

**Prawo zobowiązań –
umowy nienazwane.
System Prawa
Prywatnego. Tom 9**

Wydanie 4.

Przejdź do produktu na ksiegarnia.beck.pl

Rozdział I. Pojęcie umowy nienazwanej; umowa nazwana a nienazwana, przesłanki, cechy

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; przesłanki i cechy	17
I. Wyodrębnienie umów nienazwanych	17
II. Przesłanki umów nienazwanych	26
III. Cechy umów nienazwanych	33
§ 5. Przykład ewolucji dawniej nienazwanej umowy leasingu w umowę kodeksową	37
§ 6. Dyskusja wokół umowy deweloperskiej jako obecnie nazwanej umowy pozakodeksowej	40
§ 7. Wnioski. Rodzaje umów nienazwanych	49

Literatura: 50-Jahre Bundesgerichtshof, München 2000; *R. Adamus*, W sprawie potrzeby uregulowania umowy franczyzy w Polsce, Pr.Dział. 2021, Nr 48; *S. Atiyah*, The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford 1979; *L. Bartino*, From Innominata Contract to the Reference Model of Commercial Distribution Agreements, EBLR 2018; *H. Brox, W.D. Walker*, Allgemeines Schuldrecht, München 2006; *W.W. Buckland*, Manual of Roman Private Law, Cambridge 2012; *R.E. Burnett*, A consent theory of contract, w: Perspectives on Contract Law (ed. *R.E. Burnett*), Boston 1995; *S. Byczko*, Konsorcjum w orzecznictwie Sądu Najwyższego, w: Non omne quod licet honestum est. Studia z prawa cywilnego i handlowego w 50-lecie pracy naukowej Profesora Wojciecha Jana Katnera (red. *S. Byczko, A. Kappes, B. Kucharski, U. Promińska*), Łódź–Warszawa 2022; *R. Campbell*, Principles of English Law, Founded on Blackstone’s Commentaries 1907; *M.A. Chirelstein*, Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts, New York 1998; *A. Chłopecki*, Umowa jako instrument finansowy, PPH 2022, Nr 10; *H. Ciepla, B. Szczytowska*, Umowa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego i domu jednorodzinnego. Komentarz. Wzory umów deweloperskich i pism, Warszawa 2012; *T.B. Deffes*, The innominate contract: possible solution to problems created by classification of contract in the Louisiana Civil Code, Loyola Law Review 1978, Vol. 24; English and European Perspectives on Contract and Commercial Law, Essays in Honour of Hugh Beale (eds. *L. Gullifer, S. Vogenauer*), Oxford and Portland 2017; *B. Fuchs*, Informacje przedkontraktowe organizatora sieci franchisingu. Uwagi na tle projektu ustawy o działalności franczyzowej, w: Non omne quod licet honestum est. Studia z prawa cywilnego i handlowego w 50-lecie pracy naukowej Profesora Wojciecha Jana Katnera (red. *S. Byczko, A. Kappes, B. Kucharski, U. Promińska*), Łódź–Warszawa 2022; *B. Gawlik*, Pojęcie umowy nienazwanej, SC 1971, t. XVIII; *tenże*, Umowy mieszane. Konstrukcja i ocena prawna, Pal. 1974, Nr 5; *B. Gliniecki*, Umowa deweloperska. Konstrukcja prawna i zabezpieczenie

