

Wojciech Dajczak

Zasady współzycia społecznego czy dobra wiara?

Część zmian, jakie dokonały się po roku 1989 w polskim prawie cywilnym, stanowi powrót do pojęć i konstrukcji, które występowały już w naszym prawie i które od wieków są znane prawu prywatnemu w Europie. Przykładowo w prawie zobowiązań przywrócono przepis deklarujący zasadę swobody umów¹, klauzulę *rebus sic stantibus*² i konstrukcję przekazu³. We wprowadzonych ostatnio przepisach art. 385-1 § 1 i 385-2 § 1 k.c.⁴ pojawiło się tradycyjne określenie dobrych obyczajów.

Nowelizacja kodeksu cywilnego nie wyczerpała możliwości w zakresie powrotu do tradycyjnych pojęć cywilistyki, w szczególności w odniesieniu do generalnej klauzuli słusznościowej. W literaturze spotykamy szereg

¹ Art. 353-1 k.c. Zasadę tę wypowiadał art. 55 k.z. Natomiast idea zasady swobody umów sięga swymi korzeniami do klasycznego prawa rzymskiego, por. W. Wołodkiewicz, *Rzymskie korzenie współczesnego prawa cywilnego*, Warszawa 1978, s. 94.

² Art. 357-1 § 1 k.c. W kodeksie zobowiązań wyrazem tej klauzuli był art. 269 k.z. Wpływ zmiany stosunków na zobowiązanie uznawali w nauce już glosatorzy; por. R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 406.

³ Art. 921-1 k.c. Przekaz był uregulowany w art. 613 i nast. k.z. Przekaz (*delegatio*) jako jeden ze sposobów umorzenia zobowiązania był znany i rozważany przez prawników rzymskich okresu klasycznego. Na ten temat np. W. Liteski, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1995, s. 264 i nast.

⁴ W brzmieniu ustalonym art. 18 ustawy z dnia 3.03.2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz.U. Nr 22, poz. 271). Tak ograniczona modyfikacja prowadząca do tego, iż w kodeksie występują obok siebie jedna z tradycyjnych klauzul słusznościowych i zasady współzycia społecznego może utrwalac przekonanie, że zmiana jest jedynie kwestią nazwy.

wypowiedzi, w których postuluje się zastąpienie klauzuli zasad współzycia społecznego tradycyjnymi klauzulami dobrych obyczajów, dobrej wiary, uczciwości obrotu. Istotna rola pojęcia dobrej wiary (*bona fides*) w rzymskim prawie obligacyjnym skłania do rozważenia użyteczności tych doświadczeń dla dzisiejszej dyskusji o celowości i ewentualnym sposobie zmiany generalnej klauzuli zasad współzycia społecznego.

1. Znaczenie *bona fides* dla prawa zobowiązań w antycznym Rzymie

Termin *bona fides* został wprowadzony do prawa rzymskiego nie później niż w II w. przed Chrystusem. Urzędnicy, przede wszystkim pretorowie, zapowiadając, w jaki sposób będą wykonywać władzę jurysdykcyjną, wprowadzili do formułek niektórych skarg⁵ klauzulę upoważniającą sędziego do zasądzenia na tyle, ile należy się według dobrej wiary (*oportet ex fide bona*). Praktyczny cel aktywności rzymskich jurystów sprawił, że wśród ich rozstrzygnięć znajdujemy wiele wypowiedzi, w których odwołanie się do *bona fides* jest powiązane z rozwiązaniem konkretnego problemu prawnego. Ujmując ten kazuistyczny dorobek syntetycznie i w sposób czytelny dla dzisiejszego prawnika, należy zwrócić uwagę na trzy kwestie: funkcje, jakie odgrywał termin *bona fides* w rzymskim prawie zobowiązań, problem metody konkretyzowania określenia *bona fides* oraz kwestię „obiektywności” sformułowanych przez jurystów rzymskich dyrektyw dotyczących stosowania skarg *bonae fidei*.

1.1. Funkcje określenia *bona fides*

Przystępując do naszkicowania funkcji pojęcia *bona fides*, należy przypomnieć, że opinie wydawane przez prawników rzymskich od okresu późnej Republiki do połowy III w. n.e. były jednym z istotnych czynników rozwoju prawa prywatnego. Edykty urzędników oraz nieliczne ustawy (*leges*) wyznaczały ogólnie ramy tego rozwoju. Nie można więc utożsamiać rzymskiej *bona fides* z klauzulą generalną dobrej wiary w skodyfikowanym prawie prywatnym i wskazywać jej funkcji z punktu widzenia stosowania kodeksowych norm prawnych. Dlatego dla czytelnego porównania z pra-

⁵ Nie ma wątpliwości, że w prawie rzymskim okresu pierwszych trzech wieków naszej ery dotyczyło to skarg z tytułu przechowania (*depositum*), zlecenia (*mandatum*), spółki (*societas*), sprzedaży (*emptio-vendito*), najmu (*locatio-conductio*).

wem współczesnym zasadne jest wskazywanie funkcji zwrotu *bona fides* w ocenie jurystów rzymskich dotyczącej czynności prawnej, a mianowicie zawarcia i wykonywania kontraktu⁶.

Najdawniejsze, przekazane w źródłach odniesienie do *bona fides* w rzymskim prawie obligacyjnym miało za cel ocenę postępowania zawierającego kontrakt i co się z tym wiąże, przesądzenie o obowiązku naprawienia szkody. Już żyjący na przełomie III i II w. p.n.e. Marek Katon uznał, że wymogiem *bona fides* jest, aby sprzedawca wskazał kupującemu każdą znaną sobie wadę rzeczy zbywanej⁷. Wykorzystanie określenia *bona fides* dla określenia oczekiwanego postępowania kontrahenta spotykamy w rozstrzygnięciach jurystów z całego okresu pryncypatu. Ilustrują to znakomicie dwa rozstrzygnięcia żyjącego na przełomie II i III w. n.e. prawnika Salviusa Ulpianusa. Jako *contra fidem bonam* określił on postępowanie lekarza, który poprzez zastosowane lekarstwo wywołał niebezpieczeństwo dla oczu pacjenta i w tym stanie przymusił go do zawarcia kontraktu sprzedaży⁸. Jako zgodne z *bona fides* nazwał Ulpian zachowanie depozytariusza, który zwraca przedmiot umowy niewolnikowi deponenta, gdy nie podejrzewa, iż ten działa wbrew woli swojego właściciela⁹. Tak wykorzystany zwrot *bona fides* spełniał więc funkcję kryterium interpretacji zgodności postępowania kontrahenta z wymaganym przez prawo standardem. Specyficznym przypadkiem interpretacyjnej funkcji pojęcia *bona fides* było używanie go jako przesłanki oceny uprawnień lub obowiązków kontrahenta, który nie wiedział, że narusza prawa osoby trzeciej, lub nie znał swojej rzeczywistej sytuacji prawnej. Przykładowo Ulpian wyjaśnił, że gdy ktoś *bona fide* kupił dom i go wynajął, nie będzie zobowiązany do naprawienia szkody najemcy, któremu odebrano mieszkanie, gdy zaoferuje mu inne, nie mniej wygodne mieszkanie¹⁰. Współczesny Ulpianowi Papinian uznał, że jeżeli wolny, który *bona fides* służył jako niewolnik, zawarł z własnej inicjatywy kontrakt, to jemu przysługuje wynikająca z kontraktu skarga¹¹.

