

Wojciech Dajczak

Doświadczenie prawa rzymskiego a pojęcie dobrej wiary w europejskiej dyrektywie o klauzulach niedozwolonych w umowach konsumenckich

Zeszyty Prawnicze 1/1, 79-101

2001

Artykuł został zdigitalizowany i 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.

WOJCIECH DAJCAK

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

DOŚWIADCZENIE PRAWA RZYMSKIEGO
A POJĘCIE DOBREJ WIARY W EUROPEJSKIEJ
DYREKTYWIE O KLAUZULACH NIEDOZWOLONYCH
W UMOWACH KONSUMENCKICH

I. WPROWADZENIE

W prawoznawstwie są prezentowane różne poglądy na temat użyteczności argumentów historycznych dla interpretacji i rozwoju prawa prywatnego. Ich rozbieżność można zilustrować wskazując skrajne stanowiska. Z jednej strony odrzuca się użyteczność „aparatu historycznego” dla cywilistyki. Uzasadniając taki pogląd Hermann Kantorowicz stwierdził, iż nie można wskazać przykładu, aby znaczący błąd dogmatyczny wynikał z historycznej niewiedzy¹. Zasadniczo przeciwną pozycję ilustruje stanowisko Theo Mayer-Maly. Uważa on, że współczesne kodyfikacje prawa prywatnego należy postrzegać jako epizod w losach prawa powszechnego i dlatego znajomość dawnego prawa jest warunkiem zrozumienia tych kodyfikacji². Pomiędzy tymi skrajnymi stanowiskami lokuje się, podnoszona szczególnie wyraźnie przez romanistów, teza o inspiracyjnych walorach prawa

¹ H. KANTOROWICZ, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1906, s. 31.

² TH. MAYER-MALY, *Rechtswissenschaft*, Darmstadt 1972, s. 62 i n. Szerzej na temat argumentu historycznego w cywilistyce por. T. HONSELL, *Historische Argumente im Zivilrecht. Ihr Gebrauch und ihre Wertschätzung im Wandel unseres Jahrhunderts*, Ebelsbach 1982.

rzymskiego „w studium prawa obowiązującego”³. Rozwinięcie takiego podejścia do spuścizny prawnej (*Rechtsüberlieferung*) stanowi przedstawiona ostatnio przez Eugena Buchera koncepcja subsydiarnego, „inspiratywnego” obowiązywania dawnego prawa. Jej istota sprowadza się do twierdzenia, iż normy ustawowe mają pierwszeństwo stosowania, ale prawo nie ogranicza się do nich i obejmuje także spuściznę prawną. W konsekwencji, w przypadkach, gdy ustawa milczy, lub jest niejasna rozwiązanie należy poszukiwać w dawnym prawie. Odwołanie się do określonego rozstrzygnięcia w dawnym prawie nie jest nakazane, a jedynie dozwolone⁴. Współczesny prawnik odwoła się do takiego dawnego rozwiązania, które zaakceptuje *imperio rationis*. Argumentem za przyjęciem takiego modelu jest, zdaniem Buchera, fakt, iż może on zwiększyć skuteczność prawa oraz służy przełamaniu narodowych ograniczeń⁵. Warto zauważyć, iż we współczesnej praktyce prawnej spotykamy bliskie tej wizji metodologicznej przykłady odniesień do prawa rzymskiego⁶. Sądzę, że elementem weryfikującej ją dyskusji może być spojrzenie z punktu widzenia prawa rzymskiego na pojęcie dobrej wiary w europejskim prawie prywatnym. Do podjęcia takich rozważań zachęca to, iż dotyczą one pojęcia którego obecność w nowożytnym prawie prywatnym ma źródło inspiracji w prawie rzymskim⁷. Pojęcia którego porównanie w prawie rzymskim i europejskim prawie wspólnotowym postulował kilka lat temu Herbert Wagner⁸.

³ Por. np. H. KUPISZEWSKI, *Prawo rzymskie a współczesność*, Warszawa 1988, s. 7, 215.

⁴ E. BUCHER, *Rechtsüberlieferung und heutiges Recht*, «ZEuP» 8.3 (2000), s. 416 i n.

⁵ *Ibidem*, s. 456 i n.

⁶ Por. np. W. DAJCZAK, *Dwa przykłady wykorzystania prawa rzymskiego we współczesnej praktyce prawnej*, «Palestra» 40.11-12 (1996), s. 39 i n.

⁷ Por. np. A. CARCATERRA, *La buona fede nel diritto romano*, I, Bari 1956, s. 31; R. MEYER, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*, Göttingen 1994, s. 60.

⁸ H. WAGNER, *Réminiscences du droit romain dans le droit de la Communauté européenne*, «RIDA» suplement do tomu 41 (1994), s. 249 i n.

II. PROBLEM PODSTAWY PRAWNEJ DLA ODWOŁANIA SIĘ DO TRADYCJI ROMANISTYCZNEJ W EUROPEJSKIM PRAWIE WSPÓLNOTOWYM

Zasada pewności prawa wyklucza dowolność w określaniu skutków prawnych *ad casum*. Dlatego jako pierwsze nasuwa się pytanie o to, czy w europejskim prawie wspólnotowym możemy znaleźć argumenty za poszukiwaniem inspiracji w doświadczeniu prawa rzymskiego. Wypowiadając się ogólnie o prawie europejskim Schrage uznał, że już treść preambuły do Traktatu Rzymskiego z 1957 roku wskazuje, iż jego tworzenie nie jest *creatio ex nihilo*, ale stanowi część historycznego rozwoju i opiera się na dawnych podstawach⁹. Europejska tradycja prawna nie została jednak wskazana bezpośrednio jako jedno z kryteriów wykładni w prawie europejskim. Propozycje takiego podejścia spotykamy w literaturze. Z punktu widzenia niniejszych rozważań należy zwrócić uwagę na dwie możliwe sytuacje: stosowanie pojęcia dobrej wiary w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości [dalej: ETS] oraz operowanie tym pojęciem w toku implementacji prawa wspólnotowego. Podstawę dla wyjaśnień Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości co do występującego we wtórnym prawie europejskim pojęcia dobrej wiary daje art. 234 lit. b/ Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską [dalej: TWE] zgodnie z którym orzeka on w trybie prejudycjalnym, o wykładni aktów przyjętych przez instytucje Wspólnoty. W praktyce ETS uznał, iż wykładnia może obejmować twórcze rozwijanie prawa¹⁰. Jak wskazał Ulrich Everling, Trybunał poszukując takich twórczych rozwiązań powinien wziąć w szczególności pod uwagę to, że „narodowe porządki prawne ma-

⁹ E.J.H. SCHRAGE, *Utrumque Ius. Über das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit in Vergangenheit und Zukunft*, «RIDA» 39 (1992), s. 410.