nie wzajemnych roszczeń stron, Warszawa 2012; *I. Gredka-Ligarska, P. Gwoździejewicz-Matan, W.W. Kowalski*, Umowy w działalności muzeów. Prawo cywilne. Prawo autorskie, Gdańsk 2019; *J. Gudowski*, Kodeks cywilny. Orzecznictwo. Piśmiennictwo, t. III, Zobowiązania, cz. I, Warszawa 2019; *J. Guść*, O właściwościach (naturze) stosunku prawnego, PiP 1997, Nr 4; *J. Ignaczewski*, Umowy nienazwane, Warszawa 2004; Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym (red. *T. Mróz, M. Stec*), Warszawa 2012; *Iustitia Civitatis Fundamentum*. Księga Pamiątkowa ku czci Profesora W. Chrzanowskiego (red. *H. Cioch, A. Dębiński, J. Chaciński*), Lublin 2003; *T. Justyński*, Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym, Kraków 2000; *I. Kaczorowska*, Dofinansowanie działalności spółki nie jest pożyczką. Omówienie wyr. NSA z 12.10.2021 r., II FSK 69/19, PP 2022, Nr 4; *A. Kappes*, Podmiotowość prawna sztucznej inteligencji. Rzeczywista potrzeba, czy kreacjonizm prawniczy?, w: *Non omne quod licet honestum est*. Studia z prawa cywilnego i handlowego w 50-lecie pracy naukowej Profesora Wojciecha Jana Katnera (red. *S. Byczko, A. Kappes, B. Kucharski, U. Promińska*), Łódź–Warszawa 2022; *tenże*, Rzekoma ochrona spółki zależnej w prawie holdingowym, PPH 2022, Nr 12; *tenże*, Rzekoma ochrona wierzycieli spółki zależnej w prawie holdingowym, PPH 2022, Nr 10; *tenże*, Rzekoma ochrona wspólników mniejszościowych w prawie holdingowym, PPH 2022, Nr 8; *P. Katner*, Czy umowa faktoringu powinna stać się umową nazwaną?, w: *Czynić postępowanie w prawie*. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Birucie Lewaszkiwicz-Petrykowskiej (red. *W. Robaczyński*), Łódź 2017; *tenże*, Istota faktoringu, jego funkcje i rodzaje, PUG 2003, Nr 12; *tenże*, Przeniesienie wierzycielności w umowie faktoringu, Warszawa 2011; *W.J. Katner*, Kontrowersje związane z pojęciem umowy deweloperskiej i jej treścią, Rej. 2013, Nr 12; *tenże*, Nowa ustawa deweloperska z 2021 r. i jej struktura. Istota umowy deweloperskiej, podmioty i przedmiot oraz charakter prawny, Rej. 2023, Nr 2; *tenże*, O pojęciu umowy deweloperskiej jako umowie nazwanej – raz jeszcze, w: *Ius est a Iustitia*. Appellatum, Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Wiśniewskiemu (red. *M. Tomalak*), Warszawa 2017; *A. Kidyba*, Prawo handlowe, Warszawa 2022; *A. Klein*, Pojęcie umowy i stosunku zobowiązaniowego kontraktacji według kodeksu cywilnego, SC 1972, t. XIX; Kodeks cywilny. Komentarz, t. III, Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534) (red. *M. Habdas, M. Fras*), Warszawa 2018; *Ch.L. Knapp, N.M. Crystal*, Rules of Contract Law, Selections from The UCC and Restatement (Second) of Contracts, Boston 1993; Kodeks morski. Komentarz (red. *C. Luczywek, D. Pyć, I. Zużewicz-Wiewiórkowska*), Warszawa 2022; *F. Longchamps de Bérier*, Nadużycie prawa w świetle rzymskiego prawa prywatnego, Wrocław 2004; *tenże*, Zasada wolności umów w projektach polskiego prawa o zobowiązaniach. Księga pamiątkowa ku czci Władysława Abrahama, t. II, Lwów 1930; *M. Łolik*, Współczesne prawo kontraktów – wybrane zagadnienia, Warszawa 2014; *P. Machnikowski*, Swoboda umów według art. 353¹ KC. Konstrukcja prawna, Warszawa 2005; *K. Maj*, Nowa ustawa deweloperska – zakres przedmiotowy i podmiotowy. Wybrane zagadnienia, KPN 2021, Nr 2; *tenże*, Zagadnienia wybrane dotyczące nowej umowy deweloperskiej, KPN 2022, Nr 2; *J. Matarewicz*, Ustawa o podatku od towarów i usług. Komentarz aktualizowany, Lex/el. 2022; *W.P. Matysiak*, Kilka uwag na temat zastrzeżenia w umowie między przedsiębiorcami zakazu prowadzenia działalności konkurencyjnej bez wynagrodzenia, w: *Non omne quod licet honestum est*. Studia z prawa cywilnego i handlowego w 50-lecie pracy naukowej Profesora Wojciecha Jana Katnera (red. *S. Byczko, A. Kappes, B. Kucharski, U. Promińska*), Łódź–Warszawa 2022; *M. Nesterowicz*, Odpowiedzialność cywilna biur podróży, Warszawa 1974; O źródłach i elementach stosunków cywilnoprawnych. Księga pamiątkowa ku czci prof. Alfreda Kleina (red. *E. Gniewek*), Kraków 2000; *M. Pazdan*, Umowa kooperacji w polskim prawie prywatnym międzynarodowym, w: *Prawne problemy międzynarodowej kooperacji przemysłowej*, PIHZ, Warszawa 1981; Pozakodeksowe umowy handlowe (red. *A. Kidyba*), Warszawa 2017; Prawo budowlane. Komentarz aktualizowany (red. *A. Plucińska-Filipowicz, M. Wierzbowski*), Lex/el. 2022; Prawo cywilne i handlowe w zarysie (red. *W.J. Katner*), Warszawa 2011; Prawo gospodarcze i handlowe (red. *W.J. Katner*), Warszawa 2020; Prawo umów handlowych (red. *S. Włodyka*), Warszawa 2006; *U. Promińska*, Umowa franchisingu jako umowa nienazwana, w: „Czynić postępowanie w pra-

