

URSZULA WALCZAK*

GENEZA PROBLEMU W PRAWIE EUROPEJSKIM I POJĘCIE SZKODY NIEMAJĄTKOWEJ

WSTĘP

Pomysł opracowania i uzasadnienia postulatu poszerzenia normatywnego zakresu odpowiedzialności kontraktowej w prawie polskim ma swoje źródło w postępującym procesie ujednoczenia krajowych porządków prawnych państw—członków Wspólnoty Europejskiej — procesie przebiegającym na poziomie tworzenia norm wspólnych, lecz w pierwszej kolejności, być może paradoksalnie, ich stosowania. Dopiero bowiem funkcjonowanie określonej regulacji i to funkcjonowanie wadliwe pozwala na formułowanie potrzeb legislacyjnych na podstawie ich leksykalnego i ekonomicznego uzasadnienia.

W związku z sektorowym podejściem do harmonizacji prawa i licznymi różnicami pomiędzy poszczególnymi porządkami prawnymi¹ coraz częściej pojawiają się problemy z jednolitym stosowaniem prawa wspólnotowego. Przyczyną takiego stanu rzeczy są nie tylko kwestie leksykalne, lecz również pewne „przyzwyczajenia” orzecznicze (nie zawsze znajdujące językowe uzasadnienie, stymulowane ogólną organizacją społeczno—ekonomiczną danego państwa) i rozrastająca się sfera działań poddawana reglamentacji prawa wspólnotowego.

Wśród wielu prezentowanych przez Komisję Europejską propozycji rozwiązań, odnajdujemy postulaty zarówno zupełnie zachowawcze, jak i niezwykle śmiały projekt

Artykuł zrecenzowany przez dr Iwonę Karasek (Katedra Prawa Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego).

* *Niniejsza publikacja stanowi pierwszą część pracy magisterskiej na temat kompensaty szkody niemajątkowej wynikłej z naruszenia zobowiązania. Autorka, absolwentka prawa na Uniwersytecie Jagiellońskim, jest obecnie asystentem w Katedrze Prawa na Uniwersytecie Ekonomicznym w Krakowie.*

¹ Zob. M. Boszko: *Plan działania Komisji Europejskiej w zakresie europejskiego prawa umów*, *Transformacje Prawa Prywatnego* (dalej: TPP) 2006, nr 1.

stworzenia nowego normatywnego instrumentu konsolidowania prawa o charakterze kompleksowym². Ów „instrument opcjonalny”³, ponadsektorowy, oparty na Wspólnym Systemie Odniesień⁴, stałby się formą wiążącej regulacji obowiązującej równoległe do krajowych porządków prawnych⁵. Takim systemem rozwiązania problemu wspomnianych wyżej niejednoznaczności byłyby na pewno Europejski Kodeks Cywilny⁶.

Na rezultaty prac zarówno nad „instrumentem opcjonalnym”, jak i jego zasadniczym fundamentem w postaci wspólnego systemu odniesień będziemy musieli zapewne jeszcze długo czekać⁷. Wątpliwości rodzi wciąż pytanie, czy Wspólnota „dojrzała” do stanowienia prawa w tak szerokim i generalnym zakresie⁸? Tymczasem aktualne obecnie, sektorowe podejście do problemu harmonizacji oraz autorytatywna działalność Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zmuszają do weryfikacji zastanych, tradycyjnych rozwiązań krajowych porządków prawnych — przynajmniej w zakresie wybranych działów gospodarki. Konieczność zmian determinowana jest względami prawnymi w sposób wtórny. Podstawowym stymulatorem w omawianym zakresie są bowiem dynamiczne przemiany społeczno-gospodarcze i wzrastająca potrzeba ochrony dóbr, które dotychczas zdawały się na ochronę prawną nie zasługiwać.

W niniejszej pracy przedstawiony zostanie wycinek omówionego wyżej procesu i jego ewentualne konsekwencje. Problem szkody niemajątkowej powoli odrywa się od swoich deliktowych korzeni. O ile odpowiedzialność w ogóle za tego rodzaju uszczerbki jest sprawą tradycyjnie znaną i akceptowaną (w zróżnicowanym,

² Komunikat — *Spójniejsze europejskie prawo umów — Plan działania* (Dz.U. UE z 15 marca 2003 r., C 63, s. 1).

³ „(...) non — sector — specific — measures as an optional instrument”.

⁴ *Common Frame of Reference*, zbiór podstawowych definicji, pojęć, terminów abstrakcyjnych, elementarnych zasad pozwalający na unikanie wewnętrznych sprzeczności i posiadający określoną moc prawną. Zob. M. Hesslerink: *The European Commission Action Plan: Towards a More Coherent European Contract Law?*, *European Review of Private Law* 2004, vol. 4, s. 397–419.

⁵ Nie ustalono, jaką formę przybrałaby regulacja — umowy międzynarodowej, rozporządzenia, dyrektywy czy zalecenia. Należy stanowczo podkreślić, że z pewnością wiele państw nie wyraziłoby zgody na zastąpienie nim regulacji krajowej. Pozostawienie stronom umowy swobody wyboru: regulacja europejska czy dotychczasowa, stawia być może w opinii wielu pod znakiem zapytania sens tworzenia Europejskiego Kodeksu Cywilnego w ogóle. Ostatecznie jednak koncepcja równoległego obowiązywania „instrumentu opcjonalnego” metodą *opt-in* spotyka się z dużą aprobatą doktryny. Podkreśla się, że celem harmonizacji jest usunięcie głównych różnic, tych, które mogą stanowić legislacyjną „pułapkę”, zwłaszcza prowadzących do nierówności kontraktowej stron. Nie jest konieczny z pewnością efekt pełnej jednolitości prawa. Zob. H. Beale: *The Development of European Private Law and the European Commission's Action Plan on Contract Law*, *Iuridica International* 2005, t. X, s. 15–16.

⁶ M. Boszko: *Plan działania...*, *op. cit.*, s. 16.

⁷ W związku z dyskusją nad celem tworzenia Europejskiego Kodeksu Cywilnego warto podkreślić, że podczas gdy dla jednych potrzeba generalnej, wspólnej regulacji na dużym stopniu ogólności jest oczywista, pojawiają się całkiem liczne głosy jej przeciwników. Zob. H. Beale: *The Development...*, *op. cit.*, s. 5. Autor wykazuje, jak trudnym zadaniem okaże się oddzielanie wyników prac nad wspólnym systemem odniesień i Europejskim Kodeksem Cywilnym od wpływów politycznych. Praca legislatorów może zostać bowiem zamotrowiona nagłymi i nieprzemyślanymi posunięciami o politycznym charakterze.

⁸ R. Mańko: *Europejski Kodeks Cywilny — stan prac nad projektem i perspektywy dalszego rozwoju*, *Studia Iuridica* 2004, t. XLIII, s. 153. Niewyjaśnione pozostają wątpliwości dotyczące zarówno poziomu legislacyjnego pracy nad kodeksem, reprezentacji poszczególnych państw w ramach Grupy Studyjnej, stopnia szczegółowości regulacji czy też samej metody tworzenia Europejskiego Kodeksu Cywilnego. Formuluje je J. Pisuliński: *Kilka pytań o Europejski Kodeks Cywilny*, *TPP* 2006, nr 2, s. 99 i n.

rzecz jasna, zakresie), o tyle, przynajmniej dla wcale niemałej grupy państw, w tym również Polski, wprowadzenie odpowiedzialności kontraktowej za szkodę niemajątkową okazuje się prawdziwą legislacyjną rewolucją (a co za tym idzie również szczególnie trudnym wyzwaniem orzecznictwem).

W dalszych rozważaniach przeprowadzona zostanie analiza ogólnego pojęcia szkody niemajątkowej w kontekście prawnoporównawczym ze szczególnym uwzględnieniem prawa polskiego. Dodać wypada, że szczególnym bogactwem w omawianym zakresie cieszy się system anglosaski, dlatego najczęściej przywoływany okaże się właśnie przykład *common law*. Badanie znaczenia językowego i ekonomicznego szkody celem przygotowania materiału do dalszego komentarza zostało oparte na metodzie analizy lingwistycznej. Z kolei prezentacja procesu „europeizacji” zasad odpowiedzialności za szkodę niemajątkową w konsekwencji prowadzi do próby argumentacji postulatu następującej treści:

Nagłą potrzebą polskiego ustawodawstwa w zakresie odpowiedzialności kontraktowej jest poszerzenie obowiązku odszkodowawczego dłużnika o szkodę niemajątkową i nie istnieją aktualnie istotne przeciwwskazania ku proponowanej zmianie.

Definiowanie szkody jako takiej ma sens o tyle, że dzięki wynikom takich zabiegów jesteśmy w stanie krytycznie ocenić normę kreującą odpowiedzialność. Stąd na przykład zwiększenie częstotliwości powstawania szkód określonego rodzaju powinno być asumptem do weryfikacji reguł odpowiedzialności.

Konstruowanie wniosków *de lege ferenda* wymaga także szczegółowej analizy pojęciowej w możliwie luźnym związku z konkretnym krajowym porządkiem prawnym, stąd wszelkie formułowane w pracy definicje mają, przynajmniej z założenia, charakter uniwersalny, uwzględniający dorobek doktryny i orzecznictwa różnych systemów prawnych (zarówno kontynentalnych, jak i *common law*). Owo silne zróżnicowanie systemowe czyni koniecznym położenie szczególnie mocnego akcentu także na aspekcie praktyki sądowej. Wreszcie — proces harmonizacji porządków prawnych państw Wspólnoty Europejskiej wypracował własne mechanizmy i kryteria wykładni, stanowiące zhierarchizowane i swoiste *novum* interpretacyjne. Stąd konieczność uwzględnienia specyfiki działań legislacyjnych organów Unii towarzyszyła prowadzonym rozważaniom zawsze, ilekroć mowa jest o potrzebie „ujednolicania i harmonizacji” prawa.

