na autonomii woli jest powiązanie pojęcia umowy z wolnymi wyborami jednostek oraz docenienie znaczenia takich

wyborów dla prowadzenia przez nie wartościowego życia. Intuicji tej daje wyraz priorytet, jaki teorie oparte na autonomii przypisują ontologicznemu pytaniu o naturę umowy.

Fundamentalna intuicja teorii ekonomicznych składa się z dwóch elementów. Po pierwsze, teorie te adekwatnie zdają sprawę z faktu, że większość umów ma na celu zaspokojenie preferencji zawierających je jednostek. Po drugie, zwracają one uwagę na systemowy charakter prawa umów. Innymi słowy, umowy rozpatrują one nie tylko jako porozumienia między indywidualnymi jednostkami, ale również jako elementy większego instytucjonalnego systemu prawnego, zaprojektowanego tak, aby w jak najefektywniejszy sposób zaspokajać preferencje jak największej liczby osób. Intuicji tej daje wyraz priorytet, jaki teorie ekonomiczne przyznają instytucjonalnemu pytaniu o kryteria, zgodnie z którymi powinno zostać zaprojektowane prawo umów.

Fundamentalna intuicja teorii sprawiedliwościowych sprowadza się do zauważenia faktu, że umowa zawsze konstytuuje pewną specyficzną relację między jej stronami – niezależnie od tego, czy za główną wartość prawa umów uznajemy wyrażanie i poszerzanie zakresu autonomii woli, czy też zaspokajanie preferencji jednostek. Za swoje główne zadanie teorie te uznają zatem poszukiwanie standardu sprawiedliwości interpersonalnej, wedle którego takie relacje mogłyby być oceniane. Przekonaniu temu daje wyraz priorytet, jaki teorie sprawiedliwościowe przyznają normatywnemu pytaniu o racje dla mocy wiążącej umów.

Zadaniem zintegrowanej teorii prawa umów jest jednoczesne uchwycenie wszystkich trzech powyższych intuicji. W pewnym sensie stawia więc sobie ona za zadanie powrót do klasycznych, nowożytnych koncepcji prawa umów, takich jak wspomniana na początku I rozdziału teoria Hume'a. Jednocześnie musi być świadoma bogactwa współczesnej teorii prawa umów, a także możliwych błędów popełnianych w ramach analizowanych w poprzednich rozdziałach ujęć. Wszystko to sprawia, że sformułowanie zintegrowanej teorii prawa umów jest zadaniem niezwykle wymagającym, które w ramach niniejszego opracowania może zostać podjęte jedynie w ograniczonym zakresie.

Kolejne sekcje niniejszego rozdziału stanowią więc próbę wstępnego, w żadnym razie niewyczerpującego sformułowania zintegrowanej teorii prawa umów. Sekcja 1 poświęcona zostanie rozważaniom czysto teoretycznym, a konkretnie zarysowaniu siatki pojęciowej zdolnej do uchwycenia fundamentalnych intuicji teorii opartych na autonomii woli, teorii ekonomicznych oraz teorii sprawiedliwościowych, bez jednoczesnego powielania niedoskonałości każdej z nich. Czerpiąc inspirację z tak zwanych postulatów integracyjnych w teorii prawa umów, ma ona za zadanie dostarczyć podstaw dla dalszego rozwoju zaproponowanego tu ujęcia.

Sekcja 2 wskaże z kolei przykłady zastosowania takiej zintegrowanej teorii w odniesieniu do wybranych zagadnień prawa umów konsumenckich – jednej z najprężniej rozwijających się obecnie gałęzi prawa umów. Jej głównym celem

jest ilustracją abstrakcyjnych zagadnień poruszanych w sekcji 1, a także wskazanie na znaczenie, jakie teoria prawa umów może mieć dla praktycznych kwestii dotyczących codziennego życia każdego z nas.

5.1. Zintegrowana teoria prawa umów. Sformułowanie

Jak zwróciliśmy uwagę pod koniec rozdziału III, za najbardziej obiecującą strategię integracyjną należy uznać strategię wertykalnej integracji teorii prawa umów, zgodnie z którą jedną z teorii uznajemy za dostarczającą uzasadnienia dla samego istnienia prawa umów, a drugą za precyzującą wytyczne dotyczące jego konkretnego instytucjonalnego kształtu. W ujęciu Jody'ego Krausa oznaczało to uznanie teorii opartych na autonomii woli za posiadające leksykalne pierwszeństwo (*lexical priority*) lub będące fundamentalnymi (*foundational*) w stosunku do teorii ekonomicznych¹. Rozwijana tutaj zintegrowana teoria prawa umów podąża tą ścieżką, przy czym należy pamiętać, że przywołane postulaty integracyjne odnoszą się jedynie do teorii opartych na autonomii woli oraz teorii ekonomicznych. Ich zakresem należy natomiast objąć również teorie sprawiedliwościowe – tylko wtedy zintegrowana teoria będzie w stanie ująć trzy fundamentalne intuicje, stojące za trzema głównymi nurtami współczesnej teorii prawa umów.

W związku z powyższym zarysowanie takiej teorii w ramach niniejszego rozdziału odbędzie się w dwóch krokach. Po pierwsze, na poziomie fundamentalnym wymagać będzie integracji teorii opartych na autonomii woli oraz teorii sprawiedliwościowych, w celu znalezienia odpowiedzi na ontologiczne oraz normatywne pytania teorii prawa umów. Po drugie, kiedy już się z tym zadaniem uporamy, powinniśmy naszą teorię doprecyzować i uszczegółowić, poprzez uwzględnienie spostrzeżeń teorii ekonomicznych, wyrażających się w odpowiedzi udzielanej przez nie na pytanie instytucjonalne. Tak określona strategia integracyjna będzie zatem wymagała porzucenia przez teorie oparte na autonomii oraz teorie sprawiedliwościowe „szczegółowych instytucjonalnych wytycznych”, natomiast „od teorii opartych na efektywności podporządkowania ich twierdzeń normatywnych”².

5.1.1. Integracja teorii opartych na autonomii woli i sprawiedliwości

Integracja teorii opartych na autonomii woli oraz teorii sprawiedliwościowych na poziomie fundamentalnym sprowadza się w gruncie rzeczy do znalezienia balansu między kluczowymi dla nich wartościami, a więc wartością autonomii

¹ Zob. wyżej, sekcja 3.5.

² J. Kraus, *Reconciling Autonomy and Efficiency in Contract Law: The Vertical Integration Strategy*, „Philosophical Issues” 2001, nr 11, s. 422.

woli jako takiej oraz wartością relacji umownych powstających w wyniku jej realizacji. Przeprowadzone w poprzednich rozdziałach analizy poszczególnych teorii należących do obu nurtów zdają się dostarczać wskazówek, w jaki sposób możemy osiągnąć tego typu balans. Z uwagi na fakt, że przynajmniej część teorii sprawiedliwościowych można uznać za odmianę lub kontynuację teorii opartych na autonomii woli, nie powinno być to zadaniem szczególnie trudnym.