wie”. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesor Birucie Lewaszkiwicz-Petrykowskiej (red. *W. Robaczyński*), Łódź 2017; *Z. Radwański*, Teoria umów, Warszawa 1977, 1979; *tenże*, Uwagi o umowach mieszanych, ZNUJ 1985, Nr 41; *J. Rajski, W.J. Kocot, K. Zaradkiewicz*, Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym, Warszawa 2002; *H. Reyes Gorees, A. Rodrigez Burbano*, In Favor of the Concept of Reasonable Person: Analysis Based on Innominate Contract of Logistics Services, RDP 2021, Vol. 41; *M. Saffjan*, Zasada swobody umów (uwagi wstępne na tle art. 353¹ k.c.), PiP 1993, Nr 4; *R.E. Scott, J.S. Kraus*, Contract Law and Theory, Newark 2003; *R.E. Scott, D.L. Leslie*, Contract Law and Theory, The Charlottesville 1993; *M. Sośniak*, Zagadnienia typologii i systematyki umów obligacyjnych, Katowice 1990; *M. Stec*, Umowa spedycji, skąd przyszła i dokąd zmierza?, w: Non omne quod licet honestum est. Studia z prawa cywilnego i handlowego w 50-lecie pracy naukowej Profesora Wojciecha Jana Katnera (red. *S. Byczko, A. Kappes, B. Kucharski, U. Promińska*), Łódź–Warszawa 2022; *R. Strzelczyk*, Ochrona praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego (ustawa deweloperska). Komentarz, Warszawa 2013; *tenże*, Umowa deweloperska w systemie prawa prywatnego, Warszawa 2013; *J.A. Strzępka*, Odbiór robót budowlanych w polskim i niemieckim systemie prawnym, w: Non omne quod licet honestum est. Studia z prawa cywilnego i handlowego w 50-lecie pracy naukowej Profesora Wojciecha Jana Katnera (red. *S. Byczko, A. Kappes, B. Kucharski, U. Promińska*), Warszawa 2022; *P. Sularz*, Cmentarze w Polsce. Zagadnienia administracyjnoprawne, Warszawa 2022; *S.I. Suslova*, Innominate Phenomena in Civil Law, Perm Univ. Herald Judicial Sciences 2020, Vol. 48; *A. Szpunar*, Nadużycie prawa podmiotowego, Kraków 1947; *A. Szumański*, Potrzeba regulacji prawa grup spółek w Polsce i związane z tym dylematy ustawodawcy, w: Non omne quod licet honestum est. Studia z prawa cywilnego i handlowego w 50-lecie pracy naukowej Profesora Wojciecha Jana Katnera (red. *S. Byczko, A. Kappes, B. Kucharski, U. Promińska*), Łódź–Warszawa 2022; *O.V. Tatar*, Evolution and Transformation of Innominate Contracts through the Principle of Freedom of Contract. A Synthesis of Scientific Works, Perm Univ. Herald Judicial Sciences 2022, Vol. 55; *E. Traple*, Ochrona słabszej strony umowy a kontrola treści umowy ze względu na przekroczenie granic swobody umów i sposób zawarcia umowy, KPP 1997, Nr 2; *R. Trzaskowski*, Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353¹ KC, Kraków 2005; *tenże*, Swoboda umów w orzecznictwie sądowym, cz. 1, PS 2002, Nr 3, cz. 2, PS 2002, Nr 5; Ustawa deweloperska. Ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego oraz Deweloperskim Funduszu Gwarancyjnym. Komentarz (red. *K. Osajda*), Warszawa 2022; *M. de Villiers*, Notes on the innominate and real contracts, SALJ 1925, Vol. 42, No 1; *M. Węgiński*, Umowa o świadczenie usług w chmurze obliczeniowej w świetle wytycznych Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego, w: Non omne quod licet honestum est. Studia z prawa cywilnego i handlowego w 50-lecie pracy naukowej Profesora Wojciecha Jana Katnera (red. *S. Byczko, A. Kappes, B. Kucharski, U. Promińska*), Łódź–Warszawa 2022; Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań. Materiały III Ogólnopolskiego Zjazdu Cywiliistów, Wrocław, 25–27.9.2008 r. (red. *E. Gniewek, K. Górska, P. Machnikowski*), Warszawa 2010; *K. Zaleska-Korziuk*, Charakter prawny umowy o dofinansowanie postępowania arbitrażowego przez osobę trzecią, Warszawa 2021; Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej (red. *Z. Radwański*), Warszawa 2006; *A. Zwolińska*, Obowiązek wykonywania pracy przez pracownika, Warszawa 2021.

§ 1. Uwaga wstępna

Podobnie jak w poprzednich wydaniach tego tomu Systemu Prawa Prywatnego (2009, 2015, 2018), na pierwszy plan wysuwa się wyjaśnienie pojęcia umowy nie-nazwanej i przyjęcie kryteriów, upoważniających do zaliczenia analizowanej umowy do tej grupy umów. Niewątpliwie, sytuacja jest łatwiejsza niż przed laty, gdyż auto-

rzy reprezentowani w tym tomie „Systemu” dokonali oceny własnej wiedzy i wyobrażeń o tym, czym jest umowa nienazwana, jakie musi spełniać przesłanki i mieć cechy, żeby odróżniały ją od umów określanych jako nazwane. Wypada powtórzyć za poprzednimi wydaniem tomu 9., że nie wystarczy zwykle przeciwstawienie umów nazwanych umowom nienazwanym, bo te też wymagają wspólnego dla nich określenia.

