

Marcin Łolik

Konstytucyjne aspekty prawa kontraktów na przykładzie wybranych europejskich systemów prawnych (cz. 2)

Palestra 58/7-8(667-668), 193-200

2013

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach
dozwolonego użytku.

Prawo za granicą

Marcin Łolik

KONSTITUCYJNE ASPEKTY PRAWA KONTRAKTÓW NA PRZYKŁADZIE WYBRANYCH EUROPEJSKICH SYSTEMÓW PRAWNYCH (cz. 2)¹

4. PODEJŚCIE ODGÓRNE – PRZYPADEK BÜRGSCHAFT

I. EWOLUCJA PRZYJĘTEGO PODEJŚCIA

Pierwotne stanowisko niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (*Bundesverfassungsgericht*) dotyczące sposobu, w jaki normy konstytucyjne powinny wpływać na prawo prywatne, zostało wyrażone w wyroku dotyczącym sprawy *Lüth*². Na postawione ogólne pytanie, czy normy konstytucyjne mają zastosowanie w prawie prywatnym, niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny odpowiedział wówczas, że są możliwe do zastosowania dwie skrajne zasady: zgodnie z pierwszą z nich systemy prawa publicznego i prywatnego są dwoma różnymi systemami, a zatem prawo publiczne w ogóle, a prawo konstytucyjne w szczególności nie ma wpływu na prawo prywatne. Drugi pogląd zakładał dokładnie odwrotne podejście³. Przed sprawą *Lüth* wielu przedstawicieli doktryny wyrażało pogląd, że najważniejsze prawa podstawowe są nie tylko skuteczne w relacjach wertykalnych w stosunku do państwa, ale także są w pełni i „bezpośrednio” skuteczne w relacjach horyzontalnych – czyli relacjach pomiędzy równorzędnymi podmiotami. Konsekwencją tej teorii było założenie, że niektóre normy konstytucyjne powinny być wiążące dla osób prywatnych w przybliżeniu w ten sam sposób i w takim samym stopniu, w jakim mają zastosowania w relacjach z władzami państwowymi⁴.

¹ Część pierwsza opublikowana została w „Palestrze” 2013, nr 3–4, s. 191–198.

² BVerfG z 15 stycznia 1958 r., BVerfGE 7, 198 (*Lüth*).

³ Por. dla przykładu H. von Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *Das Bonner Grundgesetz*, 3. edycja, München: Vahlen 1985, s. 136.

⁴ Por. L. Enneccerus, H. C. Nipperdey, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs*, 15. edycja, Tübingen, Mohr-Siebeck 1959, § 15 IV 4; innymi zwolennikami owej teorii są W. Leisner, *Grundrechte und Privatrecht*, C. H. Beck, München 1960, s. 365; F. Gamillscheg, *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, 164 „Archiv für die civilistische Praxis” 4, 1964, s. 419; E. Steindorff, *Persönlichkeitsschutz im Zivilrecht*, Müller, Heidelberg 1983, s. 12.

W sprawie *Lüth* niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny nie przyjął jednak żadnego z powyższych schematów, lecz zdecydował się na wariant pośredni, który pozwala jedynie do pewnego stopnia kontrolować stosunki prawa prywatnego poprzez stosowanie norm konstytucyjnych. Według Trybunału prawa podstawowe zostały ustanowione przede wszystkim w celu ochrony obywatela w relacji z państwem, ale jednocześnie jako umiejscowione w konstytucji zawierają one także pewną obiektywną skalę wartości, która ma zastosowanie w całym systemie prawnym. Pewna zawartość intelektualna wynikająca z konstytucji, a związana z ochroną sfery prywatnej jednostek, dotyczy również innych norm, zwłaszcza klauzul generalnych występujących w BGB, takich jak te zawarte w § 242 (obowiązek postępowania w dobrej wierze), § 138 ust. 1 (nieważność umów naruszających dobre obyczaje) i § 826 (umyślne spowodowanie szkody sprzeczne z porządkiem publicznym) – niemniej jednak w ostatecznym rozrachunku zawsze to zasady prawa cywilnego znajdują zastosowanie. Nawet w takich przypadkach Trybunał podkreślał, że taki spór „pozostaje sporem dotyczącym prawa cywilnego”⁵. Dochodząc do tego wniosku, Trybunał opowiedział się za doktryną „pośredniego” skutku norm konstytucyjnych w odniesieniu do stosunków prywatnoprawnych⁶ (w przeciwieństwie do teorii „bezpośredniego” skutku).