Jak wspomnieliśmy, zarówno teorie oparte na autonomii woli, jak i teorie sprawiedliwościowe w ścisły sposób wiążą rozważania o umowach i prawie umów z szacunkiem dla indywidualnej wolności jednostek i dokonywanych przez nie wyborów. O ile jednak te pierwsze za ostateczny cel prawa umów uznają wyrażanie i realizację zasady autonomii woli – rozumianej bądź jako niezależność od zewnętrznej ingerencji, bądź jako zdolność do samostanowienia – te drugie mają je za wartościowe o tyle, o ile ta zasada służy promowaniu wartościowych relacji międzyludzkich. Wartość takich relacji teorie sprawiedliwościowe rozumieją rozmaicie: jako wyrażającą się w doktrynie słusznej ceny, odwołującą się do pewnego standardu rozsądku, wzajemnego szacunku dla samostanowienia, czy realizującą tak zwaną tezę o kontynuacji. W każdym z tych sensów odwołanie się do danej wartości uzasadnia w ujęciu teorii sprawiedliwościowych moc wiążącą umów i tym samym dostarcza odpowiedzi na normatywne pytanie teorii prawa umów.

W ramach naszych wcześniejszych rozważań zwróciliśmy jednak uwagę, iż większość teorii sprawiedliwościowych zawodzi przy próbie precyzyjnego określenia, jakiego typu relacje międzyludzkie powinno chronić prawo umów. Istniejące koncepcje prowadzą albo do zredukowania wartości tych relacji do czynników czysto ekonomicznych, jak w przypadku doktryny słusznej ceny, albo do przyjęcia niejasnego lub arbitralnego standardu sprawiedliwych relacji, takich jak rozsądek czy wzajemny szacunek dla samostanowienia. Jak zauważyliśmy, takie rezultaty są wysoce problematyczne z liberalnego punktu widzenia, gdyż standard, którego poszukujemy, powinien uzasadniać moc wiążącą umów, związaną z potencjalnym użyciem przymusu państwowego wobec jednostek.

Zintegrowana teoria prawa umów powinna unikać powyższych trudności oraz dążyć do określenia standardu sprawiedliwości interpersonalnej, który nie popada w tego rodzaju kłopoty przy poszukiwaniu odpowiedzi na normatywne pytanie o racje dla mocy wiążącej umów. Z drugiej strony, powinna ona dążyć do uwzględnienia podstawowego spostrzeżenia teorii opartych na autonomii woli, to znaczy uznania wartości indywidualnej wolności jednostek przy udzielaniu odpowiedzi na ontologiczne pytanie o naturę umów, unikając jednak ich słabości w kontekście odpowiedzi na pytanie normatywne.

W jaki sposób zintegrowana teoria prawa umów może osiągnąć oba powyższe cele? Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy ponownie odwołać się do dwóch teorii opartych na autonomii, analizowanych w rozdziale II – odwołującej się do pojęcia dobrej wiary teorii Daniela Markovitsa oraz teorii umowy jako zgody Randy’ego Barnetta.

W ujęciu Markovitsa dobra wiara traktowana była jako instrument pozwalający na ukonstytuowanie wartościowych relacji interpersonalnych, opartych na wzajemnym szacunku podmiotów, które dbają jednak przede wszystkim o swoje własne interesy. Z jednej strony teza ta jest zgodna z faktem, że teorie sprawiedliwościowe kładą nacisk na wartościowe relacje międzyludzkie jako na kluczowy element stanowiący o wartości umów i prawa umów. Z drugiej strony, przy okazji analizy teorii Markovitsa doszliśmy do wniosku, iż samo odwołanie się do pojęcia dobrej wiary nie wystarczy do uzasadnienia tezy, że umowy podlegają prawnej egzekucji. Ma to związek z faktem, że sam autor jednoznacznie dystansował się od uznania dobrej wiary za standard sprawiedliwości interpersonalnej. Sformułowanie zintegrowanej teorii prawa umów wymaga zatem doprecyzowania, w jaki sposób wyraża się ów wzajemny szacunek stron umowy tak, aby sięgał on dalej niż czysto formalnie rozumiana dobra wiara. Tylko wtedy będzie on mógł stanowić podstawę dla standardu sprawiedliwości uzasadniającego moc wiążącą umów. Jednocześnie standard taki musi unikać problemów, które towarzyszą standardom proponowanym przez istniejące teorie sprawiedliwościowe, a więc przede wszystkim niejasności oraz arbitralności.

W tym miejscu z pomocą przychodzi nam teoria umowy jako zgody Barnetta. Jak pamiętamy, Barnett definiował zgodę jako zmanifestowaną intencję bycia legalnie związanym (*manifested intention to be legally bound*). Wydaje się, że tak rozumiana, świadoma i nieprzymuszona zgoda stanowi najlepszy możliwy wskaźnik szacunku, jakim darzą się wzajemnie strony umowy. Standard ten wyjaśnia zarówno związek umowy z zasadą autonomii woli, jak również uzasadnia, dlaczego umowy powinny być dotrzymywane. Co więcej, uznanie pojęcia zgody jako standardu wzajemnego szacunku stron wydaje się o wiele jaśniejszym kryterium niż te dostarczane przez teorie sprawiedliwościowe, takie jak rozsądek czy wzajemny szacunek dla samostanowienia. W związku z tym jest ono w stanie dostarczyć odpowiedzi zarówno na ontologiczne, jak i normatywne pytanie teorii prawa umów. Umowa jest w tym ujęciu relacją konstytuowaną przez zgodę stron, będącą jednocześnie dowodem ich wzajemnego do siebie szacunku, uzasadniającego potencjalne użycie przymusu w przypadku niewywiązywania się przez nie z postanowień umownych.

Jak widzimy, jednoczesne odwołanie się do teorii Markovitsa i Barnetta pozwala na pozbycie się niektórych wad, którymi jest obciążona każda z nich z osobna. Uznanie zgody jako kryterium wzajemnego szacunku stron umowy sprawia, że zintegrowana teoria jest w stanie o wiele bardziej przekonująco odpowiedzieć na normatywne pytanie o uzasadnienie mocy wiążącej umów. Rozpatrywane łącznie, te dwie teorie, które zakwalifikowaliśmy jako teorie oparte na autonomii, tworzą coś bardzo bliskiego teorii sprawiedliwościowej, podkreślającej relacyjny charakter umów. Ten zdaje się bowiem umykać teorii zgody Barnetta, pozbawionej elementu wzajemnego szacunku stron umowy.

Podsumowując tę część rozważań, należy uznać, że na poziomie fundamentalnym połączenie dwóch teorii opartych na autonomii, skutkujące uznaniem zgody stron umowy za kryterium ich wzajemnego szacunku, doprowadziło nas do określenia nowego standardu sprawiedliwości interpersonalnej, determinującego wartość ich relacji i uzasadniającego moc wiążącą umów. Zabieg ten pozwolił zatem na wykorzystanie siły teorii sprawiedliwościowych w kontekście normatywnego pytania teorii prawa umów. Wprowadził przy tym standard sprawiedliwości o wiele mniej niejasny i arbitralny niż te proponowane przez inne teorie sprawiedliwościowe, przy zachowaniu najbardziej wartościowego spostrzeżenia teorii opartych na autonomii, to znaczy uwypuklenia silnego związku umów z indywidualną wolnością jednostek. Tym samym zintegrowana teoria prawa umów zdaje się dostarczać satysfakcjonujących i spójnych odpowiedzi zarówno na ontologiczne, jak i normatywne pytanie teorii prawa umów. Co jednak z pytaniem instytucjonalnym? W celu jego uwzględnienia należy przejść do drugiego etapu formułowania zintegrowanej teorii prawa umów, gdzie weźmiemy pod uwagę fundamentalne spostrzeżenia teorii opartych na efektywności i uwzględnimy je w naszej siatce pojęciowej.

