

Instytucja zadatku w polskim prawie cywilnym

Monika Tenenbaum



Oficyna

a Wolters Kluwer business

monografie

Instytucja zadatku w polskim prawie cywilnym

Prawo jest na naszej stronie!

www.profinfo.pl
www.wolterskluwer.pl

- codzienna aktualizacja
- pełna oferta
- zapowiedzi wydawnicze
- rabat na zamówienia zbiorcze
do negocjacji
- uproszczony sposób zakupu e-mailem:
zamowienia.internet@wolterskluwer.pl

Instytucja zadatku w polskim prawie cywilnym

Monika Tenenbaum



Oficyna

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2008

Stan prawny na 20 sierpnia 2008 r.

Wydawca:
Magdalena Górniewicz

Redaktor prowadzący:
Lilianna Rudnik

Skład, łamanie:
Sławomir Sobczyk

© Copyright by
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2008

ISBN 978-83-7601-131-8

ISSN 1897-4392

Wydane przez:
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Redakcja Książek
01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a
tel. (022) 535 80 00
31-156 Kraków, ul. Zacisze 7
tel. (012) 630 46 00
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
Księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Wykaz skrótów	9
Wstęp	13
1. Uwagi wprowadzające	13
2. Pojęcie instytucji prawnej.....	14
3. Rozróżnienie instytucji prawnej zadatku i jej przedmiotu	16
4. Charakter analizy.....	18
Rozdział I	
Ewolucja uregulowania zadatku w prawie polskim	21
1.1. Wprowadzenie.....	21
1.2. Funkcje zadatku.....	23
1.3. Zadatek a odstępnę	26
1.4. Kwestia niedopuszczalności miarkowania wysokości zadatku	27
1.5. Rodzaj uprawnień przysługujących w przypadku niewykonania zobowiązania przez stronę umowy zadatkowej z powodu okoliczności, za które ponosi ona wyłączną odpowiedzialność.....	28
1.6. Czynniki kształtujące znaczenie prawne zadatku	29
1.7. Wydanie przedmiotu zadatku.....	30
1.8. Podsumowanie.....	30
Rozdział II	
Funkcje instytucji prawnej zadatku i jej przedmiotu	32
2.1. Termin „funkcja” i jego znaczenia	32
2.1.1. Funkcja jako relacja	35
2.1.2. Funkcja jako działanie (rola)	35
2.1.3. Funkcja jako cel.....	38
2.1.4. Funkcja jako skutek	41
2.1.5. Podsumowanie	45

2.2. Klasyfikacja funkcji zadatku wyróżnianych w doktrynie	
prawa cywilnego.....	46
2.2.1. Funkcja zadatku jako znaku zawarcia umowy.....	48
2.2.2. Funkcja zadatku jako zabezpieczenia spełnienia świadczenia...51	
2.2.3. Funkcja zadatku jako zaliczki na poczet świadczenia (<i>a conto</i>).....	52
2.2.4. Funkcja zadatku jako zadośćuczynienia za zawód (odstępnego).....	53
2.3. Funkcja zabezpieczenia wykonania zobowiązania (funkcja odszkodowawcza).....	58
Rozdział III	
Mechanizm kwalifikacji wręczenia sumy pieniężnej lub rzeczy jako ustanowienia zadatku w świetle art. 65 i art. 394 k.c.....	68
Rozdział IV	
Zadatek jako dodatkowe zastrzeżenie umowne.....	108
4.1. Zasada swobody umów.....	108
4.2. Zadatek jako element umowy.....	120
Rozdział V	
Zwyczaj jako źródło kształtujące treść instytucji zadatku	139
Rozdział VI	
Ustanowienie zadatku według art. 394 k.c.	175
6.1. Przedmiot zadatku i jego wartość.....	175
6.1.1. Wartość przedmiotu zadatku zastrzeżonego w umowie przedwstępnej.....	190
6.2. Moment ustanowienia zadatku	195
6.3. Realny charakter postanowienia o zastrzeżeniu zadatku	200
Rozdział VII	
Podstawowe zagadnienia odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania	208
7.1. Pojęcie odpowiedzialności. Odpowiedzialność cywilnoprawna – jej miejsce w systemie prawnym oraz zasadnicze cechy.....	208
7.1.1. Funkcje odpowiedzialności cywilnoprawnej.....	213
7.2. Odpowiedzialność kontraktowa i deliktowa.....	217
7.2.1. Zbieg odpowiedzialności kontraktowej i deliktowej.....	223
7.3. Przesłanki odpowiedzialności kontraktowej	224

7.3.1. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania ...	230
7.3.2. Granice obowiązku dłużnika – niemożliwość świadczenia.....	233
7.3.3. Opóźnienie spełnienia świadczenia	238
7.3.4. Nienależyte wykonanie zobowiązania	241
7.3.5. Szkoda.....	245
7.3.6. Związek przyczynowy pomiędzy niewykonaniem bądź nienależytym wykonaniem zobowiązania a szkodą	249
7.3.7. Problem niezachowania należytej staranności	252
7.3.8. Wzorzec wymaganej staranności.....	252
7.3.9. Traktowanie niezachowania należytej staranności jako elementu bezprawności lub winy	255
7.3.10. Pojęcie winy i jej rodzaje	259
7.3.11. Znaczenie pojęcia bezprawności.....	264
7.4. Odpowiedzialność za czyny własne oraz za czyny innych osób.....	266
7.5. Ciężar dowodu odpowiedzialności kontraktowej.....	274

Rozdział VIII

Skutki prawne ustanowienia zadatku według art. 394 k.c.	281
8.1. Przypadek niewykonania zobowiązania wskutek okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi jedna ze stron	281
8.1.1. Pojęcie niewykonania zobowiązania	285
8.1.2. Modyfikacje kształtujące uprzywilejowaną pozycję prawną wierzyciela w porównaniu z ogólnymi regułami odpowiedzialności kontraktowej.....	287
8.2. Przypadek wykonania zobowiązania	305
8.3. Przypadek rozwiązania umowy i jej niewykonania wskutek okoliczności, za które żadna ze stron nie ponosi odpowiedzialności lub za które odpowiedzialność ponoszą obie strony	311
8.4. Realizacja uprawnień wynikających z zastosowania zadatku – zagadnienia szczegółowe.....	316
8.4.1. Rozkład ciężaru dowodu.....	316
8.4.2. Problem interpretacji zwrotu „suma dwukrotnie wyższa” na gruncie przepisu art. 394 § 1 k.c.....	318
8.4.3. Ustawowe uprawnienie odstąpienia od umowy	322
8.4.4. Wymagalność roszczenia i termin jego przedawnienia	327

8.5. Problem obligacyjnych lub rzeczowych skutków ustanowienia zadatku.....	330
8.5.1. Zastosowanie konstrukcji depozytu nieprawidłowego....	333
8.5.2. Zastosowanie konstrukcji <i>legis commissoriae</i>	339
8.5.3. Zastosowanie konstrukcji przewłaszczenia na zabezpieczenie	342
Rozdział IX	
Zadatek a inne instytucje prawne.....	344
9.1. Uwagi wprowadzające	344
9.2. Zadatek a zaliczka	345
9.3. Zadatek a kara umowna.....	351
9.4. Zadatek a umowne prawo odstąpienia i odstępnę.....	370
9.5. Zadatek a kaucja	385
9.6. Zadatek a zastaw	392
9.7. Zadatek a wadium.....	399
9.8. Zadatek a premia opcyjna.....	412
Rozdział X	
Instytucja prawna zadatku z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa.....	418
10.1. Uwagi wprowadzające.....	418
10.2. Podstawowe założenia ekonomicznej analizy prawa i możliwość jej zastosowania do regulacji cywilnoprawnych	418
10.3. Ocena odpowiedzialności kontraktowej przy zastosowaniu ekonomicznej analizy prawa.....	424
10.4. Ocena instytucji zadatku przy zastosowaniu ekonomicznej analizy prawa.....	427
10.5. Podsumowanie i wnioski końcowe	436
Bibliografia.....	441

Wykaz skrótów

Akty prawne

- u.e.i.p. – ustawa z 12 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych, Dz. U. Nr 169, poz. 1385
- k.c. – ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.
- k.c.a. – kodeks cywilny austriacki z 1811 r.
- k.c.f. – kodeks cywilny francuski z 1804 r.
- k.c.h. – kodeks cywilny hiszpański z 1889 r.
- k.c.n. – kodeks cywilny niemiecki z 1896 r.
- k.h. – ustawa z 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy, Dz. U. Nr 57, poz. 502
- k.m. – ustawa z 18 września 2001 r. – Kodeks morski, Dz. U. Nr 138, poz. 1545 z późn. zm.
- k.p.c. – ustawa z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.
- k.r.o. – ustawa z 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz. U. Nr 9, poz. 59 z późn. zm.
- k.z. – rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań, Dz. U. Nr 82, poz. 598 z późn. zm.
- Konst. – ustawa z 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.
- u.o.n.p.k. – ustawa z 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny, Dz. U. Nr 22, poz. 271 z późn. zm.

- u.o.p.l.m. – ustawa z 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie kodeksu cywilnego, Dz. U. Nr 71, poz. 733 z późn. zm.
- o.p. – ustawa z 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, tekst jedn.: Dz. U. 2005 r., Nr 8, poz. 60 z późn. zm.
- p.o.p.c. – ustawa z 18 lipca 1950 r. – Przepisy ogólne prawa cywilnego, Dz. U. Nr 34, poz. 311 z późn. zm.
- p.w.k.z. – rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27 października 1933 r., Dz. U. Nr 82, poz. 599
- pr. bank. – ustawa z 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe, tekst jedn.: Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 665 z późn. zm.
- projekt CFR – Common Frame of Reference
- pr. przew. – ustawa z 15 listopada 1984 r. – Prawo przewozowe, tekst jedn.: Dz. U. z 2000 r., Nr 50, poz. 601 z późn. zm.
- p.z.p. – ustawa z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, Dz. U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.
- u.s.u.s. – ustawa z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, Dz. U. Nr 137, poz. 887 z późn. zm.
- u.z.p. – ustawa z 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, tekst jedn.: Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 664 z późn. zm.
- u.z.r.r.z. – ustawa z 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów, Dz. U. Nr 149, poz. 703 z późn. zm.

Inne

- Dz. U. – Dziennik Ustaw
- Gd. St. Pr. – Gdańskie Studia Prawnicze
- KPP – Kwartalnik Prawa Prywatnego
- M. Praw. – Monitor Prawniczy
- NP – Nowe Prawo
- PiP – Państwo i Prawo
- PPH – Przegląd Prawa Handlowego

Pr. Bank.	– Prawo Bankowe
Pr. Spółek	– Prawo Spółek
PS	– Przegład Sądowy
PUG	– Przegład Ustawodawstwa Gospodarczego
RPEiS	– Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny
Rzeczposp.	– Rzeczpospolita
SN	– Sąd Najwyższy
St. Pr.-Ek.	– Studia Prawno-Ekonomiczne
St. Praw.	– Studia Prawnicze
ZEPU	– Zasady Europejskiego Prawa Umów

Wstęp

1. Uwagi wprowadzające

Przedmiotem rozważań niniejszej pracy będzie instytucja zadatku w obowiązującym porządku prawnym. Wybór tematu uzasadniony jest zarówno częstym wykorzystywaniem tej instytucji w praktyce obrotu gospodarczego, jak również faktem, że mimo iż pozornie jasna, zwięzła regulacja ustawowa wydaje się nie budzić jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych, w wypowiedziach przedstawicieli doktryny cywilistycznej i w orzecznictwie sygnalizowane są liczne problemy. W konsekwencji wyrażane są także rozbieżne poglądy dotyczące tak samej instytucji zadatku, w kontekście ogólnych reguł odpowiedzialności kontraktowej, jak i relacji zachodzących pomiędzy nią a innymi dodatkowymi zastrzeżeniami umownymi i instytucjami prawnymi o pokrewnym charakterze. Spory budzi zwłaszcza relacja zachodząca pomiędzy roszczeniem wynikającym z przepisu art. 394 k.c. a roszczeniem opartym na art. 471 i n. k.c., kwestia rodzaju przedmiotu mogącego zostać wręczonym tytułem zadatku na gruncie regulacji ustawowej, interpretacji zwrotu „suma dwukrotnie wyższa”, gdy przedmiotu zadatku nie stanowiła suma pieniężna, jak również zwrotu „przy zawarciu umowy” wyznaczającego zakres zastosowania reguły interpretacyjnej z art. 394 k.c. Rozbieżności poglądów dotyczą także kwestii skutków prawnych wynikających z wręczenia sumy pieniężnej lub rzeczy tytułem zadatku, a mianowicie tego, czy uzasadnione jest przyjęcie konsekwencji rzeczowych, czy też wyłącznie obligacyjnych. Obecnie można się także zastanawiać nad rolą zwyczajów traktowanych jako czynnik wpływający na określenie znaczenia prawnego ustanowienia instytucji zadatku. Zarówno te, jak i inne problemy praktyczne, pojawiające się na tle art. 394 k.c., stanowiąc będą przedmiot analizy. Podjęta zostanie także próba

ogólnej oceny regulacji ustawowej dotyczącej instytucji zadatku oraz jej efektywności.

2. Pojęcie instytucji prawnej

Przed podjęciem analizy zagadnienia, stanowiącego przedmiot pracy, niezbędne jest poczynienie kilku uwag natury terminologicznej oraz określenie metody badawczej, jaka zostanie w niej wykorzystana. Prowadzone rozważania koncentrować się będą na pojęciu, które – zgodnie z rozróżnieniem zaproponowanym przez F. Longchamps – stanowi „pojęcie – przedmiot”, innymi słowy przedmiot badania¹. W badaniach dotyczących jakiegokolwiek materii badacz posługuje się ponadto pewnym zespołem pojęć, wykształconym w tradycji nauki prawniczej, służącym do poznania prawa i jego opisu, pojęciami będącymi narzędziami poznania prawa, inaczej „pojęciami – narzędziami”². Uporządkowany zespół pojęć tej ostatniej kategorii stanowi wykorzystywany w pracy model pojęciowy.