Główna różnica między tymi dwoma podejściami (bezpośrednim oraz pośrednim) polega na tym, że podczas gdy w pierwszym przypadku strona umowy wywodzi swoje roszczenia wobec innego podmiotu na podstawie norm konstytucyjnych, które zastępują inne reguły dotyczące prawa prywatnego, w drugiej sytuacji roszczenia oparte są na odpowiednich przepisach prawa prywatnego, np. na klauzuli generalnej dobrej wiary lub przepisach o odpowiedzialności za szkody wyrządzone własnymi czynami, które to dopiero przepisy interpretowane są w świetle odpowiednich norm konstytucyjnych. W rezultacie, na gruncie podejścia pośredniego, normy prawa prywatnego powinny mieć priorytet w stosunku do publicznych wartości prawa konstytucyjnego i w konsekwencji formalne rozróżnienie na prawo prywatne i prawo publiczne nadal zostaje zachowane.

W praktyce jest jednak wysoce wątpliwe, czy niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny nadal hołduje teorii pośredniego skutku praw konstytucyjnych. Reguła, którą ustalono w sprawie *Bürgerschaft*, jasno określa, że sądy cywilne są zobowiązane do ochrony konstytucyjnego prawa do autonomii stron w związku z zasadą państwa socjalnego i tym samym do sprawowania kontroli nad treścią umów. Jeśli treść umowy jest wyjątkowo niekorzystna dla słabszej ze stron, wówczas sądy są zobowiązane do interweniowania w ramach ogólnych klauzul cywilnoprawnych⁷. W ten sposób nie-

⁵ BVerfG z 15 stycznia 1958 r., BVerfGE 7, 198 (Lüth), s. 205.

⁶ Jako zwolenników owej teorii porównaj dla przykładu G. Dürig, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, (w:) T. Maunz (red.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, Isar-Verlag, München 1956, s. 157; G. Dürig, *Zum „Lüth-Urteil“ des Bundesverfassungsgerichts vom 15.1.1958*, (w:) *Die öffentliche Verwaltung*, 1958, XI, no. 8/9, s. 184.

⁷ BVerfG z 19 października 1993 r., z E 89, 214 (*Bürgerschaft*), s. 232–234. Niemiecki Trybunał Konstytucyjny orzekł: „Chodzi o to (...) że w niektórych przypadkach mamy do czynienia ze strukturalną podległością jednej ze stron umowy względem drugiej, oraz że w takim przypadku skutki takiej umowy są niezwykle obciążające dla jednej ze stron. Z tego też powodu prawo cywilne musi być wrażliwe na takie przypadki i umożliwiać korektę takiej sytuacji. Wynika to z podstawowych praw obywatelskich gwarantujących autonomię woli (art. 2 ust. 1 konstytucji) oraz zasady państwa socjalnego (art. 20 ust. 1 oraz 28 ust. 1 konstytucji). (...) Dziś wszyscy

miecki Federalny Trybunał Konstytucyjny usankcjonował nową teorię tzw. obowiązku ochrony podstawowych praw obywatelskich (*grundrechtlicher Schutzpflicht*), która to teoria jest broniona przez prof. Canarisa⁸ i została dodatkowo potwierdzona przez Trybunał w sprawie *Handelsvertreter*⁹. Zmiana w podejściu jest dość uderzająca: o ile prawo konstytucyjne było pierwotnie pomyślane jako obrona przeciwko państwu, o tyle obecnie służy ono ochronie udzielanej przez państwo, tj. przez wszystkie organy państwowe – w tym w szczególności sądy cywilne. W konsekwencji obecnie w niemieckim prawie prywatnym państwo ma obowiązek ochrony praw konstytucyjnych poszczególnych jednostek przed ich naruszeniem przez inne jednostki – obowiązek, który nie różni się od tego, który spoczywa na państwie np. w zakresie prawa karnego¹⁰.