⁶ Pamiętać jednak należy, iż antyczne prawo rzymskie nie znało dogmatycznego pojęcia czynności prawnej.

⁷ Cic. De off. 3, 16, 65-66.

⁸ D.50,13,3.

⁹ D.16,3,11.

¹⁰ D.19,2,9 pr.

¹¹ D.17,1,54,1.

Kolejnym istotnym praktycznie obszarem stosowania *bona fides* była ocena mocy wiążącej kontraktu. W tym zakresie *bona fides* mogła spełniać funkcję korygującą ustaloną przez strony treść czynności. Mogła też stanowić rozwijające prawo uzasadnienie mocy wiążącej postanowienia umownego. Pierwszą z sytuacji ilustruje opinia żyjącego w pierwszym wieku naszej ery Iavolenusa. Odwołując się do dobrej wiary, uznał on, że zawarta na czas określony umowa dzierżawy przestała wiązać strony przed upływem ustalonego terminu, z chwilą, gdy odpadł cel, w jakim strony ją zawarły¹². Przykładem drugiej ze wskazanych sytuacji jest wywiedziona z *bona fides* przez Ulpiana opinia, że postanowienie umowne wiąże też następców prawnych kontrahenta, gdy jest to istotne z punktu widzenia celu zawartego kontraktu¹³.

Ostatnią dającą się czytelnie wyróżnić funkcją odniesień do *bona fides* było uzupełnianie treści czynności prawnej. Takie rozwiązanie stanowi w szczególności wypowiedź Ulpiana, w której wyjaśnił, że mandatariusz, który użył pieniędzy mandanta dla udzielenia pożyczki osobie trzeciej, jest obowiązany przekazać mandantowi odsetki, jakie uzyskał z tytułu tej pożyczki. Gdy natomiast użył tych pieniędzy w swoim interesie, powinien zapłacić odsetki w wysokości pobieranej w danym regionie¹⁴.

Powyższy szkic rzymskiej kazuistyki pozwala, jak sądzę, stwierdzić, iż są funkcjonalne podobieństwa pomiędzy odwoływaniem się przez rzymskich jurystów do pojęcia *bona fides* przy ocenie kontraktu a wykorzystaniem generalnej klauzuli słusznościowej współcześnie. W antycznym Rzymie, podobnie jak w większości dzisiejszych kontynentalnych systemów prawnych, możemy wskazać funkcję *bona fides* jako kryterium interpretacji, instrumentu korekty treści czynności prawnej lub uzupełnienia jej treści¹⁵.

¹² D.19,2,21. Kontrakt dzierżawy (*locatio-conductio*) został zawarty, aby na jego podstawie wydać kupującemu przedmiot sprzedaży przed zapłatą ceny. Celem zawarcia umowy dzierżawy było więc zabezpieczenie sprzedawcy. Prawnik uznał, że obowiązek zapłaty czynszu odpadł z chwilą, gdy przed umówionym terminem cena została zapłacona w całości.

¹³ D.8,4,13pr. Chodzi o postanowienie zakazujące połowu ryb z określonego gruntu, które prawdopodobnie miało za cel zapewnienie pomyślności gospodarczej sprzedawcy tego gruntu.

¹⁴ D.17,1,10,3.

¹⁵ Por. M. H e s s e l i n k, *Good Faith*, [w:] *Towards a European Civil Code*, Nijmegen 1998, s. 292.

To ogólne podobieństwo¹⁶ prowokuje więc współczesnego prawnika, aby zapytać o metodę Rzymian operowania pojęciem dobrej wiary w prawie obligacyjnym.

1.2. „Metoda konkretyzowania” pojęcia *bona fides*

Podjmując tę kwestię, przypomnieć z kolei należy, iż prawnicy rzymscy co do zasady nie prowadzili teoretycznych rozważań. W ich rozumowaniu, prowadzącym do znalezienia rozwiązania konkretnego przypadku, możemy odnajdywać tylko elementy systematycznego myślenia, które łączyły się z intuicyjną oceną trafności rozwiązania¹⁷. Dlatego szkic „metody konkretyzowania” pojęcia *bona fides* przez rzymskich jurystów oprócz można co do zasady na obserwacji praktycznych rezultatów ich rozstrzygnięć.

Oparta na szerokiej podstawie źródłowej obserwacja rozstrzygnięć daje, moim zdaniem, podstawę do wniosku, że odwoływanie się do *bona fides* służyło aksjologicznemu porządkowaniu prawa kontraktów¹⁸. Kierunek tego porządkowania wyznaczały wyobrażenia jurystów o celach prawa, ustalone pod wpływem filozofii greckiej, przede wszystkim stoików, a ujęte lapidarnie przez Ulpiana jako nakazy prawa (*praecepta iuris*): żyć uczciwie (*honeste vivere*), nie wyrządzać szkody innemu (*alterum non laedere*), oddać każdemu to, co mu się należy (*suum cuique tribuere*)¹⁹. Przykładowo przychylność dla uczciwego postępowania (*honeste vivere*) znalazła odbicie w rozstrzygnięciu prawnika z II w. Africanusa, który rozszerzył poza granice winy odpowiedzialność za wady przedmiotu umowy tego, kto oddając rzecz w dzierżawę (*locatio-coductio*) nie postępował *bona fide*²⁰. Wyr-

¹⁶ Ogólny jedynie walor wskazanego podobieństwa należy podkreślić z dwóch co najmniej powodów. Po pierwsze, prawotwórczego waloru rozstrzygnięć jurystów rzymskich, po drugie, istnienia współcześnie różnic pomiędzy dokładną definicją każdej ze wskazanych funkcji w dogmatykach narodowych (zob. M. H e s s e l i n k, *op. cit.*, s. 292).

¹⁷ M. K a s e r, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-historische Klasse, Nr 2, Göttingen 1962, s. 54 i nast. Tak ustalone rozstrzygnięcia były następnie weryfikowane przez praktykę. Utrwały się te, których trafność potwierdziło życie; por. F. S c h u l z, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin 1954, s. 9 i nast.