Zdefiniowania wymaga przede wszystkim pojęcie „instytucji prawnej”. Zwrot ten często wykorzystywany jest w pracach prawniczych, natomiast stosunkowo rzadko precyzowane jest znaczenie, w jakim jest on używany, co niewątpliwie sprzyja uelastycznieniu jego stosowania, lecz pozbawiać może wywody wymaganej precyzji. Teoretycy prawa wyróżniają trzy znaczenia, w jakich występuje to pojęcie. W podstawowym znaczeniu „instytucja prawna” oznacza zwykle pewien zespół norm prawnych, z określonych względów wydzielony w odrębną całość³. Jednym z motywów takiego wyodrębnienia może być fakt, że normy te mają zmierzać do realizacji określonego stanu rzeczy, zamierzonego celu⁴. Wyróżniane są także pochodne znaczenia zwrotu „instytucja prawna”. Jego funkcjonalne pojmowanie zakłada, że chodzi o zespół działań wyznaczanych przez

¹ F. Longchamps, *Uwagi o używaniu pojęć w naukach prawnych*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego 1960, Seria A, Nr 27, Prawo VII, s. 11 i n.

² F. Longchamps, *op. cit.*, s. 11 i n.

³ Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa-Poznań 1983, s. 88 i n.; J. Wróblewski (w.): *Polski słownik prawniczy. Hasła podstawowe*, Warszawa 1969, s. 21 – cyt. za: Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 88; tenże, *Problemy metodologiczne badania instytucji prawno-ustrojowych*, Problemy Rad Narodowych 1973, nr 25, s. 11 i n.

⁴ Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 88.

określony zespół norm prawnych⁵. Natomiast zgodnie z personalnym ujęciem „instytucji prawnej”, traktuje się ją jako zespół osób działających stosownie do wskazań bądź na podstawie upoważnień zawartych w określonym zespole norm prawnych⁶. Z uwagi na specyfikę tematu, stanowiącego przedmiot niniejszej pracy, personalne traktowanie „instytucji prawnej” jest nieprzydatne. Pojęcie to stosowane będzie w znaczeniu przedstawionym jako pierwsze, z czym wiązać się będzie ściśle rozróżnienie przeprowadzone pomiędzy instytucją zadatku a funkcjami, jaki pełnić może zarówno ona sama, jak i jej przedmiot, przy równoczesnej próbie sprecyzowania pojęcia „funkcji”.

Twierdzi się, że wyodrębnianie poszczególnych instytucji prawnych, charakterystyczne dla szczegółowych nauk prawnych, wynika w głównej mierze z zastanej tradycji, a ponadto może służyć celom dydaktycznym⁷. Należy jednak zauważyć, że brak precyzji rozważań poszczególnych autorów niekiedy może prowadzić do wątpliwości w zakresie interpretacji wyrażanych przez nich poglądów. Jest to szczególnie widoczne na przykładzie zadatku, zdarza się bowiem operowanie tym pojęciem w obrębie jednej wypowiedzi zarówno w znaczeniu instytucji prawnej, jak i jej przedmiotu, w ślad za brakiem przeprowadzenia przez ustawodawcę wyraźnego rozgraniczenia tych dwóch kwestii. Czasami nie dość jasno wyodrębnia się także w wypowiedziach dotyczących funkcji: czy pełnić je może instytucja zadatku, czy też suma pieniężna lub rzecz wręczona jego tytułem. Zachowanie precyzji terminologicznej powinno więc także sprzyjać ścisłości wypowiedzi, eliminując ewentualne wątpliwości w kwestii wyrażanych poglądów, natomiast walor dydaktyczny należy ocenić jako posiadający drugorzędne znaczenie.

Wyodrębnienie instytucji prawnej zwykle dokonywane jest na podstawie tekstów obowiązujących aktów prawnych⁸. Ze względu na fakt, że nie jest to niezbędne, możliwe będzie porównanie instytucji zadatku do innych, w tym również tych nieuregulowanych ustawowo. Zabieg taki

⁵ Cz. Znamierowski, *Prolegomena do nauki o państwie*, Poznań 1947 / 1948, s. 47 i n.; Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 88.

⁶ J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 21 i n. – cyt. za: Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 88; tenże, *Problemy metodologiczne badania instytucji prawno-ustrojowych*, s. 12; Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 88.

⁷ Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 88 i n.

⁸ Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 89. Niekiedy dla możliwości wyodrębnienia określonej instytucji wymaga się jej ustawowego uregulowania. Tak, zdaje się: S. Sikorski, *Zawarcie umowy w drodze przetargu w formie szczególnej pod rygorem ad solemnitate po nowelizacji kodeksu cywilnego*, Pr. Spółek 2003, nr 10, s. 38.

wydaje się wartościowy zarówno ze względu na możliwość podkreślenia podobieństw, jak i różnic konstrukcyjnych oraz na potrzeby praktyki borykającej się niekiedy z problemami dotyczącymi odróżnienia, jaka instytucja prawna została wykorzystana w konkretnej sytuacji. W przypadku instytucji zadatku wskazanie zespołu przepisów, z których wynikają normy prawne odnoszące się do niej, jest zabiegiem banalnie prostym. Ustawodawca poświęcił jej bowiem wyłącznie art. 394 k.c., stosując regulację bardziej syntetyczną od tej, która istniała w kodeksie zobowiązań. Normy prawne wyprowadzone z tych przepisów będą stanowić przedmiot szczegółowych rozważań w poszczególnych rozdziałach pracy.

3. Rozróżnienie instytucji prawnej zadatku i jej przedmiotu

Na gruncie art. 74 k.z. R. Longchamps de Berier wyróżniał zadatek w szerszym znaczeniu, rozumiany jako sumę pieniężną lub rzecz, daną przez jedną ze stron przy zawarciu umowy, przed wykonaniem przez nią świadczenia w całości oraz zadatek w ściślejszym, technicznym znaczeniu, traktowany – w braku odmiennego postanowienia umownego lub zwyczajaj – jako surogat odszkodowania w przypadku niewykonania umowy⁹. Konieczność rozróżniania dwóch znaczeń, w których może używane być określenie „zadatek” pozostaje aktualna również na gruncie art. 394 k.c. Poprawniejsze jest posługiwanie się terminem „zadatek” wyłącznie dla oznaczenia dodatkowego zastrzeżenia umownego, wywołującego skutki przewidziane przez ustawodawcę (zadatek sensu stricto)¹⁰, przy równoczesnym

⁹ R. Longchamps de Berier, *Polskie prawo cywilne. Zobowiązania*, Poznań 1999, s. 177; tenże, *Czynności prawne* (odbitka z *Encyklopedii prawa prywatnego*), s. 34 i n.

¹⁰ P. Machnikowski (w:) red. E. Gniewek, *Kodeks cywilny. Komentarz do Artykułów 1-534*, t. I, Warszawa 2004, s. 959; W. Popiołek (w:) red. K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. Komentarz do Artykułów 1-449¹¹*, t. I, Warszawa 2005, s. 1045; A. Rembieliński (w:) red. J. Winiarz, *Kodeks cywilny z komentarzem*, t. I, Warszawa 1989, s. 364; Z. Radwański (w:) red. Z. Radwański, *System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. III, cz. 1, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1981, s. 459; W. Czachórski, *Zarys prawa zobowiązań. Część ogólna*, Warszawa 1963, s. 171; tenże, *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1967, s. 214; W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 186 i n.; M. Wrzolek-Romańczuk, *Umowa przedwstępna*, Warszawa 1998, s. 47; B. Czech (w:) H. Ciepła, B. Czech, S. Dąbrowski, T. Domińczyk, H. Pietrzykowski, Z. Strus, M. Sychowicz, A. Wypiórkiewicz, *Kodeks cywilny. Praktyczny Komentarz z orzecnictwem*, art. 353–1088, t. II, Warszawa 2005, s. 112; J. Rajski, W. Kocot, K. Zaradkiewicz, *Prawo*

określaniu sumy pieniężnej lub rzeczy wręczonej tytułem zadatku mianem jego przedmiotu (zadatek sensu largo, w znaczeniu potocznym)¹¹. Jedynie F. Błahuta określa pieniądze lub rzeczy zamienne wręczone tytułem zadatku jako zadatek w sensie ścisłym¹². Zdarza się jednak niedostrzeżenie różnicy między zadatkiem traktowanym jako instytucja prawna a jego przedmiotem¹³. Twierdzi się, że posługiwanie się określeniem „zadatek” dla oznaczenia postanowienia umownego o skutkach wyznaczonych w art. 394 k.c., którego desygnat stanowi suma pieniężna lub rzecz, jest przy tym typowe dla języka prawniczego¹⁴. Takie ujęcie stanowi podstawę wyróżnienia trzeciego znaczenia określenia, o którym mowa, a mianowicie zadatku rozumianego jako dodatkowe zastrzeżenie umowne. Wydaje się jednak, że nagminne jest utożsamianie instytucji prawnej, której zastosowanie wynika z postanowie-

o kontraktach w obrocie gospodarczym, Warszawa 2002, s. 176; D. Szostek, *Zadatek w umowach zawieranych w postaci elektronicznej* (w:) red. L. Ogiegiło, W. Popiołek, M. Szpunar, *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005, s. 1408; A. Olejniczak, *Uwagi o zastrzeżeniu zadatku w umowach przygotowujących zawarcie umów zasadniczych* (w:) red. L. Ogiegiło, W. Popiołek, M. Szpunar, *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005, s. 1241; tenże (w:) red. E. Łętowska, *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. 5, Warszawa 2006, s. 911 i n.; G. Tracz, F. Zoll, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie. Praktyka, konstrukcja, dopuszczalność, przedmiot*, Kraków 1996, s. 81.

¹¹ Z. Radwański, *op. cit.*, s. 459; A. Rembieliński, *op. cit.*, s. 364; P. Machnikowski, *op. cit.*, s. 959; W. Czachórski, *Zarys...*, s. 170 i n.; tenże, *Prawo zobowiązań w zarysie*, s. 214; W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *op. cit.*, s. 186; M. Wrzosek-Romańczuk, *op. cit.*, s. 47; A. Bieranowski, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 15 października 1999 r., III CKN 366/98, Rejent 2000, nr 10, s. 102; B. Czech, *op. cit.*, s. 112; D. Szostek, *op. cit.*, s. 1416; A. Olejniczak, *Uwagi o zastrzeżeniu zadatku...*, s. 1240 i n.; tenże (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 5, 911; G. Tracz, F. Zoll, *op. cit.*, s. 81.

¹² F. Błahuta (w:) red. J. Ignatowicz, *Kodeks cywilny. Komentarz, Księga trzecia – zobowiązania*, t. 2, Warszawa 1972, s. 938 i n. Zobacz również P. Drapała, Glosa do wyroku SN z 13 lutego 2002 r., IV CKN 672/00, PiP 2003, z. 10, s. 123.

¹³ F. Zoll, *Prawo cywilne w zarysie*, Warszawa-Kraków 1916, s. 127; J. Basseches, I. Korkis, *Kodeks zobowiązań. Przepisy wprowadzające kodeks zobowiązań*, Lwów 1934, s. 34; J. Skąpski (w:) red. S. Grzybowski, *Prawo cywilne*, Warszawa 1981, s. 219; J. Naworski, Glosa do orzeczenia GKA z 29 września 1987 r., DO-4449/87, OSP 1990, z. 4, poz. 197, s. 443; A. Rembieliński, *op. cit.*, s. 367; J. Jacy-szyn, *Zadatek wzmacnia umowę*, Rzeczposp. z 9 lutego 1996 r., nr 34, *Prawo co dnia*, s. 16; K. Falkiewicz, M. Wawrykiewicz, *Kara umowna w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2001, s. 56; P. Drapała (w:) red. E. Łętowska, *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. 5, Warszawa 2006, s. 955; J. Jastrzębski, *Kara umowna*, Kraków 2006, s. 93; A. Wójcik, *Zawarcie umowy w drodze przetargu*, Kraków 2000, s. 81; M. Małota, *Charakter wadium w prawie polskim*, Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego 2004, nr 1, s. 85. Tak również: A. Kunicki, *Umowne prawo odstąpienia. Studium z zakresu polskiego prawa obligacyjnego*, Lwów 1939, s. 11; K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1999, s. 385.

¹⁴ P. Machnikowski, *op. cit.*, s. 959; Z. Radwański, *op. cit.*, s. 459; A. Olejniczak, *Uwagi o zastrzeżeniu zadatku...*, s. 1241; tenże (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 911.

nia umownego z jej przedmiotem, poprzez określanie ich obu mianem „zadatku”. W poniższych rozważaniach określenie „zadatek” używane będzie w znaczeniu instytucji prawnej, z jakiej – stosownie do swej woli – mogą skorzystać strony, natomiast suma pieniężna lub rzeczy wręczane przy zawarciu umowy bądź opierając się na swobodzie umów, w innym momencie, określane będą mianem „przedmiotu zadatku” lub jego kwoty.

4. Charakter analizy

W rozważaniach poświęconych instytucji zadatku podstawowe znaczenie będzie miała analiza formalna stanowiąca niejako punkt wyjścia dla możliwości oceny owej instytucji z punktu widzenia funkcjonalnego. Analiza formalna – polegająca na zgrupowaniu i uporządkowaniu obowiązujących w danym systemie prawnym norm w taki sposób, by tworzyły spójną wewnątrznie całość dotyczącą określonej materii bez względu na to, czy wydzielona w ten sposób instytucja będzie funkcjonalnie przydatna dla osiągnięcia jakichś założonych celów¹⁵ – zostanie przeprowadzona przy pomocniczym wykorzystaniu norm prawnych wynikających z przepisów obowiązujących w poprzednim stanie prawnym oraz, w bardzo ograniczonym zakresie, przy odwołaniu się do regulacji obcych systemów prawnych. Celem pomocniczego sięgnięcia do tych uregulowań będzie uzyskanie dodatkowej argumentacji w prowadzonych rozważaniach, jak również, gdy chodzi o posiłkowanie się tekstem kodeksu zobowiązań, nie tylko skorzystanie z dorobku doktryny i orzecznictwa wykształconego na gruncie poprzedniego stanu prawnego – dla opisu niezmienionych elementów konstrukcji zadatku – ale także wskazanie zmian konstrukcyjnych przeprowadzonych przez ustawodawcę w zakresie instytucji, o której mowa.

Z przepisu art. 394 k.c., opierając się na językowych dyrektywach wykładni, wyinterpretowany zostanie pewien zespół norm postępowania, którego zastosowanie aktualizuje się w braku odmiennej umowy stron czy też zwyczaju, zgodnie z dyspozytywnym charakterem reguły interpretacyjnej wyrażonej w owym przepisie. Wszelkiego rodzaju wieloznaczności językowe zostaną skorygowane na podstawie funkcjonalnych dyrektyw wykładni, tak by wyinterpretowane normy postępowania mogły uzyskać najlepsze uzasadnienie aksjologiczne w zakładanym systemie wartości.