1. „EUROPEIZACJA” ZASAD ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA SZKODĘ NIEMAJĄTKOWĄ I JEJ WPŁYW NA PRAWO POLSKIE

Racjonalizacja potrzeby poszerzenia zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika kontraktowego na uszczerbki o charakterze niemajątkowym wynika nie tylko z samego faktu głębokiego zróżnicowania w podejściu do niniejszego

problemu poszczególnych porządków prawnych czy stąd, że niektóre ustawodawstwa krajowe taką odpowiedzialność przewidują. Bezpośrednią przyczyną i silnym bodźcem do podjęcia tego rodzaju rozważań było *de facto* uzasadnienie jednostkowego rozstrzygnięcia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Leitner v. TUI⁹.

Dalej, należy równocześnie zauważyć pewne zdecydowane posunięcia legislacyjne na płaszczyźnie regulacji *soft law* — prawo wierzyciela do wynagrodzenia szkody niemajątkowej wynikłej z niewykonania zobowiązania przewiduje, jako zasadę, zarówno art. 7.4.2 pkt 2 zasad UNIDROIT, jak i art. 9:501 ust. 2 Zasad Europejskiego Prawa Kontraktowego¹⁰.

Wyrok w sprawie Leitner został wydany na potrzeby konkretnej sytuacji faktycznej, wskazuje jednak przede wszystkim konieczność generalnego uwzględniania rezultatów wykładni pojęcia szkody i zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej w stosunku obligacyjnym dla całej kategorii stosunków objętych zakresem norm implementujących dyrektywę Rady z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek¹¹. Wreszcie, przypadek Leitner, umieszczony w kontekście wspomnianych tendencji legislacyjnych *soft law*, pozwala zastanowić się nad pytaniem: czy istnieje jakieś rozsądne funkcjonalne uzasadnienie ograniczania odpowiedzialności dłużnika za szkodę niemajątkową jedynie do tzw. umów o imprezę turystyczną?

Treść orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczących wykładni przepisów wspólnotowych zachęca, z reguły na skutek gwałtownej i formalnie wiążącej uniwersalizacji pojęć prawnych, do konstruowania pewnych wniosków *de lege ferenda*. Nagła próba nadania pojęciom jednolitych znaczeń¹² leży często w rażącej sprzeczności z rozwiązaniami krajowych porządków prawnych. Nie powinien dziwić fakt, że rozstrzygnięcie konkretnego przypadku bywa niekiedy postulatem do analizy możliwości jego generalnego uwzględnienia — wobec kontynentalnej niechęci do kazuistyki możliwość taka jest szczególnie kusząca. Warto nadmienić, że merytoryczna zawartość orzeczeń z uwagi na ich harmonizującą funkcję wymyka się często ocenom słusznościowym.

Przystąpienie Polski do Wspólnoty Europejskiej stworzyło obowiązek stosowania wewnętrznego porządku prawnego do międzynarodowych wymogów oraz konieczność stosowania i implementacji tzw. źródeł pochodnego prawa europejskiego. Wiążące są również rezultaty wykładni Europejskiego Trybunału Sprawiedli-

⁹ ETS C-168/00, ECR 2002, s. I-2631 i n.

¹⁰ R. Trzaskowski: *Zadośćuczynienie za krzywdę związaną z niewykonaniem zobowiązania*, Przegląd Sądowy 2006, nr 5, s. 24 oraz Ch. von Baar: *Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht*, Teile II, München 2002, s. 529. Zob. także H. Beale, O. Lando: *Principles of European Contract Law*, Part II, Kluwer International The Hague-London-Boston 2000, s. 434 i n.

¹¹ Dz.Urz. L 158, 23.06.1990, s. 0059-0064, dalej: dyrektywa.

¹² Jak się jednak okazuje, znaczenie pojęcia szkody, którego gruntowną analizę przeprowadzono w toku postępowania w sprawie z powództwa Simone Leitner, ma właściwie jednakowe znaczenie we wszystkich reprezentatywnych europejskich porządkach prawnych. Zob. pkt 2.

wości dotyczącej aktów przyjętych przez instytucje Wspólnoty¹³. Stąd, orzeczenie Leitner wywarło bezpośredni skutek także w stosunku do polskiej implementacji dyrektywy¹⁴. Nie trzeba już chyba nadmieniać, jaką rewolucją okazała się nieodzowność przyjęcia tak szerokiego zakresu odpowiedzialności organizatora imprezy turystycznej; rewolucją zaakceptowaną bez głośnego echa, o tyle spokojnie, że dotyczącą wąskiej grupy stosunków obligacyjnych.

Zasady UNIDROIT i Zasady Europejskiego Prawa Kontraktowego nie są wiążącym prawem międzynarodowym. Celem tworzenia regulacji *soft law* jest zaproponowanie modelowej regulacji na potrzeby legislacji wewnętrznych i międzynarodowych, mają zatem być źródłem inspiracji dla sądów i ustawodawstw¹⁵. Ta twórcza funkcja nie powinna być bagatelizowana również z punktu widzenia krajowego porządku prawnego. Normy *soft law* mają charakter uniwersalny, ekspercki i są ukierunkowane prospektywnie, dlatego właśnie stanowią doskonały materiał wzorcowy wobec potrzeb ewentualnych nowelizacji.

Wreszcie, uwzględniając dynamikę zmian gospodarczych, politycznych i społecznych, przynajmniej w przypadku pewnej grupy stosunków, utrzymywanie niezmiennych postaci prawnych mechanizmów regulujących czy wykładni zgodnej z wolą prawodawcy historycznego przypomina nonsensowną walkę o realizację postulatów aktualnie pozbawionych ich pierwotnej funkcji.

1.1. PRZEJAWY PROCESU „EUROPEIZACJI”

1.1.1. *SOFT LAW*

Obydwa wspomniane wcześniej uregulowania (PECL, UNIDROIT) mają zastosowanie jedynie wówczas, gdy strony poddadzą umowę ich regulacji, stąd nie posiadają waloru samodzielnej mocy wiążącej¹⁶. Tworzenie prawa modelowego było rezultatem postępującej integracji gospodarczej i prawnej państw członkowskich Unii Europejskiej i potrzeb międzynarodowego obrotu handlowego¹⁷. Dowolność wyboru reżimu prawnego wynikająca z braku mocy wiążącej aktów *soft law* nie może oczywiście prowadzić do ich całkowitego ignorowania pod względem analiz naukowych. Przeciwnie — pogłębione rozważania w tym zakresie okazują się osta-

¹³ M. Nesterowicz: *Zadośćuczynienie pieniężne za „zmarowany urlop” podczas wycieczki turystycznej*, Państwo i Prawo 2002, z. 10, s. 77.

¹⁴ Postanowienia dyrektywy zostały wprowadzone do polskiego porządku prawnego poprzez odpowiednią nowelizację ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2004 r. Nr 223, poz. 2268 ze zm.).

¹⁵ R. Trzaskowski: *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353¹ k.c.*, Zakamycze 2005, s. 153 i n.

¹⁶ R. Trzaskowski: *Granice...*, *op. cit.*, s. 153.

¹⁷ M. Romanowski: *Ogólne reguły wykładni kontraktów w świetle zasad europejskiego prawa kontraktów a reguły wykładni umów w prawie polskim*, Przegląd Prawa Handlowego 2004, nr 8.

tecznie niezwykle użyteczne. Adaptację mozaiki rozwiązań ułatwia fakt, że na przykład Zasady Europejskiego Prawa Umów stanowią syntezę dorobku europejskiej doktryny prawa, prawa kształtującego się w podobnych uwarunkowaniach społecznych, kulturowych i etycznych¹⁸.

Słuszny jest zatem postulat szerokiego uwzględnienia rezultatów działań UNIDROIT i Komisji do spraw Europejskiego Prawa Kontraktów w pracach nad reformą polskiego prawa cywilnego¹⁹. Wspólne doświadczenia są z pewnością czynnikiem w znacznym stopniu ułatwiającym w konsekwencji harmonizację prawa umów w skali europejskiej.

Zasady Europejskiego Prawa Umów statuują prawo strony poszkodowanej do pełnej rekompensaty, przy czym może obejmować ona także uszczerbek niemajątkowy²⁰. Niemalże w identyczny sposób problem szkody niemajątkowej regulują Zasady UNIDROIT²¹. Twórcy PECL tłumaczą, na czym może polegać kontraktowa szkoda niemajątkowa; jest to: ból, niewygodą, cierpienie, uczucie zawiedzenia. Jednocześnie podkreślają oni, że niezwykle zróżnicowane zasady odpowiedzialności dłużnika za szkodę niemajątkową w poszczególnych systemach prawnych wykazują ostatecznie tendencję do uwzględniania tego rodzaju uszczerbku²².

O ile nie dziwi szczególnie fakt umieszczenia prawa do rekompensaty szkody niemajątkowej wśród *Lando Principles*²³, o tyle śmiałym zabiegiem było wprowadzenie tego rodzaju roszczenia do stosunków o charakterze profesjonalnym, tylko te bowiem podlegają regulacji Zasad UNIDROIT. Wydaje się z pozoru, że prawo podmiotów prowadzących działalność gospodarczą do niektórych ich interesów niemajątkowych nie zasługuje na ochronę, jeżeli wymyka się reżimowi ochrony bezwzględnej na zasadach ogólnych (jak na przykład dobra osobiste czy prawa autorskie i wynalazcze).

