

Rozdział I. Pojęcie umowy nienazwanej

Spis treści

	Nb
§ 1. Uwaga wstępna	1
§ 2. Zasada wolności (swobody) umów jako podstawa normatywna do konstruowania umów nienazwanych	3
§ 3. Umowy nazwane – przesłanki wyodrębnienia	10
§ 4. Umowy nienazwane – istota wyodrębnienia w teorii i w praktyce; cechy, przesłanki i rodzaje	17
I. Wyodrębnienie umów nienazwanych	17
II. Przesłanki umów nienazwanych	25
III. Przykład ewolucji dawniej nienazwanej umowy leasingu w umowę kodeksową	32
IV. Cechy umów nienazwanych	34
V. Wnioski. Rodzaje umów nienazwanych	38

Literatura: *B. Gawlik*, Pojęcie umowy nienazwanej, SC, t. XVIII, 1971; tenże, Umowy mieszane. Konstrukcja i ocena prawna, Pal. 1974, Nr 5; *J. Ignaczewski*, Umowy nienazwane, Warszawa 2004; *W.J. Katner*, Prawo umów handlowych (pod red. *S. Włodyki*), Warszawa 2006; *P. Machnikowski*, Swoboda umów według art. 353¹ KC. Konstrukcja prawna, Warszawa 2005; *Z. Radwański*, Teoria umów, Warszawa 1977; tenże, Uwagi o umowach mieszanych, ZNUJ 1985, Nr 41; *R. Trzaskowski*, Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353¹ k.c., Kraków 2005; tenże, Swoboda umów w orzecznictwie sądowym, cz. 1, PS 2002, Nr 3, cz. 2, PS 2002, Nr 5.

§ 1. Uwaga wstępna

Podobnie jak w poprzednich wydaniach tego tomu Systemu Prawa Prywatnego (2009, 2015), na pierwszy plan wysuwa się wyjaśnienie pojęcia umowy nienazwanej i przyjęcie kryteriów, upoważniających do zaliczenia analizowanej umowy do tej grupy umów. Niewątpliwie, sytuacja jest łatwiejsza, niż przed kilku laty, gdyż autorzy reprezentowani w tym tomie dokonali oceny własnej wiedzy i wyobrażeń o tym, czym jest umowa nienazwana, jakie musi spełnić cechy i co będzie wyróżniać taką umowę w porównaniu z umowami określanymi jako nazwane. Wypada powtórzyć za poprzednim wydaniem tomu 9., że nie wystarcza zwykle przeciwstawienie umów nazwanych – umowom nienazwanym, bo te też wymagają wspólnego dla nich określenia.

Należy także stwierdzić, że pomimo wskazania cech umów nienazwanych w rozdziale wstępnym oraz odrębnego wskazania dodatkowych cech tych umów dla umów

w energetyce i dotyczących obrotu papierami wartościowymi¹, nie wszyscy czytelnicy zostaną przekonani do istoty wyróżnienia umów nienazwanych, nawet jeśli akceptują samą ideę wyodrębnienia takich umów. Jak pisałem uprzednio, może nawet nie chodzić o przekonanie do właściwości umów nienazwanych, co argumenty będą dla niektórych osób niewystarczające. Mimo to uważam za potrzebne określenie umowy nienazwanej i wyodrębnienie jej cech dla potrzeb piszących o poszczególnych takich umowach. Oznacza to założenie bardzo ogólnego podejścia do zagadnienia i szukanie porozumienia wśród współautorów dzieła tak, aby przynajmniej te umowy, które zdecydowaliśmy się umieścić w pierwszym i w tym wydaniu 9. tomu Systemu Prawa Prywatnego były uważane za umowy nienazwane. Myślę, że to się udało. Zdarza się wprawdzie, że niektóre z analizowanych umów wołają autora „wychodzą” poza zaproponowane określenie i cechy ogólne umowy nienazwanej, co jednak nie zmienia istoty wyróżnienia i co najwyżej prowadzi do wzbogacenia dyskusji na temat wyróżnienia tych umów². W pierwszym wydaniu udało się dość zdyscyplinowanie ujednoczyć rozumienie umowy nienazwanej, chociaż co do niektórych podglądów odnośnie się polemicznie w dalszych rozważaniach tego rozdziału.

W obecnym, trzecim wydaniu autorzy zdecydowali się poszerzyć krąg umów poprzednio wyróżnionych jako nienazwane, rozszerzając ich zakres z pokazaniem ewentualnej perspektywy unormowania ustawowego, ewentualnie pojawienia się nowych umów w ramach określonego działu przedmiotowego. Uzupełnienie dotyczy zwłaszcza umów w zakresie inwestycji finansowych i świadczenia usług. Nie zostały włączone do umów nienazwanych takie, które w opinii piszących nie stanowią tego rodzaju umów, gdyż albo uznają oni je za umowy nazwane (zostało to pozostawione do decyzji każdego autora), albo są uważane za jeszcze zbyt słabo wykształcone, aby pretendować do odrębnego wyróżnienia; być może, wskutek wzmoczonej praktycznej obecności w obrocie gospodarczym, już w następnym wydaniu zostaną one ujawnione.

2 Poniżej przedstawiam dość powszechnie przyjmowane kryteria wyróżnienia umów nazwanych i umów nienazwanych, wychodząc od ogólnej zasady swobody (wolności) umów jako podstawy prawnej do kreowania stosunków umownych, innych niż przewidziane w przepisach, zawierających i tak w znacznym stopniu normy względnie obowiązujące. Podchodzę do poniższych rozważań z przeświadczeniem, że jeśli przyczynią się do dalszego porządkowania myślenia na temat umów nienazwanych i pobudzą naszą wyobraźnię, okazując się przydatne w klasyfikowaniu umów do nazwanych i nienazwanych, to spełnią swój podstawowy cel. Dyskusja na ten temat będzie zapewne prowadzona jeszcze długo.

¹ Zob. *A. Walaszek-Pyziół*, rozdz. V, § 17, pkt 1 oraz *M. Romanowski*, rozdz. VII, § 21, pkt I.

² Zwłaszcza *B. Gawlik*, Pojęcie umowy; tenże, Umowy mieszane; *Z. Radwański*, Teoria umów, 1977 oraz polemika *Z. Radwańskiego* (Uwagi o umowach mieszanych) z *M. Sośniakiem* (na tle prac z 1982 r.); także *M. Sośniak*, Zagadnienia typologii i systematyki umów obligacyjnych, Katowice 1990; *Radwański*, *Panowicz-Lipska*, Zobowiązania, 2017, s. 86–92; *J. Ignaczewski*, Umowy nienazwane; *A. Brzozowski*, w: System PrPryw, t. 5, 2013, s. 450–452; *S. Włodyka*, w: System PrHandl, t. 5, 2017, s. 32–35.

§ 2. Zasada wolności (swobody) umów jako podstawa normatywna do konstruowania umów nienazwanych

Rozwój umów jest jednym z głównych źródeł wzrostu relacji gospodarczych, w których uczestniczą przedsiębiorcy. Mogą oni wybierać między umowami określonymi ustawowo oraz umowami, których treść powstaje dzięki inwencji samych stron do skonstruowania nowego stosunku prawnego. Najczęściej taka potrzeba wynika z jakichś nowych relacji gospodarczych, spowodowanych, np. udziałem przedsiębiorcy zagranicznego, gdy okazuje się, że ustalone ustawowo warunki umów są niewystarczające. Może to rodzić potrzebę skorzystania z elementów kilku nazwanych umów, powodując mieszany stosunek prawny, albo też sformułowana treść umowy nie ma żadnych, mniej lub bardziej oczywistych, odnośników ustawowych.

Wolność działania stron jest zakreślona zazwyczaj przez granice wskazane ustawowo. Głębokość ingerencji ustawodawcy w swobodę zachowania stron umów decyduje o uznaniu występowania w danym systemie prawnym **zasady swobody (wolności) umów**, jej ograniczonego występowania lub zanegowaniu jej dopuszczalności. Uważa się, że im gospodarka jest bardziej oparta na regułach ekonomiki rynkowej, tym swobodniej ujmuje się i stosuje w praktyce wolność umów³.