¹⁵ Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 95.

Dalszym etapem rozważań będzie analiza określająca stosunek instytucji zadatku do innych, pokrewnych jej instytucji obowiązującego systemu, również przy zastosowaniu metody formalnej. Będzie to stanowić niejako podstawę dla możliwości wyciągnięcia pewnych wniosków, opierając się na analizie funkcjonalnej dokonywanej z perspektywy działania danej instytucji w określonych warunkach społecznych. Zostanie podjęta próba porównania faktycznie spełnianych przez instytucję zadatku funkcji z rolami, jakie można jej przypisywać oraz zbadania powiązań zachodzących pomiędzy nimi a funkcjami innych instytucji prawnych. Jednak z uwagi na fakt, że zrekonstruowanie norm danej instytucji prawnej w sposób niebudzący wątpliwości nie pozwala na rozstrzygnięcie, czy dana instytucja stanowi narzędzie sprzyjające sprawnemu osiągnięciu określonych celów, czy cele te osiąga się w sposób ekonomiczny¹⁶, ostatni rozdział pracy stanowić będzie próbę oceny instytucji zadatku z perspektywy ekonomicznej analizy prawa, przez porównanie ekonomicznej efektywności jej i kilku instytucji pokrewnych. W konsekwencji podjęta zostanie próba oceny, czy instytucja zadatku jest efektywna.

¹⁶ Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 97.

Rozdział I

Ewolucja uregulowania zadatku w prawie polskim

1.1. Wprowadzenie

Instytucję zadatku w kodeksie zobowiązań regulowały przepisy art. 74 i 75 o następującej treści:

Artykuł 74 § 1: „W braku odmiennego postanowienia umowy albo zwyczaju, uważa się, że zadatek, dany przy zawarciu umowy, zastępuje odszkodowanie z powodu niewykonania umowy przez jedną ze stron. § 2. W razie niewykonania umowy przez jedną ze stron, druga strona może, według swego wyboru, bądź dochodzić wykonania umowy, bądź od umowy odstąpić i, chociażby żadna szkoda nie nastąpiła, otrzymany zadatek zatrzymać, a jeżeli sama go dała, domagać się sumy dwukrotnie wyższej. § 3. Przepis artykułu niniejszego stosuje się bez względu na to, jaką nazwę strony zadatkowi nadały”. Artykuł 75 § 1: „Przy spełnieniu świadczenia, na które był dany zadatek, zadatek ulega zarachowaniu, a jeżeli zarachowanie jest niemożliwe, winien być zwrócony. § 2. Zwrot zadatku należy się również w razie niemożności wykonania umowy wskutek okoliczności, za które żadna ze stron nie odpowiada, oraz rozwiązania umowy z winy obu stron lub za ich zgodą”.

Zagadnienie to reguluje obecnie art. 394 k.c., który brzmi:

„§ 1. W braku odmiennego zastrzeżenia umownego albo zwyczaju zadatek dany przy zawarciu umowy ma to znaczenie, że w razie niewykonania umowy przez jedną ze stron druga strona może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić i otrzymany zadatek zachować, a jeżeli sama go dała, może żądać sumy dwukrotnie wyższej. § 2. W razie wykonania umowy zadatek ulega zaliczeniu na poczet świadczenia stro-

ny, która go dała; jeżeli zaliczenie nie jest możliwe, zadatek ulega zwrotowi. § 3. W razie rozwiązania umowy zadatek powinien być zwrócony, a obowiązek zapłaty sumy dwukrotnie wyższej odpada. To samo dotyczy wypadku, gdy niewykonanie umowy nastąpiło wskutek okoliczności, za które żadna ze stron nie ponosi odpowiedzialności albo za które ponoszą odpowiedzialność obie strony”.

Na gruncie kodeksu zobowiązań ustanowienie zadatku możliwe było zarówno w odniesieniu do umowy stanowczej, jak i umowy przedwstępnej, gdyż kodeks nie wprowadzał pod tym względem żadnego rozróżnienia. Zadatek mógł także dotyczyć umów jednostronnie zobowiązujących i umów wzajemnych. Do tej ostatniej sytuacji, jako najbardziej typowej, dostosowane było brzmienie art. 74 § 2 k.z. Obie te kwestie nie uległy zmianie także na tle regulacji zawartej w art. 394 k.c.

Ustawodawca w art. 74 § 3 k.z. przesądził, że przepis ten ma zastosowanie niezależnie od tego, jaką nazwę strony nadały zadatkowi w konkretnym przypadku. Do takiego samego wniosku doprowadziłyby także zastosowanie dyrektywy interpretacyjnej nakazującej w przypadku umowy badać raczej wspólny zamiar stron i cel umowy (aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu) przewidzianej zarówno w art. 108 k.z., jak i w art. 65 § 2 k.c. Pogląd ten zdaje się potwierdzać rezygnacja ustawodawcy z zamieszczenia analogicznego przepisu w kodeksie cywilnym. Z drugiej jednak strony usunięcie tego przepisu mogłoby służyć podkreśleniu konieczności szczególnie ostrożnego dokonywania interpretacji rzeczywistej woli stron, użycie bowiem innego zwrotu może wskazywać na świadome dążenie stron do skonstruowania odmiennego zastrzeżenia umownego¹.

Pomiędzy tymi dwoma regulacjami można dostrzec pewne różnice. Widoczna jest zmiana redakcyjna polegająca na zamieszczeniu przepisów dotyczących zadatku w jednym artykule, co wymusiło bardziej syntetyczną ich stylistykę. Niektóre określenia, w związku z ich stopniowym wypieraniem przez usus, zastąpiono zwrotami bardziej charakterystycznymi dla współczesnej polszczyzny. Zasadnicze elementy konstrukcji zadatku pozostały jednak niezmienione. Na uwzględnienie zasługują ponadto kolejne projekty kodeksu cywilnego będące wyrazem ewolucji poglądów ustawodawcy.

¹ Zobacz rozdział 4.1. – Zasada swobody umów.

1.2. Funkcje zadatku

W doktrynie prawa cywilnego, zarówno polskiej, jak i wywodzącej się z państw obcych, wyróżniane są rozmaite funkcje zadatku, które będą stanowić przedmiot szerszych rozważań². Często ustawodawca, preferując jedną lub kilka z ról, jakie może on spełniać, daje temu wyraz normatywny, kształtując określone domniemanie prawne lub regułę interpretacji oświadczeń woli. Podobnie postępuje ustawodawca polski. Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, że ani w art. 74–75 k.z., ani w art. 394 k.c. ustawodawca nie przeprowadził *expressis verbis* rozróżnienia pomiędzy zadatkami rozumianym jako instytucja prawna a jej przedmiotem, co spowodowało konsekwencje dwojakiego rodzaju. Przede wszystkim niektórzy przedstawiciele doktryny zdają się nie dostrzegać tego rozróżnienia bądź wręcz je odrzucają. Często także z wypowiedzi poszczególnych autorów nie dość jasno wynika, czy opisywane przez siebie funkcje odnoszą oni do instytucji prawnej, czy też do przedmiotu zadatku oraz czy w ogóle wyodrębnienie tych dwóch pojęć ma dla nich znaczenie. W tym miejscu zagadnienie to zostaje jedynie zasygnalizowane, istotny jest natomiast fakt, że jego przyczyny można upatrywać w zastosowanej przez ustawodawcę technice legislacyjnej.

Zwłaszcza w dawniejszej literaturze ugruntowane było stanowisko, że zadatek może pełnić rolę znaku zawarcia przez strony umowy, może być traktowany jak zaliczka na poczet świadczenia, stanowić zabezpieczenie wykonania zobowiązania lub pełnić rolę tzw. zadośćuczynienia za zawód, czyli odstępnę.

Funkcję zadatku jako dowodu zawarcia przez strony umowy dostrzegano już w prawie rzymskim. Przypisywał mu ją też ustawodawca niemiecki w § 336 k.c.n. i austriacki w § 908 k.c.a., mając zapewne na myśli sytuację zawarcia umowy w formie ustnej, poprzedzonej prowadzonymi przez strony rokowaniami, której wyrazem było wręczenie przedmiotu zadatku. Przepisy te obowiązywały również na terenie państwa polskiego, aż do czasu uchylecia ich przez przepisy wprowadzające kodeks zobowiązań (art. XXII § 2 i art. XXVII § 3 p.w.k.z.).

Natomiast z brzmienia art. 74 § 1 k.z. można było wywnioskować dążenie do wyekspozowania przede wszystkim odmiennego znaczenia zadatku w braku umowy stron lub obowiązującego zwyczaju. Ustawodawca

² Zobacz rozdział II – Funkcje instytucji prawnej zadatku i jej przedmiotu.

mógł się kierować najprawdopodobniej funkcją zadatku najczęściej przyznawaną mu w praktyce obrotu gospodarczego. Otóż wyeksponowana została przez ustawodawcę funkcja zadatku jako dodatkowego zastrzeżenia umownego zabezpieczającego wykonanie zawartej umowy. Należy stwierdzić, że w kodeksie zobowiązań funkcja ta została sprecyzowana wyrażniej, poprzez zamieszczenie w przepisie art. 74 § 1 stwierdzenia, iż „zadatek (...) zastępuje odszkodowanie”. Analogiczny wniosek uzasadniony jest również na gruncie kodeksu cywilnego, jednak – z uwagi na odmienną stylistykę art. 394 k.c. – nie jest on wyrażony *expressis verbis*. Funkcja odszkodowawcza zadatku ceniona była już w prawie rzymskim. Również kodeksy austriacki i niemiecki przyznawały zadatkowi funkcję wzmocnienia pozycji jednej ze stron umowy, traktowały ją jednak raczej jako drugorzędną. Poza tym, o ile zgodnie z § 908 k.c.a. zadatek zabezpieczać mógł każdą ze stron, o tyle w myśl § 338 k.c.n. chronił wyłącznie tę stronę, która przy zawarciu umowy otrzymała przedmiot zadatku. Mogła go ona bowiem w określonych sytuacjach zatrzymać, natomiast ustawodawca niemiecki – w podobnych przypadkach – nie przyznał stronie, która wręczyła przedmiot zadatku, możliwości dochodzenia jego podwójnej wysokości. W prawie polskim natomiast ugruntowane jest działanie zadatku jako zabezpieczenia każdej ze stron umowy. Z mocy wyraźnego zastrzeżenia stron lub ewentualnie ze względu na obowiązujący zwyczaj znaczenie zadatku może być ograniczone jedynie do tego aspektu. Dopuszczalne jest także przypisanie przez strony temu zastrzeżeniu kilku funkcji jednocześnie.

Funkcja zadatku jako zaliczki widoczna jest w przypadku, gdy zobowiązanie zostaje wykonane. Wówczas bowiem, jeżeli pozwala na to tożsamość przedmiotu świadczenia oraz przedmiotu wręzonego tytułem zadatku, ten ostatni zaliczony zostaje na poczet świadczenia. W przeciwnym razie podlega zwrotowi. Zagadnienie to uregulowano identycznie na gruncie art. 75 § 1 k.z. i art. 394 § 2 k.c. Zwrot zadatku konieczny jest także w kilku innych sytuacjach. W tej kwestii można dostrzec jedną z merytorycznych modyfikacji, jakim ustawodawca poddał konstrukcję zadatku w toku historycznego rozwoju tej instytucji. Z przepisu art. 75 § 2 k.z. wynikał obowiązek zwrotu przedmiotu zadatku również „w razie niemożności wykonania umowy wskutek okoliczności, za które żadna ze stron nie odpowiada, oraz rozwiązania umowy z winy obu stron lub za ich zgodą”. Natomiast stosownie do przepisu art. 394 § 3 k.c. zwrot przedmiotu zadatku konieczny jest w razie rozwiązania umowy, niewykonania jej wskutek okoliczności, za które żadna ze stron nie ponosi odpowiedzialności albo za które

odpowiedzialność ponoszą obie strony. Uwagę zwraca fakt, że na gruncie kodeksu zobowiązań mowa była wyłącznie o niewykonaniu umowy wskutek okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosiła żadna ze stron. W doktrynie wyrażono jednak pogląd, że znajduje ona zastosowanie także wówczas, gdy umowa nie została wykonana „z winy obu stron”³. W art. 394 § 3 k.c. dodano natomiast postanowienie, że taki sam skutek wywołuje niewykonanie umowy z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponoszą obie strony. Wynika to z faktu, że *ratio legis* tej regulacji polega na wyłączeniu uprzywilejowania którejkolwiek ze stron. Sprzeczna byłaby z nim dopuszczalność pozostawienia we władaniu jednej ze stron przedmiotu zadatku, jeżeli wykonanie umowy stało się niemożliwe z powodów, za które odpowiadają obaj kontrahenci. Zmianę redakcyjną wprowadzoną w kodeksie cywilnym należy oceniać pozytywnie, z uwagi na wyczerpujące wyliczenie potencjalnych przyczyn niemożności wykonania umowy i uzyskaną w ten sposób kompleksowość regulacji. Również ostatnia z trzech sytuacji, w których aktualizuje się obowiązek zwrotu przedmiotu zadatku, była określona odmiennie w obu kodyfikacjach. W przepisie art. 75 § 2 *in fine* k.z. mowa była o „rozwiązaniu umowy z winy obu stron lub za ich zgodą”, natomiast w przepisie art. 394 § 3 k.c. tylko o rozwiązaniu umowy. Obecna wersja przepisu wyraża tę samą myśl w sposób bardziej syntetyczny. Gdyby ustawodawca zdecydował o pozostaniu przy wersji bardziej rozbudowanej, wskazane byłoby przynajmniej zastąpienie określenia „wina” zwrotem „okoliczności, za które odpowiedzialność ponoszą obie strony”, ze względu na fakt, że określeń tych nie można uznać za tożsame. Jednak zmiana stylistyki w tym aspekcie spowodowała niepotrzebne zamieszanie i wątpliwości niektórych przedstawicieli doktryny, czy dyspozycja art. 394 § 3 k.c. dotyczy rozwiązania umowy wyłącznie przez strony, czy też również na drodze sądowej.