¹⁰ Slg. 1991, s. I-5357 i n. Postawa taka jest owocem wpływu nauki francuskiej, por. C.W. HERGENRÖDER, *Richtlinienwidriges Gestez und richterliche Rechtsfortbildung*, [w:] *Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag*, Hrsg. M. LIEB – U. NOACK – H. P. WESTERMANN, II, Köln-Berlin-Bonn-München 1998, s. 1153.

ją wspólne korzenie w kulturze Zachodu, doznały mniejszego lub większego wpływu prawa rzymskiego”¹¹. Takie postępowanie służy bowiem obiektywizacji rozstrzygnięcia, a w konsekwencji umacnia przekonanie co do jego trafności¹². Przy wykładni dyrektywy wpływającej na narodowe prawa prywatne, powstaje dodatkowa niejasność co do zakresu swobody Trybunału. Jak bowiem zauważył Wendt Nassall należy w takim przypadku uwzględnić zasadę subsidiarności określoną w art. 5 TWE, a jest wątpliwość jak dalece powinna ona oddziaływać na wykładnię cywilistycznej klauzuli generalnej¹³. Z punktu widzenia niniejszych rozważań wskazuje to kolejny argument uzasadniający zwracanie uwagi przez Trybunał Sprawiedliwości na doświadczenie prawa rzymskiego. Przełamaniu wskazanej wątpliwości może bowiem służyć poszukiwanie w toku wykładni reguł, które są wspólne porządkom prawnym krajów członkowskich¹⁴, lub co najmniej reguł należących do europejskiej tradycji prawnej.

Dokonany szkic pozwala uznać, iż rola Trybunału Sprawiedliwości przy wykładni pojęcia dobrej wiary powinna polegać na naszkicowaniu wiodących wartości, które państwo członkowskie ma wziąć pod uwagę przy jego konkretyzacji¹⁵, zaś odwołując się do art. 5, 220 i 234 lit. B TWE można sformułować postulat, aby w ich poszukiwaniu Trybunał zwrócił także uwagę na prawo rzymskie. Do skorzystania z tej możliwości może zachęcać doświadczenie Europejskiego Urzędu Patentowego. Opierając się na art. 31 i 32 Wiedeń-

¹¹ U. EVERLING, *Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft*, «Juristenzeitung» 55.5 (2000), s. 222.

¹² *Ibidem*, s. 222.

¹³ W. NASSALL, *Die Anwendung der EU-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*, «Juristenzeitung» 50.14 (1995), s. 691.

¹⁴ *Ibidem*, s. 691.

¹⁵ Por. W. H. ROTH, *Generalklauseln im Europäischen Privatrecht. Zur Rollenverteilung zwischen Gerichtshof und Mitgliestaaten bei ihrer Konkretisierung*, [w:] *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*, Herg. J. BASEDOW – K.J. HOPT – H. KÖTZ, Tübingen 1998, s. 143.

skiej Konwencji o Prawie Traktatów z 1969 roku przyjął on, iż wykładnia zgodna z zasadami prawa narodów może polegać na kierowaniu się regułami dawnego *ius commune*, wówczas gdy służy to zgodnej z celem umowy harmonizacji praktyki krajowej i międzynarodowej¹⁶.

Powracając do europejskiego prawa wspólnotowego przypomnę, iż celem dyrektywy jest harmonizacja określonego fragmentu porządków prawnych krajów członkowskich¹⁷. W konsekwencji odniesienie do zawartego w dyrektywie pojęcia dobrej wiary ma miejsce w toku jej implementacji¹⁸, a następnie może nastąpić przy wykładni przepisów prawa krajowego wydanych dla urzeczywistnienia dyrektywy. Wyprowadzana z art. 10 TWE zasada efektywności implementacji wymaga zatem w pierwszym rzędzie, aby norma prawa krajowego nie ograniczała możliwości jakie daje zawarte w dyrektywie pojęcie dobrej wiary¹⁹. Opierając się na art. 10 TWE Trybunał Sprawiedliwości wypowiedział zasadę, iż przepisy prawa krajowego powinny być interpretowane w sposób zgodny z brzmieniem i celem dyrektywy, której urzeczywistnieniu służą²⁰. W odniesieniu do takiej sytuacji w literaturze wypowiedziano pogląd, że w przypadku gdy treść prawa wspólnotowego nie usuwa wątpliwości sędziego krajowego to, powinien on się odwołać do ogólnych zasad prawa²¹.

¹⁶ Por. R. KNÜTEL, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, «ZEuP» 2.2 (1994), s. 255.

¹⁷ Art. 94 TWE.

¹⁸ Zgodnie z art. 249 TWE państwo członkowskie ma swobodę co do wyboru formy i sposobu urzeczywistnienia celu dyrektywy w krajowym porządku prawnym.

¹⁹ Co do zasad implementacji por. C. MIK, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, I, Warszawa 2000, s. 659 i n.

²⁰ Por. np. wyrok w sprawie *Doirt Hart v. Deutsche Tradax* z 10.04.1984, Slg. 1984, s. 1921 i 1941-1943; wyrok *Johnston v. Constable of the Royal Ulster Constabulary* z 15.05.1986, Slg. 1986, s. 1651 i 1690; wyrok w sprawie *Marleasing v. La Comercial Internacional de Alimentacion* z 13.11.1990, Slg. 1990, s. I-4135 i 4159.

²¹ M. ZULEEG, *Die gemeinschaftskonforme Auslegung und Fortbildung mitgliedstaatlichen Rechts*, [w:] *Auslegung europäischen Privatrechts und angeleglichenen Rechts*, Hrsg. R. SCHULZE, Baden-Baden 1999, s. 172.

Teżę, że postępując w ten sposób powinien wziąć w szczególności pod uwagę stojące za analizowanym pojęciem doświadczenie prawa rzymskiego umacnia wyrok Trybunału Konstytucyjnego RFN, w którym wyjaśnił on, iż „traktaty Wspólnoty należy rozumieć także w świetle europejskiej tradycji prawnej i kultury prawa”²². Zatem także w artykule 10 TWE można upatrywać podstawy do poszukiwania inspiracji w prawie rzymskim przy rozważaniu wątpliwości, co do redakcji normy prawa krajowego służącej wykonaniu dyrektywy, a następnie w toku jej wykładni.

Dotychczasowe rozważania ukazały, jak sądzę, metodologiczne argumenty za tym, że sędzia Trybunału Sprawiedliwości oraz prawodawca i sędzia krajowy interpretując zawarte w dyrektywie o niedozwolonych klauzulach kontraktowych pojęcie dobrej wiary może odwołać się do doświadczenia prawa rzymskiego w zakresie, w jakim jego wątpliwości nie wyjaśnia obowiązujące prawo pozytywne. Otwarte pozostaje jednak pytanie, czy można wskazać praktyczne walory takiego odniesienia? Przedstawienie dyrektywy o niedozwolonych klauzulach kontraktowych oczywiście wykracza poza ramy niniejszych rozważań. Jednak podjęcie wskazanego pytania wymaga, aby odpowiedź na nie rozpocząć od krótkiego przedstawienia sposobu użycia pojęcia dobra wiara dyrektywie i zasadniczych, wskazywanych w literaturze problemów z jego rozumieniem.