Uszczerbek niemajątkowy będący rezultatem niewykonania zobowiązania korzysta z zasady pełnej rekompensaty. Profesjonalny charakter stosunku obligacyjnego nie wyklucza możliwości powstania takiej szkody, jednak jej specyfika wymaga, by środki rekompensujące nie były ograniczone jedynie do odszkodowania pieniężnego. Wybór środka powinien warunkować przede wszystkim fakt, która metoda zrealizuje w możliwie najpełniejszy sposób zasadę całkowitej rekompensaty²⁴.

¹⁸ O. Lando: *Principles of European Contract Law*, <http://www.kcl.ac.uk/english/sympo/EUDialogue/lando.htm>.

¹⁹ Tamże.

²⁰ Art. 9:501: „The loss for which damages are recoverable includes: non pecuniary loss (...)”.

²¹ Art. 7.4.2: „The aggrieved party is entitled to full compensation for harm sustained as a result of non-performance. (...) Such harm may be non pecuniary and includes, for instance, physical suffering or emotional distress”.

²² O. Lando, H. Beale: *Principles...*, *op. cit.*, s. 437.

²³ Tak potocznie nazywa się Zasady Europejskiego Prawa Umów — od nazwiska głównego ich twórcy, profesora Ole Lando.

²⁴ Komentarz do Zasad Międzynarodowych Kontraktów Handlowych, <http://www.unidroit.org/english/publications/proceedings/2004/study/50/s-50-98-e.pdf>.

Uwzględnienie prawa do naprawienia kontraktowych uszczerbków niemajątkowych w aktach o charakterze międzynarodowym ma na celu wyznaczenie postulowanego kierunku harmonizacji, wychodzi tym samym naprzeciw potrzebom rynku. Jest to jednocześnie jasny sygnał, że istnienie tego rodzaju roszczenia wynika z analizy dorobku poszczególnych porządków prawnych i winno mieć charakter uniwersalny. Dobra, jakie dotychczas nie zasługiwały na ochronę, w chwili obecnej bądź w niedalekiej przyszłości mogą okazać się przedmiotową bazą ochrony wierzyciela, przynajmniej dla pewnej grupy stosunków prawnych. Już aktualnie Zasady UNIDROIT służyły jako model w procesie tworzenia nowych kodeksów cywilnych Estonii, Litwy²⁵, Węgier, miały istotny wpływ na reformę niemieckiego prawa zobowiązań, kodeksu cywilnego Federacji Rosyjskiej²⁶ i treść projektów harmonizacji prawa umów państw grupy ECO²⁷. Wreszcie, spotkały się z zasadniczo aprobującym stanowiskiem doktryny.

1.1.2. ORZECZENIE W SPRAWIE LEITNER

Pytanie do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości podniesione przez Sąd Krajowy w Linzu²⁸ w kwestii wykładni art. 5 dyrektywy 90/314/EEC zrodziło się w następujących okolicznościach:

Simone Leitner, powódka, podczas pobytu na zorganizowanych przez TUI wakacjach w Turcji zakaziła się wirusem salmonelli na skutek spożycia serwowanego w hotelu posiłku. Choroba trwała przez cały okres wypoczynku i właśnie utrata przyjemności wypoczynku (wraz z nią pewne koszty związane z koniecznością podjęcia leczenia) skłoniła rodziców poszkodowanej do wystąpienia w jej imieniu z żądaniem odszkodowania z uwzględnieniem dolegliwości o charakterze niemajątkowym. Sąd pierwszej instancji oddalił powództwo w części opiewającej na 12 000 szylingów, które miały rekompensować ową szkodę niemajątkową w postaci utraty oczekiwanej przyjemności wypoczynku (*non-material damage*). Uzasadnieniem rozstrzygnięcia był brak wyraźnej podstawy prawnej tego rodzaju roszczenia w prawie austriackim²⁹. Wątpliwości sądu drugiej instancji wzbudziła treść art. 5

²⁵ Zob. V. Mikelenas: *Unification and Harmonisation of Law at the Turn of the Millennium: the Lithuanian Experience*, *Uniform Law Review/Revue de droit uniforme* 2000, s. 243.

²⁶ Nicktóre postanowienia UNIDROIT zostały przepisane niemal dosłownie.

²⁷ M.J. Bonell: *UNIDROIT Principles 2004 — The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law*, <http://www.unidroit.org/english/publications/revue/articles/2004-1-bonell.pdf>, Rev. dr. unif., 2004–15.

²⁸ Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł w trybie prejudycjalnym, na podstawie kompetencji wywiedzianej z art. 234 traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską.

²⁹ Prawo austriackie przewiduje odpowiedzialność za szkodę niemajątkową jedynie w sytuacji, gdy norma prawa wyraźnie kreuje roszczenie odszkodowawcze (tak jest np. w przypadku zadośćuczynienia pieniężnego za krzywdę — §1325 ABGB — *Schmerzensgeld*), przepisy implementujące dyrektywę 90/314 nie dawały w ocenie sądu podstaw do zasądzenia odszkodowania.

dyrektywy 90/314, operującego niezdefiniowanym zakresowo pojęciem szkody, co wobec niejednorodnej pojemności normatywnej na gruncie różnych porządków prawnych przysparza trudności interpretacyjnych w związku z koniecznością dokonywania jednolitej wykładni. Korzystając z traktatowej kompetencji Trybunału, sąd krajowy sformułował zapytanie następującej treści:

„Czy art. 5 dyrektywy 90/314/EEC w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek winien być wykładany w ten sposób, że pojęciem szkody należy obejmować także uszczerbek niemajątkowy w postaci utraty przyjemności wypoczynku?”

Trybunał opowiedział się zdecydowanie za szerokim rozumieniem pojęcia szkody³⁰ na gruncie dyrektywy 90/314/EEC. Konstatacja, że art. 5 przyznaje konsumentowi prawo do żądania odszkodowania za uszczerbek niematerialny, znalazła również poparcie w opinii rzecznika generalnego A. Tizzano, stanowiskach Komisji i rządu Belgii. Przeciwko takiej interpretacji wypowiedziały się rządy Austrii, Francji oraz Finlandii. Szczególnie warta uwagi jest obszerna argumentacja rzecznika Tizzano, który podnosi, że kompensacja uszczerbku niemajątkowego jest dominującą tendencją zarówno w systemie *common law*, jak i w kontynentalnych porządkach prawnych (tendencją rzecz jasna, nie zaś regułą, stąd rodzące się wątpliwości na tle ogólnej koncepcji szkody kontraktowej).

Odniesienie się do proponowanych przez państwa członkowskie rozwiązań zdaje się przekonywujące o tyle, iż z punktu widzenia norm wspólnotowych treść i sens niepodzielonego stanowiska są w dużej mierze warunkowane panującym standardem rozwiązań. Choć różnią się one w detalach, ich generalny kierunek jest ten sam.

Dokonanie trafnej oceny rozstrzygnięcia Trybunału nie jest z pewnością zadaniem łatwym. Propozycję Trybunału w kwestii wykładni art. 5 należy uznać za **prawidłową**³¹.

Uzasadnienie takiego stanowiska znajduje swoje pierwsze źródło w analizie dokonanego procesu interpretacyjnego normy wspólnotowej, który winien przebiegać zgodnie z **zasadą efektywności** — z uwzględnieniem celu regulacji i dążeniem do realnego osiągnięcia jej założeń w możliwie najpełniejszym wymiarze³². W razie oczywistej sprzeczności uregulowań, sąd krajowy zobowiązany jest odrzucić

³⁰ Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł następująco: „Artykuł 5 Dyrektywy 90/314/EEC z dnia 13 czerwca 1990 w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek co do zasady przyznaje konsumentowi prawo do odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy poniesiony na skutek niewykonania bądź niewłaściwego wykonania zobowiązania przez organizatora imprezy turystycznej”.

³¹ Zob. jednak O. Remien: *Folgen von Leistungsstörungen im europäischen Vertragsrecht der EG-Richtlinien und Verordnungen* (w:) *Europäisches im Gemeinschaftsrecht*, Schulte-Nölke/Schulze/Bernardeau 2002, s. 139–150.

³² E. Łętowska: *Między Scyllą i Charybdą — sędzia między Strasburgiem i Luksemburgiem*, Europejski Przegląd Sądowy 2005, nr 10, s. 6. Autorka nie polemizuje ze stanowiskiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w kwestii wykładni pojęcia „szkoda” na gruncie dyrektywy, zakładając prawidłowość rozstrzygnięcia, stwierdza jedynie, że wszelkie wysiłki interpretacyjne zmierzające do osiągnięcia *effet utile* są uzasadnione.

normę wadliwą, zastępując ją normą wspólnotową (**zasada prymatu**)³³. Zasadnicze cele dyrektywy zostały jasno wskazane w treści preambuły. Należą do nich:

- kreowanie wspólnego rynku usług turystycznych, zapewniającego równy dostęp świadczącym we wszystkich państwach członkowskich;
- ochrona konsumenta³⁴ poprzez umożliwienie czerpania korzyści z porównywalnych warunków zakupu we wszystkich państwach członkowskich.

Założenia powyższe mogą być realizowane również poprzez bardziej rygorystyczne wymogi w stosunku do świadczonych usług, o ile takie surowsze warunki są zgodne z prawem pierwotnym (zwłaszcza swobodami traktatowymi) bądź usprawiedliwione wyłączeniami przewidzianymi w traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską lub wypracowanym orzecznictwie³⁵.