5.1.2. Integracja teorii opartych na efektywności

Jak zwróciliśmy uwagę przy analizie teorii umowy jako zgody, jak również innych teorii opartych na autonomii woli przywoływanych w rozdziale II, powołanie się na zasadę autonomii woli to zbyt mało, by dać adekwatny obraz całości prawa umów, a w szczególności jego reguł tła, dotyczących praw i obowiązków stron nieobjętych ich porozumieniem. Świadczy to o słabości tej grupy teorii w kontekście instytucjonalnego pytania teorii prawa umów, ponieważ nie są one w stanie zaproponować żadnych kryteriów, wedle których powinny zostać zaprojektowane reguły tła prawa umów. Podobny zarzut wysunęliśmy również w stosunku do teorii sprawiedliwościowych, gdyż zaproponowane przez nie kryteria, takie jak rozsądek czy wzajemny szacunek dla samostanowienia, są zbyt niejasne i arbitralne, by dostarczyć jakichkolwiek wytycznych dotyczących kształtu takich reguł.

W przeciwieństwie do teorii opartych na autonomii i teorii sprawiedliwościowych, teorie ekonomiczne udzielają jasnej odpowiedzi na pytanie instytucjonalne: instytucje prawa umów powinno się projektować w taki sposób, aby jak najpełniej realizować postulat maksymalizacji efektywności. O ile zatem w poprzedniej podsekcji udzieliliśmy odpowiedzi na ontologiczne i normatywne pytania teorii prawa umów, na tym etapie formułowania zintegrowanej teorii należy sięgnąć do teorii ekonomicznych w celu znalezienia „szczegółowych instytucjonalnych wytycznych” odnośnie do prawa umów. Rozwiązanie to wydaje się uzasadnione w kontekście postulatu wertykalnej integracji w teorii prawa umów z dwóch zasadniczych powodów.

Po pierwsze, warto przypomnieć, że formułując swoją opartą na dobrej wierze koncepcję, Daniel Markovits zaznaczył, iż relacje umowne są wartościowe, ponieważ są „relacjami wzajemnego uznania niedoskonale racjonalnych istot, które mimo to mają wzajemny szacunek dla ich racjonalności”³. To dość niejasne sformułowanie staje się bardziej precyzyjne, jeżeli odwołamy się do kryteriów ekonomicznych. Rozważania dotyczące efektywności w najmniej arbitralny sposób określają, jak powinna przebiegać alokacja praw i obowiązków podmiotów prawa umów w przypadku braku jednoznacznie wyrażonej zgody. Podmioty prawa umów są bowiem świadome istnienia kosztów transakcyjnych związanych z ich ograniczoną wiedzą, czasem i racjonalnością. W związku z tym będą dążyć do ich minimalizowania tam, gdzie to możliwe. Zdając sobie jednak sprawę z własnych ograniczeń, są one również świadome, że nie zawsze jest to możliwe w ramach zawartego między nimi dobrowolnego porozumienia. Odwołanie się do postulatu maksymalizacji efektywności wydaje się w takiej sytuacji najbezpieczniejszym kryterium.

Warto zwrócić uwagę, że uwzględnienie przez ustawodawcę postulatu maksymalizacji efektywności tam, gdzie nie sięga porozumienie stron, jest zgodne z zaproponowaną przez Johna Gardnera tezą o kontynuacji, zgodnie z którą istotą prawa umów jest dostarczanie podmiotom możliwych do zaakceptowania racji do działania. W przypadku, kiedy racji tych nie dostarcza porozumienie stron – ich będąca wyrazem wzajemnego szacunku zgoda – rodzajem racji, które w najwyższym stopniu zagwarantują wartość „relacj[i] wzajemnego uznania niedoskonale racjonalnych istot, które mimo to mają wzajemny szacunek dla ich racjonalności”, są właśnie racje odwołujące się do postulatu maksymalizacji efektywności.

Po drugie, uznanie zgody jako standardu sprawiedliwości interpersonalnej, uzupełnione poprzez odwołanie się do postulatu maksymalizacji efektywności jako dostarczającego instytucjonalnych wytycznych co do kształtu prawa umów, jest o wiele mniej niejasne i arbitralne niż pojęcia wykorzystywane przez teorie sprawiedliwościowe. Podczas gdy standardy, takie jak rozsądek czy wzajemny szacunek dla samostanowienia, są z istoty sporne i podatne na kontestację, odpowiednio zbalansowana zgoda stron oraz postulat maksymalizacji efektywności są standardem stosunkowo obiektywnym i możliwym do zaakceptowania przez wszystkich zainteresowanych.

Teorie ekonomiczne, a właściwie postulat maksymalizacji efektywności spełnia zatem w zintegrowanej teorii prawa umów podwójną rolę. Po pierwsze, pozwala on na określenie, w stosunkowo jasny i niearbitralny sposób, jak wzajemny szacunek stron umowy może zostać zagwarantowany na poziomie

³ D. Markovits, *Good Faith as Contract's Core Value*, [w:] *Philosophical Foundations of Contract Law*, red. G. Klass, G. Letsas, P. Saprai, Oxford University Press, Oxford 2014, s. 290. Oryg.: „They in fact have value precisely because they are relations of recognition among imperfectly rational creatures, who yet respect one another's rationality”.

instytucjonalnym w przypadkach, gdy brak między nimi jednoznacznego porozumienia. W pewnym sensie doprecyzowuje więc on standard sprawiedliwości interpersonalnej, do którego odwołuje się zintegrowana teoria prawa umów. Po drugie, stanowi niezbędne uzupełnienie zintegrowanej teorii, pozwalające na uwzględnienie w ramach jej siatki pojęciowej intuicji dotyczącej systemowego charakteru prawa umów. O ile zatem teorie oparte na autonomii woli oraz teorie sprawiedliwościowe są w stanie łącznie, na poziomie najbardziej fundamentalnym, dostarczyć zadowalających odpowiedzi na ontologiczne i normatywne pytania teorii prawa umów, o tyle odwołanie się do teorii ekonomicznych pozwala na dodanie do tego satysfakcjonującej odpowiedzi na pytanie instytucjonalne. Czynią to przy tym w sposób spójny z pozostałymi fundamentalnymi intuicjami dotyczącymi prawa umów, realizując tym samym postulat wertykalnej integracji teorii prawa umów.

Zarysowana w ten sposób zintegrowana teoria prawa umów zdaje się spełniać swoje podstawowe zadanie – w spójny i harmonijny sposób bierze ona pod uwagę fundamentalne intuicje stojące za trzema głównymi nurtami analizowanymi w poprzednich rozdziałach książki oraz, w ramach jednolitej siatki pojęciowej, dostarcza jednocześnie odpowiedzi na ontologiczne, normatywne i instytucjonalne pytania teorii prawa umów. Fundamentalna wartość prawa umów jest w takim ujęciu związana z autonomią woli stron, która w wyniku zawarcia między nimi porozumienia konstytuuje określoną relację. Podstawowym elementem tej relacji, określającym naturę umowy, jest zgoda stron, będąca jednocześnie wyznacznikiem ich wzajemnego szacunku. Relacja ta wyznacza zarazem standard sprawiedliwości interpersonalnej, uzasadniający moc wiążącą umów w sposób stosunkowo niejasny i arbitralny. W sytuacjach, kiedy odwołanie się do zgody stron nie wystarcza do określenia, jaki instytucjonalny kształt prawa umów zagwarantowałby ich wzajemny szacunek, zintegrowana teoria proponuje odwołanie się do postulatu maksymalizacji efektywności jako kryterium uzupełniającego.