Należy także stwierdzić, że pomimo wskazania cech umów nienazwanych w niniejszym rozdziale oraz wyróżnienia 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 raczej o to, że argumenty będą dla niektórych osób niewystarczające. Mimo to uważam za potrzebne określenie umowy nienazwanej i wskazanie 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, przesłanki i cechy ogólne umowy nienazwanej, to jednak nie zmienia się istota wyróżnienia i najwyżej prowadzi to do wzbogacenia dyskusji na temat występowania tych umów². W pierwszym wydaniu udało się dość zdyscyplinowanie ujednoczyć rozumienie umowy nienazwanej, chociaż co do niektórych poglądów odniosę się polemicznie w dalszych rozważaniach tego rozdziału.

W obecnym, czwartym wydaniu, podobnie jak poprzednim z 2018 r. niektórzy autorzy zdecydowali się poszerzyć krąg umów wcześniej 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 wzmożonej praktycznej obecności w obrocie gospodarczym, już w następnym wydaniu zostaną one wykazane i opisane. Z kolei inne mogą zostać uregulowane ustawowo w taki sposób, że staną się umowami nazwanymi i opuszczą ten tom „Systemu”.

- 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

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

² Zwłaszcza *B. Gawlik*, Pojęcie umowy nienazwanej, *passim*; *tenże*, Umowy mieszane, *passim*; *Z. Radwański*, Teoria umów, 1977, *passim*, oraz polemika *Z. Radwańskiego* (Uwagi o umowach mieszanych) z *M. Sośniakiem* (na tle prac z 1982 r.); także *M. Sośniak*, Zagadnienia typologii, *passim*; *Radwański*, *Panowicz-Lipska*, Zobowiązania, 2017, s. 86–92; *J. Ignaczewski*, Umowy nienazwane; *A. Brzozowski*, w: System PrPryw, t. 5, 2020, s. 500–504; *S. Włodyka*, w: System PrHandl, t. 5, 2017, s. 32–35.

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 zaliczeniu umów do nazwanych lub nienazwanych, to spełnią swój podstawowy cel. Nie zmienia to jednak przekonania, że dyskusja na ten temat będzie zapewne nadal prowadzona jeszcze długo.

§ 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 określona 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 – pozytywnych⁴.

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 n. KC niem. Granice przewiduje ustawa (§ 134 KC niem.) oraz dobre obyczaje, utożsamiane głównie ze słusnością (§ 138 KC niem.)⁵. Podobnie sprawa wygląda w austriackim KC (§ 879).

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

⁴ Genezy zasady wolności umów i wyróżnienia umów nienazwanych można poszukiwać już w prawie rzymskim, co przed stu laty zostało odnotowane w ówczesnym piśmiennictwie, tak W.W. Buckland, Manual of Roman Private Law, rozdz. XIII, Innominate Contracts, s. 304 i n., <https://heinonline.org/HOL/License> (dostęp: 12.2.2023 r.); M. de Villiers, Notes on the innominate, s. 26 i n., <https://heinonline.org/HOL/License> (dostęp: 12.2.2023 r.).

⁵ Piśmiennictwo i orzecznictwo sądowe na ten temat jest bardzo bogate, por. doświadczenia orzecznictwa M. Wolf, w: 50-Jahre Bundesgerichtshof, *passim*; H. Brox, W.D. Walker, Allgemeines Schuldrecht, s. 34,

- 5 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 słuszności. 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*”⁶. W latach, w których polski KC nie zawierał wyraźnej normy o obowiązywaniu zasady wolności umów, cytowany przepis był istotnym argumentem dla naturalnego formułowania takiej zasady prawnej⁷.
- 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 oczywiste⁸. W literaturze amerykańskiej akcentuje się znaczenie art. 2 *Uniform Commercial Code* (UCC), zwłaszcza ze zmianami z lat 2001–2003, 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 jest to raczej kwestia przyjętej konwencji znaczeniowej, a nie problem konstrukcji prawnej⁹.
- 7 Polski KZ 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”¹⁰.
- Przepisy KC 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 odnośnienia takiej regulacji naszego prawa do jakoby aprobowania wzorca z systemu francuskiego. Z drugiej strony nie należy zapominać, w jakich warunkach ekonomicz-

39–43, i cyt. tam obszerna literatura.