III. POJĘCIE DOBREJ WIARY (*GOOD FAITH*) W DYREKTYWIE O NIEDOZWOLONYCH KLAUZULACH KONTRAKTOWYCH

Pojęcie dobrej wiary spotykamy w dyrektywach harmonizujących prawo prywatne od roku 1986²³. Rozważana dyrektywa wyróżnia się jednak znaczeniem dla prawa kontraktów krajów członkowskich. Za tym, iż wykorzystanie w niej określenia dobra wiara (*good faith*)

²² BVerfG z 8.04.1987, BVerfGE, 75, s. 23, 243 i n.

²³ Por. W. H. ROTH, *op. cit.*, s. 137.

nie ma charakteru epizodycznego przemawia fakt, iż to pojęcie ma istotne znaczenie w opracowanych przez tzw. Komisję Lando *Zasadach europejskiego prawa kontraktów*²⁴. *Prima facie*, za zwróceniem uwagi na rzymskie doświadczenie prawnicze przemawia już podobieństwo polegające na czytelnym powiązaniu użycia pojęcia dobra wiara z prawem kontraktów, choć oczywiście w źródłach rzymskich nie znajdujemy podstaw dla wyodrębniania specyficznej grupy kontraktów konsumenckich.

W dyrektywie z 5 kwietnia 1993 roku o niedozwolonych klauzulach w umowach konsumenckich²⁵ pojęcie dobra wiara (*good faith*) spotykamy w preambule i w art. 3 ust. 1.

Odniesienia do dobrej wiary w preambule występują w rozwinięciu stwierdzenia, iż „kryteria oceny niedopuszczalności klauzuli muszą być ustalone w sposób ogólny”²⁶. Art. 3 ust. 1 dyrektywy stanowi, iż klauzulę umowną, która nie została uzgodniona indywidualnie, należy uznać za niedozwoloną, gdy narusza wymagania dobrej wiary powodując znaczącą dysproporcję praw i obowiązków stron kontraktu na niekorzyść konsumenta²⁷. W toku implementacji dyrektywy powstały w szczególności wątpliwości, czy w urzeczywistniającym dyrektywę prawie wewnętrznym wykorzystać pojęcie dobrej wiary, a jeśli tak, to jakie je rozumieć? Spójrzmy krótko na prawo francuskie, niemieckie i angielskie wskazywane jako reprezentujące trzy zasadnicze tradycje w cywilistyce europejskiej. Sądzę, że uczynione na tej drodze ustalenia mogą być użyteczne dla rozważań nad wprowadzeniem

²⁴ *Principles of European Contract Law*, ed. O. LANDO, Hague 2000; por. art. 1:102 ust. 1; 1:201 ust. 1; art. 1:305 pkt. B.

²⁵ O. J. 1993, L 95, s. 29–34.

²⁶ Wskazuje się, że dobra wiara nakazuje łączne uwzględnienie rodzaju interesu stron i stosunku sił między kontrahentami oraz wymaga od sprzedawcy lub dostawcy, aby postępował uczciwie (*fairly*), sprawiedliwie (*equitably*) z uwzględnieniem usprawiedliwionego interesu kontrahenta.

²⁷ Art. 10 ust. 1 dyrektywy ustanowił obowiązek dostosowania do niej prawa wewnętrznego do dnia 31 grudnia 1994 roku.

dyrektywy w innych krajach europejskich, w szczególności nad dostosowaniem do niej polskiego kodeksu cywilnego ustawą z 3 marca 2000 roku²⁸.

Ustawodawca francuski nadając nowe brzmienie art. L. 132-1 *Code de la consommation* nie wykorzystał pojęcia dobrej wiary²⁹. Claude Witz i Gerhard Wolter łączą to z wrogim nastawieniem części doktryny francuskiej wobec tej zasady³⁰. Przykładowo Gilles Paissant odnosząc się do implementacji rozważanej dyrektywy we Francji stwierdził, iż „wprowadzenie pojęcia dobrej wiary powadziłoby do niepewności, byłoby czymś zbędnym, gdyż jest wątpliwe, czy mógłby być w dobrej wierze przedsiębiorca który chce uzyskać niewspółmierne korzyści”³¹.

Implementacja omawianej dyrektywy w prawie niemieckim polegała na modyfikacji § 12 i wprowadzeniu § 24a w ustawie o regulacji prawa ogólnych warunków czynności prawnych [dalej AGBG]³². Z punktu widzenia niniejszych rozważań istotne jest, zwrócenie uwagi na § 9 ust. 1 tej ustawy, zgodnie z którym: określenia ogólnych warunków umownych są nieskuteczne, gdy kontrahent strony posługującej się tymi warunkami jest wbrew nakazom dobrej wiary (*Treu und Glauben*) niestosownie pokrzywdzo-

²⁸ Por. art. 385¹ i 385² k.c. w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2.03.2000 roku o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz. U. Nr 22, poz. 271).

²⁹ Loi n. 95-96 z 1 lutego 1995 roku («Journal Officiel de la République Française» z 2 lutego 1995 r., s. 1755 i n.).

³⁰ C. WITZ – G. WOLTER, *Das neue französische Verbrauchergesetzbuch*, «ZEuP» 3.1 (1995), s. 889.

³¹ G. PAISSANT, *Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n 95-96 du 1^{er} février 1995*, «Recueil Dalloz Sirey de doctrine de jurisprudence et de législation», (1995), s. 99 i n.

³² Ustawa z 19.07.1996 roku (BGBl 1013). W § 24a wskazano, że zawarte w § 8 do 12 ustawy przesłanki nieskuteczności klauzul umownych, odnoszą się do postanowień umów zawieranych z konsumentami także wówczas, gdy zostały sformułowane w celu jednorazowego zastosowania, o ile konsument nie mógł mieć wpływu na określenie ich treści.

ny³³. Zatem ustawa służąca wprowadzeniu rozważanej dyrektywy do prawa niemieckiego zawiera pojęcie dobrej wiary. Co więcej w literaturze zauważa się, iż § 9 AGBG i art. 3 ust. 1 dyrektywy jako wzorce kontroli klauzul umownych pokrywają się co do brzmienia³⁴. Jako otwarty, czekający na dyskusję problem praktyczny wskazuje się jednak kwestię uwzględniania w prawie niemieckim wspólnotowego rozumienia klauzuli generalnej w zakresie umów konsumenckich³⁵.

Wprowadzenie dyrektywy w Zjednoczonym Królestwie nastąpiło w drodze przepisów o charakterze administracyjnym – *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* wydanych przez Departament Handlu i Przemysłu³⁶. Przepisy te zostały zredagowane za pomocą techniki *copy-out*, czyli poprzez przejęcie słów z dyrektywy. Taki, wydawałoby się wierny sposób implementacji, wywołał niejasności. W żywej dyskusji na ten temat istotne miejsce zajmuje problem pojęcia dobrej wiary. Zwraca się uwagę na obcość pojęcia dobrej wiary (*good faith*) wobec angielskiego prawa kontraktów³⁷. Dodatkowo wskazuje się na różnorodność rozumienia tego pojęcia w kontynentalnych systemach prawnych³⁸. W konsekwencji, w an-

³³ § 24 a ust. 3 ustawy stanowi, że w umowach konsumenckich przy ocenie niestosownego pokrzywdzenia w umowach konsumenckich opartej na § 9 uwzględnia się także okoliczności zawarcia umowy.