Obce systemy prawne przyjmują różne rozwiązania. Przeważa takie formułowanie odpowiednich przepisów, że zasadę swobody umów wyraża wskazanie zachowań, które już nie są aprobowane przy kształtowaniu treści umowy. Jest to jakby negatywne określanie działań ze swej istoty – pozytywnych.

W prawie niemieckim uznaje się za oczywiste obowiązywanie swobody umów przez wyrażenie konieczności zawarcia umowy między stronami, które podejmują się określonego zachowania – stworzenia lub zmiany stosunku prawnego. Zasada nie jest wyrażona wprost, wywodzi się ją w powyższej postaci z § 305 i in. KC niem. Granice przewiduje ustawa (§ 134 KC niem.) oraz dobre obyczaje, utożsamiane głównie ze słusnością (§ 138 KC niem.)⁴. Podobnie sprawa wygląda w austriackim Kodeksie cywilnym (§ 879).

Regulację idącą w tym kierunku zawiera też prawo francuskie, w którym punktem wyjścia dla swobody umów jest zakazanie w art. 6 KC franc. zachowania sprzecznego z ustawami i zasadami słusności. Zgodnie z tym przepisem oraz art. 1133 i 1131 KC franc. przewidziana jest nieważność umowy, jeśli ta jest sprzeczna z przepisami ustawowymi, jak również z umową stron. Ma to swoje źródło w znanym art. 1134 ust. 1 KC franc., który stanowi: „*Les conventions legalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”. W latach, w których polski Kodeks cywilny nie zawie-

³ Zob. na ten temat w polskich warunkach lat 70. XX w. B. Gawlik, Pojęcie umowy, s. 7–10; zasada swobody umów jest równoległa w możliwości zastosowania z zasadą wolności podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej (przedsiębiorczości).

⁴ Piśmiennictwo i orzecznictwo sądowe na ten temat jest bardzo bogate, por. doświadczenia orzecznictwa M. Wolf, w: 50-Jahre Bundesgerichtshof, München 2000; H. Brox, W.D. Walker, Allgemeines Schuldrecht, München 2006, s. 34, 39–43 i cyt. tam obszerna literatura.

rał wyrażnej normy o obowiązywaniu zasady wolności umów, cytowany przepis był istotnym argumentem dla naturalnego formułowania takiej zasady prawnej⁵.

6 W odmiennym od kontynentalnego systemie prawnym kształtowania umów, jakim jest angielski *common law* oraz legislacja i praktyka amerykańska – zasada swobody umów, w tym zaś kształtowanie nowych rodzajów umów przez strony, jawią się jako oczywiste⁶. W literaturze amerykańskiej akcentuje się znaczenie art. 2 *Uniform Commercial Code* (UCC), zwłaszcza ze zmianami z 2001/2003 r., odnoszącego się do formułowania umowy sprzedaży, a także *Restatement (Second) of Contracts* z 1979 r. Na podstawie § 1, 2 i 4 *Restatement*, stanowiących podsumowanie wiodących orzeczeń sądowych, buduje się ogólne pojęcie umowy, jako czynności kreujących zobowiązania stron. W teorii wywiedzionej z doświadczeń praktyki tworzy się określenie umów, które w europejskim znaczeniu prawa stanowionego ustawowo będą zarówno kwalifikować się do umów nazwanych, jak i nienazwanych. Wydaje się, że z punktu widzenia wzmiankowanego systemu, to raczej kwestia przyjętej konwencji znaczeniowej, a nie problem konstrukcji prawnej⁷.

7 Polski Kodeks zobowiązań w art. 55 przewidywał, że: „Strony zawierające umowę, mogą stosunek swój ułożyć według swego uznania, byleby treść i cel umowy nie sprzeciwiały się porządkowi publicznemu, ustawie ani dobremu obyczajom”⁸.

Przepisy Kodeksu cywilnego z 1964 r. pominęły sformułowanie zasady wolności umów. Różnie to – z reguły dość lapidarnie i nieprzekonująco – tłumaczono, zwłaszcza brakiem potrzeby normowania kwestii oczywistych. To była też przyczyna dosyć przewrotnego odnoszenia takiej regulacji naszego prawa do jakoby aprobowania wzorca z systemu francuskiego. Z drugiej strony nie należy zapominać, w jakich warunkach ekonomicznych i politycznych odbywały się takie dyskusje. System nakazowo-rozdzielczy, zdominowany w obrocie gospodarczym przez jednostki społeczne, zwłaszcza państwowe, nie tylko nie sprzyjał swobodzie umów, ale wręcz opierał się na możliwie pełnej regulacji stosunków umownych. Tam, gdzie nie wystarczał Kodeks cywilny albo okazywał się zbyt liberalny, uchwalane były przez rząd ogólne warunki umów, mające na podstawie ówczesnego art. 384 KC charakter normatywny. Zmiana prawnego usytuowania wzorców umownych nastąpiła dopiero z chwilą uchwalenia ZmKC90. Mimo niekorzystnej regulacji prawnej, praktyka i sekundująca jej doktryna wielokrotnie wskazywały, również w tamtym czasie, na potrzebę respektowania swobody umów, jako zasady prawa zobowiązań, i to zarówno w obrocie powszechnym, jak i społecznym⁹.

⁵ Zob. na temat prawa francuskiego i innych systemów prawa w obszernych uwagach prawno-porównawczych R. Trzaskowskiego, *Granice swobody*.

⁶ P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford University Press 1979.

⁷ Zob. R.E. Scott, J.S. Kraus, *Contract Law and Theory*, 2002, s. 2–4 i cyt. tam obszernie wiodące wyroki sądowe (s. 5–97), zwłaszcza *Bailey v. West* z 1969 r., *Leonard v. Pepsico, Inc.* z 1997 r.; R.E. Burnett, *A consent theory of contract*, w: R.E. Burnett, *Perspectives on Contract Law*, Little, Brown and Company 1995, s. 203 i n.; M.A. Chirelstein, *Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts*, Foundation Press New York 1998, s. 30–35.

⁸ R. Longchamps de Bériér, *Zasada wolności umów w projektach polskiego prawa o zobowiązaniach*. Księga pamiątkowa ku czci Władysława Abrahama, t. II, Lwów 1930; Longchamps de Bériér, *Zobowiązania*, 1999, s. 149–153.

⁹ Zob. zwłaszcza Czachórski, 1968, s. 189 i n.; B. Gawlik, *Pojęcie umowy*, s. 7 i n. oraz cyt. tam piśmiennictwo, także z okresu powojennego obowiązywania art. 55 KZ.

Nie oczekiwano jednak jej definiowania, także w czasie już jawnego aprobowania samej zasady w stosunkach gospodarczych. Wiązało się to z techniką legislacyjną i wręcz możliwością poprawnego zbudowania takiej definicji. Dlatego posłużono się podobnym sposobem normotwórczym, jak w przypadku prawa własności. Jak wiadomo od najdawniejszych czasów, to podstawowe prawo podmiotowe nie jest definiowane, co tłumaczy się brakiem takiej możliwości. Wskazuje się zatem uprawnienia, składające się na treść własności, a sam zakres wykonywania prawa jest ujęty określeniem granic tego prawa. Współcześnie jest to spowodowane przyjęciem teorii interesu, jako właściwej zdaniem większości w objaśnieniu istoty prawa podmiotowego własności. Własność kończy się więc tam, gdzie sięgają granice prawa, ale już nie poza nimi. Zatem ważne jest z normatywnego punktu widzenia nie to, w jak dalekim zakresie swoje uprawnienia wykonywać, lecz jakie są granice ustawowe, poza które wykonywanie prawa nie jest już za takie uważane. Przy czym nie z punktu widzenia nadużycia prawa, ale jego treści, sięgając do granic wykonywania prawa podmiotowego¹⁰.

Podobna jest sytuacja, gdy mówi się o **granicach swobody umów**. Są one tam, gdzie kończy się wolność stron w kształtowaniu stosunku prawnego. Nie mówi się więc pozytywnie, na czym polega swoboda umów, wyrażając to poprzez swoje hasło, określa się natomiast granice, do których tylko kształtowanie treści stosunku umownego jest prawnie dopuszczalne. Poza granicami ustawowymi nie można skutecznie skonstruować umowy stron, nawet jeśli taka byłaby ich wola i złożone stosowne oświadczenia. Będą one dotknięte nieważnością bezwzględną, a w pewnych sytuacjach – nieważnością względną¹¹.