¹⁸ W. D a j c z a k, *Zwrot bona fides w rozstrzygnięciach dotyczących kontraktów u prawników rzymskich okresu klasycznego*, Toruń 1998, s. 148 i nast.

¹⁹ D.1,1,10,1.

²⁰ D.19,2,35pr.

zem przeciwdziałania powstaniu szkody (*alterum non laedere*) jest w szczególności pogląd Ulpiana, który uznał zasadność przywrócenia do stanu poprzedniego (*in integrum restitutio*), gdy zawierający kontrakt sprzedaży (*emptio-venditio*) postępował *contra fidem bonam*²¹. Wreszcie zgodność z postulatami *suum cuique tribuere* ilustruje rozstrzygnięcie Ulpiana uzasadnione w ten sposób, iż *bona fides* nakazuje, aby mandatariusz, który samodzielnie użył pieniędzy mandanta, wydał uzyskane dzięki temu korzyści²². Dokonywana poprzez termin *bona fides* konkretyzacja tych *praecepta* nie była dowolna. Granice takiego rozwoju prawa były ograniczone ramami wyznaczanymi przez edykt, ustawy, *regulae iuris*. W czasach rzymskich wskazał na to wyraźnie Tryphonian, stwierdzając w szczególności, że dobra wiara mogła prowadzić do innego niż słuszność rozwiązania²³. Brak dowolności w operowaniu pojęciem *bona fides* potwierdzają też ustalenia, że juryści wykorzystywali go, dyskutując tylko o kontraktach, w których formułce była klauzula *oportet ex fide bona* oraz fakt, że nie znajdujemy przykładu, aby ogólnie uznawana zasada prawna (*regula iuris*) została zakwestionowana w oparciu o *bona fides*²⁴.

Powyższe uwagi uzasadniają ogólne stwierdzenie, iż podstawą dla konkretyzowania *bona fides* przy rozstrzygnięciu konkretnych przypadków było przekonanie jurystów rzymskich o istnieniu czytelnych zasad, wartości, których urzeczywistnieniu prawo powinno służyć. Określenie *bona fides* pomagało w ich „przekładaniu” na rozwiązania, które jurysta uważał za trafne *ad casum*.

To stwierdzenie prowokuje współczesnego prawnika, by zapytać o „gwarancje” trafności takich rozstrzygnięć. Innymi słowy, chodzi o to, czy można mówić o „obiektywnej” poprawności wskazanych przez Rzymian nakazów *bona fides* w prawie obligacyjnym.

1.3. Problem „obiektywności” rzymskich nakazów *bona fides*

Studiując rozwiązania rzymskich prawników, szybko można spostrzec, iż właściwe im przekonanie o istnieniu trafnego, prawdziwego rozwiązania konkretnego przypadku często łączyło się ze stwierdzeniem błędności roz-

²¹ D.50,13,3.

²² D. 17, 1, 10, 3.

²³ D. 16, 3,31, 1.

²⁴ Zob. W. D a j c z a k, *op. cit.*, s. 144 i nast.

strzygnięcia innego jurysty. Konkretyzowanie *bona fides* w praktyce rzymskiej jurysprudencji można więc postrzegać jako poszukiwanie prawdziwego rozwiązania, którego trafność była weryfikowana z punktu widzenia długotrwałego, niekiedy kilkusetletniego doświadczenia. Efektem takiego mechanizmu jest to, że są rozwiązania oparte na *bona fides*, które zostały następnie odrzucone w praktyce. I tak żyjący na przełomie er Labeo uważał, iż dobra wiara wymaga wykonania kontraktu zgodnie z jego dosłownym brzmieniem²⁵, a już młodszy od niego o kilkadziesiąt lat Nerva uznał, że zgodny zamiar stron ma pierwszeństwo przed wiernością literze kontraktu²⁶. Można wskazać wyprowadzone *bona fides* wnioski, które początkowo budziły kontrowersje, a później zostały uznane powszechnie. W połowie II wieku n.e. były wątpliwości, czy w kontrakcie chronionym skargą *bonae fidei* jest dopuszczalne umowne wyłączenie odpowiedzialności za podstęp. Już kilkadziesiąt lat później uznano powszechnie niedopuszczalność takiego porozumienia²⁷. Wreszcie wskazać możemy wypowiedziane przez jurystów rzymskich ogólne dyrektywy, jak w szczególności zalecenie uwzględnienia zwyczajów miejscowych w kwestiach nie ustalonych przez strony²⁸, które są w istocie syntezą doświadczeń w wykorzystywaniu pojęcia *bona fides* w praktyce kontraktowej.

Naszkiecowany mechanizm daje podstawę do istotnego dla współczesnego prawnika ustalenia, iż wynikające z *bona fides* rozwiązania rzymskich prawników końca drugiego i pierwszej połowy trzeciego wieku co najmniej w większości nie są subiektywnym sądem jurysty, ale zostały pozytywnie zweryfikowane w antycznej praktyce prawnej.

2. *Bona fides* w źródłach rzymskich a rozwój prawa prywatnego w czasach nowożytnych

Przedstawione podobieństwa funkcjonalne pomiędzy rzymską *bona fides* a klauzulą słusznościową w kodeksie prawa prywatnego oraz doświadczenia rzymskich jurystów dotyczące aktualnego do dziś problemu konkretyzowania pojęcia dobrej wiary zdają się przemawiać za ich użytecznością

²⁵ D.19,1,50.

²⁶ D.21,2,29 pr.

²⁷ D.50,17,23.

²⁸ Np. D.21,1,31,30.

w dyskusji o celowości i ewentualnym sposobie zmiany klauzuli zasad współzycia społecznego w naszym kodeksie cywilnym. Sądzę jednak, że dla postrzegania tej użyteczności we właściwej perspektywie jest pomocne, choćby krótkie i ograniczone, przypomnienie wpływu rzymskiego pojęcia *bona fides* na nowożytną naukę prawa prywatnego. W europejskiej literaturze prawniczej inspiracyjne oddziaływanie tego pojęcia jest widoczne wyraźnie od wieku XVI²⁹. W jednym z najwcześniejszych naukowych opracowań prawa handlowego – opublikowanym w roku 1553 *Tractatus de mercatura seu mercatore* – Benvenuto Stracca³⁰ przyjął za punkt wyjścia wyjęte z kontekstu stwierdzenie Ulpiana, iż *bona fides* nie pozwala, aby spierać się „o szczyty pomysłowości prawniczej” (*apices iuris*), ale o to, czy ktoś jest dłużny, czy nie³¹. Tekst ten dał Straccie podstawę do abstrakcyjnego ujęcia mechanizmu funkcjonowania dobrej wiary jako pozwalającej w minimalnym zakresie na „prawnicze wybiegi” (*apices iuris*), a zapewniającej przewagę „prawdzie i słuszności” (*veritas et aequitas*)³². Akcentowanie znaczenia dobrej wiary znajdowało wyraz w konkretnych rozwiązaniach prawnych dotyczących obrotu kupieckiego. Przykładowo na tej podstawie uznawano w XVI stuleciu w obrocie kupieckim zaskarżalność nieformalnej umowy³³.

