

Katarzyna Górską

O perspektywie zniesienia formy pisemnej dla celów dowodowych w nowym kodeksie cywilnym

Prace nad nowym kodeksem cywilnym, będące intensywnym udziałem działającej przy Ministrze Sprawiedliwości Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, przynoszą pierwsze poważne efekty. Jesienią 2008 r. Komisja przyjęła projekt uregulowania księgi pierwszej „Kodeksu cywilnego”¹. Problematyka czynności prawnych została ujęta w tytule IV projektowanej księgi, w którym umieszczono dział V – „Forma oświadczenia woli”².

Projekt regulacji księgi pierwszej, co do zasady, stanowi realizację założeń kodyfikacji, opublikowanych w 2006 r. w tzw. Zielonej Księdze jako rezultat prac Komisji w latach 2002-2006³.

Warto zatem przypomnieć, że wyrażone w Zielonej Księdze stanowisko Komisji Kodyfikacyjnej w zakresie formy czynności prawnych nie przewidywało rewolucyjnych zmian w tej części regulacji prawa cywilnego. Przedstawione założenia można by scharakteryzować jako utrzymanie w zasadniczym stopniu charakteru istniejącego unormowania, przy

¹ Tekst projektu wraz z uzasadnieniem jest dostępny na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości <http://www.ms.gov.pl/kkpc/kkpc.php>

² Prace w tym zakresie zostały powierzone działającemu przy Komisji Kodyfikacyjnej Zespołowi Problemowemu ds. Czynności Prawnych pod przewodnictwem prof. Z. Radwańskiego.

³ *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, red. Z. Radwański, Warszawa 2006.

zapropnowaniu niezbędnych modyfikacji, mających przede wszystkim służyć jasności systemu i stosowania form czynności prawnych.

Odnosnie do regulacji formy czynności prawnych Komisja Kodyfikacyjna dała w Zielonej Księdze wyraz akceptacji dla obecnych rozwiązań m. in. co do zasady swobody formy, sposobu definiowania zwykłej formy pisemnej czy traktowania formy elektronicznej za odrębną w stosunku do formy pisemnej postać formy szczególnej, przy założeniu, że jest ona równorzędna formie pisemnej pod warunkiem spełnienia określonych przesłanek. Jednocześnie Komisja dostrzegła potrzebę dokonania pewnych zmian. Między innymi wskazano na celowość uporządkowania relacji między poszczególnymi typami form czynności prawnych przez określenie ich typów, w tym także poprzez wyraźne uregulowanie formy aktu notarialnego oraz wyrażenie zasady zastępowalności jednych form przez inne. Kolejny obszar modyfikacji dotyczyć miałby regulacji formy elektronicznej, w tym zwłaszcza w odniesieniu do określenia dopuszczalnego zakresu zastąpienia formy pisemnej przez elektroniczną oraz w odniesieniu do określenia granic swobody zastrzegania tej formy przez strony⁴. Bez wątplenia jednak najbardziej doniosłą zmianą w zakresie regulacji formy czynności prawnych, wzbudzającą też najwięcej wątpliwości w samym gronie Komisji Kodyfikacyjnej, miało być zniesienie formy dla celów dowodowych. Przyjęty projekt księgi pierwszej nowego „Kodeksu cywilnego” wydaje się to założenie w pełni realizować⁵.

Schyłek formy dla celów dowodowych po niemal czterech dekadach jej obowiązywania skłania do podjęcia próby dokonania oceny potencjalnych skutków jej wyeliminowania z regulacji kodeksowej. Właściwe rozważania w tym zakresie warto jednak poprzedzić krótkim przedstawieniem rozwoju formy *ad probationem* na gruncie polskim.

⁴ Szerzej na temat stanowiska Komisji Kodyfikacyjnej w przedmiocie podstawowych założeń przyszłej regulacji formy czynności prawnej zob. *Zielona Księga...*, s. 52-56.

⁵ W dziale V tytułu IV projektowanej księgi pierwszej nie zawarto regulacji będącej odpowiednikiem aktualnie obowiązujących przepisów art. 73, art. 74 i 76 k.c. W ten sposób nie przewidziano ustawowego wyróżnienia typów formy szczególnej *ad solemnitate*, *ad probationem* i *ad eventum*. Jak się jednak wydaje – czemu wielokrotnie dawano wyraz w czasie prac Komisji – intencją kodyfikatorów było związanie wymogu formy szczególnej przede wszystkim z rygorem nieważności, względnie z rygorem niewywołania określonych skutków prawnych, jak przy dotychczasowej formie *ad eventum*.

Ewolucja formy dla celów dowodowych w polskim prawie cywilnym

Pierwszy etap funkcjonowania formy dla celów dowodowych na gruncie prawa polskiego należy odnieść do okresu międzywojennego. W art. 110 k.z.⁶, wprowadzono postanowienie, według którego w wypadku, gdy ustawa lub umowa stron wymaga formy pisemnej bez zagrożenia sankcją nieważności, to ma to tylko takie znaczenie, że w razie sporu niedopuszczalny jest dowód ze świadków bez zgody obu stron. Rygor ten został także rozciągnięty na dowód z przesłuchania stron⁷. Niedochowanie formy dla celów dowodowych nie skutkowało jednak wymienionymi ograniczeniami dowodowymi w sytuacji, gdy istniał tzw. początek dowodu na piśmie⁸. Zastosowanie formy dla celów dowodowych zostało także wyłączone w obrocie profesjonalnym. W art. 528 § 1 k.h.⁹ postanowiono, że „przepisów kodeksu zobowiązań o formie piśmiennej dla celów dowodowych nie stosuje się, jeżeli czynność jest handlowa dla obu stron”,

⁶ Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. Nr 82, poz. 599 ze zm.).

⁷ W myśl art. 323 § 1 k.p.c. (rozporządzenie Prezydenta RP z 29 listopada 1930 r., tekst jedn. z dnia 1 grudnia 1932 r., Dz.U. z 1932 r. Nr 112, poz. 934). „jeżeli po wyczerpaniu środków dowodowych lub w ich braku pozostały niewyjaśnione fakty sporne, istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, sąd może dla wyjaśnienia tych faktów zarządzić dowód z przesłuchania stron, z wyjątkiem przypadków, w których dowód ze świadków nie jest dopuszczalny”.

⁸ Art. XI § 3 przepisów wprowadzających kodeks zobowiązań (rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 27 października 1933 r., Dz.U. Nr 82, poz. 599) rozciągnął moc obowiązującą artykułu XIX tych przepisów (rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 29 listopada 1930 r., Dz.U. Nr 83, poz. 652), który w § 3 stanowił, iż „dowód z zeznań świadków na fakty, na które według prawa cywilnego dowód taki nie jest dopuszczalny, może być dopuszczony tylko wówczas, jeżeli istnieje początek dowodu na piśmie. W przypadkach, w których prawo cywilne przewiduje dowód z zeznań świadków, chociażby pod warunkiem istnienia początku dowodu na piśmie, lub przewiduje dowód z wieści powszechnej, może być dopuszczony także dowód z przesłuchania stron”. Warto przy tym zauważyć, że w § 4 tego aktu zdefiniowano również pojęcie „początku dowodu na piśmie”, przez który rozumiano „każdy akt pisemny, pochodzący od osoby przeciwko której jest stawiany, lub od osoby, którą ona przedstawia, a czyniący prawdopodobnym fakt przytoczony”.

⁹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy (Dz.U. Nr 57, poz. 502).

jednocześnie wskazując w § 2, iż przepis § 1 nie ma zastosowania do „uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia woli złożonego pod wpływem błędu, podstępny, groźby albo wyzysku, do najmu i dzierżawy nieruchomości oraz do poręczenia”.