⁶ Zob. na temat prawa francuskiego i innych systemów prawa w obszernych uwagach prawnoporównawczych R. Trzaskowskiego, *Granice swobody, passim*. Z nowszych prac zob. L. Bartino, *From Innominate Contract*, s. 643 i n.; H. Reyes Gorees, A. Rodríguez Burbano, *In Favor of the Concept of Reasonable Person*, s. 81 i n. (ang.); S.I. Suslova, *Innominate Phenomena*, s. 322 i n. (ros.); O.V. Tatar, *Evolution and Transformation*, s. 70 i n. (ros.).

⁷ Co do wyodrębniania umów nienazwanych na gruncie przepisów prawa cywilnego przed nowelizacją KC z 1990 r. zob. np. wyr. SN z 17.12.1966 r., I CR 447/66, OSNC 1967, Nr 9, poz. 153, dotyczący umowy licencyjnej.

⁸ P.S. Atiyah, *The Rise and Fall, passim*; R. Campbell, *Principles of English Law*, rozdz. XLIII, *Innominate Contracts*, s. 406 i n.

⁹ 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*, s. 203 i n.; M.A. Chirelstein, *Concepts and Case Analysis*, s. 30–35; T.B. Deffes, *The innominate contract*, s. 207 i n.

¹⁰ R. Longchamps de Bérier, *Zasada wolności umów*, t. II, *passim*; Longchamps de Bérier, *Zobowiązania*, 1999, s. 149–153.

nych i politycznych odbywały się takie dyskusje. System nakazowo-rozdzielczy, zdominowany w obrocie gospodarczym przez jednostki uspołecznione, zwłaszcza państwowe, nie tylko nie sprzyjał swobodzie umów, ale wręcz opierał się na możliwie pełnej regulacji stosunków umownych. Tam, gdzie nie wystarczał KC 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 uspołecznionym¹¹.

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 przez określenie 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 podmiotowego¹².

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 swoiste hasło, zakreśla 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 względną¹³.

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 gospodar-

¹¹ Zob. zwłaszcza *Czachórski*, 1968, s. 189 i n.; *B. Gawlik*, Pojęcie umowy nienazwanej, s. 7 i n., oraz cyt. tam piśmiennictwo, także z okresu powojennego obowiązywania art. 55 KZ.

¹² Wśród licznych wypowiedzi doktryny wskazać wypada fundamentalną monografię *A. Szpunara*, Nadużycie prawa podmiotowego; *T. Justyński*, Nadużycie prawa; *F. Longchamps de Bériér*, Nadużycie prawa; *M. Pyziak-Szafnicka*, w: System PrPryw, t. 1, 2012, rozdz. XI.

¹³ 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, s. 1–2, oraz *R.E. Scott, J.S. Kraus*, Contract Law, s. 2–3. Kwestie ważności umowy zostaną w rozważaniach pominięte.

czych ideologicznie, a przy tym fałszywie stanowionych, było ono jedynie możliwe, aby w ogóle mogło istnieć¹⁴. 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 KZ. Nastąpiło to już przy pierwszej sposobności istotnych zmian KC w lipcu 1990 r. W nowym art. 353¹ KC stanowi się zatem, że „strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego”¹⁵.

9 Ponad trzydziestoletnie już doświadczenia obrotu gospodarczego po wspomnianej nowelizacji KC, z wyraźnym zamieszczeniem w nim zasady swobody umów, przekonują o potrzebie tego uregulowania i co do zasady jego trafności¹⁶. W stosunku do KZ 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 KC nawiązuje w wyraźny sposób do tego, co zawierał KZ, ale też z wyraźną i niełatwą do wytłumaczenia różnicą normatywną¹⁷.

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. Machnikowskiego*¹⁸), komentarzy do KC, innych tomów Systemu Prawa Prywatnego oraz podręczników w części dotyczącej zobowiązań cywilnoprawnych oraz umów jako czynności handlowych (w podręcznikach prawa gospodarczego i handlowego lub handlowego¹⁹). Ważne znaczenie mają analizy zawarte w orzecznictwie, zwłaszcza SN. Na uwagę zasługuje zwłaszcza uchwała pełnego składu Izby Cywilnej

¹⁴ Por. np. subtelny wywód na ten temat *B. Gawlika*, Pojęcie umowy nienazwanej, s. 7–11.

¹⁵ Na temat tego przepisu zob. zwłaszcza komentarze odnoszące się do art. 353¹ KC, szczególnie *J. Gudowski*, Kodeks cywilny. Orzecznictwo. Piśmiennictwo, t. III, cz. I, oraz wskazane monografie *R. Trzaskowskiego* i *P. Machnikowskiego*.

¹⁶ *R. Trzaskowski*, Swoboda umów, cz. 1, s. 64; wskazane tam: uchw. SN z 31.1.1996 r., III CZP 2/96, OSNC 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, OSNC 1995, Nr 3, poz. 42, z gl. *E. Drozda*, PS 1995, Nr 10, s. 109; wyr. SN z 9.11.2006 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.