Żywotność i uniwersalność rzymskich doświadczeń w operowaniu pojęciem dobrej wiary ilustrują wypowiedzi przedstawicieli szkoły prawa natury. W opublikowanym w końcu wieku XVII dziele Jeana Domata *Les loix civiles dans leur ordre naturel* czytamy, że „prawa, które nakazują dobrą wiarę (*bonne foy*), wierność, szczerłość i które zwalczają podstęp, oszustwo i wszelkie zaskakiwanie, są prawem i od tego nie może być

²⁹ Zob. A. Carcaterra, *La buona fede nel diritto romano*, t.1, Bari 1956, s. 31.

³⁰ Zob. R. Meyer, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtsstradition*, Göttingen 1994, s. 60.

³¹ D. 17,1,29,4. W tekście omawiana jest kwestia odpowiedzialności dłużnika względem poręczyciela, który spłacił istniejący dług, a nie wykorzystał zarzutu formalnego nieprawidłowej reprezentacji wierzyciela.

³² B. Stracca, *Tractatus de mercatura se mercatore Pars VI*, No. 1. Cytuję za: R. Meyer, *op. cit.*, s. 63.

³³ H. Coing, *Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800*, München 1985, t. 1, s. 530 (tam dalsza literatura).

zwolnień ani wyjątków³⁴. Jest znamienne, że w innym miejscu tego dzieła autor wskazuje w trybie rozkazującym na trzy zasady: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*³⁵, a więc sformułowane przez Ulpiana nakazy prawa, co do których, przypomnę, możemy wnioskować, że wyznaczały kierunek konkretyzacji pojęcia *bona fides* przez rzymskich jurystów. Podobne podejście, polegające na podkreślaniu doniosłości dobrej wiary i słuszności w kontraktach, możemy spotkać także u innych współczesnych Domatowi i późniejszych od niego przedstawicieli szkoły prawa natury³⁶.

W rozważaniach XIX-wiecznych pandektystów niemieckich, którzy, przyjmując za punkt wyjścia rzymskie źródła, budowali nowoczesną dogmatykę prawa prywatnego, spotykamy też odniesienia do pojęcia *bona fides* w prawie obligacyjnym. Przykładowo Otto Wendt w swoim podręczniku prawa cywilnego przedstawił na podstawie rzymskich źródeł sens podziału na skargi *stricti iuris* i *bonae fidei*, po czym stwierdził, że „w dzisiejszym prawie zasada *bona fides* stała się ogólną zasadą kontraktową (...) gdyż rozróżnienie pomiędzy *actiones bonae fidei* i *stricti iuris* straciło całkiem znaczenie praktyczne³⁷. Bernhard Windscheid uznał natomiast, iż znaczenie utracił procesowy aspekt tego podziału, ale „leżąca u podstawy tego rozróżnienia myśl ma dla nas ciągle tę samą prawdę, jaką miała dla Rzymian³⁸. W przeciwieństwie jednak do szkoły prawa natury, odniesieniu się do zasady dobrej wiary nie towarzyszyło przywoływanie aksjologicznych założeń prawa, które w szczególności wyznaczały sposób konkretyzacji *bona fides* przez jurystów rzymskich.

Można więc ogólnie stwierdzić, iż rzymskie pojęcie *bona fides* zostało przyjęte w nowożytnej nauce prawa jako „etykieta” łagodzenia formalizmu w prawie, poszukiwania „słusznego prawa”. Wraz z pojęciem przejmowano jakiś element z rzymskich doświadczeń, np. Jean Domat ogólne określenie wartości, które urzeczywistniano operując pojęciem *bona fides*, a

³⁴ J. Domat, *Les lois civiles dans leur orde naturel*, I, XVIII.

³⁵ J. Domat, *op. cit.*, VII.

³⁶ D. Corradini, *Il criterio della buona fede e la sicura del diritto privato*, Milano 1970, s. 17 i nast.

³⁷ O. Wendt, *Lehrbuch der Pandekten*, Jena 1888, s. 484.

³⁸ B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt a/M. 1891, s. 110.

Otto Wendt precyzyjne rzymskie dyrektywy dotyczące skarg *bonae fidei*³⁹. W konsekwencji można stwierdzić, iż klauzula generalna dobrej wiary, wprowadzona do wyrastającego ze szkoły prawa natury francuskiego kodeksu cywilnego⁴⁰ i pandektystycznego kodeksu niemieckiego⁴¹, obecna dziś w większości europejskich kodyfikacji cywilnych⁴², ma źródło swojej inspiracji w rzymskiej *bona fides*.

Sposób redakcji tej klauzuli generalnej, a w konsekwencji metoda jej stosowana nie zostały jednak oparte na historycznej analizie metody posługiwania się przez prawników rzymskich określeniem *bona fides*. Ogólne podobieństwo funkcjonalne pomiędzy rzymskim określeniem *bona fides* i współczesną słusnościową klauzulą generalną oraz genetyczny związek pomiędzy nimi uzasadniają jednak, jako przejaw „empirycznego realizmu”⁴³, odniesienie się do kontrowersji na temat celowości i ewentualnego sposobu zmiany klauzuli zasad współzycia społecznego w oparciu o wyniki historycznej analizy rzymskich źródeł.

3. Współczesne kontrowersje wokół klauzuli zasad współzycia społecznego a doświadczenie rzymskiej *bona fides*

Trwającą wiele lat dyskusję na temat metody stosowania klauzuli zasad współzycia społecznego uzupełnił w ostatnich latach spór co do celowości zastąpienia jej pojęciem dobrej wiary czy też dobrych obyczajów. Użyteczność argumentów historycznych dla rozumienia i posługiwania się pojęciem dobrych obyczajów pokazały rozważania Andrzeja Tomaszka, poświęcone praktycznym aspektom stosowania tej klauzuli⁴⁴. Spójrzmy więc, jak dyskusję wokół klauzuli słusnościowej w polskim kodeksie cywilnym mogą wzbogacić wnioski dotyczące *bona fides*, płynące z doświadczenia prawa rzymskiego.

³⁹ O. W e n d t, *op. cit.*, s. 483.

⁴⁰ Art. 1134 ust. 3 francuskiego k. c.

⁴¹ § 157 i 242 niemieckiego k. c.