Tak ukształtowany model formy dla celów dowodowych został recypowany na grunt polski za wzorem rozwiązań przyjętych w prawie francuskim i bazował na podstawowym założeniu, że dowód ze świadków ma mniejszą wartość niż dokument i nie powinien być dopuszczany w ważniejszych sprawach¹⁰. Odzwierciedleniem francuskiej zasady *lettres passent témoins* była również regulacja dawnego kodeksu postępowania cywilnego, ograniczająca możliwość dowodzenia przeciwko lub ponad osnowę dokumentu¹¹.

W odróżnieniu od formy zastrzeganej pod rygorem nieważności, którą ustawodawca stosował nader oszczędnie, forma dla celów dowodowych w okresie międzywojennym była przewidziana w wielu przypadkach¹². Nie miało to jednak wpływu na zmiany, jakie zostały wprowadzone na fali reformy prawa cywilnego po II wojnie światowej.

Drugi etap regulacji formy pisemnej dla celów dowodowych należy datować od dnia 1 października 1950 r., kiedy na mocy art. II i IV

¹⁰ Na ten temat szerzej zob. A. Szpunar, *Uwagi o formie przewidzianej dla celów dowodowych*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1987, z. 4, s. 40-41 i cytowana tam literatura.

¹¹ W art. 265 k.p.c. postanowiono, że „dowód przeciwny co do oświadczeń złożonych w dokumencie publicznym lub prywatnym nie jest wyłączony, jednak pomiędzy uczestnikami czynności stwierdzonej dokumentem dowód ze świadków nie będzie dopuszczony przeciwko osnowie lub ponad osnowę dokumentu”. Z drugiej jednak strony, w wypadkach, gdy prawo wymagało dowodu na piśmie, ustawodawca w art. 285 k.p.c. warunkowo dopuszczał możliwość przeprowadzenia dowodu ze świadków „jeżeli dokument został zagubiony, zniszczony lub zabrany posiadaczowi, albo z powodu okoliczności szczególnych nie mógł być sporządzony”.

¹² Wymóg formy pisemnej dla celów dowodowych był zastrzeżony m.in. dla: umowy przedwstępnej (art. 62 § 2 k.z.), umowy najmu nieruchomości lub pomieszczenia i umowy dzierżawy na czas oznaczony, dłuższy niż rok albo na czas życia wynajmującego lub wdzierżawiającego lub najemcy i dzierżawcy (art. 371, art. 404 k.z.), umowy spółki (550 k.z.), umowy o przelew wierzytelności (art. 172 k.z.), zobowiązania poręczyciela (art. 631 k.z.), uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia woli i odstąpienia od umowy (art. 43 § 1, 77 § 2, 250 § 3, 368 § 1 k.z.), czynności następczych (art. 111 k.z.), zbycia wydzierżawienia i oddania w użytkowanie przedsiębiorstwa (art. 39 k.h.).

przepisów wprowadzających przepisy ogólne prawa cywilnego forma ta została wyeliminowana z porządku prawnego. Pośród motywów, które doprowadziły do uchylecia przepisów o formie *ad probationem*, na pierwszym miejscu stawiano dążność do urzeczywistnienia jednej z czołowych zasad socjalistycznego procesu, jaką była zasada prawdy obiektywnej. Przeciwnicy formy dla celów dowodowych wskazywali także inne argumenty związane z kwestiami społecznymi. Podnoszono, że przestrzeganie przepisów o formie *ad probationem* może z jednej strony prowadzić do pokrzywdzenia strony słabszej i mniej doświadczonej, jeżeli nie postara się o dowód na piśmie, z drugiej – nie idzie w parze ze zrozumieniem istoty tej formy w szerszych warstwach społecznych. Wreszcie wskazywany był także argument, że istnienie formy dla celów dowodowych może być uzasadnione w prawie francuskim, w którym instytucja ta jest zakorzeniona od wielu lat, a nie w prawie polskim, które takiej tradycji nie posiada¹³.

Po 1950 r. do czasu uchwalenia kodeksu cywilnego forma przewidziana dla celów dowodowych przetrwała jedynie w praktyce arbitrażowej¹⁴.

Trzeci etap ewolucji formy *ad probationem* dokonał się wraz z wprowadzeniem kodeksu cywilnego¹⁵, na mocy którego – począwszy od dnia 1 stycznia 1965 r. – reaktywowano tę postać formy czynności prawnych. Warto przy tym wspomnieć, że w początkowej fazie prac nad kodeksem cywilnym projekt ten w ogóle nie był brany pod uwagę i dopiero przy trzecim czytaniu – głównie z inicjatywy prof. Jana Wasilkowskiego i prof. Aleksandra Woltera – stał się przedmiotem konkretnej dyskusji Komisji Kodyfikacyjnej. Obok tradycyjnych argumentów przemawiających za

¹³ Na ten temat szerzej zob. A. Szpunar, *Uwagi o formie...*, s. 41-42.

¹⁴ Warto przy tym pamiętać, że traktowanie w orzecznictwie arbitrażowym wymogu formy pisemnej w obrocie uspołecznionym jako istniejącej w zasadzie dla celów dowodowych nastąpiło początkowo bez żadnej konkretnej podstawy prawnej, a dopiero w późniejszym okresie znalazło oparcie w § 44 rozporządzenia RM z dnia 3 maja 1960 r. w sprawie organizacji państwowych komisji arbitrażowych i trybu postępowania arbitrażowego (Dz.U. Nr 26, poz. 148). Na temat kontrowersji wokół tego rozwiązania zob. więcej M. Tycka, *Ograniczenia dowodów ze świadków i z przesłuchania stron przeciwko dokumentom*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Kamila Stefki*, Warszawa-Wrocław 1967, s. 362-326; J. Gwizdomorski, *Nowe przepisy o formie czynności prawnych*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Kamila Stefki...*, s. 63.

¹⁵ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.).

ponownym wprowadzeniem formy dla celów dowodowych, takich jak większa wiarygodność dokumentu w porównaniu z zeznaniami świadków lub stron czy zasadność funkcjonowania tej formy we wszystkich przypadkach, w których wymóg formy *ad solemnitatem* stanowi zbyt rygorystyczny, zwolennicy formy *ad probationem* potrzebę jej wskrzeszenia motywowali również i tym, że w ten sposób zyskuje się dodatkowy instrument kontroli nad obrotem uspołecznionym oraz czynnik wzmacniający dyscyplinę społeczną. Koncepcja ta spotkała się jednak ze stanowczym sprzeciwem niektórych członków Komisji Kodyfikacyjnej, którzy argumentowali, że w krótkich odstępach czasu nie należy wprowadzać dwóch sprzecznych ze sobą rozwiązań, że skutki społeczne wprowadzenia formy *ad probationem* będą ujemne, bo ludzie nie są do niej przyzwyczajeni oraz że forma ta jest sprzeczna z założeniami socjalistycznego procesu, wreszcie – że nosi ona w sobie „rys niemoralny”, ponieważ pozwala osobie, która nie dopełniła wymogu formy sprzeciwiać się prowadzeniu dowodów na fakt dokonania czynności prawnej i to bez kwestionowania jej ważności¹⁶. Efektem ścierania się tych poglądów było przegłosowanie wniosku o wprowadzenie formy, dla celów dowodowych do kodeksu cywilnego z pewnymi modyfikacjami. Ostatecznie w art. 74 § 1 postanowiono, iż „zastrzeżenie formy pisemnej bez rygoru nieważności ma ten skutek, że w razie niezachowania zastrzeżonej formy nie jest w sporze dopuszczalny dowód ze świadków ani dowód z przesłuchania stron na fakt dokonania czynności”. Rygor dowodowy nie następował jednak, gdy zachowanie formy pisemnej zostało zastrzeżone jedynie dla wywołania określonych skutków czynności prawnej (forma *ad eventum*). W § 2 art. 74 k.c. zliberalizowano skutki niedochowania formy pisemnej w ten sposób, że ograniczenia dowodowe wymienione w § 1 nie miały mieć miejsca w sytuacji, gdy obie strony wyrażą na to zgodę albo gdy fakt dokonania czynności prawnej zostanie uprawdopodobniony za pomocą pisma lub gdy sąd bądź komisja arbitrażowa przeprowadzenie wymienionych dowodów uzna za konieczne ze względu na szczególne okoliczności sprawy. Jednocześnie doszło do praktycznego