Tłumaczenie negatywne zakresu uprawnień rodzi najrozmaitsze komplikacje, ale wydaje się ono jedynie racjonalne. Takie stwierdzenie dotyczy również okresu sprzed 1990 r., gdy wyjaśnienie zasady swobody umów było wyrażane poprzez różne, nawet wątpliwe, zabiegi prawne, ale w warunkach stosunków społecznych i gospodarczych ideologicznie, a przy tym fałszywie stanowionych, było ono jedynie możliwe, aby w ogóle mogło istnieć¹². W każdym razie, przed zmianami ustrojowymi tworzenie umów nienazwanych w gospodarce było widziane niechętnie, a w niektórych okresach szczególnych trudności oraz braków zaopatrzeniowych i rynkowych – kwestionowane. Nie jest potrzebne już dzisiaj, jak sądzę, bardziej szczegółowe tego dowodzenie.

Zmiany gospodarcze i ustrojowe z końca lat 80. XX w. przyniosły przywrócenie wyraźnego określenia zasady swobody umów i ujęcia jej w dość podobny sposób jak w Kodeksie zobowiązań. Nastąpiło to już przy pierwszej sposobności istotnych zmian Kodeksu cywilnego w lipcu 1990 r. W nowym art. 353¹ KC stanowi się zatem, że: „strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, by-

¹⁰ Wśród licznych wypowiedzi doktryny wskazać wypada fundamentalną monografię *A. Szpunara*, Nadużycie prawa podmiotowego, Kraków 1947; *T. Justyński*, Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym, Kraków 2000; *F. Longchamps de Bérier*, Nadużycie prawa w świetle rzymskiego prawa prywatnego, Wrocław 2004; *M. Pyziak-Szafnicka*, w: System PrPryw, t. 1, 2012, rozdz. XI.

¹¹ Podobnie, przypomnę, na gruncie prawa niemieckiego, austriackiego i francuskiego. W myśl koncepcji amerykańskich umowa **zawierana** w takich okolicznościach w ogóle **nie zostanie zawarta**; zob. zwłaszcza na temat funkcji reguł prawa umów *R.E. Scott, D.L. Leslie*, Contract Law and Theory, The Michie Company Law Publisher 1993, s. 1–2 oraz *R.E. Scott, J.S. Kraus*, Contract Law, s. 2–3. Kwestie ważności umowy zostaną w rozważaniach pominięte.

¹² Por. np. subtelny wywód na ten temat *B. Gawlika*, Pojęcie umowy, s. 7–11.

leby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego”.

9 Blisko trzydziestoletnie już doświadczenia obrotu gospodarczego po nowelizacji Kodeksu cywilnego, z wyraźnym zamieszczeniem w nim zasady swobody umów, przekonują o potrzebie tego uregulowania i – co do zasady – jego trafności¹³. W stosunku do Kodeksu zobowiązań pominięto zgodność z porządkiem prawnym, a za to znalazło się bardzo użyteczne i teoretycznie poprawne kryterium zgodności z właściwościami (naturą) stosunku prawnego. Wprawdzie więc sformułowanie zasady swobody umów w Kodeksie cywilnym nawiązuje w wyraźny sposób do tego, co zawierał Kodeks zobowiązań, ale też z wyraźną i niełatwą do wytlumaczenia różnicą normatywną.

W doktrynie prawa dokonuje się szczegółowych analiz art. 353¹ KC, z różną oceną poszczególnych kryteriów (zwłaszcza natury stosunku prawnego) oraz z różnym podejściem teoretycznym do tego, czym jest swoboda umów. Nie rozwijam tej kwestii, tylko odwołuję się do opracowań monograficznych (szczególnie R. Trzaskowskiego i P. Machnikowskiego¹⁴), komentarzy do KC, innych tomów Systemu Prawa Prywatnego oraz podręczników części zobowiązań prawa cywilnego.

§ 3. Umowy nazwane – przesłanki wyodrębnienia

10 Podstawą obrotu gospodarczego, zarówno między przedsiębiorcami (obróć gospodarczy *sensu stricto*), jak i między przedsiębiorcami a innymi podmiotami (obróć *sensu largo*, w tym i konsumencki) są **umowy nazwane**. Z punktu widzenia źródła unormowania występują one **w dwóch grupach**. Pierwszą stanowią takie umowy, które zawiera Kodeks cywilny w Księdze III, jako tzw. część szczegółowa zobowiązań. Są wśród nich te, które występują od uchwalenia kodeksu w 1964 r., oraz te, które zostały włączone przez nowelizacje z 1990, 2000 i 2008 r. (przekaz, leasing, przekazanie nieruchomości). Wśród pierwotnych umów kodeksowych są takie, które zawierał Kodeks zobowiązań dla tzw. stosunków powszechnych, i takie, które zostały przeniesione z uchylonego Kodeksu handlowego dla stosunków kupieckich (czynności handlowych). Są to: umowa agencyjna (ajencyjna), komis, spedycja (ekspedycja), przewóz, skład. Drugą grupę stanowią przepisy o umowach, znajdujące się poza Kodeksem cywilnym, a zamieszczone w licznych ustawach szczególnych, często o charakterze kompleksowym. Dla uznania takiej umowy za nazwaną, odpowiadającą umowie kodeksowej, wymaga się określenia minimum jej składników, tzn. podmiotów (stron)

¹³ R. Trzaskowski, Swoboda umów, cz. 1, s. 64; wskazane tam: uchw. SN z 31.1.1996 r., III CZP 2/96, OSN 1996, Nr 6, poz. 79; wyr. SA w Lublinie z 25.8.1998 r., I ACa 201/98, Apel. Lub. 1998, Nr 4, poz. 18; szczególnie co do umowy nienazwanej: uchw. SN(7) z 30.11.1994 r., III CZP 130/94, OSN 1995, Nr 3, poz. 42 z głosem E. Drozda, PS 1995, Nr 10, s. 109; wyr. SN z 9.11.1996 r., IV CSK 208/06, OSNC 2007, Nr 7–8, poz. 122; wyr. TK z 13.9.2005 r., K 38/04, OTK-A 2005, Nr 8, poz. 92; wyr. TK z 21.11.2005 r., P 10/03, OTK-A 2005, Nr 10, poz. 116; uchw. SN(7) z 5.10.1998 r., III CZP 8/98, OSG 1999, Nr 6, poz. 82.

¹⁴ Zwłaszcza R. Trzaskowski, Granice swobody; tenże, Swoboda umów, cz. 1 i 2; P. Machnikowski, Swoboda umów; M. Lolik, Współczesne prawo kontraktów – wybrane zagadnienia, Warszawa 2014, s. 41–43; M. Safjan, w: Komentarz KC, t. I, 2018, s. 1123 i n.; sprzeciw budzi rygorystyczny i słabo uzasadniony pogląd sprzeciwiający się naturze stosunku umownego, wyrażony przez K. Osajdę, w: Osajda, Komentarz KC, t. II, s. 48.

umowy, jej przedmiotu i treści, czyli praw i obowiązków stron. Są to tradycyjnie wyodrębniane *essentialia negotii* czynności prawnej. Ponadto, w tak pełny sposób określona umowa powinna mieć nazwę, choć niekonieczny jest tytuł w specjalnie sformułowanym rozdziale¹⁵. Przykładami takich umów są:

- 1) w prawie bankowym – umowa kredytu bankowego i umowa gwarancji bankowej;
- 2) w ustawie o gospodarce nieruchomościami – umowa o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami;
- 3) w ustawie o usługach turystycznych – umowa o wycieczkę (o podróż);
- 4) w ustawie – Prawo telekomunikacyjne – umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych.

Umowy nazwane stanowią więc typy umów ustawowo określonych, najczęściej zdefiniowanych. **11**

Nie zaliczam do nich jednak postanowień wzorców umownych (ogólnych warunków umów, regulaminów i wzorów umów) wydawanych na podstawie art. 384 KC lub ustaw szczególnych, ponieważ są aktami nienormatywnymi (stanowią zawsze *lex contractus*, zwłaszcza z uwagi na istotę art. 385 § 1 KC)¹⁶.