⁴² Por. art. 288 greckiego k. c.; art. 762 ust. 2 portugalskiego k. c.; art. 1258 hiszpańskiego k. c.; art. 6:2 i 6:248 holenderskiego k. c.; art. 2 szwajcarskiego k. c.; art. 1175 i 1375 włoskiego k. c.

⁴³ Zob. T. H o n s e l l, *Historische Argumente im Zivilrecht. Ihr Gebrauch und ihre Wertschätzung im Wandel unseres Jahrhunderts*, Ebelsbach 1982, s. 200 (tam dalsza lit.).

⁴⁴ A. T o m a s z e k, *Dobre obyczaje czy zasady współzycia społecznego*, Rzeczpospolita z dnia 21.11.1997 r., nr 271, s. 17.

3.1. Problem nazwy klauzuli słusnościowej

W roku 1990 Marek Safjan zaproponował powrót naszego prawa cywilnego do tradycyjnych klauzul słusnościowych „dobrych obyczajów”, „uczciwości i lojalności” oraz „dobrej wiary”. Zdaniem tego autora, jest to kwestia nie tylko oczyszczenia naszego języka prawnego z „zaszłości” minionego okresu, ale również uwiarygodnienia naszego prawa w skali europejskiej, albowiem klauzula zasad współzycia jest bodaj najbardziej charakterystycznym wyznacznikiem prawa w państwach komunistycznych⁴⁵. Podobnie Leszek Leszczyński stwierdził, iż prawodawca III Rzeczypospolitej ma polityczny interes w przywróceniu klauzuli dobrych obyczajów do tekstów podstawowych aktów praw, ponieważ pokaże przywiązanie do klauzul ukształtowanych w ustawodawstwach europejskich⁴⁶. Przeciwno takiej zmianie wypowiedział się niedawno Adam Szpunar⁴⁷. Symboliczny sens odejścia od określenia „zasad współzycia społecznego” uznał natomiast ostatnio Tomasz Justyński⁴⁸. Obok argumentu o symbolicznym walorze zmiany nazwy klauzuli słusnościowej spotykamy też stwierdzenie, iż może to być podyktowane potrzebą harmonizacji prawa⁴⁹.

Patrząc z perspektywy losów prawa rzymskiego, można sformułować w tym miejscu dwa pytania: Czy terminologia generalnych klauzul słusnościowych w krajach zachodniej Europy ma związek z doświadczeniem prawa rzymskiego? Czy doświadczenie rzymskich prawników dostarcza argumentów za wyborem nazwy „dobra wiara” dla oznaczenia generalnej klauzuli słusnościowej?

Podejmując pierwsze z postawionych pytań, można stwierdzić, iż określenie „dobra wiara” (*good faith*) jest rozważane jako jedno z centralnych pojęć w dyskusji o budowaniu dogmatyki europejskiego prawa prywatnego.

⁴⁵ M. S a f j a n, *Klauzule generalne w prawie cywilnym (przyczynek do dyskusji)*, PP 1990, nr 11, s. 56.

⁴⁶ L. L e s z c z y ń s k i, *Dobre obyczaje zamiast zasad współzycia społecznego*, Rzeczpospolita z 30.01.1998, nr 26 (4886) s. 17.

⁴⁷ A. S z p u n a r, *Uwagi o nadużyciu prawa podmiotowego*, [w:] *II Kongres Notariuszy RP. Referaty i opracowania*, Poznań-Kluczbork 1999, s. 340.

⁴⁸ T. J u s t y ń s k i, *Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym*, Kraków 2000, s. 112 (tam dalsza lit.).

⁴⁹ J. P r e u s s n e r - Z a m o r s k a, *Problematyka klauzul generalnych na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Klauzula dobrych obyczajów w art. 16, KPP 1998, z. 4, s. 654.*

Termin dobra wiara (*good faith*) spotykamy już w europejskim prawie prywatnym⁵⁰. Dosłowne tłumaczenie wyrażenia „dobra wiara” jest określeniem generalnej klauzuli słusznościowej w romańskich kodeksach cywilnych⁵¹. Nie zawsze jednak nazwa klauzuli słusznościowej jest tłumaczeniem terminu *bona fides*. Przykładowo w niemieckim kodeksie cywilnym oznacza ją pojęcie *Treu und Glauben* (dosłownie: cześć i wiara, lub uczciwość i zaufanie), w prawie holenderskim *redelijkheid en billijkheid* (dosłownie: rozsądnie i słusznie)⁵². W literaturze wskazuje się jednak, iż te pojęcia wyrastają z rzymskiej *bona fides*⁵³. Co więcej, w odniesieniu do niemieckiej formuły *Treu und Glauben* podnoszono zarzut „ciężkiego błędu w tłumaczeniu”, polegającego na tym, iż określenie, które pierwotnie oddawało ściśle indywidualistyczną wizję umowy, zostało wykorzystane jako tłumaczenie etycznej zasady *bona fides*⁵⁴. Jak zatem widać, językowa redakcja generalnej klauzuli słusznościowej nie przesądza automatycznie o odrzuceniu lub uznaniu znaczenia tradycji prawa rzymskiego dla jej stosowania. Z tego powodu uważam, iż zastąpienie w kodeksie cywilnym nazwy „zasady współzycia społecznego” którymś z tradycyjnych określeń klauzuli słusznościowej może mieć walor praktyczny, jeśli będzie miało charakter kompleksowy i zostanie powiązane z rozważeniem użyteczności związanego z nim doświadczenia. Do takich uwag poświęconych rzymskiej *bona fides* przejdę poniżej. W ramach dyskusji o nazwie klauzuli zasadne jest jeszcze zwrócenie uwagi na okoliczności uzasadniające wybór terminu „dobra wiara” spośród kilku tradycyjnych określeń. Za jego przyjęciem przemawia to, iż byłyby to powrót do terminologii kodeksu zobowiązań⁵⁵

⁵⁰ Art. 3 dyrektywy 93/13/EWG z dnia 5.04.1993 r., O.J. No L 95.

⁵¹ Zob. J.M. Miq u e l, *Buena fe*, [w:] *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid 1995, t. 1, s. 831.

⁵² Zob. M. H e s s e l i n k, *op. cit.*, s. 287.

⁵³ Co do prawa holenderskiego: H. A n k u m, *Principles of Roman Law Absorbed in the New Dutch Civil Code*, [w:] *Essays on European Law and Israel*, ed. A. M. Rabello, Jerusalem 1996, s. 49 i nast.; co do prawa niemieckiego: O. B e h r e n d s, *Zu den christlichen Grundlagen der Willenstheorie im heutigen Vertragsrecht*, [w:] *Christentum und modernes Recht. Beiträge zum Problem der Säkularisation*, Hrsg. G. Dichter, U. Staff, Frankfurt am Main 1984, s. 282 i nast.