Skorzystanie przez stronę z możliwości zatrzymania zadatku w pojedynczej lub podwójnej wysokości jest przy tym niezależne od tego, czy na skutek niewykonania zobowiązania doznała ona jakiegokolwiek szkody. O ile w przepisie art. 74 § 2 k.z. zostało to podkreślone wprost, o tyle znacznie bardziej syntetyczna wersja przepisu, zawarta w art. 394 § 1 k.c., pomija w ogóle kwestię związku uprawnienia do zatrzymania zadatku z poniesioną szkodą.

³ R. Longchamps de Berier, *Czynności prawne* (odbitka z *Encyklopedii prawa prywatnego*), s. 36.

W takiej sytuacji prawo odstąpienia może zostać ponadto zrealizowane bez wyznaczania kontrahentowi terminu dodatkowego, jak to jest w przypadku bezzadatkowych umów wzajemnych. W doktrynie polskiej kwestia ta nie budziła wątpliwości w czasie obowiązywania kodeksu zobowiązań, jako że uprawnienie do odstąpienia od umowy, wynikające z art. 74 § 2, należało traktować jako *lex specialis* w stosunku do ogólnych uregulowań dotyczących umów wzajemnych. Również w obu wersjach projektu kodeksu cywilnego Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, z roku 1955 i 1960, pominięto to sformułowanie. Pomimo tego w art. 394 § 1 k.c. *expressis verbis* podkreślono niezależność prawa odstąpienia od wyznaczania drugiej ze stron dodatkowego terminu.

Przedmiot zadatku może też pełnić funkcję zadośćuczynienia za wóód związany z odstąpieniem przez kontrahenta od umowy. Najistotniejsza bodajże różnica w konstrukcji zadatku, związana ze zmianami wprowadzonymi w kodeksie cywilnym w porównaniu z poprzednio obowiązującym stanem prawnym, dotyczy związku zadatku z prawem odstąpienia od umowy i relacji zachodzącej pomiędzy nim a odstępnym.

1.3. Zadatek a odstępnę

Zgodnie z przepisem art. 81 k.z. w przypadku zawarcia umowy z zadatkiem i równoczesnego zastrzeżenia przez strony prawa odstąpienia, w braku odmiennego postanowienia umownego, zadatek miał znaczenie odstępnego. Wzorem tego przepisu był niewątpliwie § 910 k.c.a., jednak ustawodawca polski poprzestał na tym generalnym przypisaniu zadatkowi znaczenia odstępnego, bez powtarzania rozwiązań szczegółowych stanowiących konsekwencję tego faktu. W odróżnieniu od kodeksu Napoleona, ustawodawca niemiecki i austriacki zastrzegali wyraźnie, że w przypadku wątpliwości zadatku nie można traktować jako odstępnego (§ 336 k.c.n. i § 908 k.c.a.). Natomiast art. 1590 k.c.f. w odniesieniu do umowy sprzedaży przyznawał zadatkowi znaczenie odstępnego generalnie niezależnie od tego, czy możliwość odstąpienia została zastrzeżona przez strony, co doktryna rozszerzała *per analogiam* także do umów innego rodzaju⁴.

⁴ L. Domański, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Komentarz teoretyczno-praktyczny. Część ogólna*, Warszawa 1936, s. 409.

W kodeksie cywilnym nie znalazło się rozwiązanie analogiczne do przepisu art. 81 k.z. wyrażającego regułę interpretacyjną, stosownie do której – jeżeli przy zawarciu umowy z zadatkiem strony zastrzegły prawo odstąpienia – przedmiot zadatku, w braku odmiennego postanowienia umowy, miał znaczenie odstępnego. Zrezygnowano z niego już na etapie formułowania pierwszego projektu kodeksu cywilnego Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 1950 r. Wskazuje to jednoznacznie na wolę rezygnacji przez ustawodawcę z generalnego przyznania zadatkowi znaczenia odstępnego. Oczywiście postanowienia tego rodzaju do zawieranej przez siebie umowy mogą wprowadzić same strony. Brak sformułowania na gruncie kodeksu cywilnego analogicznej reguły interpretacyjnej spowodował rozbieżności poglądów w kwestii, czy jeżeli w umowie, przy której zawarciu wręczony został przedmiot zadatku, zastrzeżono umowne prawo odstąpienia bez jakiegokolwiek wzmianki o odstępnym, to przedmiotowi zadatku przypisywać można takie znaczenie, czy też nie byłoby to uzasadnione. Pogląd aprobujący taki wniosek oparty jest na wykładni historycznej, jednak z takich samych względów, z uwagi na pominięcie rozwiązania, o którym mowa, można uzasadniać także stanowisko przeciwne, wspierając je również argumentem o preferowanej przez ustawodawcę na gruncie art. 394 k.c. funkcji zadatku. W związku z tym część autorów – dla możliwości przypisania przedmiotowi zadatku funkcji odstępnego – wymaga w tej kwestii wyraźnego postanowienia umownego.

1.4. Kwestia niedopuszczalności miarkowania wysokości zadatku

Pogląd opowiadający się za niedopuszczalnością obniżania wysokości zadatku był powszechnie przyjęty w doktrynie. Koncepcja wykluczająca możliwość zmniejszenia wysokości zadatku znajduje swoje uzasadnienie zarówno w konstrukcji tej instytucji, jak i w kategoriycznym brzmieniu przepisu art. 74 § 2 k.z. oraz art. 394 k.c. Dodatkowo wzmocniała ją skreślenie początkowo zaakceptowanego przez Komisję Kodyfikacyjną art. 98 przeciwprojektu kodeksu zobowiązań dopuszczającego możliwość miarkowania wysokości zarówno odszkodowania umownego, jak i zadatku, na tych samych zasadach. Uchwalony ostatecznie art. 85 k.z. oparty został właśnie na tym przepisie przeciwprojektu, mimo że dotyczył wyłącz-

nie kary umownej. Warto jednak dodać, że również art. 65 ust. 3 projektu Komitetu Lwowskiego – mimo że pozostawiał możliwość miarkowania uznaniu sędziowskiemu według zasad słuszności, bez bliższego określenia jego kryteriów – dotyczył wyłącznie odszkodowania umownego. Dopuszczalność obniżania wysokości zadatku ostatecznie więc odrzucono, wychodząc z założenia, że zadatek, zastępując w braku odmiennej woli stron lub zwyczaju odszkodowanie, jest w istocie rodzajem nawiązki, nie zaś odszkodowaniem *sensu stricto*, a ewentualne regulacje odmienne mogą wprowadzić do zawieranej umowy same strony⁵. Mimo to, na gruncie kodeksu zobowiązań wyrażany był odosobniony pogląd, że „z interpretacji art. 74 § 1 i art. 85 § 1 i 2 wynika, że zadatek o ile był wygórowany, może zostać przez sędziego zmniejszony, o ile zachodzą warunki z art. 85 § 1”⁶. Należy jednak uznać, że w poprzednim stanie prawnym, podobnie jak obecnie, był on nieuzasadniony.

1.5. Rodzaj uprawnień przysługujących w przypadku niewykonania zobowiązania przez stronę umowy zadatkowej z powodu okoliczności, za które ponosi ona wyłączną odpowiedzialność

Generalnie twierdzi się, że funkcja zadatku jako zabezpieczenia wykonania zobowiązania wzmacnia pozycję jednej ze stron w razie niespełnienia świadczenia przez jej kontrahenta z przyczyn, za które ponosi on wyłączną odpowiedzialność. W takich przypadkach bowiem ma ona możliwość dokonania wyboru pomiędzy dochodzeniem wykonania umowy a odstąpieniem od niej, natomiast funkcję zryczałtowanego odszkodowania będzie pełnić przedmiot zadatku w pojedynczej lub podwójnej wysokości. Udogodnienia związane z tą funkcją, zarówno o charakterze procesowym, jak i materialnoprawnym, będą stanowiły przedmiot szczególnych rozważań w kolejnych rozdziałach książki⁷. W tym miejscu istotne jest natomiast zasygnalizowanie genezy rozbieżności poglądów doktryny

⁵ *Ibidem*.

⁶ I. Balken-Neuman, *Zobowiązania. Kodeks zobowiązań oraz 35 ustaw dodatkowych. Zarys systemu polskiego prawa obowiązkowego do nauki i praktyki*, Lwów 1934, s. 127.

⁷ Zobacz rozdział VII – Skutki prawne ustanowienia zadatku według art. 394 k.c.

w kwestii podstawy prawnej roszczenia odszkodowawczego w przypadku dochodzenia przez stronę uprawnioną wykonania umowy i problemu wysokości odszkodowania w tym przypadku, a mianowicie problemu dopuszczalności żądania odszkodowania przewyższającego wartość przedmiotu zadatku lub jej dwukrotność. Być może przyczyną rozbieżności poglądów doktryny w tym aspekcie jest zmiana stylistyki przepisów kodeksu cywilnego w porównaniu z kodeksem zobowiązań. Artykuł 74 § 2 k.z. stanowił, że „w razie niewykonania umowy przez jedną ze stron, druga może, według swego wyboru bądź dochodząc wykonania umowy, bądź od umowy odstąpić i (...) otrzymany zadatek zatrzymać, a jeżeli sama go dała, domagać się sumy dwukrotnie wyższej”. Natomiast przepis 394 § 1 k.c. stanowi wyłącznie o powstaniu uprawnienia do odstąpienia od umowy w określonych okolicznościach i możliwości zachowania otrzymanego zadatku lub żądania sumy dwukrotnie wyższej, jeżeli strona uprawniona sama go wręczyła. Swoboda decyzji podmiotu uprawnionego w kwestii skorzystania z prawa odstąpienia od umowy lub żądania jej wykonania na gruncie obecnego stanu prawnego jest powszechnie aprobowana w doktrynie, z uwagi na reguły ogólne. Jednak rozbieżność poglądów dotyczy tego, czy w przypadku żądania wykonania umowy można dochodzić odszkodowania przewyższającego wartość przedmiotu zadatku lub jej dwukrotność. Nie wyprzedzając szczegółowych rozważań poświęconych temu problemowi⁸, należy ocenić, że nie budził on żadnych wątpliwości na gruncie regulacji art. 74 § 2 k.z. ze względu na znaczenie przypisywane użytym przez ustawodawcę spójnikom i pełnione przez nie funkcje⁹.

1.6. Czynniki kształtujące znaczenie prawne zadatku

Decydujące znaczenie przy ustalaniu funkcji zadatku i jego przedmiotu pełni przede wszystkim umowa, w drugiej kolejności natomiast zwyczaj. Było tak zarówno na gruncie kodeksu zobowiązań, jak i obecnie na tle kodeksu cywilnego. Na uwagę zasługuje całkowite pominięcie roli zwyczaju zarówno w art. 345 § 1 projektu kodeksu cywilnego Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 1955 r., jak i w art. 353 projektu z 1960 r., związane

⁸ *Ibidem*.

⁹ W. Doroszewski, *Słownik poprawnej polszczyzny*, Warszawa 1980, s. 36 i 208; red. B. Dunaj, *Współczesny słownik języka polskiego*, t. 1, Warszawa 2001, s. 44 i 313.

najprawdopodobniej z założeniami poprzedniego ustroju. Znaczenie zwyczajów indywidualnych, a także kwestia, czy obecnie obserwować można zwyczaje powszechne określające znaczenie prawne zadatku, poddane zostanie szerszej ocenie w dalszej części pracy¹⁰.

1.7. Wydanie przedmiotu zadatku

Ustawodawca nie określił wyraźnie, co może stanowić przedmiot wręczony tytułem zadatku. Kodeks zobowiązań ani kodeks cywilny nie rozstrzygają także kwestii, komu powinien on zostać wręczony, z czego wnioskuje się, że ustawodawca uznał za dopuszczalne zarówno wręczenie go drugiej stronie, jak i osobie trzeciej. Potwierdzało to również brzmienie art. 87 przeciwprojektu kodeksu zobowiązań, odrzuconego z zupełnie innych względów, który stanowił, że „zadatkem (...) jest to, co jedna strona daje drugiej albo składa u osoby trzeciej (...)”. Z uwagi na brak wyraźnego postanowienia należałoby także przyjąć, że przedmiot zadatku może wręczyć zarówno strona umowy, jak i osoba trzecia. Jedynie projekt kodeksu cywilnego Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 1955 r. w art. 347 zastrzegł, że „przepisów o zadatku nie stosuje się do zaliczek udzielonych w stosunkach wzajemnych przez organizacje socjalistyczne”. Jednak z tego ograniczenia zrezygnowano i analogiczne rozwiązanie nie pojawiło się już w wersji projektu z 1960 r.

1.8. Podsumowanie

Wydaje się, że z powyższych rozważań można wysnuć wniosek, iż różnice pomiędzy rozwiązaniami zawartymi w kodeksie zobowiązań i w kodeksie cywilnym w kwestii uregulowania zadatku mają w większości charakter redakcyjny. Zasadniczy bowiem kształt tej instytucji, wywodzący się z kodeksu zobowiązań, został zachowany na gruncie obowiązujących przepisów.

Charakterystycznym odzwierciedleniem założeń ustroju socjalistycznego, widocznym w obu projektach kodeksu cywilnego Polskiej Rzeczy-

¹⁰ Zobacz rozdział V – Zwyczaj jako źródło kształtujące treść instytucji zadatku.

pospolitej Ludowej (w art. 345 § 1 projektu z 1955 r. i w art. 353 projektu z 1960 r.), było pominięcie roli zwyczaju jako czynnika wpływającego na kształt uregulowania zadatku. Jednakże w art. 394 k.c. utrzymano rozwiązanie zawarte w art. 74 k.z., przyznające szczególną rolę w tym aspekcie, obok umowy stron, również zwyczajowi.

Znamienne było też postanowienie art. 347 projektu z 1955 r., zgodnie z którym przepisy o zadatku nie znajdowały zastosowania do zaliczek udzielanych w stosunkach wzajemnych przez organizacje socjalistyczne. Również ono nie znalazło się w ostatecznej wersji kodeksu cywilnego.

Najdonioślejsza zmiana wprowadzona przez ustawodawcę dotyczy związku zadatku z prawem odstąpienia. O ile bowiem art. 81 k.z. przyznawał zadatkowi znaczenie odstępnego w przypadku zawarcia umowy z zadatkiem i równoczesnego zastrzeżenia przez strony prawa odstąpienia, w braku odmiennego postanowienia umownego, o tyle, począwszy od pierwszego projektu kodeksu cywilnego Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 1955 r., widać było, że w tej kwestii ustawodawca zmienił koncepcję. W żadnym z projektów ani ostatecznie w kodeksie cywilnym nie zamieszczono analogicznego przepisu. W związku z tym również obecnie można osiągnąć skutek, który wynikał z art. 81 k.z., ale niezbędne będzie wyraźne sformułowanie przez strony postanowienia umownego uchylającego dyspozytywne zastosowanie przepisu art. 394 § 1 k.c. Znaczenie przedmiotu zadatku jako odstępnego może wynikać również ze zwyczaju. Niewątpliwie zmiana ta jest wyrazem dążenia ustawodawcy do wzmocnienia ochrony strony wiernej umowie w razie niewykonania umowy przez jej kontrahenta. Przyznaje jej bowiem więcej możliwości, pomiędzy którymi może ona dokonać wyboru.