¹⁷ Zob. orzecznictwo na gruncie art. 55 KZ, *J. Gudowski*, Kodeks cywilny. Orzecznictwo. Piśmiennictwo, t. III, cz. I, s. 38–39.

¹⁸ Zwłaszcza *R. Trzaskowski*, Granice swobody, *passim*; *tenże*, Swoboda umów, cz. 1 i 2, *passim*; *P. Machnikowski*, Swoboda umów, *passim*; *M. Lolik*, Współczesne prawo kontraktów, s. 41–43; *M. Saffjan*, w: *Pietrzykowski*, 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, 2017, s. 48.

¹⁹ Zob. np. *A. Kidyba*, Prawo handlowe, rozdz. 3; *W.J. Katner*, w: Prawo gospodarcze i handlowe (red. *W.J. Katner*), rozdz. BI, § 3, 2023; *W. Robaczyński*, w: Prawo cywilne i handlowe (red. *W.J. Katner*), rozdz. XIV.

SN z 28.4.1995 r.²⁰ oraz wyr. SN z 12.5.1997 r.²¹. W ostatnich latach odnotować należy uchwałę SN z 11.1.2018 r.²², wyr. SN z 18.5.2017 r.²³, wyr. SN z 13.4.2017 r.²⁴ oraz wyr. SN z 23.3.2017 r.²⁵.

§ 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 KC w Księdze III, jako tzw. część szczegółową 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 KZ dla tzw. stosunków powszechnych, i takie, które zostały przeniesione z uchylonego KH dla stosunków kupieckich (czynności handlowych). Są to: umowa agencyjna (ajencyjna), komis, spedycja (ekspedycja), przewóz, skład.

Drugą grupę stanowią przepisy o umowach, znajdujące się poza KC, zamieszczone w licznych ustawach szczególnych, często o charakterze kompleksowym²⁶. Dla uznania takiej umowy za nazwaną, odpowiadającą umowie kodeksowej, wymaga się określenia minimum jej składników, tzn. podmiotów (stron) 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 rozdziale²⁷. Przykładami takich umów są:

- 1) w prawie bankowym z 1997 r. – umowa kredytu bankowego i umowa gwarancji bankowej;
- 2) w ustawie o gospodarce nieruchomościami z 1997 r. – umowa o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami;

²⁰ III CZP 166/94, OSNC 1995, Nr 10, poz. 135, z gl. *G. Tracza*, Gl. 1996, Nr 7.

²¹ I CKN 114/97, OSNC 1997, Nr 12, poz. 193.

²² III CZP 93/17, OSNC 2018, Nr 10, poz. 98.

²³ Chodzi o drugą tezę, I CSK 540/16, OSNC 2018, Nr 3, poz. 32.

²⁴ III CSK 161/16, OSNC-ZD 2017, Nr D, poz. 71.

²⁵ V CSK 449/16, OSNC-ZD 2017, Nr D, poz. 67, z gl. *A. Szlęzaka*, Gl. 2018, Nr 1.

²⁶ *A. Kidyba* określa je jako umowy nazwane *sensu largo*, w odróżnieniu od tych kodeksowych, będących umowami nazwanymi *sensu stricto* (Prawo handlowe, s. 540–541). Nie dostrzegam potrzeby ani teoretycznej, ani praktycznej takiego nazewnictwa; zob. też Pozakodeksowe umowy handlowe (red. *A. Kidyba*), *passim*.

²⁷ *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 chyba jednak niepotrzebnie 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* były konieczne; pozostałe składniki tylko mogą wystąpić, ale nie muszą; nie decydują więc o bycie danej umowy nazwanej.

- 3) w ustawie o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych z 2017 r. z – umowa o udział w imprezie turystycznej;
- 4) w ustawie – Prawo telekomunikacyjne z 2004 r. – umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych;
- 5) w ustawie o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego oraz Deweloperskim Funduszu Gwarancyjnym z 2021 r. – umowa deweloperska.

11 Umowy nazwane stanowią więc typy umów ustawowo określonych, najczęściej zdefiniowanych w jednym przepisie prawa.

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)²⁸.

Może się wydawać, że umowy określone w KC są jednolitymi, wyodrębnionymi – w sposób wzajemnie się wyłączający – **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 KC²⁹. 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 rolnej³⁰.

12 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 formuluje się treść samej umowy, odwołując się do norm kodeksowych, które się ogólnie aprobuje, albo odwołanie jest dość typowe, choć może okazać się zawodne, gdy brzmi: „w sprawach nieuregulowanych umową stosuje się odpowiednie 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 wyr. SN z 6.10.2004 r.³¹. 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

²⁸ Odmienne S. Włodyka, w: System PrHandl, t. 5, 2017, s. 36.