W celu pełniejszego zarysowania zintegrowanej teorii prawa umów należałoby odnieść powyższe rozważania, mające bardzo abstrakcyjny charakter, do rzeczywistych przykładów i instytucji prawnych. Celem kolejnej sekcji jest częściowe zastosowanie ich do jednej z najważniejszych gałęzi współczesnego prawa umów – prawa umów konsumenckich.

5.2. Zintegrowana teoria prawa umów. Zastosowania

Prawo umów konsumenckich jest obecnie najdynamiczniej rozwijającą się gałęzią prawa umów, szczególnie w ramach porządku prawnego Unii Europejskiej. Niniejsza sekcja ma za zadanie pokazać, w jaki sposób balansowanie między zgodą stron, będącą podstawowym standardem ich wzajemnego szacunku, a postulatem maksymalizacji efektywności odbywa się w praktyce europejskiego

prawa konsumenckiego. Przywołane przykłady dotyczyć będą kluczowych regulacji dotyczących zawierania, treści oraz egzekwowania umów konsumenckich. Poniższe rozważania nie mają oczywiście wyczerpującego charakteru – całościowa analiza europejskiego prawa umów konsumenckich to zadanie na inną okazję. Celem kolejnych podsekcji jest przede wszystkim uczynienie bardziej konkretnymi powyższych rozważań dotyczących standardu sprawiedliwości interpersonalnej w prawie umów, poprzez odniesienie ich do niektórych zagadnień kluczowych dla europejskiego prawa umów konsumenckich. Opierają się one przy tym na założeniu, że ustawodawca unijny posiada odpowiednią legitymizację do regulowania określonych kwestii związanych z tą dziedziną prawa. Nie jest zatem naszą intencją zabieranie głosu w debacie na temat europeizacji prawa umów i jego normatywnej oceny. Zawarte w tej sekcji rozważania mają za zadanie przede wszystkim przygotować grunt pod dalszy rozwój generalnej zintegrowanej teorii prawa umów oraz wytyczenie szlaku dla jej potencjalnych zastosowań do innych obszarów prawa umów.

5.2.1. Zawieranie umów konsumenckich

Kwestię zawierania umów konsumenckich w Unii Europejskiej reguluje przede wszystkim Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów. Zawiera ona przepisy dotyczące wymogów informacyjnych w stosunku do przedsiębiorców w związku z zawieraniem przez nich umowami z konsumentami oraz przysługujące konsumentom w niektórych przypadkach prawo do odstąpienia od umowy bez podawania jakichkolwiek powodów. Pierwsza kwestia jest regulowana przez artykuły 5 i 6 dyrektywy, które nakładają na przedsiębiorców obowiązek udzielenia konsumentowi przed zawarciem umowy jasnych i zrozumiałych informacji dotyczących między innymi głównych cech towarów i usług, danych identyfikujących przedsiębiorcę, łącznej ceny towarów i usług wraz z podatkami oraz innych czynników. Kwestia prawa do odstąpienia przez konsumenta od umowy jest z kolei regulowana przez artykuł 9, zgodnie z którym prawo takie przysługuje „w przypadku umowy zawieranej na odległość lub umowy zawieranej poza lokalem przedsiębiorstwa przez okres 14 dni, bez podawania jakichkolwiek powodów i bez ponoszenia jakichkolwiek kosztów”.

Uregulowania te pokazują, w jaki sposób prawodawca unijny dąży do znalezienia balansu między zgodą stron, będącą podstawowym standardem sprawiedliwości interpersonalnej w prawie umów, a postulatem maksymalizacji efektywności. Z jednej strony regulacje dotyczące obowiązków informacyjnych oraz prawa do odstąpienia od umowy mają bowiem służyć legitymizacji zgody obu stron na warunki umowne, a w konsekwencji uznaniu konstytuowanych przez nie relacji za będące wyrazem wzajemnego szacunku stron. Zgody udzielonej w warunkach rażącej asymetrii informacyjnej między konsumentem a przedsiębiorcą,

jak również w przypadku umów zawieranych przez konsumenta pod presją ze strony przedsiębiorcy, bez prawa do późniejszego od niej odstąpienia, nie można bowiem uznać za całkowicie dobrowolną i zawartą przez obie strony w dobrej wierze. W konsekwencji konstytuowanej przez nią relacji umownej nie można uznać za w pełni wartościową.

Z drugiej strony unijny ustawodawca w sposób jednoznaczny – w motywach 3–7 dyrektywy w sprawie praw konsumentów – stwierdza, że podstawą do przyjęcia tych regulacji jest znoszenie barier stojących na przeszkodzie funkcjonowaniu jednolitego rynku wewnętrznego Unii Europejskiej. Ich celem ma być „[p]pełna harmonizacja niektórych kluczowych aspektów regulacyjnych”, mająca „poprawić pewność prawa zarówno wśród konsumentów, jak i przedsiębiorców” (motyw 7). To z kolei ma przyczynić się ostatecznie do wzrostu efektywności ekonomicznej w ramach Unii.

Dopiero wzięcie obu tych czynników pod uwagę i znalezienie między nimi odpowiedniego balansu jest w stanie zagwarantować standard sprawiedliwości, który będzie uzasadniał moc wiążącą umów konsumenckich. Gdyby bowiem konsumenci byli pozbawieni praw gwarantowanych przez dyrektywę, nie tylko mogliby oni poczuć, że znajdują się w zdecydowanie gorszej sytuacji od przedsiębiorców w ramach ich relacji umownej. Pozbawienie ich tych praw byłoby również, przynajmniej zdaniem unijnego ustawodawcy, nieefektywne ekonomicznie.

Widzimy zatem, że w kontekście zawierania umów konsumenckich balans między zgodą stron a postulatem efektywności ekonomicznej jest możliwy do osiągnięcia niemal samoistnie. Te same czynniki, które gwarantują i skutecznie legitymizują zgodę stron na określone warunki umowne, przyczyniają się również do wzrostu efektywności. Wymagany przez zintegrowaną teorię prawa umów standard sprawiedliwości interpersonalnej jest więc w tym przypadku stosunkowo łatwy do spełnienia. Kwestia ta jest jednak nieco bardziej skomplikowana w odniesieniu do innych aspektów europejskiego prawa umów konsumenckich.

5.2.2. Treść umów konsumenckich

Kwestię treści umów konsumenckich w Unii Europejskiej reguluje przede wszystkim Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich. Dla naszych celów kluczowe znaczenie ma artykuł 3.1. dyrektywy, zgodnie z którym „[w]arunki umowy, które nie były indywidualnie negocjowane, mogą być uznane za nieuczciwe, jeśli stoją w sprzeczności z wymogami dobrej wiary, powodują znaczącą nierównowagę wynikających z umowy, praw i obowiązków stron ze szkodą dla konsumenta”. Kontrola nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich jest kluczową kwestią z punktu widzenia standardu sprawiedliwości interpersonalnej w prawie umów. W jaki sposób dochodzi w jej kontekście do balansowania ugruntowanej

w dobrej wierze zgody stron oraz rozważań ekonomicznych? W celu odpowiedzi na to pytanie warto przyrzeć się jednej z najważniejszych spraw z zakresu prawa umów konsumenckich, rozstrzyganych przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej – *Mohamed Aziz przeciwko Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*⁴.