Pewna zmiana, widoczna przy porównaniu art. 75 § 2 k.z. i art. 394 § 3 k.c., dotyczy sytuacji, w których zadatek ulega zwrotowi. Zasadniczo jednak uregulowanie zadatku w kodeksie cywilnym jest wyrazem tradycji i ciągłości historycznej w prawie polskim.

Rozdział II

Funkcje instytucji prawnej zadatku i jej przedmiotu

2.1. Termin „funkcja” i jego znaczenia

Rozważania poświęcone funkcjom instytucji prawnej należy poprzedzić zdefiniowaniem tego pojęcia. Spośród wyróżnianych przez językoznawców znaczeń określenia „funkcja”, najbardziej adekwatnym w tym kontekście jest traktowanie funkcji jako roli, zadania czy też po prostu pewnej czynności, działania¹. Ostatnie z wymienionych znaczeń nawiązuje do przestarzałego już nieco, mającego obecnie charakter regionalizmu, określenia „fungować”, będącego synonimem pełnienia obowiązków, funkcyjowania, działania². Słowo to wywodzi się z języka łacińskiego, w którym czasownik „*fungor, functus sum, fungi*” oznacza odbywać, załatwiać, wykonywać, spełniać, zarządzać, sprawować urząd, pełnić służbę, obowiązek, osiągać, otrzymać³, natomiast rzeczownik „*functio*” znaczy wykonywanie, odbywanie⁴ bądź czynność⁵. Etymologia pojęcia „funkcja” pozwala więc na wyróżnienie jednego z jego potencjalnych znaczeń. Chodzi w tym przypadku o rolę czy też zadanie, jakie w obowiązującym systemie praw-

¹ W. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych z almanachem*, Warszawa 2001, s. 183; red. E. Sobol, *Mały słownik języka polskiego*, Warszawa 1997, s. 208; red. E. Sobol, *Słownik wyrazów obcych*, Warszawa 1997, s. 369; J. Tokarski, *Słownik wyrazów obcych*, Warszawa 1980, s. 237; J. Ekel, J. Jaroszyński, J. Ostaszewska, *Mały słownik psychologiczny*, Warszawa 1965, s. 40.

² W. Kopaliński, *op. cit.*, s. 183.

³ K. Kumaniecki, *Słownik łacińsko-polski*, Warszawa 1976, s. 222; W. Kopaliński, *op. cit.*, s. 183; red. E. Sobol, *Słownik...*, s. 369.

⁴ K. Kumaniecki, *op. cit.*, s. 222.

⁵ J. Tokarski, *op. cit.*, s. 237.

nym należy przypisywać danej instytucji, opierając się na założeniu racjonalności prawodawcy i wnioskując z całokształtu systemu prawnego, stosując wykładnię systemową. Ze względu na językowe znaczenie wyrazu „funkcja”, w rozważaniach zarówno prawniczych, jak i prowadzonych przez przedstawicieli innych nauk społecznych, wszystkich tych określeń używa się zamiennie, traktując je jako synonimy⁶. Dostrzeganie różnicy pomiędzy terminem celu, zadania, funkcji i roli prawa nie zawsze skutkuje posługiwaniem się tymi pojęciami w takich samych znaczeniach, co powoduje często zamęt terminologiczny⁷. Za poprawniejsze należy uznać używanie przez niektórych autorów określonego terminu w jednym, podstawowym znaczeniu, przy równoczesnym traktowaniu innych jako mniej ważnych. Sytuacja taka często cechuje rozważania poświęcone funkcjom prawa czy też konkretnej instytucji prawnej⁸.

Spotykane w piśmiennictwie rozważania dotyczące prawa można zaliczyć do jednego z dwóch dominujących nurtów, co nie pozostaje bez wpływu na poglądy związane z pełnionymi przez prawo funkcjami. Normy prawne można bowiem badać niezależnie od ich kontekstu społecznego, co było charakterystyczne dla nurtu platońskiego, stoików oraz myśli chrześcijańskiej lub też przeciwnie, w ścisłym powiązaniu z otoczeniem społecznym, w którym prawo funkcjonuje, jak to czynił Arystoteles czy też E. Durkheim⁹. W związku z tym można wyróżnić idealistyczne i materialistyczne podejście do prawa, a tym samym do pełnionych przez nie funkcji. Pierwsze z nich, nawiązujące do myśli Kantowskiej i założeń prawa natury, reprezentowane jest głównie przez filozofów prawa. Charakteryzuje je traktowanie funkcji prawa jako pochodnych samej jego istoty. Drugie natomiast, dominujące w rozważaniach socjologów, cechuje skupienie się na społecznych uwarunkowaniach prawa i zdeterminowaniu jego funkcji przez procesy społeczne, przez rzeczywistość społeczną, której elementem jest prawo. Obok filozoficznego i socjologicznego podejścia do prawa można ponadto wyróżnić prawniczy nurt rozważań, w któ-

⁶ Z. Ziemiński, *O pojmowaniu celu, zadania, roli i funkcji prawa*, PIP 1987, z. 12, s. 15.

⁷ Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 16; K. Davis, *The Myth of Functional Analysis as a Special Method of Sociology and Anthropology*, *American Sociological Review* 1959, nr 10, s. 759.

⁸ W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1986, s. 81 i 271 i n.; red. M. Borucka-Arctowa, *Społeczne poglądy na funkcje prawa*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1982, s. 7 i n.

⁹ W. Staśkiewicz, *Kierunki badań funkcji prawa (w:) Elementy socjologii prawa*, Warszawa 1990, s. 103.

rym przeważają elementy pierwszego z nich¹⁰. Filozoficzne podejście do prawa cechuje położenie nacisku na jego podstawy aksjologiczne. Jako funkcje pełnione przez prawo wyróżnia się zwykle funkcje własne prawa i przeciwstawiane im funkcje społeczne. Natomiast podejście socjologiczne, rozwijane od początków XX w., którego przedstawicielami byli m.in. L. Duguit, K. Renner, L. Petrażycki czy też R. Pound, cechowało zainteresowanie funkcjonalizmem prawniczym. Współcześnie jednak, obok funkcjonalistycznego podejścia do prawa, występuje również m.in. podejście funkcjonalno-strukturalne¹¹. Oba te nurty cechuje podkreślanie przede wszystkim funkcji kontroli społecznej, pełnionej przez prawo oraz badanie prawa jako zjawiska społecznego stanowiącego jeden z elementów systemu społecznego.

Poglądy o funkcjach prawa formułowane przez przedstawicieli nurtu socjologicznego i prawniczych teorii socjologicznych odwołują się do wiedzy na temat społeczeństwa i reguł jego funkcjonowania. Ze względu jednak na trudności związane z uzyskaniem obiektywnych danych empirycznych i zobiektywizowaniem stosowanej metody badawczej, twierdzenia formułowane na gruncie tych założeń cechuje pewien element subiektywizmu¹². W nurcie prawniczych rozważań poświęconych funkcjom prawa można dostrzec pragmatyzm polegający na uczynieniu przedmiotem rozważań zarówno dorobku teoretycznego, jak i praktyki stosowania prawa. Wyróżnia się tu również, zgodnie z tradycją neokantyzmu i podejściem dogmatycznym, normatywne i społeczne funkcje prawa, starając się pogodzić myśl jurysprudencki analitycznej z podejściem socjologicznym.

Generalnie można wyróżnić cztery sposoby rozumienia pojęcia „funkcja”, które traktowane bywa jako pewna relacja, jako określone działanie (rola), jako cel bądź też jako skutek¹³. Niektórzy wyróżniają wyłącznie funkcje w znaczeniu celu i skutku, rozróżniając przy tym funkcje założone i faktycznie realizowane¹⁴.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ W. Staśkiewicz, *op. cit.*, s. 104.

¹² *Ibidem*, s. 106; M. Łoś, *Prawo i więzi społeczne (w:) Elementy socjologii prawa*, Warszawa 1990, s. 128.

¹³ I. Bogucka, *Funkcje prawa. Analiza pojęcia*, Kraków 2000, s. 9 i n.; M. Abrahamson, *Functionalism*, Englewood Cliffs 1978, s. 38; R. Firth, *Function*, *Current Anthropology*, Ed. W.L. Thomas J., Chicago 1965, s. 237 i n. – cyt. za: I. Bogucka, *op. cit.*, s. 67.

¹⁴ M. Ossowska, *Socjologia moralności. Zarys zagadnień*, Warszawa 1963, s. 146; red. M. Borucka-Arctowa, *op. cit.*, s. 5.

2.1.1. Funkcja jako relacja

Pojmowanie funkcji jako relacji określane jest mianem matematycznego pojęcia funkcji¹⁵. Jest ono związane z nurtem funkcjonalizmu filozoficznego, typowego dla neokantyzmu traktującego rzeczywistość jako kategorię dynamiczną, jako pewien system, w opozycji do tradycji Arystotelesowskiej ujmującej rzeczywistość jako kategorię statyczną. W związku z tym funkcjoniści zakładają, że istotę czy też naturę rzeczy stanowi jej relacja do innych przedmiotów. Nie jest ona natomiast obiektywną cechą. W odniesieniu do nauki prawa konsekwencją jest odrzucenie reistycznego pojmowania pojęć prawnych, traktowanie prawa nie jako substancję, lecz jako relację. Rozumienie prawa jako relacji i utożsamienie funkcji z relacją prowadzi jednak do postawienia znaku równości pomiędzy prawem a funkcją¹⁶. Ujmowanie funkcji jako relacji wymaga ponadto założenia, w stosunku do czego owa relacja jest odnoszona. W tej kwestii zarysowały się dwie grupy poglądów. Pierwszy z nich zakłada badanie relacji wewnątrzprawnych zachodzących pomiędzy podstawowymi pojęciami prawnymi, drugi natomiast koncentruje się na relacji pomiędzy prawem a społeczeństwem, a w tym zachowaniami poszczególnych jednostek.

2.1.2. Funkcja jako działanie (rola)

Rozumienie funkcji jako pewnego działania czy też roli¹⁷ opiera się na leksykalnym znaczeniu tego pojęcia. Jak była już mowa, oznacza ono

¹⁵ I. Bogucka, *op. cit.*, s. 14 i n. oraz s. 27.

¹⁶ *Ibidem*, s. 19.

¹⁷ Red. B. Dunaj, *Słownik współczesnego języka polskiego*, t. 1, Warszawa 2001, s. 262; Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa-Poznań 1983, s. 98; J. Namitkiewicz, *Kodeks zobowiązań. Komentarz dla praktyki*, Łódź 1949, t. I, s. 114; A. Kędzierska-Cieślakowa, *Zagadnienie funkcji prawa cywilnego w związku z unormowaniem odszkodowania w ustawodawstwie polskim* (w:) red. S. Grzybowski, *Odpowiedzialność cywilna za wyrządzenie szkody*, Warszawa 1969, s. 35 i n.; A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984, s. 354; W. Warkało, *Odpowiedzialność odszkodowawcza. Funkcje, rodzaje, granice*, Warszawa 1972, s. 17; G. Ćmikiewicz, *Postępowanie przetargowe jako konstrukcja szczególnego trybu zawarcia umowy*, *Problemy Prawne Handlu Zagranicznego* 1983, t. 7, s. 33; B. Czech (w:) H. Ciepła, B. Czech, S. Dąbrowski, T. Domińczyk, H. Pietrzkowski, Z. Strus, M. Sychowicz, A. Wypiórkiwicz, *Kodeks cywilny. Praktyczny Komentarz z orzecnictwem*, art. 353–1088, t. II, Warszawa 2005, s. 113; J. Rajski, W. Kocot, K. Zaradkiewicz, *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2002, s. 177; E. Gniewek, A. Łusznak-Zajęc, P. Machnikowski, *Uwagi do projektowanych zmian przepisów kodeksu cywilnego dotyczących zawierania umów*, KPP 2001,

czynność, działanie, zadanie, obowiązek bądź sprawowanie urzędu¹⁸. Takie rozumienie określenia „funkcja” jest najbardziej zbliżone do jego potocznego znaczenia. Charakterystyczne było pierwotnie dla nauk biologicznych, a następnie przejęte zostało przez nauki społeczne. Używanie pojęcia „funkcja” w znaczeniu „działania” nie zakłada odnoszenia go do aktywności konkretnego podmiotu, do konkretnego działania, podkreśla się natomiast raczej szczególny charakter czy też jakość owego działania¹⁹. Poddawane jest ono ocenie z uwagi na określone kryterium, mówi się bowiem o działaniu typowym²⁰ czy też właściwym. Zwraca się zwłaszcza uwagę na takie cechy owego działania, jak jego wkład w utrzymanie np. jakiegoś organizmu, odpowiednia aktywność czy też pozycja strukturalna²¹. Za funkcję instytucji prawnej uważa się jej typowe rezultaty społeczne, które niekiedy poddawane są dalszej kwalifikacji i muszą zostać uznane za pozytywne²². W tym ujęciu rezultaty ujemne traktowane są natomiast jako niezamierzony efekt uboczny działania określonego rozwiązania prawnego²³. Nie jest przy tym istotna subiektywna możliwość przypisania konkretnemu działaniu jakichś funkcji przez konkretne podmioty, ale możliwość przypisania ich w sposób obiektywny, jako pewnej prawidłowości, typowego wkładu w utrzymanie jakiejś strukturalnej całości. Na gruncie nauk społecznych badane działanie ujmuje się w relacji do systemu społecznego, w którym ono występuje²⁴. Jako typowe oddziaływanie jakiejś instytucji prawnej uważa się więc takie, które zostało w ten sposób ocenione z punktu widzenia społecznego. W związku z tym krytyce poddaje się niekiedy traktowanie społeczeństwa jako pewnej złożonej całości. Inne zarzuty skierowane są przeciwko niedozownej konieczności dokonywania uproszczeń w rozważaniach, jak również utożsamianiu pojęcia funkcji z rolą danego elementu w określonym systemie²⁵. Problemy powoduje konieczność przy-

z. 1, s. 108; A. Łuszpak-Zajac, P. Machnikowski, *Nowa regulacja zawarcia umowy w trybie przetargowym*, PPH 2003, nr 9, s. 15; M. Kaliński (w): *System Prawa Prywatnego*, t. 6 (maszynopis).