Chociaż formalnie niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny nie zrewidował swojej teorii pośredniego wpływu prawa konstytucyjnego, niemniej jednak poprzez nałożenie na sądy cywilne zobowiązania do ochrony praw konstytucyjnych osiągnięto taki sam wynik jak teoria skutku bezpośredniego¹¹. Nie wydaje się przesadą stwierdzenie, że obowiązek ochrony praw konstytucyjnych przez sądy w dziedzinie prawa kontraktowego prowadzi w praktyce do bezpośredniego stosowania norm konstytucyjnych w stosunkach umownych. Oznacza to, że strony umowy są w rzeczywistości związane konstytucyjnymi wartościami i mogą na ich podstawie wywodzić swoje prawa i obowiązki – w wyniku czego przepisy prawa prywatnego mogą być łatwo zastępowane przez zasady prawa konstytucyjnego. W związku z tym, jeśli obie strony wywodzą swoje prawa i obowiązki z norm konstytucyjnych, to powinna być zachowana równowaga między powyższymi różnymi konstytucyjnymi wartościami prawnymi. Rola poszczególnych klauzul generalnych prawa prywatnego wydaje się natomiast schodzić tutaj na dalszy plan.

zgadają się (...) że wyrównanie interesów stron umowy należy do jednego z najważniejszych zadań prawa cywilnego (...) Dla sądownictwa cywilnego wynika z tego obowiązek (poprzez stosowanie odpowiedniej wykładni i stosowania klauzul generalnych) zapewnienia tego, iż umowy nie będą służyły za instrument dominacji jednej ze stron. (...) Jeżeli treść umowy jest dla jednej z jej stron niekorzystna oraz następuje niekorzystne rozłożenie interesów, wówczas sądy mogą odejść od zasady: «umowa jest umową». Powinny one wówczas wyjaśnić, czy dane postanowienie jest skutkiem nierównomiernych sił podczas negocjacji oraz czy owa nierównowaga w danym przypadku może być korygowana poprzez stosowania klauzul generalnych prawa cywilnego”.

⁸ C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, „Archiv für die civilistische Praxis” 3, 1984, s. 201, w szczególności s. 210 i n.; por. także C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, Walter de Gruyter, Berlin–New York 1999.

⁹ BVerfG z 7 lutego 1990 r., BVerfGE 81, 242 (*Handelsvertreter*).

¹⁰ H. Wiedemann, *Verfassungsrecht. Handelsrecht. Anmerkung*, 45, „Juristenzeitung” 14, 1990, s. 695 i 696.

¹¹ Zob. J. Eschenbach, A. F. Niebaum, *Von der mittelbaren Drittwirkung unmittelbar zur staatlichen Bevormundung*, 13 „Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht” 11 (1994), s. 1079, w szczególności s. 1081; W. Zöllner, *Regelungsspielräume in Schuldvertragsrecht*, 196 „Archiv für die civilistische Praxis” 1–2, 1996, 1, s. 6, 10–11. W odniesieniu do relacji pomiędzy starą teorią o pośrednim skutku oraz nową teorią o obowiązku ochrony podstawowych praw obywatelskich w ujęciu ogólnym zob. G. Hermes, *Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage?*, 41 „Neue Juristische Wochenschrift” 29 (1990), s. 1764, 1765; I. von Münch, *Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland*, (w:) I. von Münch, P. S. Coderch, J. F. Riba, *Zur Drittwirkung der Grundrechte*, Peter Lang, Frankfurt am Main 1998, s. 24; C. Hillgruber, *Abschied von der Privatautonomie?*, 28 „Zeitschrift für Rechtspolitik” 1, 1995, s. 6; R. Singer, *Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst*, 50 „Juristenzeitung” 23, 1995, s. 1133, 1135–1137.