³⁴ Por np.: H. HEINRICHS, [w:] *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, (59, neubearbeitete Auflage), München 2000, s. 2507. Zdaniem autora komentarza zwraca uwagę, iż zawarte w ustawie niemieckiej określenie „niestosowne pokrzywdzenie” jest bardziej ostre jak użyte w dyrektywie słowa: nieusprawiedliwiona dysproporcja praw i obowiązków”.

³⁵ *Ibidem*, s. 2509.

³⁶ Department of Trade and Industry, Implementation of the EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts (93/13/EEC): A Consultation Document, October 1993. Szerzej a ten temat J. BEATSON, *The Incorporation of the Directive on Unfair Consumer Contracts into English Law*, «ZEUP» 6.4 (1998), s. 960 i n. Regulacja pojawiła się obok obowiązującego od roku 1977 Unifair Contract Terms Act.

³⁷ J. BEATSON, *op. cit.*, s. 966.

³⁸ *Ibidem*, s. 966.

gielskiej literaturze prawniczej czytelna jest rozbieżność co do charakteru pojęcia dobrej wiary przy ocenie postanowienia kontraktowego. Wyrasta ona z wątpliwości, co do tego, czy wprowadzając pojęcie dobrej wiary do języka prawnego należy połączyć z nim określone znaczenie semantyczne³⁹, czy też ma ono walor proceduralny, a więc jak rozumiem, wzbogaca metodę postępowania sędziego dokonującego oceny⁴⁰. Jest jednak godne uwagi, że ta obcość i związane z nią kontrowersje nie powodują totalnego odrzucenia pojęcia. W ramach niniejszych rozważań warto wskazać na wypowiedź Hugh Collinsa według którego kryterium dobrej wiary jest „tajemnicze i pasjonujące” dla prawników angielskich⁴¹, czy też postulat Beastona, aby angielscy specjaliści od kontraktów uzyskali wsparcie komparatystyki, tak, aby mogli sensownie przenieść pojęcie dobrej wiary do prawa angielskiego, w takim kontekście, gdy oświetla ono kwestię znaczącej nierównowagi⁴².

Spoglądając na wskazane wątpliwości w operowaniu pojęciem dobrej wiary uwagę zwracają fakty, iż postuluje się jego odrzucenie we Francji mimo, że klauzula *boni fides* występuje we francuskim kodeksie cywilnym⁴³. Deklaruje się zainteresowanie pojęciem w prawie angielskim dla którego jest ono obce. W Niemczech akcentuje się odmienność jego rozumienia w prawie niemieckim i wspólnotowym. Zatem wspólną cechą w podejściu do zawartego w dyrektywie pojęcia dobrej wiary jest jego oddzielenie od narodowego prawa prywatnego krajów członkowskich. W konsekwencji wyłania się hipoteza, że oderwana od narodowych dogmatyk dyskusję o dobrej wierze może inspirować i obiektywizo-

³⁹ S. A. SMITH, *Contract*, «Current Legal Problems» 47 (1995), s. 8 i n.

⁴⁰ H. COLLINS, *Good Faith in European Contract Law*, «The Oxford Journal of Legal Studies» 14 (1994), s. 249; I.I. MACNEIL, *Good Faith and the Control of Contract Terms: The E. C. Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*, «Judicial Review» 40 (1995), s. 151 i n.

⁴¹ H. COLLINS, *op. cit.*, s. 229, 245 i n.

⁴² J. BEATSON, *op. cit.*, s. 968.

⁴³ Por. art. 1238 francuskiego kodeksu cywilnego.

wać odniesienie do doświadczenia historycznego, a w pierwszym rzędzie do prawa rzymskiego⁴⁴.

Oczywiście nie należy oczekiwać, aby źródła prawa rzymskiego dały wyczerpującą odpowiedź na wszystkie problemy związane z rozumieniem zawartego w dyrektywie pojęcia dobrej wiary. Sięgnięcie do rzymskich źródeł może jednak wzbogacić dyskusję o dwóch istotnych, w świetle powyższych uwag, kwestiach. Chodzi o odpowiedź na pytania: czy z pojęciem dobrej wiary można łączyć ściśle określoną treść oraz jak rozumieć jego „proceduralny” charakter?

IV. PROBLEM TREŚCI POJĘCIA DOBREJ WIARY

Treść pojęcia dobrej wiary może być postrzegana jako źródło trudności dla jego wykorzystania w służącym wykonaniu dyrektywy prawie krajowym. Przykładowo Jack Beatson podnosi, że zawarte w preambule dyrektywy stwierdzenie, iż dobra wiara wymaga uwzględnienia przez sprzedawcę lub dostawcę uzasadnionego interesu kontrahenta budzi zakłopotanie w Anglii, skoro w prawie angielskim staranność stron w negocjacjach ogranicza się do zakazu wprowadzania w błąd (*misrepresentation*)⁴⁵. Gilbert Paisant uznając zbędność wprowadzenia pojęcia dobrej wiary podparł się wątpliwością, iż trudno uznać, aby był w dobrej wierze przedsiębiorca, który zmierza do osiągnięcia nieusprawiedliwionych korzyści⁴⁶. Uważam, że powstanie takich zastrzeżeń można tłumaczyć jako konsekwencję postawy, iż pojęcie dobrej wiary ma ściśle określone, stałe znaczenie.

Źródła dotyczące *bona fides* w rzymskim prawie kontraktów dają podstawę dla jej negatywnej oceny. Wskazują one na dynamiczny charakter tego określenia. Pierwszym wyrazem owego dynamizmu

⁴⁴ Prawo rzymskie było od XII do XVII wieku jedną z podstaw powszechnej, europejskiej nauki prawa, a współcześnie stanowi element kultury prawnej większości krajów naszego kontynentu.

⁴⁵ J. BEATSON, *op. cit.* s. 964.

⁴⁶ G. PAISANT, *op. cit.*, s. 99 i n.

jest fakt, że wiązane z ze zwrotem *bona fides* znaczenie mogło się zmienić z upływem czasu. Przykładowo żyjący na przełomie er Proculus przy określaniu staranności postępowania wykonującego zobowiązanie rozumiał zwrot *bona fides* jako przeciwieństwo podstęp (dolus)⁴⁷. Natomiast działający około 200 lat później Paulus adekwatną do *bona fides* staranność rozumiał szerzej, jako postępowanie właściwe dla *bonus vir*⁴⁸. Wskazany dynamizm określenia *bona fides* wyrażał się następnie w tym, że jego treść mogła się zmienić z uwagi na okoliczności przypadku. Ilustruje to rozstrzygnięcie prawnika z I w. n.e. Iavolenusa, który wskazał jako zasadę, iż *bona fides* wymaga pełnego wykonania zawartej umowy (*quod convenit fiat*), ale jak możemy wywieść z tekstu, nie w szerszym zakresie (*non amplius*) jak odpowiada to celowi umowy i zamiarowi stron⁴⁹. Wreszcie, dynamiczny charakter określenia *bona fides* w rzymskim prawie kontraktów wyraża się nie tylko w zmianach jego znaczenia, ale i we wzroście ich liczby⁵⁰.