¹⁸ W. Kopalinski, *op. cit.*, s. 183; red. E. Sobol, *Mały słownik...*, s. 208; red. E. Sobol, *Słownik...*, s. 369; J. Tokarski, *op. cit.*, s. 237.

¹⁹ I. Bogucka, *op. cit.*, s. 29 i n.; Z. Ziemiński, *O pojmowaniu celu...*, s. 19 i n.

²⁰ A. Kędzierska-Cieślakowa, *op. cit.*, s. 35 i n.

²¹ I. Bogucka, *op. cit.*, s. 35 i n.

²² A. Kędzierska-Cieślakowa, *op. cit.*, s. 36; Z. Ziemiński, *O pojmowaniu celu...*, s. 20.

²³ A. Kędzierska-Cieślakowa, *op. cit.*, s. 36.

²⁴ *Ibidem*, s. 35; I. Bogucka, *op. cit.*, s. 38 i n.; Z. Ziemiński, *O pojmowaniu celu...*, s. 20 i 25.

²⁵ W. Tatarkiewicz, *Historia filozofii*, t. 3, Warszawa 1970, s. 282; I. Bogucka, *op. cit.*, s. 38 i n.; Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 481.

jęcia kryteriów wartościujących, jakim poddawany jest miernik przyjęty dla określenia „normalności” powiązań występujących pomiędzy badanym działaniem a jakimś systemem²⁶. Nie sposób bowiem ustalić go empirycznie. Traktowanie funkcji jako roli danego elementu w określonym systemie może skutkować albo utożsamianiem funkcji z zadaniami, jakie z czyjejs woli mają być realizowane przez prawodawstwo²⁷, albo rozpatrywaniem utylitarnego efektu owego elementu, sprowadzając funkcję do efektu, jaki ów element wywołuje w systemie²⁸. Należałoby jednak ściśle rozróżnić funkcje faktycznie spełniane przez prawo oraz rolę, jaką przypisują danej instytucji prawnej członkowie społeczeństwa czy też grupy społecznej²⁹.

Traktowanie funkcji jako efektu, jaki dany element wywołuje w systemie, cechowało rozważania R. Durkheima³⁰. Takie rozumowanie jest typowe dla tych socjologów, których można uznać za przedstawicieli funkcjonalizmu. Przedstawiciele nauk biologicznych, badając rolę danego elementu w systemie, koncentrują natomiast sferę swoich zainteresowań wokół problematyki celowości określonych działań, co prowadzi do wyodrębnienia kolejnego znaczenia terminu „funkcja” – traktowania jej jako celu. Niektórzy jednak, by uniknąć tego błędu, ściśle rozgraniczają dodatnią ocenę społeczną danej instytucji prawnej jako wytworu zamierzonego przez ustawodawcę oraz jej rezultat, czyli cel określonej instytucji prawnej³¹. Potrzebę ścisłego rozróżniania funkcji i celu uzasadnia się tym, że cel cechuje subiektywizm – „jest on czymś niezależnym od tego, czy występuje jako rzeczywiste zamierzenie konkretnego ustawodawcy (tu kłopot jednak z odpowiedzią, kogo za tego konkretnego ustawodawcę uważać!), czy też jako domysły osób interpretujących prawo co do możliwych zamierzeń ustawodawcy”³². Niekiedy zauważa się, że o ile w przypadku mó-

²⁶ I. Bogucka, *op. cit.*, s. 43.

²⁷ Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, s. 481.

²⁸ I. Bogucka, *op. cit.*, s. 46.

²⁹ Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, s. 483 i n.

³⁰ P.A. Munch, *The Concept of Functional Analysis of Sociology*, *Philosophy of the Social Sciences* 1976, vol. 6, s. 197 – cyt. za: I. Bogucka, *op. cit.*, s. 51.

³¹ A. Kędzierska-Cieślakowa, *op. cit.*, s. 35.

³² *Ibidem*. Zobacz również: Z. Ziemiński, *O pojmowaniu celu...*, s. 22 i n. Odnośnie do problemu pojmowania prawodawcy zobacz: L. Nowak, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973, s. 35 i n.; E. Kustra, *Racjonalny ustawodawca. Analiza teoretyczno-prawna*, Toruń 1980, s. 31 i n.; S. Wronkowska, *Problemy racjonalnego tworzenia prawa*, Poznań 1982, s. 14 i n.; J. Wróblewski, *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1985, s. 44 i n. W kwestii problemu woli prawodawcy zobacz: Z. Izdebski, *O niektórych aspektach wykładni prawa*, *St. Praw.* 1970, z. 24, s. 171 i n. oraz s. 190.

wienia o roli myślimy o społecznym oczekiwaniu, że określony stan rzeczy zostanie za sprawą kogoś lub czegoś osiągnięty, o tyle gdy mowa jest o celu, chodzi o ów stan rzeczy, który wedle czyjegós zamierzenia ma zostać osiągnięty³³.

2.1.3. Funkcja jako cel

Potoczne rozumienie określenia funkcja wiąże się zwykle z pojęciem celu, z określonym działaniem lub skutkiem związanym z rozpatrywanym elementem. Stąd też funkcję definiuje się jako „obowiązek, powinność, przeznaczenie, zadanie”³⁴. Generalnie w naukach społecznych określenie „funkcja” rozumiane jest najczęściej w jednym z dwóch znaczeń – jako skutek, ogół następstw określonego zachowania, lub też jako założony rezultat czy też cel owego zachowania³⁵. Obecnie przedmiot rozważań stanowi drugie z wyróżnionych znaczeń³⁶. Skoro funkcja rozumiana bywa jako pożądaný lub uważany za typowy cel jakiegoś zachowania, a więc w sposób teleologiczny, należy odwołać się do pojęcia celu. Z definicji słownikowych³⁷ wynika, że cel rozumiany jest w dwóch podstawowych znaczeniach: może być kojarzony z wolicjonalnym nastawieniem człowieka, a więc traktowany jako wyraz zamiaru, zamysłu, woli, chęci, określonego dążenia jakie-

³³ Z. Ziemiński, *O pojmowaniu celu...*, s. 20 i 25.

³⁴ J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki, *Słownik języka polskiego*, t. I, s. 783; red. W. Doroszewski, *Słownik języka polskiego*, t. II, Warszawa 1960, s. 993; red. J. Tokarski, *op. cit.*, s. 237; W. Kopański, *op. cit.*, s. 183; red. E. Sobol, *Mały słownik...*, s. 208; red. E. Sobol, *Słownik...*, s. 369.

³⁵ M. Borucka-Arctowa, *Poglądy na społeczne funkcje prawa w świetle badań empirycznych*, PiP 1981, z. 5, s. 5; M. Ossowska, *op. cit.*, s. 223 i n.; I. Bogucka, *op. cit.*, s. 53.

³⁶ Tak m.in.: W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *op. cit.*, s. 81; W. Morawiecki, *Funkcje organizacji międzynarodowej*, PiP 1971, z. 3–4, s. 489; J. Szczepański, *Elementarne pojęcia socjologii*, Warszawa 1970, s. 205; J. Szwaja, *Kara umowna według kodeksu cywilnego*, Warszawa 1967, s. 37 i n.; J. Skąpski (w:) red. S. Grzybowski, *Prawo cywilne*, Warszawa 1981, s. 219; red. M.P. Kariewa, *Teoria gosudarstwa i prawa*, Moskwa 1949, polskie tłum. pod red. A. Bachracha, Warszawa 1951, s. 124, cyt. za: M. Maneli, *O funkcjach państwa*, Warszawa 1963, s. 54; J. Naworski, Glosa do orzeczenia GKA z 29 września 1987, DO-4449/87, OSP 1990, z. 4, poz. 197, s. 443; R. Szostak, *Wadium przetargowe według nowych przepisów kodeksu cywilnego*, PS 2004, nr 1, s. 81.

³⁷ S.B. Linde, *Słownik języka polskiego*, Lwów 1854, s. 225; J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki, *op. cit.*, s. 260; red. W. Doroszewski, *op. cit.*, s. 795; red. B. Dunaj, *op. cit.*, s. 94; red. L. Czopek, *Popularna encyklopedia powszechna*, t. 3, Kraków 1994, s. 48; red. M. Szymczak, *Słownik języka polskiego*, t. I, Warszawa 1998, s. 221; red. E. Sobol, *Mały słownik...*, s. 76; red. E. Sobol, *Słownik...*, s. 159; red. A. Karwowski, *Leksykon PWN*, Warszawa 1972, s. 164; red. W. Doroszewski, *Słownik poprawnej polszczyzny*, Warszawa 1980, s. 67; red. J. Tokarski, *op. cit.*, s. 237.

goś podmiotu, bądź też można go utożsamiać z kresem, końcem, skutkiem określonego działania, z punktem docelowym. W prakseologii pojęciem celu określa się przyszły stan, jednak przejście od stanu aktualnego do tego zamierzonego nie musi być jednoznacznie określone. Zwykle ów przyszły stan rzeczy wiąże się z zamiarem, intencjami działającego podmiotu³⁸. Określenie „cel” odnoszone jest zwykle do działań ludzkich. Nie jest jednak wystarczające wiązanie z przyszłymi stanami rzeczy pewnych przyjemnych oczekiwań, jeżeli towarzyszące temu zachowanie w żaden sposób nie przyczynia się do powstania tych stanów rzeczy, ażeby można je było nazwać celami. W tym kontekście niekiedy podkreśla się brak dostatecznego rozróżnienia pomiędzy czasownikami „chcieć” i „pragnąć”, z których pierwszy oznacza sytuację, gdy wykonujemy przynajmniej najdrobniejszy gest, żeby urzeczywistnić to, czego chcemy³⁹. Inne od wolicjonalnego nastawienie przy definiowaniu celu zakłada traktowanie go jako „przedmiot, sytuację lub stan rzeczy, do osiągnięcia których zmierzają czynności organizmu i które zaspokajają potrzebę, popychającą organizm do wykonywania danej czynności”⁴⁰.

Te dwa sposoby podejścia do problematyki celu znajdują wyraz również w filozofii wyróżniającej cel rzeczowy (*finis in re*), stanowiący rzecz zewnętrzną, zlokalizowaną u kresu działania, jak również cel – zamiar (*finis in intentione*) traktowany jako myśl czy też wyobrażenie stanowiące impuls do działania⁴¹. Z takim rozróżnieniem koresponduje rozdzielanie psychologicznego i niepsychologicznego pojęcia celu⁴². Zwolennicy pierwszego podejścia traktują cel jako związany z intencjami człowieka, z jego świadomością lub

³⁸ R. Wawrzyniak, *O pewnym modelu działania i dwu jego aplikacjach*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1985, s. 58; Z. Radwański (w:) red. Z. Radwański, *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, t. 2, Warszawa 2002, s. 19 i 71.

³⁹ E. Geblewicz, *Analiza pojęcia celu*, Przegląd Filozoficzny 1932, nr III-IV, s. 5 i n.; Sigwart, *Kleine Schriften*, Freiburg und Tübingen 1881, s. 40 – cyt. za: E. Geblewicz, *op. cit.*, s. 75.

⁴⁰ J. Ekel, J. Jaroszyński, J. Ostaszewska, *op. cit.*, s. 22.

⁴¹ *Mały słownik terminów i pojęć filozoficznych*, Warszawa 1983, s. 44; Cz. Znamierowski, *Oceny i normy*, Warszawa 1957, s. 93 i n.; K. Pleszka, *Uzasadnianie decyzji interpretacyjnych przez ich konsekwencje*, Kraków 1996, s. 12; I. Bogucka, *op. cit.*, s. 55.

⁴² M. Ossowska, *Motywy postępowania*, Warszawa 1949, s. 28; M. Grochowski, *Pojęcie celu. Studia semantyczne*, Warszawa-Kraków-Wrocław-Gdańsk 1980, s. 24; I. Bogucka, *op. cit.*, s. 55; Z. Ziemiński, *O pojmowaniu celu...*, s. 17; Z. Tobor, *Charakterystyka ocen instrumentalnych i instrumentalne oceny przepisów prawnych*, Katowice 1986, s. 59 i n. Odnośnie do psychologicznego pojęcia celu zobacz: A. Mahrburg, *Teoria celowości ze stanowiska naukowego. Pisma filozoficzne*, t. I, Warszawa 1914, s. 16; Sigwart, *op. cit.*, s. 40; Clauberg und Dubislav, *Systematisches Wörterbuch der Philosophie*, Leipzig 1923 – cyt. za: E. Geblewicz, *op. cit.*, s. 75.

wola, natomiast przedstawiciele drugiego rozumieją go jako efekt każdego działania, jako końcowy etap określonej aktywności. Pewną konsekwencją owego rozróżnienia jest wykształcenie się dwóch poglądów dotyczących celowości działań człowieka. Zgodnie z pierwszym, każde działanie ludzkie rozumiane jest jako celowe, drugi natomiast, oprócz działań celowych, wyróżnia działania mechaniczne, niezamierzone, o charakterze przypadkowym⁴³. Wydaje się, że pojęcie celu powinno być wiązane wyłącznie z tymi działaniami ludzkimi, którym towarzyszy wolicjonalne nastawienie działającego⁴⁴. Należy przy tym mieć na uwadze konieczność relatywizacji funkcji danego przepisu prawnego czy też określonej instytucji prawnej rozumianej jako cel, w odniesieniu do konkretnego podmiotu, któremu ów cel jest przypisywany⁴⁵. Zwyczajnie za celowe uznajemy takie zachowania, które aprobujemy, które służą ochronie dóbr uznawanych przez nas za wartościowe czy też stanowią wyraz dążenia do osiągnięcia owego dobra⁴⁶. Rozumienie funkcji w ten sposób odznacza się więc subiektywizmem. Przedstawiciele cywilistyki⁴⁷, przyjmujący rozumienie pojęcia funkcji jako celu, dzielą się na dwie grupy⁴⁸. Część traktuje cel prawa jako cel, który ich zdaniem jest możliwy do przypisania ustawodawcy. Stanowi to konsekwencję przyjęcia, że każdy przepis prawny jest wyrazem woli racjonalnie działającego ustawodawcy, zmierzającego do osiągnięcia konkretnego efektu. W tym ujęciu cel staje się synonimem funkcji. Inni autorzy, oprócz funkcji założonych, wyróżniają także funkcje, jakie prawo faktycznie realizuje, a więc skutki stosowania poszczególnych regulacji prawnych⁴⁹. Pojmowanie celu prawa jako tego, który

⁴³ M. Grochowski, *op. cit.*, s. 22; I. Bogucka, *op. cit.*, s. 57. Odnośnie do krytyki pierwszego z wyróżnionych pojęć zobacz: E. Geblewicz, *op. cit.*, s. 233 i n.; I. Bogucka, *op. cit.*, s. 58; M. Ossowska, *Motywy postępowania*, s. 33

⁴⁴ I. Bogucka, *op. cit.*, s. 59; W. Witwicki, *Psychologia*, Warszawa 1963, t. II, s. 595; Cz. Znamierowski, *op. cit.*, s. 93; M. Grochowski, *op. cit.*, s. 20; E. Geblewicz, *op. cit.*, s. 243; K. Ajdukiewicz, *Postępowanie człowieka (w:) tenże, Język i poznanie*, Warszawa 1960, t. I, s. 330.