II. WYWAŻANIE KONKURENCYJNYCH INTERESÓW

Można zauważyć, że w sprawie *Bürgerschaft* strona słabsza – córka przedsiębiorcy – opierała swoją zwycięską argumentację na prawie do swobody kształtowania osobowości oraz wywodzonym z niego prawie do autonomii każdego podmiotu (art. 2 ust. 1 konstytucji) w połączeniu z zasadą socjalnego państwa prawa (art. 20 ust. 1 i 28 ust. 1 konstytucji). Powstaje zatem pytanie: w jakim zakresie konstytucyjne prawo do autonomii stron może służyć interesom słabszej strony w celu ochrony jej interesów przed stroną silniejszą – w tym przypadku bankiem. Innymi słowy, jak skuteczna jest ochrona słabszej strony na podstawie konstytucyjnego prawa do autonomii stron?

Warto zauważyć, że tok rozumowania Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w tym przypadku sprowadza się do następujących konkluzji: zwykle byt prawny umowy musi być chroniony przez sądy jako przejaw emanacji konstytucyjnego prawa do autonomii stron, jednakże w przypadkach, gdy strukturalna nierównowaga siły doprowadziła do zawarcia umowy o treści, która jest wyjątkowo niekorzystna dla słabszej strony, sądy cywilne są zobowiązane do interwencji w celu zapewnienia pomocy owej słabszej stronie. Obowiązek ten w odniesieniu do sądów wynika z ich funkcji jako gwaranta przestrzegania pewnych norm konstytucyjnych¹².

Z powyższego rozumowania wynika, że obie strony – zarówno słabsza, jak i silniejsza – korzystają z konstytucyjnego prawa do autonomii stron. Istnieje jednak różnica w interpretacji tego prawa przez Federalny Trybunał Konstytucyjny w odniesieniu do każdej ze stron danego stosunku prawnego. Z jednej strony wydaje się, że silniejsza strona po prostu korzysta z konstytucyjnie chronionej swobody zawierania umów, która wywodzi się z prawa do autonomii stron gwarantowanego przez art. 2 ust. 1 niemieckiej konstytucji¹³. Z drugiej strony to samo konstytucyjne prawo do autonomii stron

¹² Niemiecki Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 19 października 1993 r., BVerfGE 89, 214 (*Bürgerschaft*), s. 231–232, stwierdził, że: „Art. 2 ust. 1 konstytucji gwarantuje autonomię woli jako «samostanowienie jednostek w obrocie prawnym» (Richsen, in: *Insensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, S. 1210 Nr. 58). (...) W obrocie cywilnoprawnym biorą udział równorzędne podmioty, które mają jednak różne interesy oraz często przeciwstawne cele. Z powodu, że wszystkie te podmioty korzystają z ochrony wynikającej z art. 2 ust. 1, jaką jest autonomia woli, nie można udzielać i chronić tylko i wyłącznie prawa silniejszej strony umowy. Kolidujące ze sobą podstawowe prawa obywatelskie powinny być widziane w ramach ich wzajemnego oddziaływania oraz wzajemnych ograniczeń. (...) W prawie umów wylania się problem odpowiedniego wyważenia interesów wynikających ze zgodnej woli stron danej umowy. (...) Jeżeli jedna ze stron ma znaczącą przewagę, tak że treść umowy może faktycznie być kształtowana jedynie przez nią, oddziałuje to bez wątpienia na inne strony umowy. (...) Porządek prawny nie może jednak przewidywać wszystkich sytuacji, w których dochodzi do zakłócenia równowagi podczas negocjowania. Ze względu na pewność obrotu prawnego nie każda umowa powinna być następnie kwestionowana z uwagi na nierówność siły stron podczas jej negocjowania, ale jeżeli mieliśmy do czynienia ze strukturalnym podporządkowaniem jednej ze stron, co skutkuje tym, że skutki takiej umowy są dla strony podporządkowanej nadzwyczajnie niekorzystne, w takiej sytuacji prawo prywatne powinno korygować takie nieprawidłowości. Wynika to z podstawowych praw obywatelskich gwarantujących autonomię woli (art. 2 ust. 1 konstytucji) oraz zasady państwa socjalnego (art. 20 ust. 1 i art. 28 ust. 1 konstytucji)”.