²⁹ Zob. też M. Romanowski, A Opalski, A.W. Wiśniewski, w: Zielona Księga (red. Z. Radwański), s. 87; W.J. Katner, w: System PrHandl, t. 5, 2017, s. 1051–1052.

³⁰ 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; w tej sprawie wyr. SN z 4.3.2015 r., IV CSK 437/14, Legalis.

³¹ I CK 199/04, Legalis.

są nazwane i unormowane w KC, na tyle jednak do siebie w różnych elementach podobne, że mogą powstawać wątpliwości, które ujawniły się 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 spedycji³². Stwierdzono też słusznie, że również oddanie przez przewoźnika przesyłki do przewoźnikowi innemu przewoźnikowi nie powoduje przez takie zachowanie przekształcenia umowy przewozu w umowę spedycji³³.

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 świadczeniami umownymi stron, bliskimi umowie o pracę³⁴.

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 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*.

³² 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 gl. *P. Bielskiego*, a także z inną tezą i uzasadnieniem wyr. SN z 16.12.2009 r., I CSK 162/09, Legalis.

³³ Zob. ostatnio *M. Stec*, Umowa spedycji, skąd przyszła i dokąd zmierza?, s. 833 i n.

³⁴ 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.

Zgodzić się można z sugestią³⁵, 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 którym mowa w art. 764⁹ KC i umowa sprzedaży wg art. 535 KC).

14 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 wg 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 KC, czemu dobrze służy zwłaszcza art. 2 KSH. Do takich należą np. umowy stanowiące o powstaniu stosunku spółki wg KSH (umowa spółki osobowej lub spółki z o.o. i prostej spółki akcyjnej oraz statut spółki akcyjnej i statut SKA).

15 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 nienazwane³⁶.

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 KC. Umowy nazwane to, zdaniem większości, również te, które znajdują się w każdej ustawie poza KC³⁷, 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 lub znajdujący się w akcie wykonawczym, ale wyłącznie w granicach i na warunkach prawnych wskazanych w delegacji ustawowej³⁸.

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,

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

³⁶ 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.

³⁷ 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.

³⁸ Zob. trafne uwagi R. Trzaskowskiego, Granice swobody, s. 118, i cyt. tam orzecznictwo; por. w tym względzie S. Włodyka, M. Stec, w: System PrHandl, t. 5A, 2020, s. 27.

dla których ustawodawca wymienia składniki wybiegające poza te, które określa się mianem *essentialia negotii* (jak w art. 25 i art. 26 § 1 oraz w art. 157 § 1 i art. 166 § 1 KSH). Podobne wątpliwości budzi zakres wymagań co do treści wspomnianych wcześniej umów z bankiem, wg prawa bankowego.

Wydaje się, że aprobować można próby zakwalifikowania do umów nazwanych takich czynności prawnych, w których są niektóre składniki nietypowe, ale podporządkowane funkcjonalnie podstawowemu zobowiązaniu (zobowiązaniu), 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 wg 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 leasingu³⁹.

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”⁴⁰. 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 czynności⁴¹. Byleby, jak rozumiem, chodziło o te właśnie składniki, a nie o 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. zawartych w KSH⁴².

³⁹ W 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; por. też wyr. SN z 27.10.2014 r., III CSK 414/03, niepubl.

⁴⁰ W SKA mowa jest oczywiście o statucie tej spółki (art. 126 KSH).

⁴¹ Tak już B. Gawlik, Pojęcie umowy nienazwanej, s. 12.

⁴² A. Chłopecki zauważa, że zarówno w przypadku umów nazwanych, jak i nienazwanych, punktem wyjścia dalszej analizy jest zdefiniowanie świadczeń głównych i świadczeń ubocznych, A. Chłopecki, Umowa, s. 4 i n.; zob. też w kwestii konstrukcji pojęcia i jego użyteczności co do kwalifikacji umów nazwanych i nienazwanych A. Zwolińska, Obowiązek wykonywania pracy, *passim*.

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

I. Wyodrębnienie umów nienazwanych

17 Dzięki umowom nienazwanym wykorzystywane jest w pełni prawne usankcjonowanie zasady swobody umów⁴³. Przy założeniu, że zachowania stron umowy mieszczą się w granicach zakreślonych w polskim prawie przez art. 353¹ KC, treść umowy nieznannej KC albo innej ustawie może być przez przysze strony formułowana wg 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 ustaw⁴⁴.

W tym przypadku dobrze sprawdza się w praktyce system angloamerykański, z założenia nieregulujący ustawowo znakomitej części umów. Może właśnie dlatego na gruncie życia gospodarczego USA wyodrębniło się najwięcej takich nowych rodzajów umów w ciągu ostatnich kilkudziesięciu 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 językowym⁴⁵. Dzisiaj zaś coraz częściej mówi się o potrzebie regulacji kolejnych umów (kończących się często na -ing), jak np. umowa sponsoringu, umowa franchisingu oraz factoringu/faktoringu, która pewnie szybciej przestałaby być umową nienazwaną, gdyby nie dość zasadnicze różnice w jej rozumieniu w praktyce transkontynentalnej⁴⁶. Umową nazwaną ostatnimi czasy stała się umowa deweloperska, o pojęciowej ewolucji której, podobnie jak o leasingu, jest mowa dalej. 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 umowy⁴⁷.