Sama konstrukcja roszczenia zasługuje na chwilę uwagi. Podstawa prawna ewentualnego żądania ma charakter kontraktowy (zgodnie z tekstem dyrektywy organizator imprezy odpowiada za niewykonanie bądź niewłaściwe wykonanie zobowiązania). Nie znaczy jednak, że w toku wykonywania świadczenia nie dojdzie do zbiegu podstaw odszkodowawczych (deliktowej z kontraktową). Niemal w każdym wypadku szkoda wywołana działaniem bądź zaniechaniem bezpośredniego wykonawcy będzie miała charakter deliktowy (nie jest on bowiem związany węzłem obligacyjnym z konsumentem, zaś wykonywane świadczenie jest rezultatem zawarcia przez usługodawcę umowy z organizatorem). Organizator odpowiada nie tylko za szkody kontraktowe, lecz również za wszelkie szkody, które powstały na skutek deliktu. Odpowiedzialność taką (opartą na zasadzie ryzyka) może wyłączyć jedynie zaistnienie jednej z wymienionych w art. 5 dyrektywy okoliczności egzoneracyjnych³⁶.

³³ K. Kowalik-Bańczyk: *Prowspólnotowa wykładnia prawa polskiego*, Europejski Przegląd Sądowy 2005, nr 3.

³⁴ Dyrektywa nie wprowadza ograniczeń pojęcia konsumenta do osoby fizycznej, konsumentem jest każdy, „kto nabywa lub wyraża zgodę na wykupienie podróży” bądź osoba, „na rzecz której główny kontrahent nabywa podróż”. Zob. E. Lętowska: *Europejskie prawo...*, op. cit., s. 333; P. Cybula: *Usługi turystyczne (w:) Europejskie prawo konsumenckie a prawo polskie*, pod red. E. Nowińskiej i P. Cybuli, Zakamycze 2005, s. 309. Tak szeroka pod względem podmiotowym ochrona budzi jednak uzasadnione zastrzeżenia, większość dyrektyw ogranicza zakres pojęcia konsumenta do osób fizycznych. Wysoce wątpliwe jest bowiem, by osoba prawna mogła być poszkodowanym na skutek utraty spodziewanej przyjemności wypoczynku.

³⁵ B. Kurcz: *Dyrektywy Wspólnoty Europejskiej i ich implementacja do prawa krajowego*, Zakamycze 2004, s. 115.

³⁶ Choć przyjęło się tak uważać, nie jest do końca pewne, czy organizator odpowiada na zasadzie ryzyka; wydaje się, że sposób regulacji tej kwestii nie został pozostawiony państwom członkowskim, z których zdecydowana większość posłużyła się modelem proponowanym przez dyrektywę. Inaczej uczynił na przykład ustawodawca niemiecki, odwołując się do ogólnych zasad odpowiedzialności kontraktowej. Zob. H. Schulte-Nölke: *EC Consumer Law Compendium — Comparative Analysis*, Version of 12 December 2006, s. 306.

Diagram 1. Strony umowy o imprezę turystyczną na gruncie postanowień dyrektywy 90/314

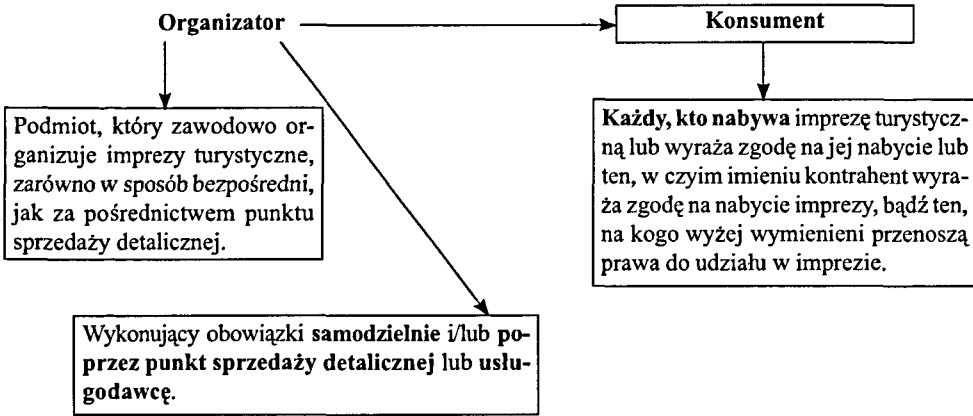
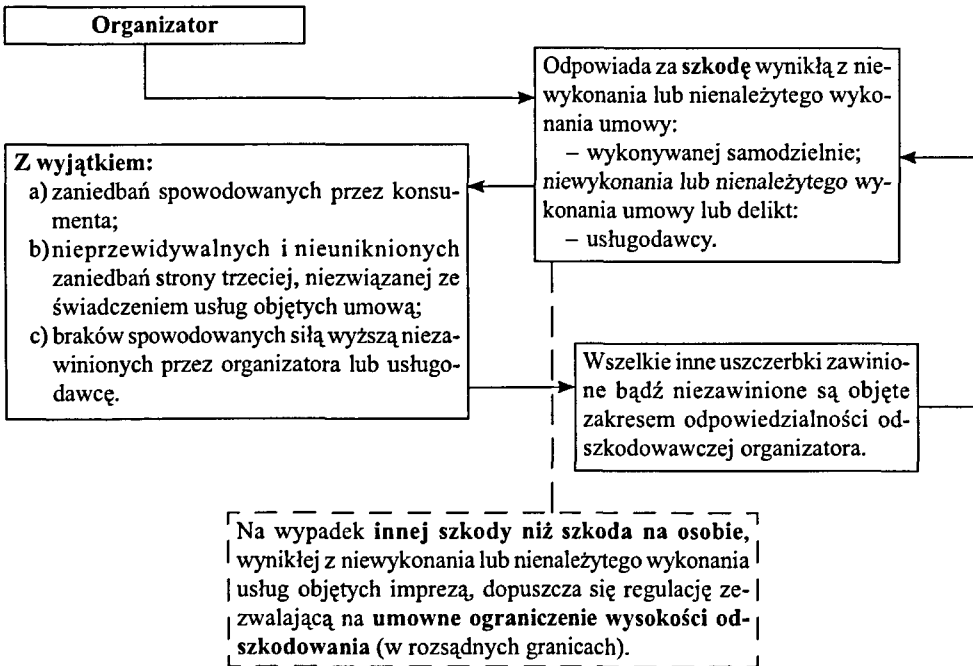


Diagram 2. Zakres odpowiedzialności organizatora imprezy turystycznej na gruncie postanowień dyrektywy 90/314



Konieczne jest w pierwszej kolejności podkreślenie, że w wypadku konfliktu wartości decydujących o swobodnym przepływie towarów i usług z postulatem

ochrony konsumenta, priorytet w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości³⁷ miała zawsze potrzeba otwartości rynku³⁸. W omawianej sprawie niwelowanie wspomnianego konfliktu jest warunkowane przyjętym zakresem odpowiedzialności usługodawcy. Minimalny charakter dyrektywy pozwala na korzystniejsze uregulowanie w prawie krajowym, które jednak nie może wpływać na ograniczenie swobód wspólnotowych (w tym wypadku swobody przepływu kapitału i usług). Jeżeli zatem granice przedmiotowe odpowiedzialności nie muszą być jednolite we wszystkich państwach Wspólnoty (przy czym poziom ochrony konsumenta jako cel regulacji jest formalnie wiążący dla państw członkowskich), to właśnie ochrona w pełnym zakresie jest gwarancją równego dostępu do rynku³⁹. Przy szerokim ujęciu obowiązku odszkodowawczego problem „nadregulacji” w zasadzie nie powstanie. Oczywiście, w tym miejscu nie można w ogóle mówić o „minimalnym” charakterze dyrektywy.

Wobec powyższego, wypada położyć dominujący akcent rozważań na poziom realizacji drugiego ze wspomnianych celów dyrektywy.

Węzłowym argumentem przemawiającym za zakresowo najpełniejszą wykładnią pojęcia szkody jest literalna formuła art. 5. Szerokie ujęcie szkody wynika z tworzonej przez ustawodawcę europejskiego kategoryzacji problematycznego terminu — art. 5 ust. 2 pkt 2 dyrektywy pozwala państwom członkowskim na ustanowienie normy umożliwiającej umowne limitowanie obowiązku odszkodowawczego, przy czym ograniczenie takie jest wykluczone na wypadek szkody w postaci uszkodzenia ciała. Tworzenie podkategorii w ramach ogólnego pojęcia szkody wskazuje na jej szeroki zakres znaczeniowy. Nie sposób bowiem stwierdzić, które ewentualnie przypadki szkody temu zakresowi nie podlegają i arbitralnie je wyłączyć⁴⁰. Dyrektywa 90/314 abstrahuje od wyliczania tych rodzajów uszczerbków, które podlegają kompensacji (w przeciwieństwie do przywołanej przez Tizzano dyrektywy 85/374, nie wprowadza precyzyjnej definicji szkody). Taki stan nie jest prawdopodobnie przypadkowy, wskazuje zarazem na pewien legislacyjny postęp w zakresie ochrony praw konsumenta. Jednocześnie w wykorzystanej metodzie regulacji ujawnia się swoisty i celowy zabieg, według Tizzano — nie bez racji, zmierzający do wprowadzenia podstaw szerokiej interpretacji pojęcia szkody. Rzecz jasna, argument taki jest mieczem obosiecznym — istnieje możliwość interpretacji *per analogiam*. W kontekście dokonującego się w prawie europejskim procesu na rzecz konsumenta takie wnioskowanie zdaje się jednak zawodne.

Za literalną wykładnią art. 5 przemawia po pierwsze potrzeba jednolitej regulacji (można także powiedzieć, że ów językowy argument jest stymulowany funk-

³⁷ Po raz pierwszy wyrażony w sposób niebudzący wątpliwości w orzeczeniu w sprawie Cassis de Dijon.

³⁸ E. Łętowska: *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 13; dalej autorka wskazuje na fakt, że nawet wobec tak klarownego stanowiska ETS, zawsze aktualny był zarzut protekcjonizmu na rzecz konsumenta, skądinąd zupełnie niesłuszny.