Może się wydawać, że umowy określone w Kodeksie cywilnym są jednolitymi, wyodrębnionymi w sposób wzajemnie się wykluczający **typami umów**. Tak jednak nie jest. W różny sposób się one przenikają. Znanymi przykładami są trudności w odróżnieniu nieraz umowy najmu od umowy dzierżawy, umowy zlecenia od umowy o dzieło, a przecież ich odrębności normatywnej nikt nie kwestionuje. Inaczej jest gdy porównamy np. umowę dostawy z umową sprzedaży. Po nowelizacji dostawy przez ZmKC90 różnice między tymi umowami stały się tak niewielkie, że dziś już je wskazujemy trochę na siłę, zaś coraz bardziej uprawnione są postulaty do rezygnacji z dostawy w przyszłym uregulowaniu części szczegółowej zobowiązań w Kodeksie cywilnym¹⁷. Sądzę, że należy się także dobrze zastanowić nad dalszym utrzymywaniem wyodrębnienia normatywnego umowy kontraktacji, przynajmniej w obecnej postaci, wątpliwej, także na tle unijnych reguł gospodarki rolnej¹⁸.

Jeszcze innym problemem jest wypełnianie przesłanek zbliżonych do siebie umów wtedy, gdy oświadczenia stron umowy odbiegają od wyobrażenia jednej z nich co do tego, która z umów nazwanych w KC została zawarta. Dzieje się to np. wtedy, gdy zbyt ubogo formułuje się treść samej umowy, odwołując się do norm kodeksowych, które się ogólnie aprobejuje, albo odwołanie jest dość typowe, choć może okazać się zawodne, gdy brzmi: „w sprawach nieuregulowanych umową stosuje się odpowied- **12**

¹⁵ M. Romanowski określił umowę nazwaną jako „taką umowę, która posiada wyodrębnioną regulację prawną pozwalającą odtworzyć jej nazwę oraz elementy składające się na jej pełną treść, co obejmuje typowe prawa i obowiązki obu stron umowy nieograniczone wyłącznie do *essentialia negotii*, ale obejmujące także *naturalia negotii* i *accidentalialia negotii* (M. Romanowski, rozdz. VII, § 21, Nb 17–18). Autor niepotrzebnie jednak chyba tylko takie ujęcie uważa za „operatywnie użyteczne”, bo w każdej niemal umowie będą także inne składniki, poza przedmiotowo-istotnymi; istotne jest, aby dla ważności umowy te *essentialia negotii* konieczne były; pozostałe składniki tylko mogą wystąpić, ale nie muszą.

¹⁶ Odmienne S. Włodyka, w: System PrHandl, t. 5, 2017, s. 36.

¹⁷ Zob. też Zielona księga, optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej (pod red. Z. Radwańskiego), Warszawa 2006, s. 87; W.J. Katner, w: System PrHandl, t. 5, 2017, s. 1051–1052.

¹⁸ Zob. Radwański, Panowicz-Lipska, Zobowiązania, 2004, s. 84–90; A. Stelmachowski, w: System PrPryw, t. 7, 2011, s. 295 i n.; W.J. Katner, w: System PrHandl, t. 5, 2017, s. 1058–1059; ostatnio w tej sprawie wyr. SN z 4.3.2015 r., IV CSK 437/14, Legalis.

nie przepisy Kodeksu cywilnego”. Odpowiednie, czyli które? Czy można przypisywać stosowanie reguł prawnych jakiejś umowy do stosunku prawnego właściwego dla innej umowy, zwłaszcza gdy nie wynika to z rozpatrywanego stanu faktycznego?

- 13 Dobrym przykładem takiej sytuacji jest wyrok SN z 6.10.2004 r.¹⁹ Chodziło o spór pomiędzy stronami umowy o jej istotę, w sytuacji poniesionej szkody na mieniu, za którą odpowiedzialność cywilna zależała od tego, jaka umowa w rzeczywistości została zawarta, czy umowa przewozu, czy umowa spedycji. Jak wiadomo, obie umowy są nazwane i unormowane w KC, na tyle jednak do siebie w różnych elementach podobne, że mogą powstawać wątpliwości, które się ujawniły w rozpatrywanej sprawie. Trafnie jednak SN stwierdził, że jeżeli została zawarta umowa w wyniku przyjęcia oferty, a z treści tej oferty wynikało, że mowa jest tylko o przewozie rzeczy, zaś żadne inne okoliczności, w tym czynności konkludentne stron, nie wskazywały na takie postanowienia umowne, które stanowiłyby o zawarciu w rzeczywistości umowy spedycji, to nie można przyjąć zawarcia przez strony umowy spedycji²⁰. Stwierdzono też słusznie, że również oddanie przez przewoźnika przesyłki do przewozu innemu przewoźnikowi nie powoduje przez takie zachowanie przekształcenia umowy przewozu w umowę spedycji.

Popierając taką argumentację, wypada stwierdzić, że nawet będąc zwolennikiem szerokiego rozumienia zasady swobody umów, co staram się również wykazać w dalszej części niniejszego rozdziału, nie można aprobować wyobrażenia tylko jednej strony o treści zawartej umowy, jeśli z okoliczności nie wynika, aby taka właśnie była zgodna wola stron. Oczywiście, w sporze sądowym strony potrafią twierdzić coś zupełnie innego, niż mogło mieć miejsce wtedy, gdy umowa była zawierana, ale to tym bardziej przemawia za wymaganiami staranności na etapie zawierania umowy i niegodzenia się z „wmawianiem” jej treści. W przypadku umów nazwanych, jak w powyższej sprawie, jest łatwiej rozstrzygnąć ewentualny spór między stronami, bo można się odnieść do regulacji ustawowej. Trudniej by było w razie konfliktu o treść zawartej umowy nienazwanej „w konkurencji” z umową nazwaną, a jeszcze bardziej skomplikowane jest to w przypadku, gdy spór odnosi się do tego, jaką umowę nienazwaną zawarto i jakie ewentualnie stosować do niej posiłkowo przepisy zbliżonej umowy nazwanej. Będzie o tym jeszcze mowa, zaznaczyć jednak należy, że wątpliwości zdarzające się najczęściej w praktyce dotyczą umowy zlecenia i o dzieło w związku ze świadczonymi umownymi stron, bliskimi umowie o pracę²¹.

Z powyższego widać, że stosowanie regulacji prawnej odnoszącej się do jakiejś umowy nazwanej wymaga spełnienia warunków prawnych tej umowy, podobnie stosowanie *per analogiam* przepisów dotyczących jakiejś umowy nazwanej do innego

¹⁹ I CK 199/04, niepubl.

²⁰ Teza wyroku brzmi (zd. 1): „jeżeli przyjmuje się ofertę, w której mowa jest tylko o przewozie rzeczy, a żadne czynności konkludentne nie wskazują na istnienie dodatkowych postanowień umownych obejmujących usługi związane z przewozem, to umowa zawarta przez przyjęcie oferty jest *stricte* umową przewozu, a nie umową spedycji”. Zob. jednak wyr. SN: z 10.4.2008 r., IV CSK 22/08, OSP 2009, Nr 7–8, poz. 87 oraz z 25.4.2008 r., IV CSK 29/08, OSP 2009, Nr 7–8, poz. 88 z głosem P. Bielskiego, a także z inną tezą i uzasadnieniem wyr. SN z 16.12.2009 r., I CSK 162/09, niepubl.

²¹ Wskazują na takie sytuacje Radwański, Panowicz-Lipska, Zobowiązania, 2017, s. 9 wraz z obrazującymi je orzeczeniami SN: z 20.3.1965 r., III PU 28/54, OSP 1965, Nr 12, poz. 253 i z 18.6.1998 r., I PKN 191/98, OSP 1999, Nr 10, poz. 184.

stosunku prawnego, w tym nienazwanego, wymaga spełnienia takich warunków i nie może być dowolne lub „naciągane”. Jeśli z treści postanowienia stron wynika, jaką umowę one zawarły, to nawet bliskość z inną umową nie upoważnia do klasyfikowania powstałego stosunku prawnego jako tej właśnie umowy, a także do stosowania przepisów tej umowy *per analogiam*.