W sprawie tej Trybunał Sprawiedliwości rozwinął dwustopniową procedurę zmierzającą do oceny, czy określone warunki zawarte w umowach konsumenckich można uznać za nieuczciwe, a więc, konsekwentnie, czy umowy te spełniają odpowiedni standard sprawiedliwości interpersonalnej, uzasadniający ich moc wiążącą. Dotyczą one interpretacji pojęć zawartych w cytowanym wyżej artykule 3.1. dyrektywy.

Pierwszy krok sprowadza się do ustalenia, czy określony warunek umowny powoduje „znaczącą nierównowagę wynikających z umowy praw i obowiązków stron ze szkodą dla konsumenta”. Trybunał orzekł przy tym, iż w tym przypadku „należy w szczególności wziąć pod uwagę zasady, jakie mają zgodnie z prawem krajowym zastosowanie w przypadku braku porozumienia stron w tym zakresie”, aby ocenić, „czy i, w odpowiednim przypadku, w jakim zakresie umowa ta stawia konsumenta w sytuacji gorszej niż ta przewidziana w obowiązujących przepisach krajowych”⁵. Stanowi to istotną, ale niewystarczającą przesłankę uznania warunku umownego za nieuczciwy, a więc niezgodny z odpowiednim standardem sprawiedliwości. Zwraca na to uwagę w swojej opinii do sprawy *Aziz* również Rzecznik Generalny Juliane Kokott, która twierdzi, iż „strony mają często uprawniony interes w ustalaniu swoich stosunków wynikających z umowy w sposób odbiegający od regulacji ustawowych”⁶. Tym samym podkreśla ona fundamentalne znaczenie zgody stron dla uznania danego warunku umownego za nieuczciwy. Nawet jeżeli pewne postanowienia mogą prowadzić do powstania znaczącej nierównowagi praw i obowiązków stron, jeżeli jest jasne, że strony zgodziły się na taki ich kształt, nie można uznać ich za niespełniające standardu sprawiedliwości interpersonalnej.

Kiedy jednak nie można ustalić rzeczywistego zakresu zgody stron umowy, w celu oceny uczciwości określonych postanowień umownych niezbędny jest drugi krok, w którym kluczowe jest określenie, czy skutek takiego postanowienia w postaci znaczącej nierównowagi praw i obowiązków stron stoi „w sprzeczności z wymogami dobrej wiary”. Znaczenie standardu dobrej wiary zostało natomiast doprecyzowane przez Trybunał w słynnym ustępie, w którym stwierdził on, iż „sąd krajowy musi w tym zakresie sprawdzić, czy

⁴ Wyrok TSUE z dnia 14 marca 2013 r. w sprawie C-415/11, *Mohamed Aziz przeciwko Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*.

⁵ *Ibidem*, pkt. 68.

⁶ Opinia Rzecznika Generalnego Juliane Kokott przedstawiona w dniu 8 listopada 2012 r. w sprawie *Mohamed Aziz przeciwko Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, pkt. 73.

przedsiębiorca traktujący konsumenta w sposób sprawiedliwy i słuszny mógłby racjonalnie spodziewać się, iż konsument ten przyjąłby taki warunek w drodze negocjacji indywidualnych⁷.

Tak zdefiniowany standard dobrej wiary, poprzez odwołanie się do pojęcia uzasadnionych oczekiwań stron umowy, odsyła nas bezpośrednio do rozważań natury ekonomicznej. Ma on bowiem na celu określenie najlepszego – a więc w najwyższym stopniu realizującego postulat maksymalizacji efektywności – hipotetycznego warunku umownego, a następnie porównanie go z warunkiem rzeczywiście zawartym w umowie. Można bowiem uznać, że tylko taki warunek, zdaniem Trybunału, może w zasadny sposób uzasadniać oczekiwania stron, a w konsekwencji dopełniać standardów sprawiedliwości interpersonalnej, opartej na wzajemnym szacunku stron umowy.

Należy jednak pamiętać, że przywołanie tak zinterpretowanego standardu dobrej wiary ma miejsce jedynie w drugim kroku oceny nieuczciwości postanowień umownych, który sam w sobie jest zależny od niespełnienia warunku zgody z kroku pierwszego. To przede wszystkim od zgody stron umowy zależy, czy można uznać, że darzą się one wzajemnym szacunkiem, mimo istnienia między nimi znaczącej nierównowagi praw i obowiązków, a więc czy ich relacja spełnia standardy sprawiedliwości interpersonalnej, nawet jeżeli zawiera one postanowienia, które można uznać za nieefektywne. Tylko w przypadku braku zgody stron lub jej niejasnego zakresu postulat maksymalizacji efektywności może posłużyć do dookreślenia tego standardu. Rozumowanie Trybunału stanowi więc przykład bardzo subtelnego balansowania między pojęciami zgody stron, dobrej wiary i efektywności ekonomicznej w celu zdeterminowania odpowiedniego standardu sprawiedliwości interpersonalnej.

5.2.3. Egzekwowanie umów konsumenckich

Kwestię egzekwowania niektórych praw wynikających z umów konsumenckich w Unii Europejskiej reguluje przede wszystkim Dyrektywa 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji⁸. Dyrektywa ta reguluje prawa przysługujące konsumentowi w przypadku niezgodności dostarczonych mu przez przedsiębiorcę towarów z postanowieniami umowy, a także określa zasady gwarancji, jakich przedsiębiorcy są zobowiązani udzielić na sprzedawane przez nich towary. Aby zrozumieć znaczenie

⁷ Wyrok TSUE z dnia 14 marca 2013 r. w sprawie C-415/11, *Mohamed Aziz przeciwko Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, pkt. 69.

⁸ Choć dyrektywa ta wkrótce zostanie uchylona przez Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/771 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów, nie ma to istotnego znaczenia dla prowadzonych tutaj rozważań.

tych regulacji dla kwestii standardu sprawiedliwości interpersonalnej w prawie umów, ponownie odwołamy się do przykładu z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Tym razem chodzi o połączone sprawy *Gebr. Weber GmbH przeciwko Jürgen Wittmer i Ingrid Putz przeciwko Medianess Electronics GmbH*⁹.

Zacznijmy od przywołania stanu faktycznego. Jürgen Wittmer kupił płytki podłogowe od sprzedającej materiały budowlane niemieckiej spółki Gebr. Weber GmbH (Weber). Po tym, jak położył w swoim mieszkaniu około dwie trzecie płytek, zauważył, że zmienił się ich odcień. Zatrudniony przez niego ekspert orzekł, iż jest to skutek bardzo specyficznej wady fabrycznej płytek oraz że jedynym sposobem jej usunięcia jest całkowita wymiana płytek. Koszt takiej wymiany, której Wittmer domagał się od sprzedawcy, przekraczał jednak ponad czterokrotnie pierwotną cenę płytek. W związku z tym rozpatrujący sprawę sąd krajowy skierował do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej pytanie, czy przepisy Dyrektywy 1999/44/WE pozwalają Wittmerowi domagać się od spółki Weber nie tylko dostarczenia w ramach gwarancji nowych płytek, ale również zwrotu kosztów usunięcia tych wadliwych. Trybunał orzekł, iż sprzedawca powinien ponieść wszystkie te koszty, jeżeli konsument przy kładzeniu nabytych oryginalnie płytek działał w dobrej wierze. Zdaniem Trybunału tylko takie rozstrzygnięcie jest dopuszczalne z punktu widzenia „właściwej równowagi między interesami konsumenta i sprzedawcy, gwarantując temu pierwszemu jako słabszej stronie umowy pełną i skuteczną ochronę przeciwko nieprawidłowemu wykonaniu przez sprzedawcę jego obowiązków umownych, jednocześnie pozwalając na wzięcie pod uwagę przywoływanych przez sprzedawcę względów natury ekonomicznej”¹⁰.