⁵⁴ O. B e h r e n d s, *op. cit.*, s. 282 (tam dalsza lit.).

⁵⁵ Zgodnie z art. 107 k.z., oświadczenie woli należało tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, dobra wiara i zwyczaj uczciwego

i terminu czytelnego dla ponadnarodowej dogmatyki prawa prywatnego oraz obecnego w świadomości polskich prawników⁵⁶. Fakt, iż byłoby to proste tłumaczenie rzymskiego wyrażenie *bona fides*, pozwala dodatkowo wskazać na wynikającą z prawa rzymskiego okoliczność przemawiającą za takim wyborem językowym. Istnieje czytelna różnica pomiędzy wykorzystywaniem przez rzymskich prawników słów słusność (*aequitas*) i dobra wiara (*bona fides*). Pierwsze z nich mogło służyć krytyce prawa⁵⁷. Natomiast termin *bona fides*, jak wskazałem wyżej, pomagał w rozwijaniu prawa zgodnie z czytelnymi założeniami aksjologicznymi, ale w ramach wytyczanych przez *leges*, edykt i *regulae iuris*. Jeśli, jak zauważył L. Leszczyński, tradycja historyczna może ograniczać swobodę stosowania klauzuli generalnej⁵⁸, to wskazany argument z rzymskiego języka prawniczego jest pomocy przy rozstrzyganiu wątpliwości co do zakresu funkcji korygującej klauzuli generalnej. Wspierałby on stanowisko, iż pojęcie dobrej wiary może służyć rozwijaniu prawa, ale nie stanowi podstawy dla jego krytyki. W końcu należy zauważyć, iż proponowanie wprowadzenia w obrocie profesjonalnym kryterium „zwyczajów uczciwego obrotu” obok klauzuli „dobrej wiary” w obrocie powszechnym nie będzie stanowić terminologicznego oderwania się od źródeł rzymskich⁵⁹.

3.2. Problem metody stosowania klauzuli słusnościowej

Jak stwierdziłem wyżej, zmiana nazwy generalnej klauzuli słusnościowej może mieć wymiar praktyczny, jeśli zostanie powiązana z rozważa-

obrotu. Stosownie do art. 189 k.z. strony powinny wykonywać zobowiązanie zgodnie z ich treścią, w sposób odpowiadający wymaganiom dobrej wiary i zwyczajom uczciwego obrotu.

⁵⁶ Ilustruje to pogląd J. Gajdy, według którego zasady współżycia społecznego stanowią kryterium przypisywalności dobrej wiary w znaczeniu obiektywnym; zob. J. G a j d a, *Pojęcie dobrej wiary w przepisach kodeksu cywilnego*, *Studia Prawnicze* 1997, z. 2, s. 60.

⁵⁷ Zob. D. N ö r r, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München 1974, s. 32 i nast.

⁵⁸ L. L e s z c z y Ń s k i, *op. cit.*, s. 17. Podkreśla on jednak, iż zasadnicze znaczenie dla metody posługiwania się klauzulą generalną ma system prawny, w którym ona występuje, i otoczenie polityczne.

⁵⁹ T. J u s t y Ń s k i, *op. cit.*, s. 113. Co do prawa rzymskiego zob. np. I. K o s c h e m b a h r - Ł y s k o w s k i, *Uwzględnienie przez sędziego zwyczajów obrotu w prawie klasycznym rzymskim*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Leona Pinińskiego*, t. 2, Lwów 1936, s. 1 i nast. Problem użyteczności rzymskiego pojęcia zwyczajów obrotu dla współczesnego prawa prywatnego wymaga odrębnego omówienia.

niem walorów stojącego za przywracaną nazwą doświadczenia. Spojrzymy więc, czy doświadczenia rzymskich prawników mogą inspirować dyskusję na temat metody stosowania klauzuli generalnej dobrej wiary w nowożytnym prawie prywatnym.

Podjęcie takich poszukiwań uzasadnia, jak sądzę, wskazane wyżej ogólne podobieństwo funkcji termin *bona fides* w dziełach antycznych jurystów i klauzuli słusznościowej współcześnie. Śmielszemu poszukiwaniu inspiracji w rzymskiej kazuistyce przez dzisiejszych prawników sprzyja otwartość współczesnej cywilistyki na tzw. prawo sędziowskie⁶⁰.

Zasadnicza w polskiej cywilistyce kontrowersja co do metody stosowania klauzuli „zasad współzycia społecznego” sprowadza się do różnicy między tzw. normatywnym i sytuacjonistycznym ich rozumieniem. Istota pierwszego ze wskazanych stanowisk tkwi w postrzeganiu zasad współzycia jako norm o uzasadnieniu aksjologicznym. W konsekwencji uznaje się, że sąd w konkretnym przypadku powinien sformułować w sposób abstrakcyjny zasadę, na której się oparł⁶¹. Zwolennicy tego stanowiska argumentują, iż takie postępowanie stanowi niezbędny warunek prawidłowego funkcjonowania kontroli instancyjnej⁶². Autorzy reprezentujący tzw. sytuacjonistyczne rozumienie zasad współzycia podnoszą, że postulat wskazania przez sąd treści zasady, jaka konkretnie została naruszona albo jaka powinna być przestrzegana, jest chybiony i sprzeczny z istotą rzeczy. Zmierzają to bowiem do konkretyzowania i formalizowania tego, co z natury swej nie powinno być formalizowane i upodabniane do norm prawa pozytywnego⁶³. Pomiędzy autorami zajmującymi przeciwne stanowiska toczy się polemika⁶⁴. Podjęta przez Józefa Nowackiego próba przewyciężenia tej kontro-

⁶⁰ E. Łętowska, *Bariery naszego myślenia o prawie w perspektywie integracji z Europą*, PiP 1996, nr 4-5, s. 295 i nast.; A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 295 i nast.

⁶¹ Tak np. S. Sołtysiński, Z. Ziębiński, *Glosa do uchwały SN z 17.01.1974 r. III PZP 34/73*, PiP 1978, nr 7, s. 166.

⁶² *Ibidem*, s. 166.

⁶³ L. Krąkowski, *Zasady współzycia społecznego w stosunkach pracy w PRL*, Warszawa 1970, s. 95.

⁶⁴ J. Nowacki, *O normatywnych (abstrakcyjno-generalnych) i sytuacjonistycznych rozumieniach zasad współzycia społecznego*, [w:] *Z problematyki prawa pracy i polityki społecznej*, t. 3, Katowice 1980, s. 12 (tam literatura); Z. Ziębiński, *Stan dyskusji nad problematyką klauzul generalnych*, PiP 1989, nr 3, s. 20 i nast.

wersji sprowadza się do stwierdzenia, iż akceptacja jednego ze wskazanych sposobów rozumienia zasad współżycia społecznego jest określonym akcesem moralnym i dlatego są one na równi uprawnione⁶⁵. Takie stwierdzenie nie pomaga w porządkowaniu praktyki stosowania omawianej klauzuli generalnej.