¹³ W odniesieniu do niemieckiego podejścia por. artykuł 2 ust. 1 niemieckiej konstytucji, który jest ogólnie uznawany za podstawę do ochrony swobody umów; por. dla przykładu O. Nannen, *Grundrechte und privatrechtliche Verträge*, Trier 2000, s. 58, z odniesieniami do orzecznictwa niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego; W. Höfling, *Vertragsfreiheit. Eine grundrechtsdogmatische Studie*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1991, s. 6; W. Zöllner, *Die Politische Rolle des Privatrechts*, s. 330; D. Medicus, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, C. H. Beck,

w odniesieniu do słabszej strony, powoływane w połączeniu z zasadą państwa socjalnego, wiąże się z ochroną owej strony przed niekorzystną umową, która została przecież zawarta w wyniku skorzystania ze swobody zawierania umów¹⁴.

Tak więc widać, że istotą owego problemu jest relacja między dwoma prawami wynikającymi z konstytucji, a bardziej konkretnie pomiędzy dwiema odmianami jednego konstytucyjnego prawa, tj. prawa do autonomii, które może służyć ochronie zarówno słabszej, jak i silniejszej strony konkretnego stosunku obligacyjnego.

Ponieważ obu stronom umowy przysługują konstytucyjnie chronione prawa, które mogą być powoływane jako uzasadnienie przysługujących im zarówno praw, jak i obowiązków, powinna zostać zachowana między nimi właściwa równowaga. W tym przypadku równowaga ta musi zostać zachowana między prawami do dwóch rodzajów autonomii – autonomii w sensie swobody zawierania umów i autonomii w rozumieniu prawa do ochrony od następstw niekorzystnej umowy. W związku z powyższym interpretacja klauzul generalnych (§ 138 ust. 1 i § 242 BGB dotyczących odpowiednio dobrych obyczajów i dobrej wiary) powinna być dokonywana w świetle klauzul generalnych prawa konstytucyjnego.

W niemieckiej literaturze podnosi się trzy najważniejsze następstwa, które niesie za sobą sprawa *Bürgschaft*¹⁵. Po pierwsze, zgodnie z opinią Federalnego Trybunału Konstytucyjnego niemiecka konstytucja nakłada obowiązek ochrony stron stosunku prywatnoprawnego od siebie nawzajem. Ochrona ta powinna odbywać się zarówno w zakresie ustawodawstwa, jak i orzecznictwa. Po drugie, zgodnie z systemem wartości zawartym w normach konstytucyjnych zasada państwa socjalnego oraz zasada autonomii stron w odniesieniu do prawa kontraktów powinny nie tylko porządkować tego typu stosunki, ale także zapewniać odpowiednią ochronę dla słabszej ze stron¹⁶. Po trzecie, w przypadku strukturalnej nierówności między stronami wynikającej z treści czynności prawnej taki przypadek powinien być szczegółowo badany przez sądy pod kątem negatywnych konsekwencji dla słabszej strony¹⁷. Sama zasada *pacta sunt servanda* w oderwaniu od innych norm nie stanowi wystarczającej podstawy dla zapewnienia mocy prawnej takiej umowy.

Wszystko to wydaje się stwarzać podwaliny pod instytucję nazywaną przez K. Adomeita nową klauzulą generalną, która nadaje nowy charakter całemu niemieckiemu

München 2000, s. 38; J. Schmidt-Salzer, *Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht*, 23 „Neue Juristische Wochenschrift“ 1–2 (1970), 8, s. 10.