³⁹ Zob. m.in. M. Ciemiński: *Naprawienie uszczerbku polegającego na utraconej przyjemności z podróży*, Kwartalnik Prawa Prywatnego (dalej: KPP) 2005, z. 2, s. 357.

⁴⁰ Zob. stanowisko strony powodowej.

cją dyrektywy; wynik rozumowania również wtedy pozostaje taki sam). Wypada zatem zdecydowanie odrzucić propozycję interpretacyjną rządów Austrii, Francji, Finlandii i strony pozwanej⁴¹. Uzasadnienie stanowisk tychże opiera się na minimalnym charakterze dyrektywy, wobec czego zasada pełnej kompensacji winna być rozumiana jedynie jako możliwość wyprowadzenia bardziej rygorystycznej regulacji przez prawo państw implementujących. Motyw taki należy jednak uznać za nieuzasadniony. Problem zakresu obowiązku odszkodowawczego może i powinien być rozstrzygnięty na gruncie samej dyrektywy, poprzez wykładnię pojęcia szkody. Ustawodawca europejski nie odsyła do krajowych porządków prawnych ani też nie ustanawia jakiegoś minimalnego „pułapu”, gwarantującego w pewnym stopniu rekompensatę. Trudno nawet twierdzić, że pojęcie szkody samo w sobie jest w ogóle pojęciem stopniowalnym⁴².

Zróznicowany zakres generalnej odpowiedzialności kontraktowej i wynikająca z niego wieloznaczność terminu „szkoda” (nie więc przez samo odmienne definiowanie, lecz przez istniejące normatywne ograniczenia obowiązku odszkodowawczego) w poszczególnych systemach prawnych państw członkowskich sprawiają, że odesłanie do przepisów krajowych wręcz uniemożliwia harmonizację porządków normatywnych. Podstawowa funkcja dyrektywy byłaby zatem niemożliwa do zrealizowania. Zdarza się niezwykle często, że niewłaściwa implementacja dyrektywy unijnych wynika z faktu, iż: „terminy równoważne terminom użytym przez dyrektywę w prawie krajowym nie istnieją lub ich równoważność jest tylko pozorna”⁴³. Wieloznaczność pojęć (wielojęzyczności tych samych norm), dynamika prawa wspólnotowego, nadużywanie terminologii ekonomicznej i kompromisowy charakter procesu legislacyjnego (co w przypadku dyrektyw jest szczególnie dostrzegalne)⁴⁴ tak dalece rozwarstwiają porządki prawne, że osiągnięcie celu dyrektywy jest w przypadku istniejących różnic normatywnych asumptem do nadawania pojęciom o zastanych znaczeniach znaczeń nowych, zmian zakresu regulacji bądź ograniczaniu marginesu uznania organów stanowiących prawo⁴⁵.

W omawianym przypadku Trybunał skorzystał z drugiej możliwości. Dodać należy przede wszystkim, że terminy uniwersalne, wpisane w konkretny porządek prawny, stają się jego elementem nie tylko poprzez fakt obowiązywania, ale również

⁴¹ „Harmonizacja przepisów krajowych polega w przypadku Dyrektywy 90/314/EEC na wprowadzeniu minimalnego poziomu ochrony konsumenta. W związku z tym, brak wyraźnego instrumentu ochrony skutkuje w przypadku odpowiedzialności za uszczerbek niemajątkowy odesłaniem do uregulowań krajowych”.

⁴² W sensie ekonomicznym możemy mówić o szkodzie większej lub mniejszej, jednak brak jakichkolwiek wskazówek co do jej wysokości nie pozwala wcale na presupozycję, że w danym przypadku szkoda obejmuje tylko określonego rodzaju uszczerbki.

⁴³ M. Szwarc: *Warunki poprawnej implementacji dyrektyw w porządkach prawnych państw europejskich w świetle prawa europejskiego*, Przegląd Prawa Europejskiego 2001, nr 1, s. 5.

⁴⁴ Tak: K. Kowalik-Bańczyk: *Prowspółnotowa...*, *op. cit.*

⁴⁵ S. Biernat: *Wykładnia prawa krajowego zgodnie z prawem wspólnotowym (w:) Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, pod red. C. Mika, Toruń 1998. Podobny wniosek można wysnuć na podstawie opinii rzecznika A. Tizzano.

poprzez współobowiązywanie, stąd wykładnia językowa indywidualnych pojęć nie zawsze idzie w parze z oczywistymi rezultatami wykładni systemowej⁴⁶.

Ponadto, art. 95 traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską odpowiada wprost na pytanie o postulowany poziom ochrony konsumenta w procesie harmonizacji. Zgodnie z ust. 3 standard ten ma być „wysoki”. Przyjęcie wąskiej interpretacji art. 5 nie zapewniłoby z pewnością „wysokiego” poziomu ochrony z punktu widzenia porządków, które przewidują ochronę pełniejszą. Ten niezwykle istotny systemowy argument, pominięty w uzasadnieniu, przytoczony został kilkakrotnie przez A. Tizzano w opinii przedłożonej Trybunałowi.

Wreszcie, należy odnieść się do pozanormatywnego znaczenia umowy o imprezę turystyczną, leżącego u podstaw właśnie takiego stosunku ustawodawcy europejskiego do potrzeby szczególnej ochrony uprawnień konsumenta w relacji obligacyjnej. Turystyka jako sektor przekrojowy i związany z wieloma dziedzinami działalności gospodarczej jest dla Wspólnoty obiektem szczególnej dbałości o wzrost konkurencyjności i upraszczanie istniejącego prawodawstwa europejskiego⁴⁷. Osiągnięcie korzyści niemajątkowej (przyjemności wypoczynku, relaksacji, zadowolenia, uczucia komfortu) jest zasadniczym motywem pobudzającym konsumenta⁴⁸ do korzystania ze świadczeń przedsiębiorców usług turystycznych, niemal zawsze nieprzeciętny standard usług znajduje odzwierciedlenie w ich cenie. Utrata takiej przyjemności na skutek zaniedbań organizatora jest często jedynym uszczerbkiem po stronie konsumenta. Brak korzyści niemajątkowej pozbawia świadczenie praktycznego sensu. Odebranie poszkodowanemu możliwości dochodzenia rekompensaty bezsens taki jedynie wzmacnia.

Ostatecznie, niezależnie od siły argumentacji przeciwników⁴⁹, w obecnym stanie istnienie roszczenia odszkodowawczego na wypadek „utraconej przyjemności wypoczynku” nie budzi już żadnych wątpliwości. Konsekwentnie, sądy krajowe państw członkowskich zmuszone są do uwzględnienia stanowiska Trybunału.

⁴⁶ Zob. art. 361 § 2 k.c., gdzie szeroko pojmowanej „szkodzie” nadano zupełnie nowy sens normatywny poprzez ograniczenie obowiązku odszkodowawczego do pewnych tylko jej typów. „Szkoda” inna niż uszczerbek majątkowy jest prawnie irrelevantna, prawnie nieistniejąca. Stąd blisko już do uproszczenia: „szkoda jest stratą rzeczywistą lub utraconą korzyścią”.

⁴⁷ Komunikat Komisji, *Odnowiona polityka turystyczna UE: Ku silniejszemu partnerstwu na rzecz turystyki europejskiej*, Bruksela, 17 marca 2006, KOM(2006) 134, s. 3 i n.

⁴⁸ W systemie anglosaskim tego rodzaju umowy nazywane są „contracts with a mental benefit” — zob. pkt 2.

⁴⁹ Wśród nich była m.in. Francja; stanowisko rządu francuskiego może dziwić o tyle, że rozstrzygnięcia wydane na podstawie art. 1382 Code civil dopuszczały w niezwykle szerokim zakresie rekompensatę kontraktowych uszczerbków niemajątkowych.

1.2. IMPLEMENTACJA DYREKTYWY 901/314 DO POLSKIEGO PORZĄDKU PRAWNEGO

W dalszym toku rozważań konieczna wydaje się analiza funkcjonowania samej dyrektywy w polskim porządku prawnym i stosunek owej regulacji do wniosków Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Truizmem będzie twierdzenie, że w świetle prawa polskiego (z uwagi na wąski zakres kompensaty kontraktowej), podobnie jak w przypadku Austrii, orzeczenie Trybunału ma znaczenie szczególne. Dyrektywa w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek implementowana została nowelą ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych⁵⁰. Interesujący nas problem zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej organizatora imprezy turystycznej⁵¹ regulują art. 11a i 11b ustawy.