¹⁶ Szerzej na temat dyskusji nad wprowadzeniem formy dla celów dowodowych do kodeksu cywilnego zob. A. Wolter, Z. Policzkievicz-Zawadzka, *Forma dla celów dowodowych w projekcie kodeksu cywilnego*, PUG 1963, nr 6; J. Gwiazdomorski, *Nowe przepisy o formie czynności prawnych...*, s. 65-69.

rozszerzenia zakresu zastosowania formy dla celów dowodowych, co nastąpiło wskutek zastrzeżenia w art. 75 k.c. wymogu zachowania tej formy w odniesieniu do wszystkich czynności zobowiązujących i rozporządzających, których wartość przekracza dziesięć tysięcy złotych. Dla kompletności obrazu regulacji formy dla celów dowodowych po 1965 r., wypada dodać, że mocą art. VI § 2 przep. wprowadz. k.c.¹⁷ stosowanie tej formy wyłączono w stosunkach handlu zagranicznego. W tym kształcie forma dla celów dowodowych przetrwała przeszło 38 lat. Jedynie po 1989 r., na fali dokonujących się przemian politycznych i gospodarczych, nowelą z dnia 28 lipca 1990 r. usunięto z treści art. 74 § 2 k.c. wzmiankę o komisji arbitrażowej¹⁸.

Kolejny, czwarty etap regulacji formy *ad probationem* nastąpił wraz z gruntownym zreformowaniem czynności prawnych, dokonany nowelą z dnia 14 lutego 2003 r.¹⁹ Opracowująca projekt tej ustawy Komisja Kodyfikacyjna w zakresie formy dla celów dowodowych rozważała trzy stanowiska: pierwsze – utrzymanie *status quo*, czyli pozostawienie formy *ad probationem* bez zmian, drugie – usunięcie formy dla celów dowodowych z polskiego systemu prawnego i trzecie, pośrednie – jej zmodyfikowanie²⁰.

Całkowicie przegrała koncepcja utrzymania formy dla celów dowodowych bez zmian. Znaczna była bowiem siła argumentów stanowczo przeciwnych tej formie. Przede wszystkim wskazywano, że w rozwiniętych krajach zachodnich obrót gospodarczy opiera się na umowach niewymagających zachowania formy pisemnej. Dostrzeżono również, że brak jest uzasadnienia dla uprzywilejowania stosunków zagranicznych, w których na mocy art. VI § 2 przep. wprowadz. k.c. nie stosuje się formy dla celów dowodowych w stosunku do obrotu dokonywanego przy udziale rodzimych przedsiębiorców. Całkowitej krytyce poddano uzależnianie w art. 75 k.c. wymogu formy pisemnej od wartości czynności

¹⁷ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 94).

¹⁸ Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. z 1990 r. Nr 55, poz. 321).

¹⁹ Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2003 r. Nr 49, poz. 408).

²⁰ Zob. na ten temat Z. R a d w a Ń s k i, *O zmianie przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących pisemnej formy oświadczeń woli*, Monitor Prawniczy 2003, nr 9, s. 391-392.

prawnej²¹. Wreszcie podzielone zostały głosy doktryny, które wskazywały na marginalność zastosowania formy dla celów dowodowych w kontekście przewidzianej w art. 74 § 2 k.c. możliwości dopuszczenia przez sąd dowodu z zeznań świadków i z przesłuchania stron ze względu na szczególne okoliczności sprawy.

Z drugiej strony Komisja Kodyfikacyjna uznała jednak, że całkowite wyeliminowanie formy dla celów dowodowych byłoby – na istniejącym etapie reformy prawa cywilnego – niewskazane, co ostatecznie doprowadziło do przyjęcia stanowiska kompromisowego, polegającego na zachowaniu tej postaci formy szczególnej przy znacznym ograniczeniu jej zastosowania. W ten sposób dokonano nowelizacji przepisów o formie *ad probationem* poprzez:

– modyfikację przesłanek dopuszczających przeprowadzenie dowodów ze świadków lub z przesłuchania stron, mimo niedochowania rygoru tej formy, i zróżnicowanie ich dla obrotu powszechnego i konsumencyjnego. Postanowiono, że dowody te będą dopuszczalne, jeżeli „obie strony wyrażą na to zgodę, jeżeli żąda tego konsument w sporze z przedsiębiorcą albo fakt dokonania czynności prawnej będzie uprawdopodobniony za pomocą pisma” (art. 74 § 2 k.c.). Zrezygnowano natomiast z powszechnie krytykowanej możliwości wyłączenia ograniczeń dowodowych na podstawie uznania sądu w sytuacji „szczególnych okoliczności sprawy”;

²¹ Negatywniej oceny art. 75 k.c. dokonał m.in. A. Szpunar, którego zdaniem przepis ten nie odpowiadał świadomości prawnej społeczeństwa i jako taki był martwy, a jego stosowanie mogło paradoksalnie mieć przykre konsekwencje dla tych, którzy ufają swoim kontrahentom (A. Szpunar, *Uwagi o formie...*, s. 51-53). Ponadto, sami twórcy kodeksu cywilnego zwracali uwagę na to, że ustalenie rzeczywistej wartości praw majątkowych będących przedmiotem umowy może nie być łatwe (zob. J. Gwiazdomorski, *Nowe przepisy o formie...*, s. 68). Istotny argument przeciwko art. 75 k.c. dotyczył tego, że ustawy katalog czynności, dla których wymagana jest forma szczególna, powinien być określony w sposób jednoznaczny i stały, co nie ma miejsca, gdy wymóg formy jest zależny od wartości czynności prawnej (zob. S. Wójcik, *Forma czynności prawnych w świetle zasad polskiego prawa cywilnego oraz stanowiska Unii Europejskiej (zagadnienia ogólne)*, Rejent 1998, nr 4, s. 145-148). Pozytywnie o propozycji zniesienia art. 75 k.c. wypowiedzieli się także E. Gniewek, A. Łuszkak-Zając, P. Machnikowski, *Uwagi do projektowanych zmian przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących zawierania umów*, KPP 2001, z. 1, s. 110; M. Paźdzan, *O projektowanym unormowaniu formy czynności prawnych*, Rejent 2001, nr 9, s. 19.

– wyłączenie zastosowanie przepisów o formie dla celów dowodowych w stosunkach między przedsiębiorcami (art. 74 § 3 k.c.)²²;

– uchylenie art. 75 k.c., przewidującego obowiązek zachowania formy dla celów dowodowych dla czynności prawnych obejmujących rozporządzenie prawem, którego wartość przenosi 2 tys. zł²³.

Skutki nowelizacji z 2003 r. dla zakresu zastosowania formy dla celów dowodowych były bezsprzecznie znaczące²⁴. Przede wszystkim wyeliminowano tę formę z obrotu profesjonalnego, co miało dostosować polską regulację do większości ustawodawstw zachodnich, a także przyczynić się do odformalizowania i usprawnienia obrotu gospodarczego. W dużym stopniu ograniczono zastosowanie formy *ad probationem* w obrocie konsumenckim, zwłaszcza że przepisy szczególne regulujące stosunki konsumenckie w wielu przypadkach dla ich sformalizowania przewidują nie wymóg zachowania formy pisemnej, a pismo potwierdzające zawarcie umowy²⁵. W tej sytuacji jedynym praktycznie obszarem stosowania formy dla celów dowodowych stał się obrót powszechny, w którym wskutek uchylenia art. 75 k.c. i zniesienia przesłanki „szczególnych okoliczności sprawy” jako podstawy dopuszczenia dowodu ze świadków i z przesłuchania stron doszło do wzmocnienia tej formy. Ściśle określony katalog czynności wymagających formy *ad probationem* z jednej strony i sformułowanie przesłanek dopuszczających przeprowadzenie dowodu ze świadków i z przesłuchania stron w sposób niedający możliwości uznania z drugiej stworzyły podstawę do tego, aby forma dla celów dowodowych zyskała w obrocie powszechnym realne znaczenie. Jak się jednak okazuje w kontekście aktualnych prac Komisji Kodyfikacyjnej, szansa ta pojawiła się w prawie polskim na krótko.