¹⁴ Por. H. Wiedemann, *Zur verfassungsrechtlichen Inhaltskontrolle von Verträgen*, 49 „Juristenzeitung“ 8, 1994, s. 411: „Z konstytucyjnego prawa do wolności działania nie może wynikać żadne prawo do zmiany danego stosunku prawnego, ponieważ żadne uprawnienie do wypowiedzenia zmieniającego na lepsze warunki nie istnieje. (...) Wolność działania nie gwarantuje żadnego prawa do naruszania lub zerwania umowy”; por. również C. Hillgruber, *Grundrechtsschutz im Vertragsrecht*, 91 „Archiv für die civilistische Praxis“ 1, 1991, 69, s. 85: „Samostanowienie bez odpowiedzialności za własne czyny jest nie do pomyślenia, z powodu iż to pryncypium odpowiedzialności jest immanentnie związane z podstawowymi zasadami państwa prawa”.

¹⁵ H. Wiedemann, *Zur verfassungsrechtlichen Inhaltskontrolle von Verträgen*, por. także W. Zöllner, *Regelungsspielräume in Schuldvertragsrecht*, s. 5.

¹⁶ Por. C. Hillgruber, *Abschied von der Privatautonomie?*

¹⁷ Zob. również J. Eschenbach, A. F. Niebaum, *Von der mittelbaren Drittwirkung unmittelbar*, s. 1079 i 1081; R. Singer, *Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen*, s. 1136 i n.; K. Adomeit, *Die gestörte Vertragsparität. Ein Trugbild*, 47 „Neue Juristische Wochenschrift“ 38, 1994, s. 2467; G. Spieß, *Inhaltskontrolle von Verträgen – das Ende privatautonomer Vertragsgestaltung?*, 109 „Deutsches Verwaltungsblatt“ 21, 1994, s. 1222.

systemowi prawa prywatnego¹⁸. Ta nowa klauzula może być sformułowana w sposób następujący: „Umowa, która jest wyjątkowo niekorzystna dla jednej ze stron, będąca wynikiem nierównowagi siły pomiędzy owymi stronami, jest nieważna”¹⁹. Niejasne jest jednak w odniesieniu do owej klauzuli to, jakie kryteria mają być stosowane w praktyce w celu ustalenia, czy dana umowa jest nieważna²⁰.

Co więcej, formalnie ta nowa klauzula została sformułowana przez Federalny Trybunał Konstytucyjny w celu zapewnienia właściwej równowagi pomiędzy dwiema różnymi normami konstytucyjnymi. Jest raczej wątpliwe, w jakim stopniu w omawianej sprawie ta klauzula sprawiła, że osiągnięta została właściwa równowaga między powyższymi dwoma uprawnieniami konstytucyjnymi, ponieważ wydaje się ona implikować, że niektóre zobowiązania umowne, mimo tego, iż zostały przyjęte swobodnie, mogą zostać uznane za zobowiązania mające tak poważny wpływ na obowiązki jednej ze stron umowy w zakresie jej prawa do kształtowania osobowości w związku z jej statusem społecznym, że zobowiązanie to będzie niezgodne z konstytucją, a tym samym nieważne. Oznacza to, że być może oba typy norm konstytucyjnych nie są już rozpatrywane w kontekście wagi każdego z nich, ale są raczej interpretowane w taki sposób, ażeby udzielić ochrony słabszej stronie umowy, przypisując jednocześnie mniejszą wagę do interesów strony silniejszej w kontekście danego stosunku obligacyjnego. Sprawia to, że owa klauzula konstytucyjna stanowi doskonałą ilustrację faktu, że „ochrona” praw socjalnych i ich przeciwstawienie innym prawom, takim jak chociażby wolność umów, może powodować deprecjonowanie norm zakodowanych w innych aktach prawnych, zwłaszcza w ustawach prawa prywatnego, ponieważ nie spełniają one standardów tego, co przez sędziów określane jest jako „sprawiedliwość społeczna”²¹. Jest to w istocie główne zagrożenie dla podejścia zaprezentowanego przez Federalny Trybunał Konstytucyjny w sprawie *Bürgschaft*, czyli podejścia, w którym sprawiedliwość w konkretnym przypadku jest wywodzona z nie do końca jasnych norm wyższego rzędu (np. konstytucyjnych), które mogą być łatwo interpretowane przez sędziów zgodnie z ich własnymi przekonaniem społecznymi, a nie na podstawie obiektywnych kryteriów, co jest tak ważne w praktyce prawnej (jest to podejście odgórne, które jest przedmiotem analizy w kontekście ochrony słabszej strony i jest przedmiotem praw konstytucyjnych).