Zgodzić się można z sugestią²², aby w braku dostatecznego uregulowania danego normatywnego (nazwanego) typu umowy zastosować przez analogię przepisy dotyczące innego normatywnego typu umowy, jeżeli albo te dotyczące danego typu umowy wyraźnie odsyłają do odpowiedniego stosowania przepisów odnoszących się do innego typu umowy (np. art. 604, 612, 656, 694, 709¹⁷, 796 KC), albo też takiego przepisu odsyłającego nie ma, ale występuje pomiędzy stosunkami prawnymi obu umów nazwanych dostateczne podobieństwo (np. umowa kontraktacji, umowa sprzedaży rzeczy przyszłej i umowa dostawy, umowa zlecenia i umowa o świadczenie usług, umowa o treści umowy agencyjnej w warunkach wyłączenia, o jakim mowa w art. 764⁹ KC i umowa sprzedaży według art. 535 KC).

Obserwujemy zjawisko poszerzania się kręgu umów nazwanych, regulowanych przepisami pozakodeksowymi. Określa się to mianem **dekodyfikacji prawnej umów**. Wśród nich na wyróżnienie zasługują klasyczne stosunki obligacyjne, kreowane według typowego schematu zobowiązania z art. 354 § 1 KC, oraz umowy o charakterze ustrojowym (organizacyjnym), tworzące zwłaszcza nowe podmioty prawa. Jestem zwolennikiem uznania ich za umowne czynności prawne, oparte na regułach części ogólnej, prawie rzeczowym i zobowiązaniowym Kodeksu cywilnego, czemu dobrze służy zwłaszcza art. 2 KSH. Do takich należą np. umowy stanowiące o powstaniu stosunku spółki według KSH (umowa spółki osobowej lub spółki z o.o. oraz statut spółki akcyjnej i statut w spółce komandytowo-akcyjnej).

Umowy pozakodeksowe mają często charakter mieszany, co występuje w konstrukcji wielu umów nienazwanych. Nie jestem zwolennikiem postrzegania w umowach mieszanych trzeciej kategorii umów, obok nazwanych i nienazwanych. Będą to z istoty swojej, o czym nieco dalej – umowy nienazwane²³.

Nie należy również zgodzić się ze zdaniem pojawiającym się w różnych okolicznościach, że umowy spełniające wskazane cechy ich określenia i budowy normatywnej oraz mające nazwę lub których nazwę można z przepisów wywieść, należą mimo to do kategorii umów nienazwanych, tylko dlatego, że znajdują się poza Kodeksem cywilnym. Umowy nazwane to zdaniem większości również te, które znajdują się w każdej ustawie poza Kodeksem cywilnym²⁴, w tym także w tzw. ustawach kompleksowych. Zawsze powinna decydować treść i budowa normatywna przepisu stanowiącego o danym stosunku prawnym, z tym że może chodzić tylko o przepis rangi ustawowej

²² S. Włodyka, M. Spyra, w: System PrHandl, t. 5, 2017, s. 35–36; podobnie Radwański, Panowicz-Lipska, Zobowiązania, 2017, s. 9–10.

²³ Jest to dziś powszechne stanowisko, zob. Radwański, Panowicz-Lipska, Zobowiązania, 2017, s. 10; S. Włodyka, M. Spyra, w: System PrHandl, t. 5, 2017, s. 34–35.

²⁴ Tak też, co do zasady, Radwański, Panowicz-Lipska, Zobowiązania, 2017, s. 8–9; z racji zasad konstytucyjnych bardzo ostrożnie i restrykcyjnie traktowałbym przepisy tworzące stosunki umowne w aktach wykonawczych, jest to typowa materia ustawowa.

lub znajdujący się w akcie wykonawczym, ale wyłącznie w granicach i na warunkach prawnych wskazanych w delegacji ustawowej²⁵.

16 Należy zaznaczyć, że w przypadku wielu umów pozakodeksowych wątpliwości budzi zakres wymagań ustawowych co do ich składników. Za przykład mogą posłużyć wspomniane umowy strukturalne (ustrojowe, organizacyjne) spółek handlowych, dla których ustawodawca wymienia składniki wybiegające poza te, które określa się mianem *essentialia negotii* (jak w art. 25 i 26 § 1 oraz w art. 157 § 1 i art. 166 § 1 KSH). Podobne wątpliwości budzi zakres wymagań co do treści wspominanych wcześniej umów z bankiem, według prawa bankowego.

Wydaje się, że aprobować można próby zakwalifikowania do umów nazwanych takich czynności prawnych, w których są niektóre składniki nietypowe, ale podporządkowane funkcjonalnie do podstawowego zobowiązania (zobowiązań), odpowiadające cechom ustalonym dla danego typu umowy. Widać to choćby w przepisach odsyłających do odpowiedniego stosowania norm innej umowy nazwanej, jak w przypadku dzierżawy, do której ma się odpowiednio stosować przepisy o najmie, albo w odniesieniu do umowy o roboty budowlane, do której stosuje się przepisy umowy o dzieło, zaś w umowie leasingu rozróżnia się rodzaje czynności, do których stosuje się przepisy o najmie, a do innych – o sprzedaży na raty. Jest charakterystyczne, że według art. 709¹ KC umowa leasingu dotyczy leasingu pośredniego finansowego. Leasing zwany operacyjnym i inne rodzaje leasingu poza bezpośrednim (art. 709¹⁸ KC) to umowy nienazwane podobne do leasingu²⁶.

W przypadku stosunku prawnego spółki handlowej osobowej wiodące znaczenie ma umowa spółki jawnej (art. 25 KSH), z tym że przepisy dotyczące innych spółek osobowych nie odsyłają do treści tej umowy, a tylko ogólnie do odpowiedniego stosowania przepisów o spółce jawnej (art. 89, 103 i 126 § 1 pkt 1 KSH). Czy to uprawnia do stwierdzenia, że wskazana kodeksowo umowa każdej spółki osobowej ma swoje *essentialia negotii*, skoro odpowiednie przepisy wskazują na treść takiej umowy w słowach: „umowa spółki (...) powinna zawierać”²⁷. Wydaje się, że rację mają autorzy, którzy składniki przedmiotowo istotne czynności prawnej dostrzegają także poza przepisem określającym tę czynność, włączając ogół przepisów, które odnoszą się do treści tej czynności²⁸. Byleby, jak rozumiem, chodziło o te właśnie składniki, a nie inne włączane do umowy tylko wolą stron, zwłaszcza korzystających z względnego ze swojej natury charakteru większości przepisów stanowiących o treści umów, także tych strukturalnych, jak np. w Kodeksie spółek handlowych.

²⁵ Zob. trafne uwagi R. Trzaskowskiego, *Granice swobody*, s. 118 i cyt. tam orzecznictwo.

²⁶ W ww. wyr. SN z 4.3.2015 r., IV CSK 437/14, Legalis jest ciekawy stan faktyczny i jego oceny prawne odnoszące się do umowy kontraktacji albo dostawy, albo sprzedaży lub umowy nienazwanej, zawierającej w sobie różne umowy.

²⁷ W spółce komandytowo-akcyjnej mowa jest oczywiście o statucie tej spółki (art. 126 KSH).

²⁸ Tak już B. Gawlik, *Pojęcie umowy*, s. 12.

§ 4. Umowy nienazwane – istota wyodrębnienia w teorii i w praktyce; cechy, przesłanki i rodzaje

I. Wyodrębnienie umów nienazwanych

17

Poprzez umowy nienazwane wykorzystywane jest w pełni prawne usankcjonowanie zasady swobody umów²⁹. Przy założeniu, że zachowania stron umowy mieszczą się w granicach zakreślonych w polskim prawie przez art. 353¹ KC, treść umowy nienazwanej Kodeksowi cywilnemu albo innej ustawie może być przez przyszłe strony formułowana według ich życzenia (*contractus innominatus*). Źródłem tworzenia nowych, nieznanych wcześniej stosunków prawnych jest praktyka gospodarcza i społeczna. Dopiero po dłuższym czasie stosowania danych rozwiązań w praktyce przychodzi czas na rozważenie ich ustawowej regulacji, jeśli w ogóle taka regulacja miałaby nastąpić albo jeśli w danym systemie prawnym uznaje się za potrzebne regulowanie umów tekstem ustaw³⁰.