Kluczowe znaczenie miał przy tym dla Trybunału fakt, że w rozpatrywanej sprawie sprzedawca dysponował w tym przypadku gwarantowanym przez artykuł 4 Dyrektywy 1999/44/WE prawem regresu wobec „osób odpowiedzialnych w tym samym łańcuchu umownym”¹¹, a więc do innego przedsiębiorcy, który dostarczył mu wadliwy towar w pierwszej kolejności. Ponownie widzimy więc, że znalezienie „właściwej równowagi między interesami konsumenta i sprzedawcy”, a więc odpowiedniego standardu sprawiedliwości gwarantującego wartość danej relacji umownej, odbyło się poprzez odpowiednie zbalansowanie ugruntowanej w dobrej wierze zgody stron oraz rozważań natury ekonomicznej. Trybunał zauważył bowiem, że w przypadku, kiedy zgoda stron nie określa precyzyjnie praw i obowiązków stron, standard taki powinien być dookreślony poprzez wskazanie, która z nich w najbardziej efektywny sposób będzie mogła

⁹ Wyrok TSUE z dnia 16 czerwca 2011 r. w połączonych sprawach *Gebr. Weber GmbH przeciwko Jürgen Wittmer* (C–65/09) i *Ingrid Putz przeciwko Medianess Electronics GmbH* (C–87/09).

¹⁰ *Ibidem*, pkt. 75.

¹¹ *Ibidem*, pkt. 58.

zagwarantować prawidłowe wykonanie umowy. Analiza orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości z zakresu prawa konsumenckiego po raz kolejny doprowadziła zatem do rezultatów zgodnych z zaproponowaną tutaj zintegrowaną teorią prawa umów.

* * *

Powyższe przykłady pokazują, jak może wyglądać proces balansowania zgody stron oraz postulatu maksymalizacji efektywności, przeprowadzany w celu określenia standardu sprawiedliwości właściwego dla prawa umów konsumenckich. Jest to oczywiście przegląd dość wybiórczy, niemniej jednak daje on wyobrażenie, w jaki sposób zintegrowana teoria prawa umów może zostać zastosowana w praktyce. Zaproponowany przez nią standard sprawiedliwości interpersonalnej jest wystarczająco jasny i niearbitralny, aby mógł uzasadnić moc wiążącą umów – jak również jej ograniczenia w poszczególnych wypadkach – w sposób możliwy do zaakceptowania z liberalnego punktu widzenia. Tym samym zobaczyliśmy, do jakich praktycznych wniosków prowadzi nas odpowiedź, której zintegrowana teoria prawa umów udziela na pytanie normatywne.

Szczególną wartość pokazuje ona przy tym w kontekście spójności odpowiedzi na wszystkie podstawowe pytania teorii prawa umów. Jak bowiem widzieliśmy, czynniki uzasadniające moc wiążącą umów – będąca wyrazem wzajemnego szacunku wola stron, w razie potrzeby doprecyzowana postulatami maksymalizacji efektywności – stanowią zarazem o naturze umowy. Wskazują tym samym na ścisłe związki między odpowiedziami udzielanymi na pytanie normatywne i ontologiczne w ramach jednolitej siatki pojęciowej.

Odwołanie się do postulatu efektywności ekonomicznej w celu doprecyzowania standardu sprawiedliwości interpersonalnej zdeterminowanego przez zgodę stron pozwala również na udzielenie odpowiedzi na pytanie instytucjonalne. Tam, gdzie zgoda stron nie stanowi wyczerpującego wyznacznika ich wzajemnego szacunku – a więc chociażby w przypadku znaczących nierówności stron umowy, tak jak w analizowanych wyżej umowach konsumenckich – w celu znalezienia szczegółowych instytucjonalnych wytycznych zintegrowana teoria prawa umów odwołuje się do osiągnięć teorii ekonomicznych. Odwołując się do bardziej technicznego języka, można zatem stwierdzić, iż zintegrowana teoria postuluje znalezienie odpowiedniego balansu między zasadą swobody umów, jej ewentualnymi ograniczeniami oraz odpowiednimi regułami tła, prowadzącymi do wzrostu efektywności w przypadkach, kiedy nie da się określić zakresu porozumienia stron.

Odpowiedź zintegrowanej teorii prawa umów na pytanie instytucjonalne ma zatem wiele wspólnego z rozważaniami Richarda Craswella, przybliżonymi w rozdziale II¹². Jest ona jednak ściśle związana z udzielanymi przez nią

¹² Zob. wyżej, sekcja 2.4.

odpowiedziami na pytania ontologiczne i normatywne – ostatecznym kryterium projektowania instytucji prawa umów jest bowiem jej zdaniem standard sprawiedliwości interpersonalnej, określony przez odpowiedni balans będącej wyrazem wzajemnego szacunku zgody stron oraz postulatu maksymalizacji efektywności. Zdając sobie sprawę, że odnalezienie takiego balansu jest zadaniem bardzo trudnym, a jego wynik podatnym na kontestację, zintegrowana teoria prawa umów twierdzi przy tym, że tylko posiadający odpowiednią legitymizację ustawodawca jest w stanie zaproponować w tym zakresie rozwiązanie możliwe do zaakceptowania przez podmioty prawa umów. Taki rezultat nie wydaje się jednak zbyt problematyczny, gdyż każda teoria prawa umów wymaga, aby prawo umów i ściśle z nim związana groźba użycia przymusu wobec jednostek miały oparcie w dysponującym odpowiednim autorytetem ustawodawcy.

Podsumowanie

Podjętej w tym rozdziale próbie sformułowania zintegrowanej teorii prawa umów przyświecały dwa zasadnicze cele. Po pierwsze, starała się ona wykorzystać zalety analizowanych powyżej teorii opartych na autonomii woli, teorii ekonomicznych oraz teorii sprawiedliwościowych, bez powielania ich niedoskonałości. Po drugie, na tej podstawie starała się dostarczyć spójnych odpowiedzi na trzy fundamentalne pytania teorii prawa umów: ontologiczne pytanie o naturę umów, normatywne pytanie o racje dla ich mocy wiążącej oraz instytucjonalne pytanie o kryteria, według których powinny być tworzone uregulowania prawa umów. Wydaje się, że jest to pierwsza tego typu próba podjęta w literaturze przedmiotu, a już na pewno w literaturze polskiej. W związku z tym siłą rzeczy ma ona charakter w dużej mierze szkicowy i prowizoryczny i na pewno nie jest wolna od błędów i niejasności. Powinna być zatem traktowana bardziej jako propozycja niż szczegółowo rozwinięta filozoficzna koncepcja umów i prawa umów. Z uwagi na wprowadzający charakter niniejszej książki sformułowanie wyczerpującego studium na ten temat to zadanie na inną okazję.