Przypuszczalnie pragnąc uniknąć tego niebezpieczeństwa – które zostało stworzone przez tok rozumowania Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w sprawie *Bürgschaft* – dziewięta Izba Trybunału Federalnego (*Bundesgerichtshof*) próbowała powrócić do bardziej „namacalnych” reguł w prawie umów przy ponownym orzekaniu w sprawie *Bürgschaft* (po tym, jak sprawa ta została skierowana do ponownego rozpoznania przez Federalny Trybunał Konstytucyjny). Trybunał Federalny stwierdził, że umowa zob-

¹⁸ K. Adomeit, *Die gestörte Vertragsparität*.

¹⁹ *Ibidem*, tłumaczenie własne: „umowa, która jest niekorzystna dla obu jej stron oraz której wynikiem jest strukturalna nierównowaga siły negocjowania, jest nieważna”.

²⁰ K. Adomeit bardzo krytycznie odnosi się do owej klauzuli i stwierdza, że wszystkie klasyczne klauzule generalne § 138 i § 242 BGB, które powodowały powszechnie znane problemy metodologiczne, były o wiele łatwiejsze do zrozumienia niż nowa klauzula, która je zastępuje; *ibidem*, s. 2467.

²¹ P. Schlechtriem, *The General Clauses in the National Laws: Theory and Practice in Germanic, Dutch and the Scandinavian Legal Systems*, <http://www.secola.org/vortraege/paris/Slechtriem.pdf>, 19–20.

wiązująca może być nieważna jedynie na podstawie § 138 ust. 1 BGB, czyli jeżeli jej charakter, wynikający z jej treści, motywacji i celów razem wziętych, jest sprzeczny z dobrymi obyczajami²². „Sam fakt, że treść umowy wprowadza znaczne obciążenie dla córki, nie może podważać ważności zawartej umowy poręczenia”. Jak podkreślił Trybunał, z mocy prawa treść umowy poręczenia zawsze będzie co do zasady jednostronnym zobowiązaniem na rzecz wierzyciela, a ponadto jej struktura zakłada ukształtowanie jej na korzyść jednej ze stron. Według Trybunału Federalnego (*Bundesgerichtshof*) konstytucja gwarantuje swobodę zawierania umów, co jest jedną z podstawowych zasad współczesnego prawa kontraktów, a to implikuje jednocześnie, że dana osoba jest zasadniczo uprawniona do zawierania ryzykownych transakcji na własną odpowiedzialność i podejmowania zobowiązań, które nie zawsze przewidują dla niej konkretne korzyści. Jednocześnie Trybunał Federalny zwrócił uwagę, że swoboda zawierania umów, która jest chroniona jako jedno z zasadniczych praw, może jedynie wówczas podlegać ochronie, jeżeli obie strony umowy miały możliwość swobodnego podejmowania decyzji. Za odmienny przypadek Trybunał Federalny uznał sytuację córki w sprawie *Bürgschaft*, albowiem bank nie poinformował córki o nieodłącznym ryzyku związanym z udzieleniem poręczenia i tym samym uznał, że umowa była sprzeczna z dobrymi obyczajami (§ 138 ust. 1 BGB), i wobec tego Trybunał stwierdził nieważność owej umowy.