²² W związku z tą zmianą skreślono zdanie drugie art. VI ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks cywilny.

²³ Nie zdecydowano się przy tym na uchylenie, określonego w art. 720 § 2 k.c., wymogu formy *ad probationem* przy umowie pożyczki przenoszącej wartość 5 tysięcy zł.

²⁴ Oceny zmian dokonanych w tym zakresie dokonali m.in. M. K r a j e w s k i, *Zmiany regulacji formy czynności prawnych*, PPH 2003, nr 7 i K. G ó r s k a, *Forma pisemna w obrocie gospodarczym po nowelizacji Kodeksu cywilnego*, KPP 2004, z. 1.

²⁵ Zob. art. 3 i art. 9 ustawy z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów i odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz.U. Nr 22, poz. 271 ze zm.); art. 2 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz.U. Nr 141, poz. 1176).

Stanowisko Komisji Kodyfikacyjnej wobec formy dla celów dowodowych

Nowelizacja kodeksu cywilnego w 2003 r. nie dokonała rewolucyjnego zniesienia formy *ad probationem*, choć bez wątpienia zapoczątkowała stopniowy proces w tym właśnie kierunku. Kolejny, końcowy już etap tej ewolucji zapowiada przyjęty niedawno projekt księgi pierwszej nowego Kodeksu cywilnego, przewidujący ostateczne zniesienie formy dla celów dowodowych.

Trzeba przypomnieć, że podstawowe przyczyny, które zadecydowały o takim stanowisku Komisji były sygnalizowane już w Zielonej Księdze.

Przede wszystkim w Zielonej Księdze wskazano, że forma *ad probationem* niepotrzebnie formalizuje obrót i ogranicza swobodę oceny dowodów przez sąd w procesie cywilnym. Z drugiej strony, zakwestionowane zostały przesłanki, które swego czasu legły u podstaw wprowadzenia tej formy do kodeksu cywilnego. W szczególności uznano, że w obecnych warunkach rynkowych argument, iż forma dla celów dowodowych powinna stanowić „nieodzowny instrument kontroli obrotu”, uległ zdezaktualizowaniu. Nadto uznano, że zniesienie formy dla celów dowodowych miałyby przybliżyć polskie prawo do wzorów przyjętych w większości ustawodawstw, w których ta postać formy szczególnie nie jest znana, zwłaszcza że nawet we Francji doprowadzono do jej znacznego ograniczenia. W toku prac Zespołu Problemowego do spraw Czynności Prawnych przywołano kolejny argument za zniesieniem regulacji formy *ad probationem*, polegający na tym, że jest to w istocie unormowanie o charakterze procesowym i jako takie nie powinno być umiejscowione w kodeksie cywilnym.

Trzeba odnotować, że w trakcie prac nad projektem regulacji formy oświadczenia woli były brane pod uwagę również argumenty za pozostawieniem formy *ad probationem*²⁶, jednak ostatecznie większość członków Komisji opowiedziała się za jej usunięciem z kodeksu cywilnego.

²⁶ Zob. J. G o ł a c z y Ń s k i, *Propozycje zmian formy czynności prawnych w nowym kodeksie cywilnym*, Rejent 2008, nr 2, s. 77-80, na podstawie materiałów opracowanych na potrzeby dyskusji Zespołu ds. Czynności Prawnych przy Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego.

Stanowisko Komisji Kodyfikacyjnej w przedmiocie zniesienia formy dla celów dowodowych nie usuwa wszystkich wątpliwości związanych z zasadnością jej funkcjonowania. Rozważenia wymagają przede wszystkim dwie podstawowe kwestie: w jaki sposób zniesienie formy *ad probationem* będzie realizowało postulat odformalizowania obrotu oraz czy wyeliminowanie formy *ad probationem* dotyczy wyłącznie ustawowego wymogu tej formy, czy też oznacza niemożliwość jej zastrzeżenia z woli samych stron²⁷. Uzasadnienie projektu nie dostarcza w tym zakresie jednoznacznej odpowiedzi.

Forma dla celów dowodowych a problem odformalizowania obrotu prawnego

Jednym z podstawowych twierdzeń podnoszonych w dyskusji nad formą dla celów dowodowych jest to, że przyczynia się ona do „niepotrzebego formalizowania obrotu prawnego”. Zwolennicy zniesienia tej formy wskazują, że doprowadziłoby to do usprawnienia i przyspieszenia obrotu oraz do uproszczenia funkcjonowania czynności prawnej. Wypada zatem sprawdzić, na ile uzasadnione są te argumenty oraz czy zniesienie formy dla celów dowodowych wywoła skutki zgodne z założeniami.

W obecnym stanie prawnym da się odnotować wiele przypadków, w których przepisy przewidują wymóg formy *ad probationem*. W samym tylko kodeksie cywilnym można wymienić: art. 88 § 1 dla oświadczenia o uchyleniu się od skutków oświadczenia woli złożonego pod wpływem błędu lub groźby, art. 511 dla przelewu wierzytelności stwierdzonej pismem, art. 590 dla sprzedaży z zastrzeżeniem prawa własności, art. 606 dla umowy dostawy, art. 616 dla umowy kontraktacji, art. 648 § 1 dla umowy o roboty budowlane, art. 720 § 2 dla umowy pożyczki, której wartość przenosi 500 zł, art. 860 § 2 dla umowy spółki, art. 900 dla odwołania darowizny oraz art. 903¹ dla umowy renty²⁸. Szczególne znaczenie posiada art. 77 k.c. regulujący formę następczych czynności

²⁷ W opracowaniu pomijam ocenę skutków procesowych ewentualnego zniesienia formy *ad probationem*.

²⁸ Podobnie poza kodeksem cywilnym forma dla celów dowodowych jest przewidziana m.in. w przepisach kodeksu spółek handlowych (zob. np. art. 10, 61, 438 § 1), czy prawa bankowego (zob. art. 54, 69, 117).

prawnych. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli umowa została zawarta w formie pisemnej, jej rozwiązanie za zgodą obu stron wymaga pisma dla celów dowodowych (art. 77 § 2 k.c.). Podobnie, w każdym przypadku sporządzenia umowy w jakiegokolwiek formie szczególnej, odstępianie od niej albo jej wypowiedzenie powinno być stwierdzone pismem (art. 77 § 2 i § 3 *in fine* k.c.).

Można dyskutować, czy we wskazanych przypadkach istotnie dochodzi do sformalizowania obrotu, skoro skutki niedochowania wymogu formy są odczuwalne wyłącznie na płaszczyźnie procesowej, sama zaś czynność prawna pozostaje ważna. Wydaje się, że do sformalizowania obrotu prawnego we właściwym tego słowa znaczeniu dochodzi jedynie w sytuacji zastrzeżenia wymogu formy pod rygorem nieważności. Forma dla celów dowodowych ogranicza obrót jedynie w tym sensie, że istnienie ustawowego wymogu tej formy skłania strony do jej zachowania po to, aby w wypadku ewentualnego sporu zabezpieczyć je przed ryzykiem ograniczeń dowodowych.

Jak zostało wyżej wskazane, po 2003 r. praktyczny wymiar przepisów określających wymóg formy dla celów dowodowych został mocno zmarginalizowany.