⁴⁵ J. Nowacki, *O rozumieniu skuteczności przepisów prawa*, St. Praw. 1986, nr 1–2, s. 211; I. Bogucka, *op. cit.*, s. 63.

⁴⁶ M. Ossowska, *Podstawy nauki o moralności*, Wrocław-Warszawa-Kraków 1994, s. 139 i n.; K. Wojtyła, *Osoba i czyn*, Kraków 1969, s. 135; J. Lande, *O ocenach*, *Kwartalnik Filozoficzny* 1948, z. 3–4, s. 281; Z. Tabor, *op. cit.*, s. 61.

⁴⁷ Np. A. Rembieniński (w:) red. J. Winiarz, *Kodeks cywilny z komentarzem*, t. I, Warszawa 1989, s. 364; F. Błahuta (w:) red. J. Ignatowicz, *Kodeks cywilny. Komentarz, Księga trzecia – zobowiązania*, t. 2, Warszawa 1972, s. 938; E. Drozd, *Umowa przedwstępna a umowa przyrzeczona*, *PiP* 1973, z. 11, s. 1566.

⁴⁸ I. Bogucka, *op. cit.*, s. 64 i n.

⁴⁹ I. Bogucka, *op. cit.*, s. 64 i n.; M. Borucka-Arctowa, *Empiryczne badanie funkcji prawa (w:) Elementy socjologii prawa*, s. 147.

przypisać można prawodawcy powoduje problemy związane z określeniem tego ostatniego podmiotu. Stąd też niekiedy cel instytucji prawnej lub konkretnego przepisu traktuje się jako cel politycznego zleceńodawcy legislatorów, czyli określonej grupy dominującej politycznie. Nie rozwiązuje to jednak komplikacji ze względu na możliwość przyjęcia jednej z konkurencyjnych konwencji w tym przedmiocie, a mianowicie konwencji plebiscytarnej, awangardy lub jednostki gatunkowej reprezentującej grupę dominującą⁵⁰.

2.1.4. Funkcja jako skutek

Ostatnim z wyróżnionych znaczeń pojęcia „funkcję” jest rozumienie funkcji jako skutku⁵¹. Przez skutek rozumie się zwykle „wynik, następstwo, konsekwencje, rezultat jakiegoś działania”⁵². Jako pierwszy rozróżnienie pomiędzy przyczyną a funkcją przeprowadził E. Durkheim⁵³. W zależności od tego, czy za skutek uznaje się wyłącznie zamierzony, celowy rezultat zachowania, czy też pojęciem tym obejmuje się wszelkie faktycznie wywołane konsekwencje, można mówić o celu w węższym bądź szerszym rozumieniu⁵⁴. W ujęciu pierwszym jako skutek traktuje się wyłącznie taki stan rzeczy, który stanowi efekt zachowania zmierzającego do realizacji założonego celu bądź też taką realizację przygotowujący. Pojęciem tym można więc objąć wyłącznie zachowania celowe. W drugim, szerszym ujęciu, za skutek można również uznać stan rzeczy będący efektem niezamierzonego czy też nawet nieuświadomianego sobie przez dany podmiot zachowania⁵⁵. Traktowanie funkcji jako skutku cechuje funkcjonalistyczny nurt socjologii⁵⁶.

⁵⁰ Z. Ziemiński, *O pojmowaniu celu...*, s. 24.

⁵¹ P. Sztompka, *Metoda funkcjonalna w socjologii i antropologii społecznej (Studium analityczne)*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1971, s. 162; J. Kmita, *Wyjaśnianie funkcjonalne a postulat antyhumanizmu teoretycznego*, *Studia Filozoficzne* 1988, nr 9, s. 98; I. Bogucka, *op. cit.*, s. 67 i n.; Z. Ziemiński, *O pojmowaniu celu...*, s. 20; W. Gromski, *Law and Economics jako teoria polityki prawa (w:) red. J. Stelmach, M. Soniewicka, Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, Warszawa 2007, s. 50.

⁵² Red. M. Szymczak, *Słownik języka polskiego*, t. III, Warszawa 1998, s. 234; red. E. Sobol, *Mały słownik...*, s. 854; red. B. Dunaj, *Słownik współczesnego języka polskiego*, t. 2, Warszawa 1998, s. 321.

⁵³ J.H. Turner, *Struktura teorii socjologicznej*, Warszawa 1985, s. 156.

⁵⁴ I. Bogucka, *op. cit.*, s. 68; T. Kotarbiński, *Traktat o dobrej robocie*, Warszawa 1955, s. 115 i n.; J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 241.

⁵⁵ T. Kotarbiński, *op. cit.*, s. 116 i n.; M. Grochowski, *op. cit.*, s. 27; I. Bogucka, *op. cit.*, s. 70.

⁵⁶ R.K. Merton, *Teoria socjologiczna i struktura społeczna*, Warszawa 1982, s. 60 i n.; A. Giddens, *Socjologia*, Warszawa 2004, s. 40 i n.; J.H. Turner, *op. cit.*, s. 156 i podana tam literatura.

Niewątpliwie rozważanie funkcji w kategorii skutku obejmuje swym zakresem wszelkie możliwe konsekwencje, a więc zarówno skutki zamierzone, jak i pozostające poza zakresem woli czy też nawet świadomości⁵⁷, stosownie do wyróżnionego przez R.K. Mertona podziału na funkcje jawne i ukryte⁵⁸. Ze względu na rolę danego skutku dla adaptacji i modyfikacji określonego systemu, R.K. Merton wyróżniał funkcje odgrywające pozytywną rolę, skutki pozafunkcjonalne niewywierające wpływu na rozważany system oraz dysfunkcje zmniejszające adaptację lub modyfikację systemu⁵⁹. Trudności może wywoływać konieczność przyjęcia określonego kryterium dla oceny wpływu poszczególnych skutków na system, skoro o przyporządkowaniu do określonej kategorii decyduje pozytywny lub negatywny wpływ danego elementu na całość. Sklasyfikowanie określonego skutku jako funkcji, dysfunkcji lub skutku pozafunkcjonalnego opiera się zwykle na dokonaniu przez interpretatora subiektywnej oceny. Nie zawsze bowiem dysponuje on pełną wiedzą w zakresie wartości przyjmowanych przez daną grupę⁶⁰. Ze względu na fakt, że mianem funkcji mogą być określane wyłącznie skutki ocenione jako pozytywne, natomiast dysfunkcji – negatywne, zaproponowano posługiwanie się, dla oznaczenia tych pierwszych, kategorią „eufunkcji” mającą podkreślać tkwiącą w funkcjonalizmie ocenność⁶¹. W myśl tej koncepcji, termin „funkcja” obejmowałby więc zarówno pozytywne, jak i negatywne skutki, mimo że niewątpliwie częściej zwraca się uwagę na oddziaływanie eufunkcjonalne⁶².

Przedstawiciele nauki prawa powszechnie posługują się rozumieniem funkcji prawa jako wywoływanych przez nie skutków. Traktują je jako jedyne bądź przeciwstawiają funkcje zamierzone, nazywane celami, funkcjom faktycznie powodowanym przez prawo, określanym jako skutki. Przyjęcie drugiego sposobu rozumowania zakłada posługiwanie się pojęciem funkcji w obu wyróżnionych znaczeniach, czyli zarówno dla określenia oczekiwań wobec prawa, ściśle związanych z zadaniami, jakie prawo ma realizować (funkcje założone), oraz dla określenia społecznych konsekwencji określo-

⁵⁷ I. Bogucka, *op. cit.*, s. 81.

⁵⁸ R.K. Merton, *op. cit.*, s. 122; J.H. Turner, *op. cit.*, s. 133 i 138.

⁵⁹ R.K. Merton, *op. cit.*, s. 122; J.H. Turner, *op. cit.*, s. 133.

⁶⁰ M. Ossowska, *Socjologia moralności...*, s. 145 i n.; I. Bogucka, *op. cit.*, s. 85.

⁶¹ M. Ossowska, *Rola ocen w kształtowaniu pojęć (w:)* red. I. Lazari-Pawłowska, *Metaetyka*, Warszawa 1975, s. 532.

⁶² Z. Ziemiński, *O pojmowaniu celu...*, s. 21.

nych regulacji prawnych (funkcje realizowane)⁶³. Konieczność ostrożnego posługiwania się rozróżnieniem na funkcje realizowane i funkcje założone podkreśla także W. Gromski, gdyż może ono prowadzić do traktowania jako funkcji wyłącznie skutków ocenionych dodatnio⁶⁴. Posługiwanie się wyrazem „funkcje” w znaczeniu oczekiwań i konsekwencji grozi możliwością popełnienia błędu ekwiwokacji polegającego na dwukrotnym użyciu w jednej wypowiedzi terminu w dwóch różnych znaczeniach, podczas gdy poprawność wypowiedzi wymaga użycia go za każdym razem w tym samym znaczeniu⁶⁵, skoro jako funkcje realizowane traktuje się zarówno te, które realizują przyjęte uprzednio cele, jak i z nimi sprzeczne⁶⁶. Problem polegający na obejmowaniu określeniem funkcji wszystkich skutków prawa, zarówno pożądaných, jak i ocenianych negatywnie, uwydatnia się szczególnie w rozważaniach tych autorów, którzy rozumieją funkcje prawa wyłącznie jako jego skutki, pozostawiając poza sferą rozważań cele, jakim prawo ma służyć⁶⁷. Za skutki wywoływane przez prawo uznaje się zwykle te, które charakteryzują się powtarzalnością, nie mając jedynie charakteru przypadkowego i jednocześnie mogą zostać uznane za odpowiednio doniosłe⁶⁸. Jakakolwiek kwalifikacja z tego punktu widzenia nie może zostać jednak przeprowadzona w sposób czysto obiektywny, ponieważ zarówno trwałość następstw, jak i ich doniosłość podlega ocenie wyłącznie z perspektywy konkretnego obserwatora. Ponadto dla rozważenia powtarzalności określonych skutków wymagane jest przyjęcie określonej perspektywy czasowej. Oba te mankamenty w istotny sposób podważają znaczenie omawianej koncepcji. Jej niedoskonałość polega na sprowadzeniu pojęcia funkcji do skutków ocenionych w sposób subiektywny jako pozytywne⁶⁹. Remedium nie stanowi próba traktowania jako funkcji konsekwencji zarówno pozytywnych, jak i negatywnych, prowadzi ona bowiem do ułoż-

⁶³ I. Bogucka, *op. cit.*, s. 64 i n.; M. Borucka-Arctowa, *Empiryczne badanie funkcji prawa*, s. 147; J. Jastrzębski, *Kara umowna*, Kraków 2006, s. 165. Zobacz również: T. Pajor, *Przemiany w funkcjach odpowiedzialności cywilnej (w:) Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa Prywatnego. Księga Pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu*, Kraków 1994, s. 297.

⁶⁴ W. Gromski, *op. cit.*, s. 53.

⁶⁵ Red. E. Sobol, *Słownik...*, s. 283; W. Kopaliński, *op. cit.*, s. 147.

⁶⁶ I. Bogucka, *op. cit.*, s. 88.

⁶⁷ Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, s. 481; tenże, *O pojmowaniu celu...*, s. 20; A. Redelbach, *Wstęp do prawoznawstwa*, Poznań 1995, s. 60 i n.; A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1992, s. 270.

⁶⁸ Z. Ziemiński, *O pojmowaniu celu...*, s. 20 i n.; W. Gromski, *op. cit.*, s. 53.

⁶⁹ Z. Ziemiński, *O pojmowaniu celu...*, s. 21; I. Bogucka, *op. cit.*, s. 92.

samienia funkcji prawa z wywoływanymi przez nie skutkami, co nie może zostać ocenione aprobująco.

Trudności wywołuje brak dostatecznie wiarygodnych mechanizmów badania społecznych funkcji pełnionych przez prawo⁷⁰. Dodatkowe problemy wywołuje fakt, że jako funkcje traktuje się wyłącznie takie skutki, które ocenione zostały pozytywnie z punktu widzenia ich wkładu w określony układ społeczny. Sprecyzowanie konsekwencji społecznych określonej instytucji prawnej stanowi więc dopiero punkt wyjścia dla określenia pełnionych przez nią funkcji, co umożliwia dopiero poddanie owych konsekwencji wartościowaniu noszącemu znamiona subiektywizmu. Określanie społecznej funkcji prawa polega często na potwierdzeniu relacji przyczynowej zachodzącej pomiędzy systemem prawnym a skutkami jego oddziaływania na otoczenie. W przypadku funkcji normatywnej, określanej jako wywodząca się z „istoty” prawa i zdeterminowana przez cechy systemu prawnego, określanie funkcjonalności ma polegać na przeprowadzaniu analizy logicznej⁷¹. Problemy w tym zakresie wywołuje już określenie istoty prawa niebędącej pojęciem o oczywistym znaczeniu. Różnice zdań dotyczą również katalogu wyróżnianych przez poszczególnych autorów funkcji normatywnych⁷². Problematiczne jest także definiowanie funkcji normatywnych jako związanych z normatywnym charakterem prawa. Ogólna normatywna rola norm prawnych ma polegać na kierowaniu przez nie zachowaniami ludzkimi, jednak ze względu na to, że badanie funkcji normatywnych polega na przeprowadzaniu analizy logicznej, w oderwaniu od społecznych konsekwencji obowiązywania prawa, podkreśla się, że należałoby raczej mówić o wyłącznie potencjalnym kierowaniu zachowaniami ludzkimi, a więc jedynie o wskazywaniu powinnego zachowania⁷³. Uproszczeniem jest również założenie, że to zawsze określona norma prawna stanowi motyw działania jej adresatów. Zawodzi ono w szczególności w sytuacji konformistycznej postawy wobec prawa, w przypadku której zachowanie określonego podmiotu determinowane jest przez to, jakie zachowanie uznawane jest za

⁷⁰ Z. Ziemiński, *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Warszawa 1990, s. 80 i n.; I. Bogucka, *op. cit.*, s. 97 i n.