Jak już wcześniej wspomniano, regulację europejską cechuje szerokie ujęcie kwestii odpowiedzialności, niezależnie od jej źródeł. Konstrukcja art. 11a i 11b jest klarowna — organizator odpowiada za szkodę niezależnie od tego, czy powstała na skutek deliktu czy też niewykonania zobowiązania, granice tej odpowiedzialności wyznaczają enumeratywnie określone okoliczności egzoneracyjne. Należy jednocześnie, na przykładzie prawa polskiego, stanowczo odrzucić możliwość ekskulpacji na zasadzie art. 430 i art. 429 k.c. Podobnie nieaktualne jest stosowanie w takim wypadku art. 474 k.c. (tutaj możliwość ekskulpacji istnieje w przypadku wykazania, że wykonawca bezpośredni nie ponosiłby odpowiedzialności na podstawie art. 471 k.c., gdyby był stroną umowy). Tak szerokie ujęcie odpowiedzialności jest uzasadnione globalnym, całościowym podejściem do kwestii ochrony konsumenta przed nierzetelnym zachowaniem przedsiębiorcy turystycznego. Każda sytuacja zaistniała z jego inicjatywy jest „wykonywaniem zobowiązania”, niezależnie od tego, czy bezpośredni wykonawca usługi (osoba trzecia, w omawianym układzie kontrahent organizatora imprezy) dopuszcza się deliktu, czy sam odpowiadałby za wadliwe świadczenie, czy można mu przypisać zawinienie uzasadniające roszczenie z art. 415 k.c. (inaczej jest np. w prawie amerykańskim, gdzie organizator wycieczki nie odpowiada za czyny niedozwolone usługodawców, o ile w sposób wyraźny takiej odpowiedzialności na siebie nie przyjmie⁵²). Prawo austriackie, podobnie jak polski kodeks cywilny, generalnie nie wykluczało przyznania powódce odszkodowania za „krzywdę” (ból, cierpienie fizyczne, naruszenie dobra osobistego), gdyż przy opisanej konstrukcji roszczenia dopuszczalne jest zasądzenie kompensaty w takim zakresie, jaki przewiduje także prawo deliktów (ze strony usługodawcy był to ewidentnie czyn niedozwolony, nie zaś naruszenie umowy — jeżeli ustawa dopuszcza zadośćuczynienie, można go żądać także od podmiotu odpowiedzialnego kontraktowo za delikt wykonawcy bezpośredniego). Jak wcześniej przytoczono: „Organizator od-

⁵⁰ Tekst jednolity: Dz.U. z 2004 r. Nr 223, poz. 2268.

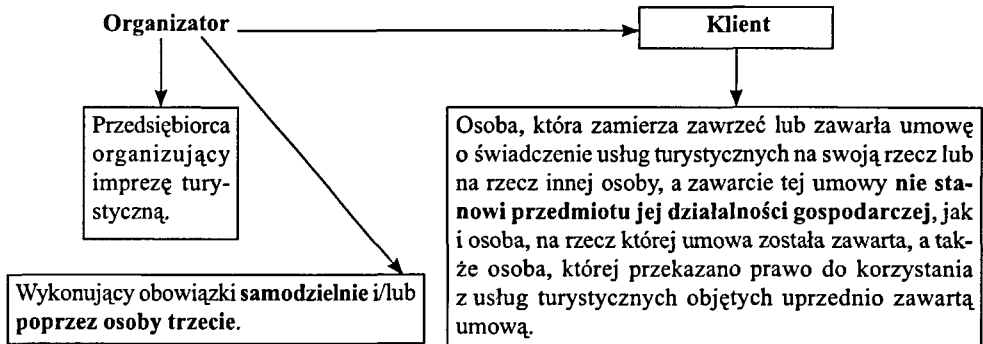
⁵¹ Art. 5 dyrektywy.

⁵² M. Nesterowicz: *Prawo cywilne USA*, Toruń 1999, s. 120.

powiada za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o świadczenie usług turystycznych (...)”⁵³ — niezależnie od deliktowego czy kontraktowego źródła zaistniałej szkody.

Paradoksalnie, ustawodawca polski bardzo ostrożnie operuje pojęciem szkody, mówiąc raczej o odpowiedzialności „za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usług turystycznych” przez organizatora. Treść art. 11a i 11b nie jest w żaden sposób sprzeczna z dyrektywą⁵⁴. Wydaje się zatem, że nic nie stoi na przeszkodzie uwzględnianiu każdego rodzaju szkody, także w przypadku zaistnienia po stronie konsumenta wyłącznie uszczerbku o charakterze niemajątkowym. Metoda implementacji budzi jednak pewne zastrzeżenia w zakresie dopuszczalności umownego ograniczenia odpowiedzialności⁵⁵.

Diagram 3. Strony umowy o świadczenie usług turystycznych na gruncie ustawy o usługach turystycznych



⁵³ Art. 11a ust. 1 ustawy o usługach turystycznych.

⁵⁴ Zob. przyp. 65.

⁵⁵ Art. 11b ust. 4 mówi o wyłączeniu wszelkich ograniczeń na wypadek zaistnienia „szkody na osobie”. Sama dyrektywa posługuje się węższym terminem: „personal injury”, co w polskim tłumaczeniu dyrektywy oznacza „uszkodzenie ciała”. Zgodnie ze stanowiskiem rządu Belgii, „uszkodzenie ciała” ma oznaczać wyłącznie szkodę o charakterze majątkowym. Pomijając rozważania nad poprawnością takiego wniosku, nie sposób oprócz się twierdzeniu, że „szkoda na osobie” zasadniczo oznacza zarówno majątkowy, jak i niemajątkowy uszczerbek. Wydaje się jednak, iż modyfikacja nie była działaniem zamierzonym — rozszerzenie (i to istotne) normy imperatywnej mogłoby oznaczać nieuzasadnione uprzywilejowanie konsumenta, a w rezultacie — zabieg ograniczający postulowaną w preambule swobodę świadczenia usług.

- ter absolutnie wyjątkowy; wspomniana zasada nie jest jedynie wypracowana wieloletnią praktyką⁵⁷, lecz znajduje ona wyraźne zakotwiczenie normatywne w treści art. 361 i 471 k.c.; dłużnik odpowiada za szkodę wynikłą z niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania; zakres obowiązku odszkodowawczego dotyczy z kolei wyrównania uszczerbku wyłącznie majątkowego⁵⁸, czyli: „straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono”, o ile przepis szczególnie (jak np. art. 448 k.c.) nie stanowi inaczej (w omawianym przypadku — szerzej).
2. Implementacja dyrektyw do prawa polskiego, poza obowiązkiem uchwalania ustaw, polega także na interpretacji zgodnej z orzecznictwem Trybunału; za Nesterowiczem: „Polski sędzia, rozpatrując powództwo o zadośćuczynienie za zmarowany urlop podczas wycieczki turystycznej, nie ma lepszych do zastosowania podstaw prawnych niż sędzia austriacki”⁵⁹; przepis prawa, będący przedmiotem wykładni, ma swoje źródło w prawie europejskim, sędzia powinien odczytywać normę w kontekście kompleksowym⁶⁰, nawet gdyby miało to prowadzić do wniosków sprzecznych z przyjętymi w doktrynie i stosowanymi przez judykaturę zasadami regulacji krajowych; o ile kwestia ta mogła budzić pewne kontrowersje⁶¹ w okresie przedakcesyjnym, dziś nie ulega wątpliwości, że orzeczenie ma wiążący charakter we wszystkich państwach Unii Europejskiej.
 3. Żadne względy o charakterze językologicznym nie przeciwstawiają się szerokiej wykładni art. 11a, stąd niesłuszne byłoby twierdzenie, że implementacja jest wadliwa, a przepis jako sprzeczny z dyrektywą nie powinien być stosowany⁶²; idąc dalej — art. 11a jako samodzielna podstawa żądania pozwala na niezależną, szerszą interpretację użytego w nim pojęcia szkody; oparcie roszczenia na art. 471 k.c. prowadziłoby do sytuacji, w której zakres przedmiotowej odpowiedzialności odszkodowawczej okazywałby się szerszy w przypadku kontraktów o imprezę turystyczną (zgodnie z wykładnią ETS), węższy zaś dla potrzeb innych stosunków obligacyjnych — jednocześnie sytuacja taka prowadziłaby do akceptowania sprzeczności rozstrzygnięć z treścią art. 361 § 2 k.c. w pierwszej sytuacji; odrębnym problemem jest powstała konieczność różnego rozumienia sensu tych samych pojęć na gruncie jednej normy, wszak we wszystkich wspomnianych okolicznościach mamy do czynienia ze „szkodą” kontraktową.

⁵⁷ Tak jednak M. Nesterowicz: *Zadośćuczynienie pieniężne...*, *op. cit.*, s. 72 i n.

⁵⁸ G. Bicniek, H. Ciepla, S. Dmowski: *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 69.

⁵⁹ M. Nesterowicz: *Zadośćuczynienie pieniężne...*, *op. cit.*, s. 74. Przy czym, wobec nowelizacji implementującej dyrektywę, za nieaktualny należy uznać wniosek autora o konieczności szerszej niż tradycyjna interpretacji art. 471 k.c., gdyż art. 11a ustawy o usługach turystycznych jest samodzielną podstawą roszczenia.

⁶⁰ T.M.J. Möllers: *Wpływ Trybunału Sprawiedliwości na niemieckie prawo cywilne*, KPP 1998, z. 4, s. 642.

⁶¹ Obowiązek wykładni zgodnej z prawem unijnym spoczywał jednak na polskich organach sądowiczych na mocy układu stowarzyszeniowego z roku 1990.

⁶² Wówczas źródłem roszczenia byłby art. 471 k.c., żądanie zadośćuczynienia wymagałoby objęcia szkody niemajątkowej zakresem wspomnianej normy.

1.3. DYWERSYFIKACJA ZASAD ODPOWIEDZIALNOŚCI

Aktualny stan prawny zdaje się terminologicznie niejednolity. Jak już wspomniano, na gruncie treści obowiązku odszkodowawczego wynikającego z poszczególnych norm prawnych, literalnie ta sama „szkoda wynikła z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania” ma w praktyce zupełnie inny zakres znaczeniowy.

Doszło więc do swoistego i dość przypadkowego „rozszerzenia” zasad odpowiedzialności kontraktowej, tym samym:

- a) odpowiedzialność organizatora imprezy turystycznej za szkodę wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania podlega w kwestii jej przedmiotowego zakresu wyłącznie dyspozycji art. 11a i 11b ustawy o usługach turystycznych, interpretowanych szeroko, zbieżnie ze stanowiskiem Trybunału; poszkodowany może zatem dochodzić rekompensaty z tytułu utraty spodziewanej przyjemności wypoczynku, niezależnie od treści art. 361 § 2 k.c.;
- b) odpowiedzialność dłużnika w przypadku innych umów podlega już regulacji kodeksu cywilnego, stąd poszkodowany wierzyciel jest uprawniony do rekompensaty jedynie szkód wymienionych w treści art. 361 § 2 k.c. — „strat, które poszkodowany rzeczywiście poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono”; wszelkie roszczenia o odszkodowanie za uszczerbek typu niemajątkowego, pomijając wypadki zbiegu norm kontraktowych z deliktowymi, są w typowej sytuacji bezpodstawne⁶³.