Przed wszystkim w stosunkach między przedsiębiorcami, gdzie – co warto podkreślić – sprawność obrotu jest niewątpliwie cechą o szczególnym znaczeniu, forma *ad probationem* nie ma już zastosowania. Oznacza to, że we wszystkich przypadkach, w których z ustawy wynika wymóg formy pisemnej dla celów dowodowych, przedsiębiorcy dokonujący czynności prawnych z pominięciem tej formy nie są w procesie narażeni na ograniczenia dowodowe w postaci niedopuszczenia dowodu z zeznań świadków lub z przesłuchania stron na fakt dokonania czynności prawnej. Jeżeli natomiast wymóg formy pisemnej zostanie dochowany, to skutki tego będą odczuwalne na płaszczyźnie procesowej, stosownie do art. 245 i 247 k.p.c.²⁹

Trudno sobie także wyobrazić, aby obowiązek dochowania najprostszej z form szczególnych, jaką jest zwykła forma pisemna, w istotny sposób hamował dokonywanie czynności prawnych w obrocie konsu-

²⁹ Kwestię tę szerzej analizowałam w artykule *Forma pisemna w obrocie gospodarczym po nowelizacji kodeksu cywilnego* (KPP 2004, z. 1, s. 131-136).

menckim czy powszechnym. Łatwość i szybkość obrotu nie mogą być zresztą traktowane w kategorii celów absolutnych, stojących ponad innymi, w tym zwłaszcza ponad bezpieczeństwem obrotu. Trzeba przypomnieć, że podobnie jak wypadku każdej innej formy szczególnej, wymóg zachowania formy pisemnej ma na celu realizację takich funkcji, jak ochrona stron przed nieprzemyślanymi decyzjami czy usunięcie wątpliwości co do treści oświadczenia woli. W wymiarze społecznym doniosłą funkcją formy pisemnej jest również zapewnienie jawności czynności prawnej w stosunku do osób trzecich.

Według argumentacji przedstawionej w Zielonej Księdze dokumentowanie czynności prawnych może mieć miejsce także za pomocą innych niż forma pisemna instrumentów, np. za pomocą dokumentów księgowych lub pisma potwierdzającego zawarcie umowy, o którym mowa w art. 77¹ k.c.³⁰ W kontekście tego stanowiska można jednak wyrazić wątpliwość, czy wyżej wymienione funkcje będą w równym stopniu realizowane, gdy czynność prawna zostanie udokumentowana np. w postaci faktury. Chodzi bowiem o to, że różnego rodzaju dokumenty, których sporządzenie jest wymagane w świetle przepisów podatkowych czy księgowych, z reguły nie odzwierciedlają pełnej treści dokonanej czynności prawnej. Z kolei pismo potwierdzające zawarcie umowy obejmuje jedynie oświadczenie wiedzy jednej ze stron i z tego względu – w razie sporu – stanowi w procesie słabszy dowód.

Reasumując powyższe, można dojść do wniosku, że w aktualnym stanie prawnym stopień sformalizowania obrotu wskutek istnienia formy *ad probationem* nie jest nadmierny, przede wszystkim z tego powodu, że w obrocie profesjonalnym przepisy o formie dla celów dowodowych nie mają zastosowania, zaś w obrocie konsumenckim i powszechnym realizują one cele doniosłe z punktu widzenia bezpieczeństwa obrotu, nie godząc przy tym przesadnie w jego sprawność.

Pozostaje odpowiedzieć, w jaki sposób postulat odformalizowania obrotu może być realizowany wskutek zniesienia formy dla celów dowodowych. Hipotetycznie możliwe są trzy rozwiązania:

³⁰ Na marginesie można zauważyć, że aktualnie taki dokument księgowy, uprawniający do czynności prawnej, w świetle art. 74 § 2 znosi ograniczenia dowodowe wymienione w § 1 art. 74 k.c.

1) zniesienie formy dla celów dowodowych niepołączone z zastąpieniem dotychczasowego wymogu formy *ad probationem* żadną inną formą,

2) zniesienie formy dla celów dowodowych z jednoczesnym zastąpieniem dotychczasowego wymogu formy *ad probationem* wymogiem formy *ad solemnitate*,

3) zniesienie formy dla celów dowodowych przy jednoczesnym kazuistycznym określeniu, w stosunku do których czynności prawnych rygor formy zostałby całkowicie zniesiony, a w stosunku do których zastąpiony wymogiem formy pisemnej *ad solemnitate* lub – ewentualnie – innej formy o niższym jeszcze niż pisemna stopniu sformalizowania.

Pierwsze dwa rozwiązania mają charakter skrajny. Usunięcie z porządku prawnego formy *ad probationem* przy jednoczesnym braku zastąpienia jej inną formą, z jednej strony najpełniej przyczyniłoby się do odformalizowania obrotu, z drugiej jednak – w przypadku niektórych czynności prawnych mogłoby doprowadzić do całkowicie negatywnych skutków polegających na nadmiernym zagrożeniu jawności i bezpieczeństwa transakcji. Z kolei generalna zamiana formy *ad probationem* na formę *ad solemnitate* mogłaby doprowadzić do efektu odwrotnego w stosunku do zamierzonego, a mianowicie do utrudnienia obrotu gospodarczego³¹. Pozostaje zatem rozwiązanie trzecie, kompromisowe, polegające na tym, że dla niektórych czynności wymóg formy *ad probationem* powinien zostać całkowicie zniesiony, a dla innych zastąpiony wymogiem formy pisemnej *ad solemnitate* lub ewentualnie wymogiem innej nowo wprowadzonej formy. Przed kodyfikatorami staje zatem zadanie wnikliwej analizy i rozstrzygnięcia dwóch zasadniczych problemów:

1) czy w ogóle, a jeśli tak, to w których przypadkach konieczne byłoby zaostwienie wymogu formy poprzez zamianę obowiązku zachowania formy dla celów dowodowych na obowiązek dopełnienia formy pod rygorem nieważności;

2) czy w ogóle, a jeśli tak, to dla których czynności prawnych należałoby odformalizować obrót poprzez całkowitą rezygnację z wymogu formy pisemnej, względnie poprzez wprowadzenie w jej miejsce nowej formy dogodniejszej pod względem sposobu sporządzenia.

Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na dokładne rozstrzygnięcie pierwszej z wymienionych kwestii, przede wszystkim z uwagi na to,

³¹ Na ten aspekt zwraca się także uwagę w *Zielonej Księdze...*, s. 54.

ze wymaga ona kazuistycznej oceny poszczególnych czynności prawnych, w stosunku do których miałyby dojść do zmiany wymogu formy.

Warto natomiast zwrócić uwagę na powstały w pracach Komisji Kodyfikacyjnej pomysł wprowadzenia do regulacji kodeksowej nowego typu formy, zbliżonej charakterem do niemieckiej formy tekstowej, co – między innymi – miałyby również służyć złagodzeniu następstw związanych ze zniesieniem formy dla celów dowodowych.

Koncepcja wprowadzenia do kodeksu cywilnego nowego typu formy szczególnej, na wzór niemieckiej formy tekstowej

Stosownie do § 126 b BGB, do zachowania formy tekstowej konieczne jest:

- 1) utrwalenie treści oświadczenia woli dokumencie lub na innym trwałym nośniku w sposób typowy dla tekstu pisanego,
- 2) oznaczenie osoby składającej oświadczenie woli,
- 3) ukazanie w sposób widoczny okoliczności złożenia oświadczenia poprzez odwzorowanie podpisu lub w inny widoczny sposób.

W prawie niemieckim forma tekstowa stanowi postać pośrednią pomiędzy formą pisemną a ustną i przyjmowana jest w tych wypadkach, w których dla dokonania czynności prawnej nie jest konieczny własnoręczny podpis. Jej cechą charakterystyczną jest utrwalenie treści oświadczenia woli w postaci literowej oraz oznaczenie osoby, która to oświadczenie składa. Forma ta pełni głównie funkcję informacyjną. Z uwagi natomiast na brak własnoręcznego podpisu nie pełni funkcji identyfikacyjnej w sensie możliwości pewnego przypisania oświadczenia woli do określonej osoby. Podobnie forma tekstowa nie realizuje w pełni funkcji dowodowej.