W świetle doświadczenia prawa rzymskiego należy zatem uznać za błędne oparcie oceny użyteczności, czy też zdolności do adaptacji pojęcia dobrej wiary na przekonaniu, że może być ono stabilnie zdefiniowane. Co więcej, uwzględnienie dynamicznego charakteru pojęcia dobrej wiary pozwala na dodatkowy, romanistyczny komentarz do wskazanych wyżej współczesnych wątpliwości. Przyjęta w sprawie *Walford v. Miles* zasada, iż staranność stron zawierających kontrakt pozwala na uwzględnianie ich własnego interesu tak dalece jak nie powoduje to wprowadzenia w błąd⁵¹, przypomina wypracowane w takiej sytuacji z *bona fides* rozstrzygnięcia rzymskich prawników okresu klasycznego. Sprzeczne z *bona fides* postępowanie zawierającego kontrakt rozumieli oni, podobnie jak angielski

⁴⁷ D. 18,1,68 pr.

⁴⁸ D. 19,2,24 pr.

⁴⁹ D. 19,2,21. Pogląd ten utrwalili się w prawie rzymskim, por. C. 4,65,22 (293 r.).

⁵⁰ W. DAJZAK, *Zwrot 'bona fides' w rozstrzygnięciach dotyczących kontraktów u prawników rzymskich okresu klasycznego*, Toruń 1998, s. 140 i n.

⁵¹ Por. J. BEATSON, *op. cit.*, s. 964.

sędzia, ściśle jako *dolus*⁵², *fraus*⁵³ lub *metus*⁵⁴. Wskazanie tego podobieństwa może stanowić okoliczność przyciągającą uwagę angielskich sędziów do pojęcia dobrej wiary, a w konsekwencji sprzyjającą jego przyjęciu i rozwojowi w prawie angielskim.

Odniesienie do źródeł prawa rzymskiego pokazuje, wbrew pogładowi Paisant, iż nie zawsze kryterium nieusprawiedliwionych korzyści musi być utożsamiane z dobrą wiarą. Reguła rzymskiego prawa klasycznego, *invicem se circumscribere*, dopuszczająca pełną swobodę określania świadczenia pieniężnego w kontrakcie *locatio conductio* i *emptio venditio* między osobami dojrzałymi, nigdy nie została zakwestionowana w oparciu o *bona fides*⁵⁵. Uwzględnienie tego faktu może i dzisiaj budzić wątpliwość czy przyjęte we Francji kryterium nieusprawiedliwionych pozwala na pełne wykorzystanie możliwości jakie daje zawarte w dyrektywie pojęcie dobrej wiary.

Powyższe uwagi są konsekwencją uznania dynamicznego charakteru pojęcia dobrej wiary. Spójrzmy zatem, czy doświadczenie prawa rzymskiego może inspirować także rozważania nad „proceduralnymi” aspektami klauzuli dobrej wiary.

V. „PROCEDURALNY” CHARAKTER POJĘCIA DOBREJ WIARY

Mówiąc o „proceduralnym” charakterze pojęcia dobrej wiary mam na myśli wskazanie w jakim celu jest ono wprowadzone do prawa i metody jego konkretyzacji *ad casum*. Wprowadzaniu do prawa rzymskiego klauzuli *ex fide bona* towarzyszyło przekonanie o szczególnej roli sędziego w ich stosowaniu. Ilustruje to przekazany przez Cicerona, pogląd wybitnego jurysty z przełomu II i I w. p.n.e. Quintusa Muciusa Scaevoli. Podkreślił on *summa vis* skarg zawierających klauzulę *ex fide bona*, oraz to, iż dla określenia praw-

⁵² D. 18,2,19 (Iav.)

⁵³ D. 19,2,35 pr. (Afric.)

⁵⁴ D. 50,13,3 (Ulp.)

⁵⁵ W. DAJCZAK, *Zwrot*, cit., s. 62 i n.

nych konsekwencji klauzuli jest potrzebny wybitny sędzia (*magnus iudex*)⁵⁶. Określając takie podejście językiem współczesnej dogmatyki można, jak sądzę, stwierdzić, iż Scaevola postrzegał wprowadzoną do procesu rzymskiego klauzulę *ex fide bona* jako instrument otwierający drogę sędziemu do rozwijania prawa. Taka postawa przypomina wypowiedziany niedawno w dyskusji nad rozwojem europejskiego prawa prywatnego pogląd Martijna Hesselinka. Uznał on, iż pojęcie dobrej wiary powinno być wykorzystane, jeśli może być użyteczne dla usunięcia ewentualnych wątpliwości co do tego, iż „sędzia może tworzyć nowe reguły”⁵⁷. Mówiąc o przyszłości europejskiego prawa prywatnego Hesselink podobnie jak ponad 2000 lat temu Scaevola w odniesieniu do prawa rzymskiego postrzega pojęcie dobrej wiary jako oparcie dla sędziowskiego rozwijania prawa. Hesselink nie bierze jednak pod uwagę rzymskich doświadczeń. Ogranicza się do wskazania klauzuli dobrej wiary jako umocowania dla sędziego (*Ermächtigungsfunktion*)⁵⁸. Ta pionierska próba opracowania pojęcia dobrej wiary w nauce europejskiego prawa prywatnego nie daje więc odpowiedzi na podnoszone już w toku implementacji omawianej dyrektywy wątpliwości, czym kierować się konkretyzując pojęcie dobrej wiary *ad casum*.

Spójrzmy, czy i w tym zakresie prawo rzymskie może inspirować. Podstawę źródłową dla ustaleń jak określenie *bona fides* było wykorzystywane dla rozwijania rzymskiego prawa kontraktów stanowią przede wszystkim fragmenty z dzieł jurystów okresu klasycznego. *Bona fides* nie stanowiła podstawy do krytyki prawa, co syntetycz-

⁵⁶ Cic. *De off.* 3,17,70.