Sytuacja taka może być tymczasowo akceptowana — dopóty, dopóki nie dojdzie do powielenia omówionego wyżej zjawiska. Pojawienie się podobnych jak ustawa o usługach turystycznych autonomicznych regulacji⁶⁴ pogłębi niewątpliwie terminologiczny chaos, zaś owo „ujednolicanie” zasad odpowiedzialności w skali europejskiej w poszczególnych sektorach świadczonych usług może doprowadzić do swoistej „dekodyfikacji” prawa krajowego. Czy jest wobec niej jakakolwiek alternatywa? Szerokie ujęcie kontraktowego obowiązku odszkodowawczego dłużnika obejmującego także rekompensatę uszczerbku niemajątkowego jest praktycznie nieosiągalne *de lege lata*⁶⁵. Przypadek umów turystycznych nie jest jedynym przykładem stosunków obligacyjnych, w których uniknięcie nieprzyjemności niewywołujących reperkusji w majątku poszkodowanego ma znaczenie priorytetowe. Wydaje się również, biorąc pod uwagę tempo i kierunek rozwoju poszczególnych gałęzi sektora usług, że zapotrzebowanie na normatywne mechanizmy ochronne będzie systematycznie wzrastać.

⁶³ W typowej bowiem sytuacji dopuszczalne są wyjątki wynikające zarówno z woli ustawodawcy, jak i z woli stron stosunku obligacyjnego — „w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy (...)”.

⁶⁴ Decyzja Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości może zostać rozszerzona na przypadki odszkodowań umownych ze stosunków innego typu. Zob. O. Remien: *Tenancy Law in Europe and the Principles of European Contract Law*, <http://www.iue.it/LAW/ResearchTeaching/EuropeanPrivateLaw/Projects/TenancyLawRemien.pdf>.

⁶⁵ Choć czynione są w doktrynie próby argumentacji dopuszczalności zasądzenia odszkodowania już w obecnym stanie prawnym. Bardziej szczegółowo na ten temat — zob. pkt 4.

Oczywiście, nie jest rzeczą zupełnie nową wprowadzanie przez ustawodawcę mechanizmów „ochrony szczególnej” pewnych dóbr, gdy poprzez wzgląd na ich specyfikę, taka wyjątkowa ochrona jest uzasadniona. Trudno jednocześnie utrzymywać, że umowa o imprezę turystyczną nie ma sobie w systemie prawa zobowiązań podobnych, skąd jej „wyjątkowość” domagałaby się odmiennego reżimu ochrony⁶⁶. Przeciwnie — zasada swobody kontraktowej pozwala na takie ukształtowanie stosunku między stronami, że jego cel i funkcja nie będą w ogóle odbiegać od celu i funkcji „umowy turystycznej”, a nie sposób kwalifikować obydwu umów jako tożsamy⁶⁷.

Odpowiedź na pytanie: czy swoisty rozłam w zakresie zasad odpowiedzialności dłużnika kontraktowego, do jakiego doszło w związku z treścią dyrektywy 90/314, jest zjawiskiem niekorzystnym — wykracza już jednak poza przedmiotowe ramy niniejszego punktu⁶⁸.

Pewne określenie pojęcia szkody niemajątkowej, jej znaczenia, wymiaru, częstotliwości występowania może okazać się przedsięwzięciem trudnym, a jednocześnie niezbędnym dla wykreowania satysfakcjonującej propozycji legislacyjnej.

2. SZKODA NIEMAJĄTKOWA

2.1. SZKODA NIEMAJĄTKOWA W RAMACH OGÓLNEGO POJĘCIA SZKODY

Dalsze rozważania na temat postulowanego miejsca szkody niemajątkowej w polskim systemie prawa umów, taki bowiem jest cel niniejszej pracy, wymagają podjęcia przynajmniej próby zdefiniowania przedmiotu tych rozważań. Pojęcie szkody zdaje się elementarnym, o ile nie najistotniejszym zagadnieniem prawa umów, rzec by można językiem przedstawicieli *Begriffsjurisprudenz*, pojęciem o „szczególnym normatywnym znaczeniu”⁶⁹. Prawdopodobnie ta istotna jego rola sprawia, że budzi

⁶⁶ Umowa turystyczna jest nowym, nieznanym dotychczas stosunkiem zobowiązaniowym o pakietowym charakterze, sam jednak fakt ukształtowania się nowego typu stosunku nie uzasadnia w ogóle potrzeby jakiejś szczególnej w zakresie podstawowych zasad odpowiedzialności regulacji. Stosunek taki powinien podlegać w pełnym zakresie ogólnym przepisom o zobowiązaniach umownych. Ze względu na treść orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, nieuniknione jest traktowanie norm implementujących dyrektywę jako *lex specialis* w stosunku do art. 361 § 2 k.c. Tak J. Luzak, K. Osajda: *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 337.

⁶⁷ Nietrudno wyobrazić sobie umowę mieszaną, do której treści należą między innymi *essentialia negotii* umowy turystycznej. Ze względu jednak na jej nienazwany charakter, zastosowanie ustawy o usługach turystycznych stanie pod znakiem zapytania i będzie miało w najlepszym wypadku jedynie charakter analogii. Tym samym, trudno uzasadnić będzie wyłączenie działania art. 361 § 2 k.c., gdyż regulacja o charakterze wyjątkowym, a taką niewątpliwie jest art. 11a i 11b ustawy, nie powinna teoretycznie znajdować zastosowania do stosunków obligacyjnych zaledwie podobnych, formalnie niepodlegających hipoteczom wspomnianych norm.

⁶⁸ Zob. pkt 4.

⁶⁹ J. Stelmach: *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1999, s. 103.

ono od lat olbrzymie kontrowersje i jest motywem licznych dyskusji, nie dość powiedzieć — niemających realnie przewidywalnego końca. Metoda analizy pojęciowej wydaje się w przypadku problemu szkody wyjątkowo adekwatna. Rzeczywiście, analiza przedmiotowego terminu pozwala na wyodrębnienie pewnych podzbiorów semantycznych w ramach jego ogólnego zakresu znaczeniowego. Wydaje się jednocześnie i takie jest założenie niniejszej pracy, że, choć zjawisko szkody jest przedmiotem szczególnego zainteresowania ustawodawcy, odnosi się ono w rzeczywistości do sfery faktów. To powstawanie szkody, wyrządzanie jej drugiej osobie w sposób sprzeczny z określonymi regułami postępowania jest motywem do tworzenia zasad odpowiedzialności. Stąd przyznanie roszczenia odszkodowawczego jest normatywną odpowiedzią na faktyczne istnienie szkody. Jak się okazuje — odpowiedzią niepełną, co w określonych sytuacjach jest uzasadnione, w innych wydaje się co najmniej dyskusyjne.

Można ostatecznie powiedzieć, że poprzez pojęcie szkody ustawodawca realizuje deskryptywną funkcję tekstu prawnego, poprzez tworzenie reguł odpowiedzialności — jego funkcję twórczą. Oczywiście nie może być przedmiotem niniejszych rozważań próba rozstrzygnięcia sporu pomiędzy zwolennikami deskrypcjonizmu a kreatywnego charakteru języka norm. Należy podzielić ostatecznie pogląd, że język ten „Z jednej strony tworzy pewne normatywne stany rzeczy, co w mniejszym lub większym stopniu wpływa na zjawiska życia społecznego, ale z drugiej odtwarza (odzwierciedla) pewne właściwości otaczającej nas rzeczywistości”⁷⁰.

Oczywisty jest zatem z pewnością fakt, że sama szkoda niemajątkowa jest pewnym podtypem szkody w ogóle. Dolegliwość niedotykająca majątku poszkodowanego będzie stanowiła *differentia specifica* pojęcia szkody niemajątkowej, pozwalającą na jednoznaczne odróżnienie tego typu uszczerbku od innych możliwych rodzajów szkód. Jak jednak zostanie kilkakrotnie wykazane, pozornie niebudzące wątpliwości twierdzenie o dywersyfikacji w ramach ogólnego pojęcia szkody było i jest źródłem wielu nieporozumień. Szkoda nie jest, rzecz jasna, jakimś sztucznym tworem wykreowanym dla potrzeb regulacji prawnych, przeciwnie — istnienie szkody jako zjawiska pozaprawnego było zasadniczym asumptem do uczynienia z niej przedmiotu owych regulacji. I dlatego poszukiwania uniwersalnego pojęcia szkody, wreszcie — szkody niemajątkowej wymagają dokonania wszechstronnych rozważań językowych⁷¹, ekonomicznych czy natury socjologicznej. Poza granicami czysto

⁷⁰ R. Sarkowicz, J. Stelmach: *Teoria prawa*, Kraków 2001, s. 42. Tym samym, ustawodawca informuje o zjawisku szkody i kreuje mechanizmy zaradcze przeciw określonym wypadkom jej powstania.