Również przywołane w niniejszym rozdziale przykłady pochodzące z europejskiego prawa konsumenckiego w bardzo niewielkim stopniu pokazują możliwe zastosowanie zaproponowanej tu zintegrowanej teorii prawa umów do rzeczywistych porządków prawnych. Poza bardziej precyzyjnym zarysowaniem jej teoretycznych ram, w pełni rozwinięta zintegrowana teoria prawa umów powinna być również przetestowana w odniesieniu do większej liczby zagadnień. Chodzi tu nie tylko o szczegółową analizę europejskiego prawa umów konsumenckich czy umów konsumenckich jako takich, ale jej zastosowanie do rozmaitych innych typów umów.

Mimo wszystko, zaproponowana tu teoria wydaje się stanowić postęp na gruncie teorii prawa umów w znaczeniu przypisanym tej dziedzinie nauki w rozdziale I. Nawet jeżeli odpowiedzi udzielane przez nią na pytania ontologiczne, normatywne i instytucjonalne są mniej dopracowane niż odpowiedzi innych teorii, rozważania zawarte w tym rozdziale zmuszają do ponownego przemyślenia mocnych i słabych stron teorii opartych na autonomii woli, teorii ekonomicznych oraz teorii sprawiedliwościowych. Być może skłoni to tych, którzy nie zgadzają się z przedstawionymi tutaj tezami, do przeformułowania swoich argumentów i uczynienia ich bardziej precyzyjnymi, w celu odparcia zarzutów przytoczonych na łamach tej książki. Przyczyniłoby się to do rozwoju prowadzonej przez teoretyków prawa umów debaty filozoficznej i głębszego zrozumienia analizowanych w jej ramach zagadnień. Taki rezultat sam w sobie byłby niezwykle satysfakcjonujący z punktu widzenia celów niniejszej pracy.

Zakończenie

Głównym celem rozważań przeprowadzonych w niniejszej książce było zapoznanie polskiego czytelnika z siatką pojęciową współczesnej teorii prawa umów i wyposażenie go w narzędzia niezbędne do filozoficznych dociekań dotyczących umów. Pogłębiony namysł nad istotą umowy, racjami dla jej mocy wiążącej czy głównymi kryteriami, zgodnie z którymi powinny być tworzone instytucje prawa umów, pozwala na lepsze zrozumienie otaczającego nas świata, w którym umowy pełnią coraz istotniejszą i bardziej zróżnicowaną rolę. Można więc powiedzieć, że niniejsza praca miała charakter przede wszystkim wprowadzający. Dotyczy to również jej ostatniego rozdziału, w którym została sformułowana propozycja autorskiej, zintegrowanej teorii prawa umów. Nie ma podstaw do twierdzenia, że jest to teoria wyczerpująca i niepozbawiona problemów – szczególnie, że podjęta tutaj próba wydaje się pierwszą tego typu w literaturze polskojęzycznej. Kwestię, czy dostarcza ona satysfakcjonujących odpowiedzi na ontologiczne, normatywne i instytucjonalne pytania prawa umów, możemy pozostawić więc zasadniczo otwartą. Celem powyższych rozważań nie było przekonanie nikogo do konkretnej wizji prawa umów czy konkretnej wartości stojącej u jego podstaw. Było nim natomiast wprowadzenie czytelnika w współczesną debatę dotyczącą filozoficznych zagadnień związanych z umowami i prawem umów oraz zainspirowanie go do własnych rozważań, które niekoniecznie muszą ograniczać się do kwestii podejmowanych w niniejszej pracy. Autor pragnie wyrazić nadzieję, iż cel ten został spełniony przynajmniej w podstawowym stopniu.

Literatura

- Atiyah P.S., *Promises, Morals, and Law*, Oxford University Press, Oxford 1983.
- Bagchi A., *Distributive Justice and Contract*, [w:] *Philosophical Foundations of Contract Law*, red. G. Klass, G. Letsas, P. Saprai, Oxford University Press, Oxford 2014, s. 193–211.
- Bar-Gill O., Ben-Shahar O., *Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law*, „Common Market Law Review” 2013, nr 50, s. 109–126.
- Barnett R., *A Consent Theory of Contract*, „Columbia Law Review” 1986, t. 86, nr 2, s. 269–321.
- Barnett R., *Contract Is Not Promise; Contract Is Consent*, [w:] *Philosophical Foundations of Contract Law*, red. G. Klass, G. Letsas, P. Saprai, Oxford University Press, Oxford 2014, s. 42–57.
- Basedow J., *Freedom of Contract in the European Union*, „European Review of Private Law” 2008, t. 16, nr 6, s. 901–923.
- Bekrycht T., *Aprioryczność prawa. Ontologia prawa w fenomenologii Adolfa Reinacha*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Benson P., *Justice in Transactions. A Theory of Contract Law*, Harvard University Press, Cambridge, MA 2019.
- Berlin I., *Wolność*, tłum. B. Baran, Aletheia, Warszawa 2017.
- Brownsword R., Micklitz H., Niglia L., Weatherill S. (red.), *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, Oxford 2011.
- Brzozowski A., *Umowy*, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. K. Osajda, C.H. Beck, Warszawa 2019, s. 456–560.
- Buss S., Westlund A., *Personal Autonomy*, [w:] „The Stanford Encyclopedia of Philosophy” 2018 (Spring), red. E.N. Zalta, <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/personal-autonomy> [dostęp: 4.07.2020].
- Coase R.H., *The Problem of Social Cost*, „The Journal of Law & Economics” 1960, t. 3, s. 1–44.
- Craswell R., *Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising*, „Michigan Law Review” 1989, t. 88, nr 3, s. 489–529.
- Dagan H., *The Distributive Foundation of Corrective Justice*, „Michigan Law Review” 1999, t. 98, nr 1, s. 138–166.
- Dagan H., *Two Visions of Contract*, „Michigan Law Review”, w druku.
- Dagan H., Dorfman A., *Just Relationships*, „Columbia Law Review” 2016, t. 116, nr 6, s. 1395–1460.
- Dagan H., Heller M., *The Choice Theory of Contracts*, Cambridge University Press, Cambridge 2017.
- Dworkin R., *Is Wealth a Value?*, „The Journal of Legal Studies” 1980, t. 9, nr 2, s. 191–226.
- Dyrda A., *Konwencja u podstaw prawa. Kontrowersje pozytywizmu prawniczego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Elster J., *Sour Grapes – Utilitarianism and the Genesis of Wants*, [w:] *Utilitarianism and Beyond*, red. A. Sen, B. Williams, Cambridge University Press, Cambridge 1982, s. 219–238.
- Englund I., *Corrective and Distributive Justice. From Aristotle to Modern Times*, Oxford University Press, Oxford 2009.
- Fried Ch., *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Oxford University Press, New York 2015.
- Fried Ch., *The Ambitions of Contract as Promise*, [w:] *Philosophical Foundations of Contract Law*, red. G. Klass, G. Letsas, P. Saprai, Oxford University Press, Oxford 2014, s. 17–41.