⁷¹ J.M. Prieste, *Rationalität und funktionale Analyse* (w: *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1970, Bd. 1, s. 489, cyt. za: I. Bogucka, *op. cit.*, s. 100.

⁷² Zobacz I. Bogucka, *op. cit.*, s. 100 i n.

⁷³ *Ibidem*, s. 104 i n.

właściwe przez członków grupy społecznej, z którą dany podmiot chciał się łączyć⁷⁴.

Mimo niewątpliwej popularności funkcjonalizmu, jako metody określenia organizacji struktury społecznej, nie należy zapominać o wadach towarzyszących tej metodzie. Jest ona krytykowana przede wszystkim jako oparta na błędzie logicznym i zakładająca nieodzownie element wartościowania uniemożliwiający formułowanie twierdzeń obiektywnych⁷⁵. Analiza funkcjonalna zakłada również posługiwanie się funkcjonalistycznym modelem społeczeństwa, rozumianym jako spójna i zintegrowana całość. Wskazuje się jednak na to, że twierdzenia takie można zwykle traktować jako analizę ideologiczną, w której przytaczane fakty mają służyć jako przykłady potwierdzające założone uprzednio idee⁷⁶. Również w przypadku twierdzeń o funkcjach społecznych prawa opieramy je na własnych poglądach dotyczących organizacji danego społeczeństwa, jego potrzeb oraz celów. Subiektywne założenia stanowią więc punkt wyjścia dla oceny określonego zjawiska jako funkcjonalnego, dysfunkcjonalnego lub neutralnego z tego punktu widzenia⁷⁷.

2.1.5. Podsumowanie

Wydaje się, że z uwagi na liczne problemy wynikające z posługiwania się poszczególnymi znaczeniami określenia „funkcja”, jak i ze względu na przydatność wyróżnionych sposobów rozumienia tego zwrotu na gruncie nauk prawnych, najwłaściwsze byłoby posługiwanie się nim w znaczeniu roli czy też określonego działania. W takim znaczeniu używane też będzie w dalszych rozważaniach poświęconych instytucji zadatku. Tego rodzaju ujęcie zakłada ujmowanie prawa w kontekście społecznym, gdyż uwzględnieniu podlegają typowe rezultaty społeczne, zarówno pozytywne, jak i negatywne, ocenione w sposób zobiektywizowany. Podkreśla się przy tym, że prawo nie stanowi celu samego w sobie, a efektywność po-

⁷⁴ S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 204; E. Aronson, *Człowiek, istota społeczna*, Warszawa 1995, s. 26 i n. Zobacz również: M. Gołaszewska, *Internalizacja wartości*, Etyka 1978, t. 16, s. 81 i n.; P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353¹ k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 287 i n.

⁷⁵ I. Bogucka, *op. cit.*, s. 82 i 131; P. Sztompka, *op. cit.*, s. 114 i n.

⁷⁶ E. Durkheim, *Zasady metody socjologicznej*, Warszawa 1968, s. 43 i n.

⁷⁷ M. Ossowska, *Socjologia moralności...*, s. 157 i n.; I. Bogucka, *op. cit.*, s. 140.

szczególnych rozwiązań zastosowanych przez ustawodawcę powinna być traktowana jako jedno z podstawowych kryteriów oceny obowiązujących regulacji, a jej brak powinien stanowić przyczynę wprowadzania zmian legislacyjnych.

2.2. Klasyfikacja funkcji zadatku wyróżnianych w doktrynie prawa cywilnego

W nauce prawa cywilnego, zarówno polskiej, jak i wywodzącej się z państw obcych, wyróżniane są rozmaite funkcje zadatku. Często ustawodawca, preferując jedną lub kilka z ról, jakie może on pełnić, daje temu wyraz normatywny, kształtując określone domniemanie prawne lub regułę interpretacji oświadczeń woli. Ze względu na fakt, że ani w kodeksie zobowiązań, ani w kodeksie cywilnym ustawodawca nie dokonał *expressis verbis* rozróżnienia instytucji zadatku i jej przedmiotu, poszczególni przedstawiciele doktryny cywilistycznej w swych wypowiedziach dotyczących zadatku często nie dość wyraźnie akcentują, czy dotyczą one zadatku traktowanego jako instytucja prawna, czy też funkcji, jakie pełnić może jej przedmiot. W większości poszczególne wyróżniane funkcje, o zastosowaniu których zdecydować mogą strony lub które wynikać mogą z obowiązujących zwyczajów, trafnie odnoszone są do przedmiotu zadatku⁷⁸, jednak w sposób niejako zawoalowany. Wydaje się, że, należałoby podkreślić ten fakt wyraźnie, odróżniając funkcje sumy pieniężnej lub rzeczy wręczonej

⁷⁸ F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie według polskiego kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1948, s. 84; R. Longchamps de Berier, *Polskie prawo cywilne. Zobowiązania*, Poznań 1999, s. 177 i n.; tenże, *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań z uwzględnieniem ostatecznego tekstu kodeksu*, Warszawa 1934, s. 104; L. Domański, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Komentarz teoretyczno-praktyczny. Część ogólna*, Warszawa 1936, s. 208; J. Namitkiewicz, *op. cit.*, s. 114 i n.; J. Skąpski, *op. cit.*, s. 219; Z. Radwański (w:) red. Z. Radwański, *System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. III, cz. 1, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1981, s. 462 i 469; tenże, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2001, s. 284; W. Czachórski, *Zarys prawa zobowiązań. Część ogólna*, Warszawa 1963, s. 171; tenże, *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1967, s. 214; J. Rajski, W. Kocot, K. Zaradkiewicz, *op. cit.*, s. 176; W. Popiołek (w:) red. K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. Komentarz do Artykułów 1–449¹¹*, t. I, Warszawa 2005, s. 1047; A. Rembieliński, *op. cit.*, s. 364; A. Bieranowski, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 15 października 1999, III CKN 366/98, Rejent 2000, nr 10, s. 102; D. Szostek, *Zadatek w umowach zawieranych w postaci elektronicznej* (w:) red. L. Ogjęgło, W. Popiołek, M. Szpunar, *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005, s. 1409; A. Jasiński, *Wybrane formy zabezpieczenia wierzytelności pieniężnych*, Rejent 1991, nr 3, s. 55; J. Jastrzębski, *op. cit.*, s. 93; A. Olejniczak (w:) red. E. Łętowska, *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. 5, Warszawa 2006, s. 937.

tytułem zadatku oraz funkcje instytucji prawnej, o której mowa, stanowiące niejako pochodną funkcji pełnionych przez przedmiot zadatku. Istotne przy tym jest ustanowienie przez ustawodawcę w przepisie art. 394 k.c. (a poprzednio art. 74–75 k.z.) reguły interpretacyjnej, wskazującej na preferowaną na gruncie obowiązującego stanu prawnego funkcję instytucji prawnej zadatku, której zastosowanie mogą wyłączyć – stosownie do swej woli – strony dokonujące czynności prawnej lub też która może zostać uchylona wskutek obowiązywania określonego zwyczaju.

Tradycyjnie już wyróżnia się, że zadatek może pełnić rolę znaku zawarcia przez strony umowy, stanowić zabezpieczenie wykonania zobowiązania, może być traktowany jak zaliczka na poczet świadczenia (*a conto*) lub pełnić rolę tzw. zadośćuczynienia za zawód, czyli odstępnego⁷⁹. Podobnie uważa Cz. Żuławska, wyróżniając jednak zamiast funkcji zabezpieczenia spełnienia świadczenia „szczególną sankcję na wypadek niewykonania umowy przez którąkolwiek ze stron”⁸⁰. Interesujące jest ujęcie zaproponowane przez B. Czecha, zdaniem którego zadatek może pełnić funkcję znaku zawarcia umowy, zaliczki, szczególnej sankcji na wypadek niewykonania umowy przez którąkolwiek ze stron oraz odstępnego. Według tego autora, w każdym z tych przypadków zadatek stanowi środek zabezpieczenia wykonania umowy⁸¹. Można też spotkać poglądy wyróżniające zasadniczo trzy spośród wyżej wymienionych funkcji zadatku, które rolę zaliczki przypisują mu jedynie w aspekcie wykonania zobowiązania⁸² bądź pomijają rolę zadatku jako odstępnego⁸³. Odosobnione jest wyróżnianie wyłącznie funkcji zaliczkowej, dyscyplinującej i odszkodowawczej⁸⁴. Zdarza się rów-

⁷⁹ R. Longchamps de Berier, *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań...*, s. 103; tenże, *Polskie prawo cywilne...*, s.177; tenże, *Czynności prawne* (odbitka z *Encyklopedii Prawa Prywatnego*), s. 34 i n.; I. Rosenblüth (w:) J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz*, Kraków 1934, t. I, s. 157 i n.; J. Namitkiewicz, *op. cit.*, s. 115; A. Rembieliński, *op. cit.*, s. 364; W. Czachórski, *Zarys prawa zobowiązań...*, s. 171; tenże, *Prawo zobowiązań w zarysie*, s. 214; W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 186; M. Wrzolek-Romańczuk, *Umowa przedwstępna*, Warszawa 1998, s. 47 i 50; J. Rajski, W. Kocot, K. Zaradkiewicz, *op. cit.*, s. 176 i n.; A. Bieranowski, *op. cit.*, s. 102; D. Szostek, *op. cit.*, s. 1407; J. Gęsiak, *Zawarcie umowy w drodze przetargu*, Rejent 1999, nr 9, s. 88.

⁸⁰ Cz. Żuławska (w:) red. G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga III. Zobowiązania*, t. 1, Warszawa 2006, s. 195.

⁸¹ B. Czech, *op. cit.*, s. 113.

⁸² L. Domański, *op. cit.*, s. 379 i n.; A. Jasiński, *op. cit.*, s. 54.

⁸³ F. Zoll, *op. cit.*, s. 84; A. Ohanowicz (w:) A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970, s. 105; J. Skąpski, *op. cit.*, s. 219; F. Błahuta, *op. cit.*, s. 938.

⁸⁴ K. Knoppek, Glosa do wyroku SN z 13 lutego 2002, IV KKN 672/00, *Palestra* 2004, z. 1–2, s. 237.

nież wyodrębnianie funkcji zaliczki, kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (na podstawie woli stron) oraz odstępnego na wypadek odstąpienia od umowy⁸⁵. Niektórzy autorzy wyodrębniają natomiast rolę zadatku jako sankcji na wypadek niewykonania umowy przez jedną ze stron⁸⁶. Zwraca się także uwagę na pełnienie przez zadatek roli zastawu lub kaucji, szczególnie dla zabezpieczenia przewidzianej przez strony w umowie kary umownej⁸⁷. Przyznanie zadatkowi określonej funkcji jest przede wszystkim wynikiem woli stron. Dopiero w braku stosownego postanowienia umownego jego rola może wynikać z istniejącego zwyczaju, w ostatniej zaś kolejności z treści art. 394 k.c.

2.2.1. Funkcja zadatku jako znaku zawarcia umowy

Funkcję zadatku jako dowodu zawarcia przez strony umowy dostrzegano już w prawie rzymskim, czego dowodzą stwierdzenia *quod saepe arrae nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arra conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio*⁸⁸, jak również *quod arrae nomine datur, argumentum est emptiois et venditionis contractae*⁸⁹. W prawie rzymskim za klasyczne znaczenie zadatku uważano jego funkcję jako dowodu zawarcia umowy. W przypadku wykonania umowy przedmiot zadatku podlegał zaliczeniu na poczet ceny lub zostawał zwrócony (*arra poenitentialis*)⁹⁰. Znaczenie zadatku jako dowodu zawarcia umowy widoczne jest zwłaszcza w przypadkach, gdy osiągnięcie przez strony konsensusu poprzedzone jest toczonymi przez dłuższy czas negocjacjami. Dojście do porozumienia może wówczas zostać zmanifestowane podpisaniem umo-

⁸⁵ G. Rudnicki (w:) red. S. Rudnicki, *Prawo obrotu nieruchomościami*, Warszawa 1999, s. 511.

⁸⁶ B. Czech, *op. cit.*, s. 113; Cz. Żuławska, *op. cit.*, s. 194 i n.; M. Wrzolek-Romańczuk, *op. cit.*, s. 47; taż, Glosa do wyroku SN z 14 grudnia 1999, II CKN 624/98, *Palestra* 2000, z. 11–12, s. 223; W. Popiołek, *op. cit.*, s. 1045; D. Szostek, *op. cit.*, s. 1407 i n.; P. Drapała, Glosa do wyroku SN z 13 lutego 2002, IV CKN 672/00, *PiP* 2003, z. 10, s. 126; I. Sokołowska-Kulas, *Zadatek, czyli weź co nieco na poczet umowy*, Rzeczposp. z 7 marca 2006 r., nr 645, *Dobra firma*, s. 9; J. Namitkiewicz, *op. cit.*, s. 115.

⁸⁷ I. Rosenblüth, *op. cit.*, s. 157; Z. Radwański (w:) *System...*, t. III, cz. 1, s. 463; P. Machnikowski (w:) red. E. Gniewek, *Kodeks cywilny. Komentarz do Artykułów 1–534*, t. I, Warszawa 2004, s. 960.

⁸⁸ Gaius, D.18,1,35 – *Digesta, Corpus iuris civilis*, t. I, Berlin 1877 – To, że często ustanawia się zadatek przy kupnie, nie ma oznaczać, iż bez zadatku umowa nie jest skuteczna, lecz stanowi jedynie bardziej oczywisty dowód, że umówiono się co do ceny.

⁸⁹ Gaius, III § 139 – To, co zostało dane tytułem zadatku, stanowi dowód (znak) umowy kupna – sprzedaży.

⁹⁰ K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1999, s. 385.