Zespół Problemowy do spraw Czynności Prawnych na posiedzeniu 17 lipca 2007 r. przedstawił propozycję wprowadzenia do kodeksu cywilnego nowego typu formy szczególnej, wzorowanej na niemieckiej formie tekstowej. Konstrukcja tej formy, określonej ostatecznie mianem formy dokumentowej, została przy tym ściśle związana z wprowadzonym do regulacji kodeksowej pojęciem dokumentu³².

³² W tym zakresie w projekcie regulacji przewidziano, że „dokumentem jest informacja obejmująca treść oświadczenia woli lub innego oświadczenia, utrwalona w sposób

Propozycja poszerzenia ustawowego katalogu form szczególnych o formę dokumentową spotkała się z przychylnym stanowiskiem Komisji Kodyfikacyjnej.

W szczególności zaakceptowano argument, że rozwiązanie to pozwoli złączyć nieco skutki zniesienia formy pisemnej *ad probationem* we wszystkich przypadkach, w których zastąpienie tej formy wymogiem formy pisemnej *ad solemnitatem* stanowiłoby nadmierny rygoryzm.

Motywy wprowadzenia formy dokumentowej są jednak szersze. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu, nowa regulacja pozwoli na stworzenie prawnych ram funkcjonowania formy, która w obrocie jest już powszechnie stosowana i która z uwagi na dynamiczny rozwój nowych technologii stale zyskuje na znaczeniu. Skoro bowiem aktualny art. 78 § 2 k.c. reguluje postać formy elektronicznej, której zastosowanie praktyczne jest całkowicie znikome, to brak jest uzasadnienia dla normatywnego ignorowania formy tak powszechnie stosowanej, jak np. poczta elektroniczna lub SMS.

Uregulowanie formy dokumentowej powinno również mieć pozytywny wpływ na usprawnienie obrotu, ponieważ w ten sposób nastąpiłoby prawne usankcjonowanie takiego sposobu składania oświadczeń woli, który pozwalałby na utrwalenie ich treści bez konieczności zachowania warunków, od których uzależniona jest pewna identyfikacja składającego oświadczenie woli, a zatem bez własnoręcznego podpisu lub bezpiecznego podpisu elektronicznego.

Wprowadzenie nowej formy szczególnej, o niższym niż zwykle pismo stopniu sformalizowania, bez wątpienia mogłoby stanowić istotne *novum* przyszłej kodyfikacji i to nie tylko z tego powodu, że chodzi o formę wcześniej nieobjętą żadną regulacją ustawową.

W porównaniu z tradycyjnymi postaciami formy pisemnej specyfika nowej formy wynikałaby zarówno ze sposobu jej zachowania, jak i z zakresu realizowanych przez tę formę funkcji. Cechą charakterystyczną

umożliwiający jej zachowanie i odtworzenie”, natomiast w odniesieniu do przesłanek zachowania nowej formy postanowiono, iż „dla zachowania formy dokumentowej należy złożyć oświadczenie woli w postaci dokumentu w sposób umożliwiający ustalenie osoby składającej oświadczenie”. W uzasadnieniu projektu wskazano, że zaproponowane ujęcie formy dokumentowej jest szersze niż ujęcie formy tekstowej w prawie niemieckim, przede wszystkim z tego powodu, iż sposób określenia formy dokumentowej pozwala na złożenie w ten sposób oświadczeń woli nie tylko w postaci tekstowej, ale również np. w postaci audialnej lub audiowizualnej.

nowej formy dokumentowej w zakresie sposobu jej sporządzenia byłoby to, że zasadniczo mogłaby ona przybierać różną postać, np. SMS-a, MMS-a, e-maila, dokumentu z zeskanowanym podpisem czy nawet nagrania audio lub audiowizualnego³³. Złożenie oświadczenia woli w tej formie z pewnością realizowałyby takie tradycyjne funkcje formy oświadczeń woli, jak ochrona stron przed nieprzemyślanymi decyzjami, ułatwienie w określeniu treści oświadczenia woli czy jawność czynności prawnej w stosunku do osób trzecich.

Nowa forma nie wypełniałaby natomiast funkcji identyfikacyjnej w takim stopniu, jak ma to miejsce w wypadku złożenia oświadczenia woli w formie pisemnej. Chodzi bowiem o to, że oznaczenie składającego oświadczenie w treści wiadomości przesłanej np. zwykłą pocztą elektroniczną umożliwia wprawdzie jego indywidualizację, ale nie pozwala na stanowcze stwierdzenie, że dane oświadczenie rzeczywiście pochodzi od tej osoby. Inaczej mówiąc, nie jest możliwa pewna weryfikacja autentyczności oświadczenia, co w oczywisty sposób osłabia funkcję dowodową tego rodzaju formy. Jak się jednak wydaje, okoliczność ta nie powinna być jednak przeważającym argumentem przeciwko jej wprowadzeniu. Funkcja identyfikacyjna jest istotną, ale nie jedyną funkcją realizowaną przez formę oświadczenia woli. Trzeba sobie zdać sprawę, że zakres funkcji realizowanych przez dany typ formy szczególnej w największym stopniu zależy od tego, w jakim przede wszystkim celu forma ta jest zastrzegana. Można zatem przyjąć, że zastosowanie nowej formy byłoby przydatne w sytuacji, gdy względy bezpieczeństwa obrotu z uwagi na rodzaj dokonywanej czynności nie będą wymagać pewnej identyfikacji składającego oświadczenie woli, a większa wartość będzie się wiązać z samym utrwaleniem faktu i treści złożonego oświadczenia.

Biorąc pod uwagę powyższe uwarunkowania, można założyć, że zastosowanie nowej formy mogłoby mieć miejsce nie tylko z woli stron³⁴,

³³ Można sobie wyobrazić, że w praktyce strony mogłyby wyraźnie wybrać dla dokonywania czynności prawnej określoną postać tej formy, np. pocztę elektroniczną, a wyłączyć inne sposoby, także odpowiadające wymogom formy dokumentowej.

³⁴ Ustawowe określenie nowego typu formy szczególnej może przyczynić się do wzmocnienia jej stosowania z woli samych stron. W wielu przypadkach umożliwi jednoznaczne określenie sposobu składania oświadczeń woli, z wyłączeniem innych typów form (mogłoby to mieć miejsce zwłaszcza w sytuacji zorganizowania przez przedsiębiorcę swojej

ale również z mocy ustawy³⁵. Trzeba się również zgodzić, że w niektórych wypadkach istotnie pozwoliłoby to na złagodzenie następstw zniesienia formy pisemnej dla celów dowodowych.

Problem umownej formy dla celów dowodowych

Na podstawie art. 76 k.c. strony mają aktualnie możliwość zastrzeżenia w stosunkach między nimi formy dla celów dowodowych. Zgodnie z przyjętą w tym przepisie regułą interpretacyjną zastrzeżenie przez strony formy pisemnej bez określenia skutków jej niezachowania poczytuje się w razie wątpliwości za zastrzeżenie tej formy wyłącznie dla celów dowodowych.

Po nowelizacji kodeksu cywilnego w 2003 r. i wyłączeniu mocą art. 74 § 3 stosowania przepisów o formie *ad probationem* w stosunkach między przedsiębiorcami powstała wątpliwość, czy postanowienie to wyklucza również umowne zastrzeżenie w stosunkach profesjonalnych formy dla celów dowodowych. W literaturze pojawił się w tym zakresie pogląd, że zdanie 2 art. 76 k.c. należy traktować jako „przepis o formie pisemnej przewidzianej dla celów dowodowych” w rozumieniu art. 74 § 3 k.c., który – jako norma bezwzględnie obowiązująca – wyłącza umowną formę *ad probationem* w stosunkach między przedsiębiorcami. W konsekwencji zastrzeżenie między przedsiębiorcami, że w razie niedochowania wymogu formy nie będzie możliwe dopuszczenie dowodu ze świadków i z przesłuchania stron, nie ma charakteru formy dla celów dowodowych w rozumieniu kodeksu cywilnego i – jako ingerujące bezpośrednio w zasady prowadzenia postępowania dowodowego – uznaje się za niedopuszczalne³⁶. Takie stanowisko z jednej strony daje wyraz pewnej konsekwencji, gdy chodzi o zniesienie formy *ad probationem*

działalności tylko przy wykorzystaniu elektronicznych form komunikacji, np. poczty elektronicznej).