Przypomnienie rzymskich doświadczeń wykorzystywania terminu *bona fides* wprowadza do tej dyskusji nowe elementy. Obserwacja metody stosowania przez jurystów pojęcia *bona fides* w praktyce kontraktowej wskazuje, iż opierali się oni na przekonaniu, że istnieją fundamentalne zasady, wartości, których urzeczywistnieniu prawo powinno służyć. Co więcej, w rzymskich źródłach prawnych znajdujemy, inspirowane prawdopodobnie przez stoików, syntetyczne ujęcie tych zasad jako tzw. nakazów prawa: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. Ten element rzymskiego doświadczenia skłania zatem do postawienia tezy o celowości połączenia dyskusji o zmianie nazwy klauzuli słusznościowej z dyskusją na temat wartości, którym prawo powinno służyć i rozwiązywania kolizji między nimi⁶⁶. Może ona służyć przezwyciężeniu niejasnego dla praktyki poglądu, poprzestającego na dopuszczeniu różnego rozumienia klauzuli generalnej, uzależnionego od akcesu moralnego. Wspierając się na rzymskim doświadczeniu, można poprzeć, towarzysząc postulatowi przywrócenia tradycyjnych klauzul słusznościowych, propozycję M. Safjana dotyczącą metody stosowania klauzuli. Uważa on, że dla wyeliminowania dowolności należy przyjąć konieczność respektowania w procesie stosowania prawa podstawowych i trwałych wartości zakorzenionych w kulturze i tradycji danego społeczeństwa. Ustalenie takich podstawowych założeń aksjologicznych powinno być, zdaniem M. Safjana, zabiegiem wstępnym. To przypomina sformułowanie wypowiedzianej przez Ulpiana ogólnej dyrektywy zawierającej nakazy prawa (*praecepta iuris*). Następnie, jak wskazuje M. Safjan, można przystąpić do określenia ocen czy rozstrzygnięć przyjmowanych *in concreto*, które powinny uwzględniać „wszystkie

⁶⁵ J. Nowacki, *op. cit.*, s. 21, a ostatnio T. Justyński, *op. cit.*, s. 94.

⁶⁶ Por. T. Zieliński, *Klauzule generalne w nowym porządku konstytucyjnym*, PiP 1997, nr 11-12, s. 144 stwierdza, że otwarcie systemu prawnego na wartości moralne, obyczajowe itp. odpowiada na pewno konstytucyjnym założeniom demokratycznego państwa prawnego.

okoliczności sprawy”⁶⁷. Ten drugi etap odpowiada w istocie „przekładaniu” przez jurystów rzymskich posługujących się terminem *bona fides* ogólnych filozoficzno-prawnych dyrektyw na rozwiązania konkretnych przypadków. Według M. Safjana, w naszym przypadku jako podstawowe uznać należy przede wszystkim wartości kultury chrześcijańskiej⁶⁸. Niniejsze rozważania skłaniają, aby w dyskusji o implikujących konkretyzację klauzuli generalnej wartościach wziąć także pod uwagę przywoływane tu wielokrotnie *praecepta iuris*. Te sformułowane z inspiracji stoików przez Ulpiana na przełomie II i III w. dyrektywy były wielokrotnie rozważane przez prawników i filozofów w czasach nowożytnych⁶⁹. Do dziś są one dyskutowane w sposób, który może inspirować stosującego prawo sędziego. Przykładowo W. Waldstein, odrzucając pogląd H. Kelsena, iż *suum cuique tribuere* to pusta formuła, wskazał, że dla Ulpiana miała ona konkretną treść. Wynika ona z właściwego dla rzymskich jurystów dążenia do „zwycięstwa poprawnego rozwiązania”, z przekonania o konieczności uwzględnienia pierwotnych w stosunku do prawa pozytywnego rozstrzygnięć⁷⁰. Sądzę, że taka orientacja, inspirowana podejściem Ulpiana i prowadząca do odrzucenia skrajnego pozytywizmu, może ograniczać wynikającą z politycznych lub ekonomicznych przesłanek dowolność w konkretyzowaniu klauzuli generalnej.

Konsekwencją włączenia rzymskich *praecepta iuris* do podstawowych założeń implikujących stosowanie generalnej klauzuli słusznościowej powinno być zwrócenie uwagi na użyteczność doświadczeń z konkretyzacji owych *praecepta*. W zakresie rzymskiej praktyki posługiwania się terminem *bona fides* uwaga kieruje się w pierwszej kolejności ku, jak wskazałem wyżej, charakteryzującym się największą „obiektywnością” dyrektywom stosowania skarg *bonae fidei*. Co znamienne, znalazły one czytelny wyraz w przepisach naszego kodeksu cywilnego. Zalecenie, aby uwzględnić zamiar kontrahenta⁷¹ i cel czynności prawnej⁷², wyraża art. 65 § 2 k.c. Artykuł

⁶⁷ M. Safjan, *op. cit.*, s. 54 i nast.

⁶⁸ M. Safjan, *op. cit.*, s. 54.

⁶⁹ D. Corradini, *op. cit.*, s. 15 (tam lit.).

⁷⁰ W. Waldstein, *Ist das suum cuique eine Leerformel?*, SDHI 61 (1995), s. 201 i nast.

⁷¹ D.17,1,54pr.

⁷² Np. 19,2,54pr.

56 k. c. przypomina wyjaśnienie jurystów, aby rozwiązanie zgodne z zamiarem stron i miejscowymi zwyczajami nie pozostawało w sprzeczności z prawem i dobrymi obyczajami⁷³. Dogmatycznie rozwinięty jest nakaz, aby podstęp nie przynosił korzyści w praktyce prawnej⁷⁴ oraz aby uwzględnić powiązane z kontraktem *pactum*⁷⁵. Jedyna istotna odmiennosc pomiędzy wskazanymi dyrektywami a naszym kodeksem cywilnym tkwi w tym, iż dla jurysty rzymskiego wymagane przez *bona fides* uwzględnienie *affectus* mogło się odnosić do uwzględnienia nastawienia emocjonalnego kontrahenta jako przesłanki przyznania mu skargi odszkodowawczej⁷⁶.