⁵⁷ M. HESSELINK, *Good Faith*, [w:] *Towards a European Civil Code*, ed. A. HARTKAMP – M. HESSELINK – E. HONDIUS – C. JOUSTRA – E. DU PERRON, Nijmegen 1998, s. 309.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 309. M. HESSELINK wskazuje jako wzór prawo szwajcarskie. Wyrazem przychylności dla rozwijania prawa przez sądy (*creación judicial del Derecho*) było także wprowadzenie w roku 1974 pojęcia dobrej wiary (*buena fe*) do art. 7 hiszpańskiego kodeksu cywilnego, por. J.M. MIQUEL, *Buena fe*, [w:] *Enciclopedia jurídica básica*, I, Madrid 1995, s. 831.

nie ujął późnoklasyczny prawnik Tryphonian wskazując, że co innego może dyktować *bona fides*, a co innego *aequitas*⁵⁹. W ramach zakreślonych przez *leges*, edykty i *regulae iuris* odniesienia do *bona fides* służyły znajdowaniu rozwijających prawo rozstrzygnięć, przykładowo: uznaniu w II w. n.e niedopuszczalności umowy wyłączającej odpowiedzialność za podstępnie wyrządzoną szkodę⁶⁰, czy też uznania skuteczności postanowienia umownego względem osób trzecich, gdy to chroniło ustanowione przez strony kontraktu ograniczenie⁶¹. Obserwacja rezultatów tych rozstrzygnięć pozwala, moim zdaniem, stwierdzić, iż wprowadzenie określenia *bona fides* pomagało jurystom w „przełożeniu” wyobrażeń o celach prawa na rozwiązywanie konkretnego przypadku. Te wyrastające z filozofii stoickiej wyobrażenia oddają syntetycznie wypowiedziane przez późnoklasycznego prawnika Ulpiana nakazy prawa (*praecepta iuris*)⁶².

Inspirujące może być już dostrzeżenie podobieństwa pomiędzy wskazanymi przez Ulpiana nakazami, a zawartym w preambule omawianej dyrektywy wyjaśnieniem, co do wymagań dobrej wiary. Nakazowi *honeste vivere*, żyć uczciwie, odpowiada przesłanka uczciwego postępowania (*deals fairly*). Zakaz wyrządzania szkody (*alterum non laedere*), przypomina w dyrektywie postulat uwzględnienia uzasadnionych interesów drugiej strony (*to take into account legitimate interests of the other party*). Wreszcie do nakazu oddania każdemu tego co mu się należy (*suum quique tribuere*) zbliżona jest przesłanka postępowania sprawiedliwego (*deals equitably*). To podobieństwo podstawowych założeń aksjologicznych pojęcia dobrej wiary potwierdza ich uniwersalność. Jednak w oderwaniu od kulturowych korzeni Europy mogą być one rozumiane dowolnie⁶³.

⁵⁹ D. 16,3,31,1.

⁶⁰ D. 50,17,23 (Cel., Ulp.).

⁶¹ D. 8,4,13 pr.

⁶² D. 1,1,10,1: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*

⁶³ Por. P. BORTKIEWICZ, *W stronę etosu zjednoczonej Europy*, [w:] *Poszukiwanie Europy. Studia Europaea*, I, Poznań 2000, s. 110 i n.

W ramach niniejszych rozważań prowokuje to, aby postawić pytanie: jak można skorzystać z prawa rzymskiego przy konkretyzacji aksjologicznych założeń pojęcia dobrej wiary. Niecelowe byłoby proste poszukiwanie w nim propozycji rozwiązania, ponieważ dyrektywa odnosi się do klauzul zawartych w nieznanym prawu rzymskiemu tzw. ogólnych warunkach umownych. Inspirujące może być natomiast odnajdywanie w źródłach rzymskich punktu wyjścia dla rozważań konkretyzujących klauzulę dobrej wiary. Zasadność takiej postawy potwierdza moim zdaniem odniesienie do niektórych z przykładowych klauzul niedozwolonych zawartych w załączniku do dyrektywy. Zakaz umownego wyłączenia odpowiedzialności sprzedawcy lub dostawcy za nie wykonanie lub nienależyte wykonanie umowy⁶⁴ oraz za utratę życia lub uszkodzenie ciała konsumenta⁶⁵ można postrzegać jako rozwinięcie sformułowanej przez żyjącego w II n.e. Celsusa zasady, iż strony nie mogą wyłączyć umownie odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną działaniem podstępny⁶⁶. Służące ochronie konsumenta wyłączenie dopuszczalności zatrzymania wpłaconych przez niego pieniędzy, w sytuacji gdy zrezygnował z wykonania umowy jest podobne do rozstrzygnięcia Ulpiana, który wyjaśnił, że w kontrakcie *emptio venditio* klauzula przepadku części wpłaconej ceny *lex commisoria* może być wprowadzona dobrowolnie, ale nie narzucona kupującemu⁶⁷. Wreszcie wykluczenie możliwości przyznania sprzedawcy lub dostawcy uprawnienia do ustalenia ceny, bądź oceny czy towar lub usługa odpowiadają postanowieniom umowy jest zgodne ze spotykanym w prawie rzymskim stanowiskiem, iż taką oceną można powierzyć wierzycielowi lub osobie trzeciej. Jak wyjaśnił w odniesieniu do *locatio conductio*

⁶⁴ Ust. 1 lit. b. załącznika do dyrektywy o niedozwolonych klauzulach w umowach konsumenckich.

⁶⁵ Ust. 1 lit. a. załącznika do dyrektywy o niedozwolonych klauzulach w umowach konsumenckich.

⁶⁶ D. 50,17,23.

⁶⁷ D. 18,3,3.

Paulus, *bona fides* wymaga, aby przy takiej ocenie postępowali tak jak *bonus vir*⁶⁸.

Wskazane przykłady ilustrują, iż konkretyzację klauzuli można postrzegać, jako odpowiadające potrzebom współczesnej praktyki i możliwościom dogmatyki rozwinięcie *rationes decidendi*, które odkryli rzymscy prawnicy. Gdy znajdziemy odpowiednią do rozważanego przypadku podstawę źródłową, to takie podejście będzie sprzyjać obiektywizacji procesu oceny. Akcentowany wyżej, dynamiczny charakter pojęcia dobrej wiary oraz znaczenie prawa rzymskiego dla rozwoju nauki prawa w nowożytnej Europie skłaniają, aby nie ograniczać się do antycznego prawa rzymskiego, ale sięgać także do nowożytnego *ius commune*.

VI. PROBLEM WYKORZYSTANIA RZYMSKICH ŹRÓDEŁ PRAWNYCH W KONKRETYZACJI KLAUZULI DOBREJ WIARY

Z praktycznego punktu widzenia istotne jest to, jak wskazać *ad casum* stanowiące źródło inspiracji rzymskie *rationes*. Bezpośrednie korzystanie przez współczesnych sędziów z doświadczenia prawa rzymskiego wyraża się przede wszystkim w powoływaniu łacińskich maksym⁶⁹. Powyższe uwagi dają więc dodatkowy argument za opracowywaniem ich zbiorów w sposób czytelny dla współczesnego prawnika. Przykładowo, sądzę, iż opartą na dobrej wierze, ocenę klauzul wprowadzanych do warunków umownych mogą inspirować i harmonizować reguły: *nemo ex facto alterius praegravari debet*, to jest wskazanie Paulusa⁷⁰, iż samodzielne działanie jednej osoby nie może prowadzić do obciążenia innej. Wypowiedziane także przez Paulusa

⁶⁸ D. 19,2,24 pr.