³⁵ Między innymi można sobie wyobrazić wykorzystanie nowej postaci formy szczególnej przy uregulowaniu formy następczych czynności prawnych, takich jak odstąpienie lub wypowiedzenie umowy.

³⁶ Tak M. K r a j e w s k i, *Zmiany regulacji formy...*, s. 6.

w stosunkach profesjonalnych, z drugiej jednak nie usuwa wszystkich wątpliwości, jakie powstają w związku z wykładnią art. 74 § 3 i 76 k.c.³⁷

Przepisy projektowanej regulacji formy oświadczenia woli nie normują wprost skutków zastrzeżenia danego typu formy szczególnej, wzorem obecnie obowiązujących przepisów art. 73, art. 74 i art. 76 k.c. Wobec braku stosownego unormowania w projekcie przepisów o formie oświadczenia woli zniesienie ustawowej formy *ad probationem* jest oczywiste. Powstaje jednak wątpliwość, czy z szeroko pojętej zasady autonomii podmiotów w kształtowaniu łączącego je stosunku prawnego nie da się wyprowadzić podstawy dla dopuszczalności ustanowienia umownej formy dla celów dowodowych.

W tej sytuacji pojawia się pytanie o zakres wyeliminowania formy *ad probationem* z kodeksu cywilnego: czy dotyczy on tylko ustawowej formy dla celów dowodowych, czy również jej postaci umownej.

Udzielenie odpowiedzi pozytywnej oznaczałoby, że w prawie cywilnym zostałyby znacznie ograniczona możliwość umownego zastrzeżenia formy dla celów innych niż ważność czynności prawnej. Zaletą takiego rozwiązania byłoby niewątpliwie utrzymanie pewnej przejrzystości konstrukcji prawnej, wadą – zmniejszenie szeroko pojętej autonomii stron w kształtowaniu łączącego je stosunku prawnego.

Z kolei odpowiedź negatywna musiałaby prowadzić do prawnego dopuszczenia zawierania przez strony określonego typu umów procesowych, na podstawie których ograniczałyby one możliwość przeprowadzenia określonych środków dowodowych na fakt dokonanej czynności

³⁷ Przede wszystkim wydaje się, że można by dyskutować, czy wyłączenie stosowania przepisów o formie dla celów dowodowych w stosunkach między przedsiębiorcami, o którym mowa w art. 74 § 3 k.c., jednoznacznie odnosi się również do art. 76 k.c. Odwołując się tylko do wykładni gramatycznej art. 74 § 3 k.c., można twierdzić, że zawarte w nim sformułowanie „przepisy o formie pisemnej dla celów dowodowych” dotyczy wszystkich przepisów, które w jakikolwiek sposób odwołują się do tej formy. Wniosek ten nie wydaje się być jednak już tak oczywisty w świetle wykładni celowościowej analizowanego przepisu. Nie jest do końca jasne, czy regulacja ta eliminuje formę *ad probationem* w stosunkach profesjonalnych, niezależnie od źródła jej zastrzeżenia, czy też chodzi o wyłączenie jej stosowania tylko w sytuacji, gdy obowiązek zachowania tej formy wynika z ustawy. W drugim przypadku przez „przepisy o formie pisemnej dla celów dowodowych” należałoby rozumieć tylko te, które stanowią o wymogu zachowania formy *ad probationem*.

prawnej³⁸. Jest przy tym jasne, że iść by za tym musiała stosowna zmiana regulacji kodeksu postępowania cywilnego³⁹.

Rozstrzygnięcie w tym zakresie zależeć będzie nie tylko od tego, czy argumenty przemawiające za utrzymaniem umownej formy dla celów dowodowych zostaną uznane za przekonujące, ale przede wszystkim od tego, czy na gruncie przepisów prawa procesowego zostałyby dopuszczona możliwość zastrzegania swego rodzaju umów dowodowych ze skutkiem bezpośrednio wiążącym sędziego przy prowadzeniu dowodów.

Nie przesądzając w tym miejscu problemu dopuszczalności umów procesowych⁴⁰, także o charakterze dowodowym, warto ocenić zalety ewentualnego utrzymania możliwości zastrzegania przez strony formy pisemnej dla celów dowodowych.

Przed wszystkim, umowna forma dla celów dowodowych stanowiłaby bez wątpienia środek samodyscyplinujący strony w tym sensie, że dobrowolnie poddałyby się one rygorowi ograniczeń dowodowych w wypadku niedochowania wymogu formy. Jednocześnie zastrzeżenie przez strony wymogu formy *ad probationem*, dające wyraz ich zainteresowania pozyskaniem tak pewnego środka dowodowego, jakim jest dokument, nie prowadziłyby do nieważności czynności prawnej dokonanej bez zachowania formy pisemnej.

Nie można także nie zauważyć, że dopuszczenie umownej formy dla celów dowodowych mogłoby, niejako za sprawą woli stron, wpłynąć pozytywnie na szybkość i sprawność procesu. To zaś stanowiłoby nie tylko korzyść ogólnospołeczną, ale i leżącą w interesie samych stron,

³⁸ Na potrzebę dopuszczenia tego rodzaju umów zwrócił uwagę J. Gołaczyński podczas posiedzenia Zespołu Problemowego ds. Czynności Prawnych w dniu 17 lipca 2007 r.

³⁹ Aktualnie art. 246 k.p.c. stanowi, że „jeżeli ustawa lub umowa stron wymaga dla czynności prawnej zachowania formy pisemnej, dowód ze świadków lub z przesłuchania stron w sprawie między uczestnikami tej czynności na fakt jej dokonania jest dopuszczalny w wypadku, gdy dokument obejmujący czynność został zagubiony, zniszczony lub zabrany przez osobę trzecią, **a jeżeli forma pisemna była zastrzeżona tylko dla celów dowodowych, także w wypadkach określonych w kodeksie cywilnym**”. Brak w przyjętym projekcie księgi pierwszej nowego Kodeksu cywilnego odpowiednika obecnie obowiązującego art. 74 k.c. powoduje, że unormowanie art. 247 k.p.c. *in fine* nie będzie mogło znaleźć zastosowania.

⁴⁰ Zagadnienie to sięga daleko poza ramy niniejszego opracowania.

które często ponoszą dotkliwe straty w związku z przedłużającymi się postępowaniami sądowymi. Wydaje się przy tym, że utrzymanie umownej formy *ad probationem* w pewnym sensie odpowiadałoby również wynikającym z prawa procesowego zasadom dyspozycyjności i kontradiktoryjności postępowania cywilnego.

Wreszcie należy twierdzić, że brak jest podstaw do stanowczego wyłączenia swobody stron w zakresie określenia skutków niedochowania umówionej formy. W przypadku umownej formy dla celów dowodowych zarzut o nadmiernym formalizowaniu obrotu prawnego nie ma uzasadnienia. Zastrzeżenie rygoru formy *ad probationem* daje korzyść w postaci nałożenia na strony obowiązku dokumentowania swoich czynności prawnych, a równocześnie pozwala na uniknięcie sankcji nieważności. Umowna forma dla celów dowodowych sprzyjałaby zatem elastyczności kształtowania przez strony ich stosunku prawnego, polegającej w tym przypadku na dobrowolnym ograniczeniu przez strony ochrony tego stosunku wskutek wyłączenia możliwości prowadzenia wskazanych dowodów na okoliczność czynności prawnej, dokonanej bez zachowania formy pisemnej. Osłabienie ochrony stosunku prawnego wskutek zastrzeżenia formy *ad probationem* rodzi jednak pytanie o to, czy możliwość umownego zastrzeżenia tej formy powinna istnieć bez żadnych ograniczeń.