W tym przypadku dobrze sprawdza się w praktyce system angloamerykański, z założenia nieregulujący ustawowo znakomitej większości umów. Może właśnie dlatego na gruncie życia gospodarczego USA wyodrębniło się najwięcej takich nowych rodzajów umów w ciągu ostatnich kilkadziesiąt lat, które przeniknęły na terytoria krajów stanowiącego prawa i dzisiaj są już nieraz umowami nazwanymi. Znaną karierę tego typu zrobiła umowa leasingu, której nawet anglojęzyczna pisownia (*leasing*) została zaakceptowana w większości systemów prawnych i to wbrew własnym zasadom językowym³¹. Dzisiaj zaś coraz częściej mówi się o potrzebie regulacji kolejnych umów (kończących się często na -ing), jak np. umowa sponsoringu, a zwłaszcza factoringu/faktoringu, która pewnie szybciej przestałaby być umową nienazwaną, gdyby nie dość zasadnicze różnice w jej rozumieniu w praktyce transkontynentalnej³². Do każdej nowej regulacji zrodzonej w praktyce należy podchodzić z dużą ostrożnością, może być przecież i tak, że regulację tę odnajdziemy w systemie prawa, a „nowy” stosunek cywilnoprawny okaże się tylko nowym rodzajem dawno wykształconej umowy³³.

18

Podstawowe znaczenie ma **ustalenie kryteriów wyodrębnienia umowy nienazwanej** jako dwustronnego stosunku prawnego. Podkreślam najpierw, że wychodzę z założenia, iż umowy mają tylko postać dwustronnych czynności prawnych; nie ma umów wielostronnych. Po każdej jednak stronie może występować wielość podmiotów oraz osoby trzecie, na rzecz których lub z których udziałem realizuje się umowy stosunek prawny. Wystąpią zatem wielopodmiotowe stosunki prawne. Kiedy mówimy o umowach nienazwanych, interesują nas tylko dwustronne stosunki prawne.

²⁹ Por. na tle art. 55 KZ *Longchamps de Bérier*, *Zobowiązania*, 1999, s. 148.

³⁰ *A. Brzozowski*, w: *System PrPryw*, t. 5, 2013, s. 489; *P. Machnikowski*, w: *System PrPryw*, t. 5, 2013, s. 451.

³¹ Dobrym przykładem jest rozdz. XVII¹ polskiego KC, zatytułowany: „Umowa leasingu”, co potem skrzętnie powtarzają wszystkie przepisy tego rozdziału; w polskim brzmieniu powinno być raczej: umowa lizingu (lizing).

³² Sytuacja szczególna tej umowy polega na konwencji międzynarodowej o umowie faktoringu międzynarodowego, dotyczącej tej umowy, ogłoszonej w Ottawie w 1988 r.

³³ Por. *U. Promińska*, w: *Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym* (pod red. *T. Mróz, M. Steca*), Warszawa 2012.

19 Zasadnicze wydaje się to, że **umowy nienazwane nie mają** i mieć nie mogą ze swej istoty *essentialia negotii*, co było już wcześniej wspomniane³⁴. Wyróżnienie w stosunku prawnym składników przedmiotowo istotnych czyniłoby z niego określoną normatywnie relację prawną. Stwierdzenie braku któregoś ze składników, uznanego za konieczny dla ważności dokonywanej czynności prawnej, powodowałoby nazwanie tej czynności, następnie zaś możliwą jej odtwarzalność i powtarzalność, co nawet w braku nazwy legalnie nadanej, czyniłoby z takiej umowy – *quasi* nazwaną czynność prawną. Pozostawałaby nią tak długo, aż uzyskałaby regulację ustawową albo byłaby uznana za podtyp już unormowanej umowy. W takim przypadku nie mogłaby być uważana za „czystą” umowę nienazwaną.

Umowa taka, jeśli w praktyce zacznie funkcjonować, nabierze pewnych składników stałych i cech, które będą ją odróżniać od umów podobnych, choć nie tożsamy. Przykładem może być rozpowszechniona obecnie w kręgach gospodarczych, wspomniana już umowa factoringu/faktoringu. Do nowelizacji Kodeksu cywilnego w 2000 r. taką była również umowa leasingu³⁵. Obie wspomniane umowy mają źródła w konwencjach UNIDROIT z 1988 r., dotyczących ich w sferze obrotu międzynarodowego (tzw. konwencje ottawskie). Można zatem stwierdzić, że wprawdzie umowa factoringu/faktoringu nadal jest umową nienazwaną w rozumieniu polskiego systemu prawnego, jednak posiada dość wyraźne ramy prawne, które zapewne wywrą istotny wpływ na kształt przyszłej umowy nazwanej, jeśli doszłoby do kodyfikacji factoringu lub umieszczenia tej umowy w ustawie pozakodeksowej³⁶. Tak się stało z umową leasingu, zwłaszcza co do jej istoty i cech charakterystycznych, w art. 709¹–709¹⁸ KC, w porównaniu z postanowieniami konwencji ottawskiej w sprawie międzynarodowego leasingu finansowego (do kwestii konstruowania tej umowy jeszcze nawiążę).

20 Z powyższego widać, że dla niektórych umów nienazwanych buduje się ramy prawne poprzez lata praktyki. Sprawiają one, że umowa dotąd nienazwana zaczyna być traktowana jak umowa nazwana wskutek ujednolicania się tej praktyki drogą zwyczajów i analizowania jej w doktrynie, a także w orzecznictwie, jako odrębnego typu umowy. Bywa ona nazywana **empirycznym typem umowy**³⁷. Może być i sytuacja odwrotna, tzn. ramy prawne są tak ogólne i niejednolicie traktowane, że trudno by było kiedykolwiek umowę nienazwaną postrzegać jako umowę nazwaną. Tak jest np. w przypadku wielu umów o inwestycje finansowe i inwestycje budowlane (rzeczowe). W tym drugim przypadku trudno oczekiwać nawet postulatów unormowania ustawowego umowy, musi się ona wykrystalizować poprzez długotrwałe aprobowanie ustalonych zwyczajów. Jeśli bywa w dodatku odmiennie traktowana w różnych kręgach kulturowych, jak to ma miejsce np. z faktoringiem (spojrzenie europejskie i amerykańskie), to w dobie obecnego umiędzynarodowienia stosunków gospodarczych byłoby nawet niewskazane przedwcześnie regulować ustawowo taką umowę. Praktyce powinno wystarczyć w tym konkretnym przypadku umowy ogólne jej „zarysowanie” w konwencji ottawskiej.

³⁴ Tak *M. Romanowski*, rozdz. VII, § 21, Nb 1–2.

³⁵ Zob. *P. Katner*, Przeniesienie wierzytelności w umowie faktoringu, Warszawa 2011, s. 75 i n.

³⁶ *P. Katner*, Przeniesienie wierzytelności, s. 100–109; tenże, Istota faktoringu, jego funkcje i rodzaje, PUG 2003, Nr 12.

³⁷ *Radwański, Panowicz-Lipska*, Zobowiązania, 2017, s. 8; *M. Spyra*, w: System PrHandl, t. 5, 2017, s. 31–32; *M. Romanowski*, rozdz. VII § 21, Nb 3.

Wśród umów nienazwanych wyróżniamy takie, które tworzą w rozumieniu praktyki gospodarczej **odrębny typ umowy**, jak wspomniana wielokrotnie umowa faktoringu/factoringu, mająca nawet swój **podtyp**, za jaki uważam umowę forfaitingu, a także takie umowy, które jako nienazwane stanowią podtyp umowy nazwanej. Jest to charakterystyczne dla wielu umów o świadczenie usług, zwłaszcza mających za podstawę umowę zlecenia, według art. 750 KC. Również umowa o dzieło jest typem umowy będącej wzorcem dla wielu umów nienazwanych mających za przedmiot zarówno świadczenie o charakterze materialnym (np. w budownictwie), jak i niematerialnym (np. w sferze artystycznej).