Wskazana uniwersalność dyrektyw rzymskich jurystów potwierdza ich trafność oraz zachęca, aby dyskutując o zmianie nazwy klauzuli słusznościowej, sięgnąć także ku rozstrzygnięciom *ad casum* rzymskich jurystów, które zawierają odniesienie do *bona fides*. Obraz tej praktyki w znacznej części jest uporządkowany przez literaturę romanistyczną. Nie sposób ocenić tu wyczerpująco jej użyteczności dla dzisiejszego sędziego stosującego generalną klauzulę słusznościową. Można jednak wskazać przykład inspirowanych walorów rzymskich doświadczeń. Rozważamy, czy oceniając dopuszczalność zwrotu przedmiotu przechowania, pierwszeństwo należy przyznać roszczeniu przechowawcy, czy właściciela, który utracił rzecz wbrew własnej woli. Kodeks cywilny nie reguluje wprost tej kwestii. W dawnym stanie prawnym Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 24.01.1946 roku⁷⁷ stwierdził, że nie stanowi przeszkody dla roszczenia przechowawcy to, że właściciel oddanej na przechowanie rzeczy posiada tytuł prawny do jej rewindykacji od każdego, w którym posiadaniu rzecz się znajduje. Są jednak systemy prawne, w których kwestia ta jest rozwiązana odmiennie lub budzi wątpliwości orzecznictwa⁷⁸. Problem zwrotu rzeczy oddanej na

⁷³ Np. D.22,1,1,pr; D.22,1,5.

⁷⁴ Np. D.30,84,5.

⁷⁵ Np. D.18,5,3.

⁷⁶ D.17,1,54 pr. W tekście omawiany jest przypadek niewykonania umowy zlecenia wywołania niewolnika bliskiego zleceniodawcy z uwagi na więzy przyjaźni bądź pokrewieństwa.

⁷⁷ Sygn. akt C I 684/46.

⁷⁸ R. K n ü t e l, *Zum Pflichtenkonflikt des Verwahrers*, [w:] *Mélanges Fritz Sturm offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire*, t. 1, Lausanne 1999, s. 245-263.

przechowanie przez złodzieja rozważał w powiązaniu z *bona fides* rzymski prawnik z połowy III wieku Tryphonian⁷⁹. Walory tego rozstrzygnięcia dla współczesnej praktyki niemieckiej omówił ostatnio R. Knütel⁸⁰. Tryphonian przyznał pierwszeństwo prawu właściciela. W przypadku gdy przechowawca przyjął rzecz, nie wiedząc o tym, że stanowi ona jego własność i została mu skradziona, to – jak wyjaśnia rzymski jurysta – należy uznać, że kontrakt nie doszedł do skutku, gdyż nie odpowiada *bona fides*, aby właściciel był zmuszony zwrócić rzecz złodziejowi. Oceniając natomiast przypadek, gdy przechowawca staje wobec konfliktu pomiędzy zwrotem rzeczy dającemu na przechowanie złodziejowi a wydaniem jej właścicielowi, jurysta ten z uwagi na *totius rei aequitatem* (słuszność całości sprawy), dał pierwszeństwo właścicielowi. To rozwiązanie pokazuje, jak konkretne rzymskie rozstrzygnięcie może stanowić propozycję sposobu konkretyzacji klauzuli generalnej przez współczesnego sędziego. Przedstawione rozstrzygnięcie ilustruje też, iż poszukując w źródłach rzymskich inspiracji dla konkretyzacji generalnej klauzuli słusznościowej, nie należy ograniczyć się do źródeł, w których występuje pojęcie *bona fides*. Takie rozszerzenie poszukiwań znajduje uzasadnienie także w fakcie, iż juryści rzymscy ograniczali operowanie terminem *bona fides* do kontraktów zawierających w skardze klauzulę *ex fide bona* oraz w tym, że ich terminologia nie była tak precyzyjna, jak współcześnie. Z praktycznego punktu widzenia pomocne może być sięganie do zachowanych w rzymskich źródłach sentencji, które wyrastają kazuistycznej praktyki i stosunkowo często zbierają syntetycznie jej doświadczenia.

4. Konkluzje

Odwoływanie się do źródeł prawa rzymskiego we współczesnej dyskusji o generalnej klauzuli słusznościowej nie jest anachronizmem. Nadal, tak jak w ciągu ostatnich 500 lat historii prawa prywatnego, mogą one inspirować i zawierać propozycję sposobu rozwiązania konkretnego konfliktu, wzbogacając rozważania o metodzie stosowania klauzuli słusznościowej. Szczególnie istotne wydaje się tu uznanie „przedpozytywnych”

⁷⁹ D.16,3,31,1.

⁸⁰ R. Knütel, *op. cit.*, s. 260 i nast.

założeń klauzuli słusznościowej, a w konsekwencji postrzeganie jej stosowania jako „odkrywania” trafnego rozwiązania. Można podnieść wątpliwość, czy podążanie za takimi konkluzjami nie zburzy oczekiwanej pewności prawa. Odnosząc się do takiej wątpliwości, wypada jeszcze raz przypomnieć dostrzegany coraz wyraźniej w literaturze fakt rozwijania prawa przez sędziów. Stosowanie klauzuli słusznościowej ma w tym procesie centralne miejsce. Martijn Hesselink, rozważając celowość wprowadzenia klauzuli dobrej wiary (*good faith*) do przyszłego kodeksu cywilnego dla Europy, stwierdził wprost, iż „może być ona użyteczna dla zabezpieczenia tego, iż sędzia może tworzyć nowe reguły”⁸¹. Nie ma wątpliwości, iż sędzia, stosując klauzulę słusznościową, nie może orzekać w sposób dowolny. Powyższe uwagi pokazały, iż są podstawy, aby szukał on inspiracji także w historycznym doświadczeniu. Takie podejście może porządkować jego poszukiwanie trafnego rozwiązania, a w konsekwencji rozwijane w oparciu o klauzulę słusznościową tzw. prawo sędziowskie.

Punktem ciężkości w dyskusji o zmianie klauzuli słusznościowej nie powinna być zatem tradycyjna nazwa, ale oczekiwania wobec sędziego i mogąca je obiektywizować tradycja *bona fides*. Jeżeli w tej dyskusji podkreślimy twórczą rolę sędziego oraz postulat powiązania jego konkretyzujących klauzulę poszukiwań z doświadczeniem prawniczym, w szczególności doświadczeniem prawa rzymskiego, to przywrócenie klauzuli słusznościowej nazwy „dobra wiara” byłoby tylko czytelnym wskazaniem powiązania między rozwijaniem prawa przez sędziego i tradycją prawną⁸².

⁸¹ M. Hesselink, *op. cit.*, s. 309.

⁸² Kryteria zawarte w nazwie klauzuli są bowiem podstawą wypowiedzianych w oparciu o nią ocen; tak L. L e s z c z y ń s k i, *Właściwości posługiwania się klauzulami generalnymi w prawie prywatnym. Perspektywa zmiany trendu*, KPP 1995, z. 3, s. 294.