- Gallie W.B., *Essentially Contested Concepts*, „Proceedings of the Aristotelian Society” 1955–1956, nr 56, s. 167–98.
- Gardner J., *From Personal Life to Private Law*, Oxford University Press, Oxford 2018.
- Gardner J., *What Is Tort Law For? Part 2. The Place of Distributive Justice*, [w:] *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, red. J. Oberdiek, Oxford University Press, Oxford 2014, s. 335–353.
- Gilmore G., *The Death of Contract*, Ohio State University Press, Columbus 1995.
- Gordley J., *Equality in Exchange*, „California Law Review” 1981, t. 69, nr 6, s. 1587–1656.
- Grochowski M., *Słuszność a autonomia woli – uwagi o nieoczywistej relacji*, [w:] *Aksjologia prawa cywilnego i cywilnoprawna ochrona dóbr*, red. J. Pisuliński, J. Zawadzka, C.H. Beck, Warszawa 2020, s. 3–18.
- Hayek F.A., *Law, Legislation and Liberty*, t. 2: *The Mirage of Social Justice*, Routledge, London–New York 2012.
- Hayek F.A., *The Use of Knowledge in Society*, „The American Economic Review” 1945, t. 35, nr 4, s. 519–530.
- Hume D., *Traktat o naturze ludzkiej*, tłum. C. Znamierowski, Aletheia, Warszawa 2005.
- Kaplow L., Shavell S., *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, Cambridge, MA 2006.
- Kaplow L., Shavell S., *Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, „The Journal of Legal Studies” 1994, t. 23, nr 2, s. 667–681.
- Katz A., *Economic Foundations of Contract Law*, [w:] *Philosophical Foundations of Contract Law*, red. G. Klass, G. Letsas, P. Saprai, Oxford University Press, Oxford 2014, s. 171–192.
- Kennedy D., *Form and Substance in Private Law Adjudication*, „Harvard Law Review” 1976, t. 89, nr 8, s. 1685–1778.
- Khaitan T., Steel S., „Theorising Areas of Law” 2019, <https://ssrn.com/abstract=3464432> [dostęp: 4.07.2020].
- Kimel D., *From Promise to Contract: Towards a Liberal Theory of Contract*, Hart Publishing, Oxford 2003.
- Kimel D., *The Choice Theory of Contract. By Hanoch Dagan and Michael Heller. [Cambridge University Press, 2017]*, „The Cambridge Law Journal” 2019, t. 78, nr 1, s. 202–207.
- Klass G., Letsas G., Saprai P. (red.), *Philosophical Foundations of Contract Law*, Oxford University Press, Oxford 2014.
- Kleszcz R., *Co to znaczy „sprawiedliwość”?*, „Filozofia Nauki” 1999, R. IV, nr 1–2, s. 31–41.
- Kraus J., *Philosophy of Contract Law*, [w:] *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, red. J. Coleman, K. Himma, S. Shapiro, Oxford University Press, Oxford 2004.
- Kraus J., *Reconciling Autonomy and Efficiency in Contract Law: The Vertical Integration Strategy*, „Philosophical Issues” 2001, nr 11, s. 420–441.
- Kraus J., *The Correspondence of Contract and Promise*, „Columbia Law Review” 2009, t. 109, nr 7, s. 1603–1649.
- Kronman A., *Contract Law and Distributive Justice*, „The Yale Law Journal” 1980, t. 89, nr 3, s. 472–511.
- Łętowska E., *Podstawy prawa cywilnego*, Ecostar, Warszawa 1993.
- Markovits D., *Contract and Collaboration*, „The Yale Law Journal” 2004, t. 113, nr 7, s. 1417–1518.
- Markovits D., *Good Faith as Contract’s Core Value*, [w:] *Philosophical Foundations of Contract Law*, red. G. Klass, G. Letsas, P. Saprai, Oxford University Press, Oxford 2014, s. 272–293.
- Markovits D., *Making and Keeping Contracts*, „Virginia Law Review” 2006, t. 92, nr 7, s. 1325–1374.
- Markovits D., Schwartz A., *The Myth of Efficient Breach: New Defences of the Expectation Interest*, „Virginia Law Review” 2011, t. 97, nr 8, s. 1939–2008.
- Murphy L., *The Practice of Promise and Contract*, [w:] *Philosophical Foundations of Contract Law*, red. G. Klass, G. Letsas, P. Saprai, Oxford University Press, Oxford 2014, s. 151–170.

- Nozick R., *Anarchia, państwo i utopia*, tłum. P. Maciejko, M. Szczubiałka, Aletheia, Warszawa 2010.
- Osmola S., *Między obietnicą a umową. Granice zastosowania filozoficznego dyskursu o obietnicach w teorii prawa kontraktowego*, „Avant” 2018, t. 9, nr 1, s. 111–128.
- Owens D., *Shaping the Normative Landscape*, Oxford University Press, Oxford 2012.
- Penner J., *Voluntary Obligations and the Scope of the Law of Contract*, „Legal Theory” 1996, t. 2, nr 4, s. 325–357.
- Pisuliński J., Zawadzka J. (red.), *Aksjologia prawa cywilnego i cywilnoprawna ochrona dóbr*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Posner R., *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, New York 2003.
- Postema G., *Hume's Reply to the Sensible Knave*, „History of Philosophy Quarterly” 1988, t. 5, nr 1, s. 23–40.
- Radwański Z., *Teoria umów*, PWN, Warszawa 1977.
- Rawls J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1999.
- Rawls J., *The Basic Structure as Subject*, „American Philosophical Quarterly” 1977, t. 14, nr 2, s. 159–165.
- Raz J., *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford 1988.
- Safjan M., *Zasady prawa prywatnego*, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. idem, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 317–366.
- Scanlon T.M., *Promises and Contracts*, [w:] *The Theory of Contract Law*, red. P. Benson, Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 86–117.
- Schwartz A., Scott R., *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, „The Yale Law Journal” 2003, t. 113, nr 3, s. 541–619.
- Shiffrin S., *The Divergence of Contract and Promise*, „Harvard Law Review” 2007, t. 120, nr 3, s. 708–753.
- Smith S., *Contract Theory*, Oxford University Press, Oxford 1993.
- Stelmach J., Brożek B., Załuski W., *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.
- Stelmachowski A., *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, PWN, Warszawa 1984.
- Sunstein C. (red.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, Cambridge 2000.
- Unger R.M., *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, Verso, New York 2015.
- Weinrib E., *The Idea of Private Law*, Oxford University Press, Oxford 1995.
- Wilejczyk M., *Sprawiedliwość kontraktowa: pojęcie, realizacja, granice*, „Studia Prawa Prywatnego” 2018, nr 2, s. 3–19.
- Wilejczyk M., *Zagadnienia etyczne części ogólnej prawa cywilnego*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Wróblewski J., *Słuszność w systemie prawa polskiego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1970, nr 1, s. 97–116.
- Załuski W., *On the Applications of Game Theory in Contract Law*, [w:] *Studies in the Philosophy of Law. Game Theory and the Law*, t. 7, red. J. Stelmach, W. Załuski, Copernicus Center Press, Kraków 2011, s. 175–196.

SKŁAD I ŁAMANIE
AGENT PR

KOREKTA TECHNICZNA
Wojciech Grzegorzcyk

Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
90-131 Łódź, ul. Lindleya 8
www.wydawnictwo.uni.lodz.pl
e-mail: ksiegarnia@uni.lodz.pl
tel. 42 665 58 63