Ponownie też należy wspomnieć o **umowach mieszanych**, które dominują w charakterystyce prawnej umów nienazwanych³⁸. Jest to znane dla umów w obrocie towarowym, o świadczenie usług oraz o wykonanie dzieła, dla których podstawą jest umowa sprzedaży lub dostawy oraz wymieniane przed chwilą umowy zlecenia i o dzieło. Znajdujemy je w umowach licznie zawieranych na podstawie ustaw szczególnych, np. o pośrednictwie ubezpieczeniowym, o usługach turystycznych, o świadczeniu usług drogą elektroniczną, w prawie energetycznym, w tzw. ustawie offsetowej i wielu innych.

W dawniejszej doktrynie przeważało przekonanie, że umowy mieszane charakteryzuje powiązanie elementów różnych umów nazwanych w jeden stosunek prawny, którego pewne postanowienia należą do różnych typów umów z przewagą jednego z nich lub o równorzędnym znaczeniu, wziętych zarówno z umów nazwanych, jak i nienazwanych. Bardzo różne akcenty kładziono na poszczególne elementy dominujące w takim trzecim rodzaju umów, za jakie próbowano uznawać umowy mieszane³⁹. Wymieniano przy tym metody stosowania prawa, które można by uznać za swoiste dla umów takiego rodzaju: metodę analogii, metodę emancypacji i metodę kombinacji. Pozostawmy pierwsze dwie na boku, jako że dawno już wykazano ich nieprzydatność dla wyodrębnienia nowego rodzaju umów⁴⁰. Także **metoda kombinowana**, określana przez niemieckich twórców całej koncepcji jako taka, która pozwala ustalić reżim prawny umowy mieszanej przez kombinację takich postanowień ustawy, jakie w ramach poszczególnych umów nazwanych regulują potrzebne składniki umowy mieszanej, nie wydaje się poprawna, prawie się nie różniąc od **analogia legis**. Ta zaś „polega na zastosowaniu norm prawnych regulujących stan faktyczny o cechach najbardziej zbliżonych do tego, który jest przedmiotem rozstrzygnięcia”⁴¹. W wyniku dokonanej analizy Z. Radwański doszedł do wniosku, że jeżeli ma się do czynienia z konkretnymi umowami, które się nie dadzą zakwalifikować jako wyróżniony w ustawie typ umowy, to z porównania z przepisami dotyczącymi umów typowych można:

- 1) albo uznać, że do tej umowy nie da się zastosować żadnego z przepisów o umowie typowej;
- 2) albo uznać w pełni taką możliwość;

³⁸ B. Gawlik, Umowy mieszane.

³⁹ Zob. zwłaszcza Longchamps de Bérrier, Zobowiązania, 1999, s. 148; A. Ohanowicz, w: Ohanowicz, Górski, Zarys, s. 84; M. Nesterowicz, Odpowiedzialność cywilna biur podróży, Warszawa 1974, s. 69–73; S. Grzybowski, w: System, t. III, cz. 2, s. 17.

⁴⁰ Zob. Z. Radwański, Uwagi o umowach mieszanych, s. 103; tenże, Teoria umów, 1977, s. 238.

⁴¹ Z. Radwański wskazuje zwłaszcza na H. Hoenigera i G. Rumelina, zob. Z. Radwański, Uwagi o umowach mieszanych, s. 103–105.

3) albo też dojść do pośredniego wniosku, że z modyfikacjami można zastosować do interesującej nas umowy przepisy o zbliżonej umowie typowej.

Autor ma oczywiście rację, że to prowadzi do takiej analizy, jaką właśnie stosuje się, ustalając występowanie umowy nienazwanej⁴². Odpowiada to dominującemu stanowisku, żeby pojęcie umów nazwanych obejmowało także takie czynności prawne, „w których przejawiają się elementy podporządkowane głównemu świadczeniu lub świadczeniom odpowiadającym określonej typowi umowy nazwanej”⁴³.

Powyższe uwagi skłaniają do wniosku, że tak z teoretycznego, jak i z praktycznego punktu widzenia, objawiającego się większą klarownością, nie powodując przy tym rozbicia „jedności prawnej i funkcjonalnej umownego stosunku prawnego”, lepiej jest **nie wyróżniać trzeciego rodzaju umów jako mieszanych**. Najlepiej, jeśli **znajdą się one w gronie umów nienazwanych**. Rozważać się je będzie w ramach jednolitego reżimu kontraktowego, uwzględniając odpowiednio unormowanie umów nazwanych w takim zakresie, w jakim umowa stron to umożliwi, biorąc zwłaszcza pod uwagę właściwości (naturę) tej umowy⁴⁴.

24 Wśród umów nienazwanych istotne miejsce zajmują takie, które w ogóle nie mają odniesienia ustawowego albo odniesienie to jest bardzo wątle (odległe). Uważa się je za **umowy nienazwane „czyste” albo zwykłe**⁴⁵. Wydaje się, że za takie umowy można współcześnie uznać: **umowę franchisingu, umowy powiernicze, niektóre umowy w Internecie, umowę opcji i tzw. kontrakty terminowe, niektóre umowy ustrojowe przedsiębiorców, zwłaszcza dotyczące koncentracji kapitałowych i monopoli, joint-ventures, umowy związane z tajemnicą przedsiębiorcy i dotyczące know-how, niektóre umowy dotyczące obrotu pieniężnego, tzw. umowę outsourcingu i in.** Pewne powiązanie, zwłaszcza ze sprzedażą, wykazują umowy dystrybucyjne i akwizycyjne, w tym sprzedaż piramidalna, a także umowy kompensacyjne; kwestia ta jest sporna. Z kolei, np. z umową przechowania, jak się zdaje, koresponduje nienazwana umowa sejfowa, zaś z umową darowizny – umowa sponsoringu. Przykłady można mnożyć⁴⁶, choć nasuwające się podobieństwa są kontestowane.

II. Przesłanki umów nienazwanych

25 Pora na **wskazanie warunków prawnych (przesłanek) umowy nienazwanej**. Posłużyć się należy doświadczeniami polskiej praktyki oraz obserwacjami na ten temat pochodzącymi z innych systemów prawnych. Nie jest to łatwe, ponieważ w doktrynie unika się zbytniego wychodzenia poza stwierdzenia niebudzące kontrowersji⁴⁷. Tak

⁴² Tak Z. Radwański, Uwagi o umowach mieszanych, s. 105.

⁴³ Z. Radwański, Uwagi o umowach mieszanych, s. 103; B. Gawlik, Umowy mieszane, s. 27; Czachórski, 1968, s. 188; Czachórski, 1994, s. 107–108.

⁴⁴ Tak J. Rajski, w: J. Rajski, W.J. Kocot, K. Zaradkiewicz, Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym, Warszawa 2002, s. 28; Radwański, Panowicz-Lipska, Zobowiązania, 2017, s. 10; M. Romanowski, rozdz. VII, § 21, s. 604; S. Włodyka, M. Spyra, w: System PrHandl, t. 5, 2017, s. 33.

⁴⁵ Zob. B. Gawlik, Pojęcie umowy.

⁴⁶ Część z nich omawia wraz z przykładami praktycznymi zastosowania J. Ignaczewski, Umowy nienazwane, s. 30 i n.