⁶⁹ Por. np. R. KNÜTEL, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, cit., s. 251 i n.

⁷⁰ D. 3,2,21. Paulus wypowiedział tę regułę przy okazji wyjaśnienia, iż rozstrzygnięcie w wyroku co do infamii nie może rozciągać się na zeznających w tym procesie świadków, którym odmówiono wiarygodności.

zdanie⁷¹: *non videntur data, quae eo tempore quo dentur, accipientis non fiunt*, w którym wyjaśnił, że nie uważa się za dane tego, co w czasie, gdy było dawane nie zostało otrzymane. Wreszcie słowa Ulpiana⁷² stwierdzającego, iż *data igitur optione si quis optaverit alienum servum (...) videndum est an consumserit optionem; et puto non consumi*, czyli wyjaśnienie, iż wybór innej rzeczy jak zaoferowana do wyboru nie powoduje utraty prawa wyboru. Podobne źródła inspiracji odnajdujemy także w rozwijającej antyczne prawo rzymskie literaturze *ius commune*. Przykładowo, dla stosowania omawianej dyrektywy owocne może być zwrócenie uwagi na maksymę XVIII prawnika Mikołaja Everardi pouczającą, iż *clausulae insolitae inducunt suspicionem*⁷³, czyli nietypowe klauzule umowne rodzą podejrzenie.

Powoływanie maksym prawniczych ogranicza się jednak w praktyce do ich wskazania, w oderwaniu od kontekstu w jaki zostały wypowiedziane i ich losów. Dlatego uważam, że wykorzystanie doświadczenia prawa rzymskiego obok wskazywania reguł łacińskich wymaga zainteresowania się romanistów problemami dogmatyki europejskiego prawa prywatnego i prezentowania służących im ustaleń, co do losów pojęć i instytucji prawnych, od chwili ich pojawiania się w źródłach rzymskich po okres kodyfikacji. Do podjęcia takich poszukiwań prowokuje już ogólne spostrzeżenie, iż pandektyści skupiali uwagę na konkretnych procesowych konsekwencjach rzymskich *actiones bonae fidei*⁷⁴, a na gruncie wyrastającego z ich doktryny niemieckiego kodek-

⁷¹ D. 50,17,167 pr. To zdanie zostało umieszczone przez kompilatorów justyniańskich w tytule *De diversis regulis iuris antiqui*. Nie wiemy w jakim kontekście zostało wypowiedziane przez prawnika okresu klasycznego.

⁷² D. 33,5,2,2. Wskazane słowa stanowią fragment rozstrzygnięcia dotyczącego zapisu uprawniającego zapisobiercę do wyboru.

⁷³ Cyt. za D. LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, München 1998, s. 46.

⁷⁴ Np. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandekten*, Frankfurt a/M 1891, s. 110, wywodził, iż utracił znaczenie procesowy aspekt podziału na *actiones stricti iuris* i *bonae fidei* natomiast leżąca u podstaw tego podziału myśl „ma dla nas ciągle tą samą prawdę co dla Rzymian”.

su cywilnego pojęcie dobrej wiary uzyskało istotne znaczenie w nauce prawa i w praktyce. W cywilistyce niemieckiej wskazuje się, że zawierający tę klauzulę paragraf 242 niemieckiego kodeksu cywilnego oddziaływa na prawa cywilne podobnie jak rzymskie prawo pretorskie: *adiuvandi, supplendi* lub *corrighendi gratia*⁷⁵. Natomiast mimo, iż Jean Domant, współcześni mu i późniejsi przedstawiciele szkoły prawa natury akcentowali doniosłość dobrej wiary i słuszności w kontraktach⁷⁶, to w wyrastającym z tej doktryny współczesnym prawie francuskim dobra wiara nigdy nie miała takiej pozycji jak w Niemczech⁷⁷.

VII. KONKLUZJE

Zmierzając do zakończenia przypomnę, iż punktem wyjścia ni-niejszych rozważań była teza, iż poszukiwanie inspiracji w europejskiej tradycji prawnej, a przede wszystkim w prawie rzymskim może obiektywizować rozwijanie prawa przez ETS oraz upodabniać regulacje krajowe służące wykonaniu dyrektywy.

Przyjmując taki punkt widzenia, odniosłem się do wątpliwości jakie pojawiają się co do rozumienia i implementacji pojęcia dobrej wiary zawartego w art. 3 ust. 1. dyrektywy o niedozwolonych klauzulach w umowach konsumenckich. Stwierdziłem, iż wiedza o tym jakie znaczenie dla rozwoju rzymskiego prawa kontraktów odegrała *bona fides* może być jednym z argumentów umacniających podniesiony w nauce europejskiego prawa prywatnego pogląd, aby wprowadzane do niego pojęcie dobrej wiary rozumieć jako czytelne umocowanie dla sędzięgo do rozwijania prawa. Kazuistyka rzymskich jurystów, którzy wspomagali sędziów, wskazuje, iż punktem wyjścia takiego poszukiwania

⁷⁵ F. WIEACKER, *Zur Rechtstheoretischen Präzisierung des § 242*, [w:] *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart; Eine Sammlung von Veträgen und Schriften aus dem Gebiet der gesamten Staatswissenschaft 193/194*, Tübingen 1956, s. 20 i n.; D. MEDICUS, *Schuldrecht, I. Allgemeine Teil*, München 1995, s. 73.

⁷⁶ D. CARRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano 1970, s. 17.

⁷⁷ Por. C. WITZ – G. WOLTER, *op. cit.*, s. 889.

rozstrzygnięć powinno zajęcie stanowiska co do celów prawa. Porównanie prawa rzymskiego z treścią omawianej dyrektywy pozwala uznać, iż takiego waloru nie utraciły budzące od wieków zainteresowanie prawników i filozofów wypowiedziane przez Ulpiana *praecepta iuris*⁷⁸. Doświadczenie wskazuje jednak, iż ograniczenie się do akcentowania takich założeń nie rozwiązuje w pełni problemu określoności pojęcia dobrej wiary. Dlatego pomocne dla praktyki jest, jak sądzę stwierdzenie, iż w antycznym prawie rzymskim i średniowiecznym *ius commune* można znaleźć maksymy inspirujące ocenę klauzul umownych, czyli konkretyzację pojęcia dobrej wiary *ad casum*.

Oparte na źródłach prawa rzymskiego uwagi dotyczące zawartości w dyrektywie pojęcia dobrej wiary dały podstawę dla zgłoszenia uwag co do jego implementacji w wybranych krajach. Skłaniają one do zgłoszenia wątpliwości co do trafności rozwiązania francuskiego polegającego na ograniczeniu się przy ocenie klauzul do kryterium „niewspółmiernych korzyści”, które daje sędziemu mniejszy zakres oceny od tego jaki w świetle historycznego doświadczenia dawało pojęcie dobrej wiary⁷⁹. Zwrócenie uwagi na możliwość poszukiwania w prawie rzymskim inspiracji dla konkretyzacji pojęcia dobrej wiary mogłoby przyczynić się do złagodzenia podnoszonej przez naukę niemiecką odmienności między jego rozumieniem w prawie niemieckim i wspólnotowym. Wreszcie wychodząc naprzeciw sygnalizowanemu w angielskiej literaturze prawniczej zainteresowaniu obcym jej pojęciem dobrej wiary, odniesienie do doświadczeń rzymskich może pomóc w wyjaśnianiu wątpliwości co do tego czy

⁷⁸ Por. D. CARRADINI, *op. cit.*, s.15.