5. PODSUMOWANIE

Fakt, że ten sam stopień ochrony słabszej strony może być zrealizowany zarówno na podstawie praw konstytucyjnych, tak jak miało to miejsce w przypadku sprawy *Bürgschaft*, jak również na gruncie norm prywatnoprawnych, co ilustruje doskonale sprawa *O'Brien* i *Van Lanschot Bankiers przeciwko Bink*, jasno dowodzi, iż nie jest do końca oczywiste, że konstytucjonalizacja prawa kontraktów stanowi jakieś nowe zjawisko zastępujące normy prawa prywatnego. Te same problemy związane z utrzymaniem właściwej równowagi pomiędzy wzajemnie sprzecznymi interesami obu stron wchodzi w grę zarówno w przypadku tzw. podejścia odgórnego, wymagającego wzajemnego wyważenia praw konstytucyjnych obu stron, jak i przy próbie takiego samego zabiegu w przypadku oddolnego podejścia w odniesieniu do prawa prywatnego. Dodatkowo abstrakcyjny charakter praw konstytucyjnych, które mogą być postrzegane w różnych aspektach (tak jak miało to miejsce w zakresie prawa do autonomii stron), sprawia, że niezwykle trudna jest do osiągnięcia właściwa równowaga pomiędzy owymi normami oraz wytyczenie jasnych kryteriów, które mogłyby wyjaśnić, w jaki sposób sędziowie powinni postępować w konkretnym przypadku. W związku z priorytetowym celem „sprawiedliwości społecznej” przeciwstawianej jasnemu jurydycznemu rozumowaniu powstaje poważne niebezpieczeństwo tego, że będą zapadały arbitralne rozstrzygnięcia, mające katastrofalne konsekwencje dla pewności obrotu prawnego.

²² Por. BGH (Bundesgerichtshof) w wyroku z 8 grudnia 1982 r., „*Neue Juristische Wochenschrift*” 1983, 1851, BGH IX z 28 lutego 1989 r., „*Neue Juristische Wochenschrift*” 1989, s. 1276 oraz BGH (Bundesgerichtshof) IX Izba w wyroku z 2 listopada 1995 r., „*Neue Juristische Wochenschrift*” 1996, s. 514.

Zatem jeśli celem konstytucjonalizacji prawa kontraktów jest ochrona słabszej strony, nie ma potrzeby zastępować norm prawa prywatnego normami konstytucyjnymi, albowiem to normy prawa prywatnego są bardziej adekwatne w tego typu stosunkach, dodatkowo spełniają wszystkie kryteria stawiane im przez normy konstytucyjne, a nawet w większości przypadków zapewniają szerszą ochronę aniżeli normy konstytucyjne. Innymi słowy, w przypadku gdy mechanizmy ochronne istnieją już w prawie kontraktów i dają *de facto* bardziej precyzyjne instrumentarium służące ochronie słabszej strony, potrzeba ich zastąpienia przez pojęcia konstytucyjne jest dość wątpliwa. Może to bowiem prowadzić do ponownego, niepotrzebnego rozwiązywania tych samych problemów, które zostały już rozstrzygnięte w prawie kontraktów.

Odwołanie się do norm konstytucyjnych może jedynie być przydatne w takim przypadku, kiedy przewidują one bezpośrednio określone prawa dla słabszej strony, a jednocześnie prawa te nie są przeciwstawione unormowaniom ustanowionym na korzyść strony silniejszej (chodzi tutaj głównie o swobodę zawierania umów). Wobec powyższego jest wysoce wątpliwe, czy konstytucjonalizacja prawa umów poprzez odwoływanie się np. do norm konstytucyjnych takich jak godność człowieka czy autonomia stron jest rzeczywiście czymś nowym, a co więcej – czy jest czymś, co jest korzystne dla ochrony słabszej strony.