Jak wcześniej wskazano, na gruncie aktualnego art. 74 § 2 k.c., dowód ze świadków lub z przesłuchania stron, mimo niedochowania wymogu formy *ad probationem*, jest dopuszczalny, jeżeli „obie strony wyrażą na to zgodę, jeżeli żąda tego konsument w sporze z przedsiębiorcą albo jeżeli fakt dokonania czynności prawnej będzie uprawdopodobniony za pomocą pisma”. Jednocześnie na podstawie § 3 art. 74 k.c. wyłączone jest stosowanie przepisów o formie dla celów dowodowych w stosunkach między przedsiębiorcami.

Zgoda obu stron, jako przesłanka uchylająca sankcje dowodowe związane z niedochowaniem wymogu formy *ad probationem*, nie może budzić żadnych wątpliwości, zwłaszcza wtedy, gdy obowiązek zachowania tej formy wynika z ich woli. Strony mogą bowiem zawarte *pactum de forma* w każdym czasie rozwiązać, w tym także w drodze złożenia stosownych oświadczeń przed sądem. Warto podkreślić, że taka możliwość nie powinna być kwestionowana nawet w wypadku, gdyby nowa

regulacja⁴¹ nie wskazywała wyraźnie na to, że z woli obu stron dowody z zeznań świadków lub z przesłuchania stron mogą być przeprowadzone.

Podobnie należy się opowiedzieć za tym, aby początek dowodu na piśmie stanowił okoliczność znoszącą negatywne skutki formy dla celów dowodowych, także gdy źródłem jej zastrzeżenia będzie wola stron.

Odębnie trzeba rozważyć sytuacje, gdy wyłączenie ograniczeń dowodowych formy *ad probationem* miałyby być podyktowane względami podmiotowymi.

Przede wszystkim należy mieć na uwadze sytuacje, w których strona silniejsza w danym stosunku prawnym w sposób niedopuszczalny wykorzystywałaby swoją przewagę ekonomiczną lub wynikającą z lepszej orientacji co do skutków niedochowania umówionej formy. Jest jasne, że tego rodzaju przypadki z natury rzeczy dotyczą głównie stosunków konsumenckich. Niebezpieczeństwo związane z zastrzeżeniem formy dla celów dowodowych w obrocie konsumenckim zostało dostrzeżone przez ustawodawcę, co potwierdza aktualne brzmienie art. 74 § 2 k.c. Żądanie konsumenta będącego w sporze z przedsiębiorcą uchyla w procesie sankcje dowodowe związane z niedochowaniem formy *ad probationem*. Nie może przy tym ulegać wątpliwości, że takie wzmocnienie sytuacji konsumenta wobec profesjonalisty ma swoje szczególne uzasadnienie w sytuacji, gdy wymóg formy *ad probationem* wynika z ustawy. Od przedsiębiorców wymaga się bowiem szczególnej znajomości i przestrzegania przepisów prawa nakazujących zachowanie formy pisemnej, podczas gdy niezajomość tych kwestii po stronie konsumenta jest traktowana łagodniej⁴². Motywów dla analogicznej ochrony konsumenta trudno się natomiast doszukać w sytuacji, gdy źródłem zastrzeżenia formy dla celów dowodowych jest umowa. Chodzi wszak o sytuację, w której konsument posiada kompetencję do jednostronnego zniesienia skutków uprzednio zawartego porozumienia. Z punktu widzenia przedsiębiorcy praktyczny sens zastrzegania formy dla celów dowodowych

⁴¹ Wobec stanowiska Komisji Kodyfikacyjnej o rezygnacji z uregulowania formy dla celów dowodowych w nowym kodeksie cywilnym niniejsze rozważania dotyczą ewentualnego uregulowania umownej postaci tej formy w przepisach kodeksu postępowania cywilnego.

⁴² Zwraca na to uwagę Z. Radwański, *O zmianie przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących pisemnej formy oświadczeń woli*, Monitor Prawniczy 2003, nr 9, s. 393.

staje zatem niejako pod znakiem zapytania. Alternatywą mogłoby być wyłączenie umownej formy *ad probationem* w stosunkach konsumenc- kich, co jednocześnie nie uniemożliwiłoby przecież zawarcia porozumie- nia o obowiązku zachowania formy pisemnej z zastrzeżeniem, że jej niezachowanie nie powoduje nieważności czynności prawnej.

Z kolei należałoby się opowiedzieć za dopuszczeniem umownej formy dla celów dowodowych w obrocie profesjonalnym. Trzeba przypomnieć, że dokonane nowelą z 2003 r. zniesienie tej formy w stosunkach między przedsiębiorcami spotkało się z licznymi głosami, iż to właśnie w tym obszarze funkcjonowanie formy dla celów dowodowych jest najbardziej uzasadnione⁴³. W tym zakresie umowna forma *ad probationem* mogłaby służyć przede wszystkim zapewnieniu pewniejszego dowodu na wypadek sporu oraz usprawnieniu procesu w sytuacji jej niezachowania. Nie bez znaczenia byłaby również wcześniej wskazywana korzyść, polegająca na możliwości elastycznego zastrzegania formy niekoniecznie pod rygorem nieważności.

Uwagi końcowe

Ewolucja regulacji formy dla celów dowodowych w polskim prawie cywilnym pokazuje, że zasadność jej obowiązywania nigdy nie uzyskała pełnej aprobaty doktryny, która w tym zakresie reprezentowała sprzeczne koncepcje.

Aktualny projekt księgi pierwszej nowego kodeksu cywilnego przewidujący zniesienie formy *ad probationem* należy oceniać z jednej strony z uwagi na potrzebę dostosowania polskiego ustawodawstwa do rozwiązań zachodnich, z drugiej – jako logiczną konsekwencję rozpoczętej w 2003 r. reformy i rezygnację z instytucji, która wskutek jej wyłączenia w stosunkach profesjonalnych oraz ograniczenia w stosunkach konsumenc- kich nie ma już większego znaczenia. Argument, że zniesienie formy dla celów dowodowych przyczyni się do odformalizowania obrotu, ma jednak pewną istotną słabość. To, czy w ogóle i ewentualnie w jakim

⁴³ Tak m.in. E. Gniewek, A. Łuszczyk-Zajac, P. Machnikowski, *Uwagi do projektowanych zmian...*, s. 111; M. Rogala, *Uwagi do proponowanych zmian...*, s. 55; Na ten temat zob. także M. Krąpiec, *Zmiany regulacji formy...*, s. 5-6 i K. Górka, *Forma pisemna...*, s. 127 i nast.

stopniu wyeliminowanie formy pisemnej *ad probationem* doprowadzi do uproszczenia obrotu, będzie zależało przede wszystkim od tego, w jakim zakresie obecny rygor celów dowodowych zostanie zastąpiony wymogiem zachowania formy *ad solemnitatem*. W tym kontekście za interesujący należy uznać pomysł wprowadzenia formy dokumentowej, jako nowego typu formy szczególnej, prostszej w zachowaniu od formy pisemnej, która – jak się wydaje – w niektórych wypadkach będzie ją mogła z powodzeniem zastąpić. Trzeba również uznać, że zniesienie ustawowej formy *ad probationem* nie powinno, co do zasady, wyłączać możliwości swobodnego określenia przez strony rygoru niedochowania umówionej formy, w tym także na wzór dzisiejszej formy dla celów dowodowych, jednak dopuszczalność zawierania przez strony tego rodzaju swoistych umów procesowych powinna być normowana przez przepisy kodeksu postępowania cywilnego.