⁷⁹ Podobną wątpliwość rodzi kryterium „dobrych obyczajów” wprowadzone do art. 385¹ § 1 k.c. w celu jego dostosowania do dyrektywy. Pojawiło się ono, w ramach słusznej co do zasady, tendencji przywracania tradycyjnych klauzul słusznościowych. Jednak temu ograniczonemu powrotowi nie towarzyszyła pogłębiona dyskusja na temat stojącej za nimi tradycji. W szczególności nie rozważono możliwości postrzegania dobrej wiary, za wzorem Rzymian, jako czytelnego umocowania sędziemu do rozwijania prawa. Nie zwrócono uwagi, iż w prawie rzymskim dobre obyczaje były tylko jednym z parametrów oceny opartej na *bona fides* (por. D. 22,1,5).

należy ustalić jego ściśle określoną treść, czy też uznać że ma charakter „proceduralny”. Inspirujące dla jej usunięcia jest spostrzeżenie, iż w rzymskim prawie kontraktów *bona fides* miała charakter dynamiczny, nie była ograniczona do ściśle określonego znaczenia.

Poczynione uwagi skłaniają w końcu do refleksji ogólnej. W literaturze mocno akcentuje się co do prawa kontraktów, odrębność powstającej dogmatyki europejskiej i dogmatyk narodowych⁸⁰. To rodzi możliwość oderwania się prawa wyrastającego z europejskich dyrektyw od tradycyjnej cywilistyki. Powyższe uwagi pokazały, że inspiracji dla rozwoju prawa europejskiego można poszukiwać także u źródeł klasycznej cywilistyki. Cenne byłoby rozwijanie towarzyszącego temu poczucia kontynuacji. Rozszerzając wyniki ustaleń na prawo polskie, chodzi przykładowo o zwrócenie uwagi praktykom, że wprowadzenie ustawą⁸¹ z dnia 2 marca 2000 roku do artykułu 385 k.c. normy nakazującej tłumaczyć niejasne postanowienia wzorców umownych na korzyść konsumenta, nie ogranicza się do recepcji art. 5 omawianej dyrektywy, ale może być postrzegane jako kontynuacja wypowiedzianej już przez Celsusa zasady *ambiguitas contra stipulatorem*⁸². Sądzę, że takie sięganie do korzeni klasycznej cywilistyki może utrudniać sprowadzanie norm europejskiego prawa prywatnego do roli ekonomicznych instrumentów, a w konsekwencji ograniczać dowolność ich redagowania i stosowania.

BEGRIFF DER TREU UND GLAUBEN-KLAUSEL IN DER EG-RICHTLINIE
ÜBER MIßBRÄUCLICHE KLAUSELN IN VERBRAUCHERVERTRÄGEN
UND DIE ERFAHRUNG DES RÖMISCHEN RECHTS

Die Klausel Treu und Glauben in der Richtlinie vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen erinnert an die

⁸⁰ Por. P.M. PUTTI, *L'invalidità nei contratti del consumatore*, [w:] *Diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, Padova 1997, s. 695 i n.

⁸¹ Ustawa o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny z dnia 2.03.2000 r. (Dz.U. Nr 22, poz. 271).

⁸² D. 34,5,26.

Wendung *bona fides*, die schon im römischen Vertragsrecht gut bekannt war. Diese formelle Ähnlichkeit wirft die Frage auf, ob die Erfahrung des römischen Rechts die Auslegung und die Umsetzung der Klausel Treu und Glauben der EG-Richtlinie inspirieren kann? Die Antwort auf diese Frage ist Gegenstand dieses Aufsatzes. Den Ausgangspunkt bilden kurze Erwägungen über die Grundlagen der Anwendung der romanistischen Tradition im Europarecht, besonders im europäischen Privatrecht. Der Verfasser teilt die Meinung, daß eine derartige Möglichkeit von der richterlichen Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft gegeben ist (Art. 234 b / EUV). Er meint auch, daß die Regeln des römischen Rechts als Elemente gemeinsamer europäischer Rechtsstradition effektive Umsetzung der EG-Richtlinie (Art. 10 EUV) unterstützen können. Auch das Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 EUV) bildet nach dem Verfasser ein Argument für die Nützlichkeit der europäischen Rechtsstradition in der Umsetzung privatrechtlicher Richtlinien dar. Dieses Prinzip bewegt den nationalen Gesetzgeber dazu, in der Diskussion über die Umsetzungsfragen auch die Prinzipien zu benutzen, die mindestens für die Rechtsstradition der Mitgliedsstaaten gemeinsam sind. Eine derartige methodologische Feststellung gibt die Grundlage für Erwägungen über ausgewählte Aspekte der Auslegung und Umsetzung der Klausel Treu und Glauben. Aufgrund der Skizze der Umsetzung der Klausel im französischen, deutschen und englischen Recht zeigt der Verfasser als gemeinsame Eigenschaft dieses Prozesses die Betonung der Trennung zwischen der Treu und Glauben-Klausel in der Richtlinie und den nationalen privatrechtlichen Ordnungen. Infolgedessen stellt der Verfasser die These, daß die geschichtliche Erfahrung des römischen Rechts die Diskussion über eine „übernationale“ Treu und Glauben-Klausel inspirieren und objektivieren kann. Zum Beispiel stellt er das Verbinden der Nützlichkeit der Klausel Treu und Glauben mit der Möglichkeit ihrer stabiler Konkretisierung als irrtümlich dar. Die Ersetzung der Klausel Treu und Glauben der EG-Richtlinie durch das Kriterium „beachtliches Mißverhältnis zwischen den Rechten und Pflichten der Vertragsparteien“ im französischen Recht, beschränkt nach dem Verfasser die Möglichkeiten, die die Klausel Treu und Glauben geben kann. Er folgert, die Treu und Glauben-Klausel sollte nach dem römischen Muster als Grundlage der richterlichen Rechtsfort-

bildung umgesetzt werden. Die vorgestellten Beispiele der lateinischen Regeln, die Ergänzung der Direktiveanlage inspirieren können, bebildern, wie die romanistische Tradition die harmonisierende Konkretisierung der Klausel erleichtern und objektivieren kann. Der Verfasser schließt mit der allgemeinen Bemerkung, daß die Berücksichtigung der Wurzeln der klassischen privatrechtlichen Dogmatik im entstehenden europäischen Privatrecht ein Kontinuität-Gefühl entwickeln, aber auch die Gefährlichkeit mildern kann, daß die Funktion der Rechtsnormen nur zur Rolle der ökonomischen Instrumente reduziert werden könnten.