18 Podstawowe znaczenie ma **ustalenie kryteriów wyodrębnienia umowy nienazwanej** jako dwustronnego stosunku prawnego. Podkreślam najpierw, że wychodzę z założenia, że 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. Występują zatem wielopodmiotowe stosunki prawne. Toteż, kiedy mówimy o umowach nienazwanych, interesują nas tylko dwustronne stosunki prawne.

⁴³ Por. na tle art. 55 KZ *Longchamps de Bérier*, Zobowiązania, 1999, s. 148.

⁴⁴ *A. Brzozowski*, w: System PrPryw, t. 5, 2013, s. 547–549; *P. Machnikowski*, w: System PrPryw, t. 5, 2013, s. 501.

⁴⁵ 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); zob. § 5 tego rozdziału.

⁴⁶ Sytuacja szczególna tej umowy polega na konwencji międzynarodowej o umowie faktoringu międzynarodowego, dotyczącej tej umowy, ogłoszonej w Ottawie w 1988 r.

⁴⁷ Por. *U. Promińska*, w: Instytucje prawa handlowego (red. *T. Mróz, M. Stec*), *passim*.

Zasadnicze wydaje się to, że **umowy nienazwane nie mają** i mieć nie mogą 19 ze swojej istoty *essentialia negotii*, co było już wcześniej przypomniane⁴⁸. Wyróżnienie w stosunku prawnym składników przedmiotowo istotnych oznaczałoby uregulowanie ustawowe, czyniąc z takiego stosunku prawnego określoną normatywnie relację prawną.

Kwestia ta była wielokrotnie potwierdzana w starszym i nowszym orzecznictwie oraz w stanowisku doktryny. Pośrednio zwrócił na to uwagę SN w post. z 27.11.2014 r.⁴⁹, odmawiając waloru istotnego zagadnienia prawnego pytaniu jednego z sądów II instancji o możliwość zaliczenia do elementów przedmiotowo-istotnych w umowach nienazwanych, wskazanego jako taki, warunku rozwiązującego zastrzeżonego w umowie. Założyć należy, że kryje się za tym uznanie bezprzedmiotowości tego pytania, skoro ma chodzić o umowę nienazwaną⁵⁰. Przeciwnieństwem tego jest twierdzenie w danej czynności prawnej braku któregoś ze składników, uznawanego za konieczny dla ważności tej czynności, gdyż oznaczałoby to nazwanie tej czynności, a w konsekwencji możliwą jej odtwarzalność i powtarzalność. 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 faktoringu/faktoringu. Do nowelizacji KC w 2000 r. taką była również umowa leasingu⁵¹. 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 faktoringu/faktoringu nadal jest umową nienazwaną w rozumieniu polskiego systemu prawnego, to jednak posiada dość wyraźne ramy prawne, które zapewne wywrą istotny wpływ na kształt przyszłej umowy nazwanej, jeśli doszłoby do kodyfikacji faktoringu lub umieszczenia tej umowy w ustawie pozakodeksowej⁵². 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 dalej nawiążę).

Z powyższego widać, że dla niektórych umów nienazwanych buduje się ramy 20 prawne przez lata praktyki. Sprawiają one, że umowa dotąd nienazwana zaczyna być traktowana jak umowa nazwana wskutek ujednoczenia się tej praktyki drogą zwy-

⁴⁸ Tak również *M. Romanowski*, rozdz. VII, § 21, Nb 1–2; skoro umowa nienazwana nie ma składników przedmiotowo-istotnych, wadliwe jest stwierdzenie, które pojawiło się w praktyce prawniczej, że uznanie danego kontraktu za umowę nienazwaną wymaga ustalenia, że jego *essentialia negotii* nie odpowiadają żadnej z umów nazwanych.

⁴⁹ I CSK 167/14, Legalis.

⁵⁰ Podobny pogląd został wypowiedziany w post. SN z 21.3.2018 r., II UK 229/17, Legalis i z 12.4.2018 r., II UK 288/17, Legalis.

⁵¹ Zob. *P. Katner*, Przeniesienie wierzycelności, s. 75 i n.

⁵² *P. Katner*, Przeniesienie wierzycelności, s. 100–109; *tenże*, Istota faktoringu, *passim*; *tenże*, Czy umowa faktoringu powinna stać się umową nazwaną?, s. 29 i n.; *tenże*, Umowa faktoringu i forfaitingu, w: *System PrHandl*, t. 5C, 2020, zwłaszcza rozdz. 21.2.2.

[Przejdź do księgarni →](#)