⁴⁷ Przykładem jest rozległa, ale niedotykająca tego właśnie problemu analiza P. Machnikowskiego w tym fragmencie monografii, w którym porusza się kwestię umów nienazwanych w kontekście normotwórczego znaczenia umów konstruujących zobowiązaniowy stosunek prawny, zob. P. Machnikowski, Swoboda umów,

jest też w opracowaniach na gruncie obcego prawa, a w systemach zliberalizowanych co do treści tworzonych umów rozstrzygnięcia ustawowe (kodeksowe) stają się tylko kanwą dla konkretnej umowy stron. Przemowny wpływ wywiera na to względny charakter stosownych przepisów, co jest też charakterystyczne dla prawa polskiego, a w obrocie gospodarczym typowe jest posługiwanie się wzorcami umownymi i „formularzowym” sposobem zawierania umów. Ten ostatni znalazł odbicie również w polskim Kodeksie cywilnym, ale unormowany, zresztą trafnie, lecz tylko w zakresie rozstrzygnięcia konfliktu między stronami posługującymi się wzajemnie formularzami umów o sprzecznej ze sobą treści (art. 385⁴ KC). Dobrym przykładem na tle obcych systemów jest wspomniany już amerykański *Uniform Commercial Code* oraz liczne ustawy federalne, które mimo panowania zasad *common law* dla stosunków prywatnoprawnych zawierają obecnie unormowanie szeregu umów w obrocie gospodarczym USA. W przepisach tych przewiduje się obszernie słowniczki objaśniające znaczenie terminów prawnych, którymi dany akt prawny się posługuje, np. odnośnie do umowy sprzedaży handlowej. Niezależnie od tego, w samych umowach stron typowe jest definiowanie pojęć w nich używanych, nawet jeśli powtarza się w ten sposób przepis odpowiedniego aktu prawnego⁴⁸. Ta swoista maniera zaczęła stopniowo przenikać do praktyki europejskiej, konsekwentnie jest też narzucana przez kontrahentów amerykańskich, z czym już się chyba niestety pogodzono, nawet w krajach o bardzo uporządkowanym systemie stanowionego prawa prywatnego, jak np. w Niemczech i Szwajcarii.

Wspomniana praktyka przeniknęła stopniowo i na grunt polski, głównie za sprawą licznych firm z kapitałem zagranicznym inwestujących w Polsce, oczekujących przyjęcia ich zwyczajów w formułowaniu stosunków obligacyjnych. Jest to też typowa i zrozumiała poniekąd praktyka firm posługujących się wzorcami umownymi, jak np. ubezpieczyciele, banki, firmy telekomunikacyjne, przewoźnicy itp. Sygnalizowanej tendencji sprzyjało też wieloletnie dostosowywanie prawa polskiego do reguł gospodarki rynkowej, a także nasz proces harmonizowania systemu prawnego z prawem Unii Europejskiej.

Z kolei, w próbach ponownego teoretycznego odkrywania znaczenia zasady swobody umów, poszukiwania wyjaśnienia istoty stosunków umownych poszły w kierunku wyodrębniania norm kompetencyjnych i kompetencji podmiotów oraz ich zachowań konwencjonalnych⁴⁹. To w moim przekonaniu obranie wątpliwej drogi teoretycznego objaśnienia dotąd pomijanych kwestii konstrukcyjnych czynności prawnych, do jakich należą przesłanki swobody umów w kształtowaniu nowych stosunków

26

s. 129 i n.; tenże, w: System PrPryw, t. 5, 2013, s. 481; por. uwagi B. Gawlika, Pojęcie umowy i J. Ignaczewskiego, Umowy nienazwane.

⁴⁸ Mimo wpływu prawa amerykańskiego, a zwłaszcza ugruntowanej praktyki amerykańskiej, na stosunki umowne, także w relacjach europejskich, kształt prawa umów jest tam całkiem inny. W kwestii umów nienazwanych bardzo jednak pouczający. Spośród bardzo licznych opracowań zwracam uwagę przykładowo na nowoczesne spojrzenie na istotę umowy przez zweryfikowane wydanie dzieła R.E. Scott, J.S. Kraus, Contract Law and Theory, LexisNexis 2003 z zawartą tam obszerną bibliografią; Ch.L. Knapp, N.M. Crystal, Rules of Contract Law, Selections from The UCC and Restatement (Second) of Contracts, Little, Brown and Company 1993; R.E. Burnett, Perspectives on Contract Law.

⁴⁹ Tak zwłaszcza Z. Radwański z gronem przedstawicieli – jak ją nazywa – poznańskiej szkoły teoretycznoprawnej, zob. w: System PrPryw, t. 2, 2008, s. 18–20 i in., jak też podążający dalej tym śladem P. Machnikowski, Swoboda umów oraz w: System PrPryw, t. 5, 2013, s. 482 i n.

prawnych typu obligacyjnego. Nie mogąc wdawać się jednak obszerniej w zagadnienia teorii umów, przyjmuję z szacunkiem różne sugestie co do nowego spojrzenia na konstrukcje umowne. Pozostanę wierny tradycyjnemu ich wyjaśnieniu poprzez wyróżnienie i przyznanie tu właściwej roli prawom podmiotowym kształtującym. Za zrealizowanie takiego rodzaju prawa uznaję oświadczenie woli adresata oferty, do którego zwraca się składający ofertę, będącą stanowczą propozycją zawarcia umowy o określonej treści⁵⁰. Jeśli treść ta odpowiada *essentialia negotii* kodeksowej lub pozakodeksowej umowy nazwanej, to po uzgodnieniu nieraz koniecznych lub pożądanых *accidentalialia negotii* i *naturalia negotii* w konkretnym stosunku prawnym, następuje zawarcie tej umowy poprzez wyrażenie zgody stron (dwa jednostronne oświadczenia woli skierowane do konkretnego adresata, powodujące łącznie powstanie dwustronnej czynności prawnej, jaką jest umowa)⁵¹. Jeśli jest to umowa niemająca swojego odbicia w regulacji ustawowej, to należy zapytać, jakie powinna mieć spełnione warunki prawne, aby ją uznać za umowę wprawdzie nienazwaną, ale jednak dozwolony prawem dwustronny stosunek prawny⁵².

27 Dotychczasowe rozważania prowadzą do wyróżnienia kilku przesłanek, jakie powinny zostać zachowane, aby szanując zasadę swobody umów, móc konstruować akceptowane prawnie umowy, które można określić jako nienazwane⁵³. Za **warunki prawne umowy nienazwanej** powinno się zatem **łącznie** uznać co najmniej **sześć przesłanek**:

- 1) dwustronna czynność prawna, będąca ważną umową;
- 2) brak jej nazwania, choć to nazwanie nie musi wystąpić wprost przez jakiś tytuł, pojęcie itp., może wynikać z kontekstu lub opisaniam;
- 3) brak określenia *essentialia negotii* takiej umowy w KC lub w innej ustawie, mimo że mogą być tam umieszczone wskazania, co umowa ma w swej treści zawierać;
- 4) brak tożsamości umowy z umową nazwaną albo takiego podobieństwa, które wskazuje na rodzaj umowy nazwanej, albo istotny wyjątek od zasad konkretnej umowy nazwanej;
- 5) określenie stron umowy, jej przedmiotu i treści, w tym zwłaszcza praw i obowiązków stron;
- 6) pozostawanie w zgodzie z porządkiem prawnym, tzn. w zgodności kreowanego stosunku prawnego (jego treści i celu) z jego właściwościami (naturą), ustawami i zasadami słuszności, jak też dobrymi obyczajami (nazywanymi obecnie w art. 353¹ KC zasadami współżycia społecznego).

Niektóre ze wskazanych punktów wymagają rozwinięcia, inne tylko potwierdzenia i odwołania się do znanych kwestii ogólnych.

⁵⁰ Por. odmienne widzenie sprawy przez P. Machnikowskiego, w: O źródłach i elementach stosunków cywilnoprawnych, Księga pamiątkowa ku czci prof. Alfreda Kleina (pod red. E. Gniewka), Kraków 2000.

⁵¹ Jest to oczywiście pójście po myśli propozycji prof. A. Woltera w kwestii natury prawnej oferty i jej przyjęcia. Taki punkt widzenia przyjmował w licznych opracowaniach prof. A. Szpunar. Zob. W.J. Katner, w: Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań, Materiały III Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów, Wrocław, 25.9.2008 r. (pod red. E. Gniewka, K. Górskiej, P. Machnikowskiego), Warszawa 2010.

⁵² Na takim tle nie są jasne wywoły co do kryterium wyodrębnienia umów nienazwanych w stosunku do nazwanych przez A. Brzozowskiego, w: System PrPryw, t. 5, 2013, s. 450, przyp. 127.

⁵³ Zob. orzecznictwo powołane przez R. Trzaskowskiego, Swoboda umów, cz. 1 oraz wyr. SN z 28.4.2004 r., V CK 379/03, MoP 2004, Nr 11, s. 486; z dawniejszych wypowiedzi S. Grzybowski, w: System, t. III, cz. 2.