⁷¹ Nie ma chyba większego sensu, wobec braku specjalistycznej definicji legalnej szkody, mówienie o normatywnym znaczeniu tego pojęcia. Zgodnie z dyrektywą języka potocznego „normie należy nadać takie znaczenie, jakie ma ona w języku potocznym”. Zob. L. Morawski: *Wykładnia w orzecznictwie sądów*, Toruń 2002, s. 118; J. Stelmach, B. Brożek: *Metody prawnicze*, Zakamycze 2004, s. 133. Gdyby jednak ustawodawca nadał szkodzie jakieś znaczenie specjalistyczne, wówczas konflikt pomiędzy znaczeniem fachowym a ogólnojęzykowym należałoby rozstrzygnąć na korzyść tego pierwszego. Zob. T. Spyra: *Granice wykładni prawa*, Zakamycze 2006, s. 53 i 159.

językowymi tekstu prawnego powstają także przyczyny, dla których „warto” chronić pewne dobra czy stosunki poprzez zasadę odpowiedzialności odszkodowawczej. Słowem, aspekty gospodarcze, etyczne oraz społeczne składają się na cały funkcjonalizm takiej odpowiedzialności.

Nie oznacza to bynajmniej konieczności odwoływania się do niezmiennej, platonicznej idei szkody. Wystarczy jednakże stwierdzenie o wyjątkowym statusie języka potocznego, który ustawodawca respektuje, unikając wprost nadawania szkodzie znaczeń swoistych. Oczywiście „z pewnością język potoczny nie jest ostatnim słowem; w zasadzie zawsze można go uzupełnić, ulepszyć i zastąpić. Pamiętajmy tylko, że jest to pierwsze słowo”⁷².

Truizmem będzie twierdzenie, że szkoda jest zjawiskiem ogólnie niepożądanym. Pomijając przypadki „złych intencji” sprawcy i właściwej sprawstwu umyślnemu wewnętrznej satysfakcji, również z jego punktu widzenia, biorąc pod uwagę fakt z założenia nieuchronnej odpowiedzialności za szkodę, powstanie szkody ma wymiar generalnie niekorzystny. Słownik języka polskiego definiuje szkodę jako „stratę materialną lub moralną” — jak się za chwilę okaże, w sposób bardzo szeroki, z uwzględnieniem wszelkich możliwych uszczerbków⁷³. Jednocześnie warto zaznaczyć, że zjawisko szkody nie należy do świata normatywnego⁷⁴, normy prawne zaledwie opisują je i to tylko w pewnych kontekstach (w ścisłym związku z problemem odpowiedzialności). Szkody nie da się „zmierzyć” za pomocą tych samych kryteriów, które pozwalają na stwierdzenie skuteczności umowy czy ważności testamentu, doskonale natomiast poddaje się mechanizmom pozaprawnym: ekonomicznym, moralnym, psychologicznym czy nawet medycznym.

W języku angielskim szkodą (*damage*) należy nazwać zarówno uszczerbek materialny wyrządzony w stosunku do osoby lub rzeczy (*physical harm caused to something or someone*), jak i uszczerbek emocjonalny (*emotional harm*). Bogactwo znaczeń pojęcia szkody na gruncie języka angielskiego pozwala na skonstruowanie jeszcze jednej, bodaj najszerszej definicji szkody, odpowiadającej wspomnianemu wyżej truizmowi — jako negatywnej konsekwencji (*a bad effect of something*⁷⁵). Analiza potocznego znaczenia pojęcia szkody⁷⁶ sugeruje w sposób jednoznaczny, że uszczerbek emocjonalny, szkoda moralna czy, przechodząc na grunt języka prawnego — uszczerbek niemajątkowy kwalifikuje się jako podtyp szkody, ta zaś ujmo-

⁷² J.L. Austin: *Prośba o wybaczenie* (w:) J.L. Austin: *Mówienie i poznawanie. Rozprawy i wykłady filozoficzne*, Warszawa 1993, s. 243–244 (za:) J. Stelmach, B. Brożek: *Metody...*, *op. cit.*, s. 113.

⁷³ Także utraconego zysku — o ile przez stratę rozumiemy również przyszły uszczerbek, a nic nie stoi na przeszkodzie takiemu pojmowaniu straty.

⁷⁴ W tym zakresie raczej należy zatem oddać deskrypcjonistom (zob. R. Sarkowicz, J. Stelmach: *Teoria prawa*, *op. cit.*, s. 40). Być może ze względu na pozaprawny charakter szkody ustawodawcy zwykle rezygnują z jej definiowania.

⁷⁵ *Dictionary of Contemporary English*, wyd. 3, Longman 2002.

⁷⁶ Europejski Trybunał Sprawiedliwości, a także rzecznik generalny A. Tizzano poszukują w uzasadnieniach swoich opinii w sprawie *Leitner v. TUI* (ETS C-168/00, ECR 2002, s. I-2631 i n.) takiego właśnie, uniwersalnego znaczenia szkody w języku potocznym.

wana jest intuicyjnie jako właściwie każda możliwa negatywna relacja pomiędzy jednostką poszkodowaną a zdarzeniem powodującym szkodę.

W języku niemieckim pojęcie szkody (*die Schaden*) rozumiane jest, podobnie jak w języku polskim, bardzo szeroko — jako: „szkoda, strata, uszczerbek, krzywda”⁷⁷. Wydaje się również, że samą krzywdę (*der Schmerz, das Unrecht*⁷⁸) należy rozumieć na gruncie języka niemieckiego niezbyt szeroko, pojęcie *Schmerz* jest bowiem zarezerwowane głównie dla cierpień psychicznych wywołanych urazem fizycznym (ból, dolegliwość); *Schmerzensgeld* — tłumaczymy jako odszkodowanie za krzywdę moralną, nazywane także potocznie i dość sugestywnie „odszkodowaniem za łzy”, w systemach germańskich dopuszczalne wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. Prawo niemieckie posługuje się jednak bardziej ogólnym terminem: szkody niemajątkowej. Krzywda moralna wiąże się zwykle z pewnym ujemnym, dotkliwym urazem psychicznym, cierpieniem, uciążliwością, dokonaną wobec osoby wbrew jej woli. Nie jest to zatem pojęcie adekwatne dla szkód na przykład „utraconej, spodziewanej przyjemności”. Niewykonanie bądź wadliwe wykonanie zobowiązania nie musi wiązać się z pogorszeniem aktualnego stanu, może jednocześnie prowadzić do pozbawienia osoby wyłącznie określonej korzyści w sferze osobistej.

Owa korzyść jest zarazem profitem właściwym jedynie prawu zobowiązań umownych. Można śmiało pokusić się o stwierdzenie, że tam, gdzie mamy do czynienia wyłącznie z deliktem (brak jest zatem zbiegu odpowiedzialności deliktowej z kontraktową), ten typ szkody niemajątkowej w zasadzie nie występuje.

Identyczność zakresów pojęciowych szkody i niemieckiego *Schaden* nie jest, rzecz jasna, przypadkowa. Etymologicznie bowiem *Schaden* stanowi źródłosłów wyrazu „szkoda”⁷⁹.

Francuskie słowo *dommage* oznacza w potocznym rozumieniu zarówno straty materialne (*dégâts matériels*), jak i niematerialne (*dégâts immatériels*). Z kolei szkodę niemajątkową określa się tradycyjnie jako szkodę moralną (*dommage moral, prejudice moral*). Polski kodeks zobowiązań, jak się później okaże, korzystał zatem z terminologii francuskiej, przy czym nie można powiedzieć, by zabieg ten był szczególnie udany. Orzecznictwo francuskie definiuje szkodę moralną bardzo szeroko, jako jednoznacznie ze szkodą niemajątkową⁸⁰. Kodeks zobowiązań ograniczał

⁷⁷ J. Pipek, J. Ippoldt: *Wielki słownik niemiecko-polski*, Warszawa 1979.

⁷⁸ Językowych desygnatów szkody niemajątkowej jest wiele, zbiorczym dla wszystkich jej podtypów zdaje się pojęcie *Nichtvermögensschaden*.

⁷⁹ Precyzyjniej: niem. *Schaden* (dawn. *scado*) i łac. *scandalum*, oznaczające niebezpieczeństwo, pogorszenie. A. Brückner: *Słownik etymologiczny języka polskiego*, Warszawa 1989.

⁸⁰ A. Szpunar: *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, Bydgoszcz 1999, s. 45. Prawo do żądania zadośćuczynienia odpowiada w pełni faktycznym uszczerbkom — przysługując zawsze wtedy, gdy naruszenie wszelkiego rodzaju dóbr i interesów poszkodowanego nie wywołuje reperkusji w jego majątku. Bardziej szczegółowe potraktowanie tego problemu: zob. pkt 3.1 niniejszej pracy. Zob. także orzeczenie Izby Połączonych Sądu Kasacyjnego z 15 czerwca 1833 r. (Sirey 1833.1.458) oraz Izby Cywilnej w sprawie *Lejars v. Templier* z 13 lutego 1923 r. (DP

odpowiedzialność sprawcy do wypadków „kodeksowej” krzywdy moralnej — ściśle określonych treścią art. 165 k.z.⁸¹

Ostatecznie, poszukiwanie uniwersalnej definicji szkody na gruncie języka potocznego zmusza do konstruowania bardzo ogólnych wniosków. Szkada jest zawsze negatywnym skutkiem określonego zdarzenia i odwrotnie. Na gruncie prawa twierdzenie takie okazuje się już, niestety, nie wiedzieć czemu, mniej oczywiste.

Jak wyżej uprzedzono, z punktu widzenia analizy językowej szkoda niemajątkowa będzie, zgodnie z formułowanymi wnioskami, po prostu negatywną konsekwencją pewnego zachowania sprawcy szkody wobec dóbr uszkodzowanego (prawie relewantnych bądź nie), innych niż dobra majątkowe.

W sensie ekonomicznym szkoda siłą rzeczy oznacza uszczerbek o charakterze majątkowym. Dlatego też mechanizmy prawne kreujące obowiązki odszkodowawcze mają być, w ujęciu przedstawicieli nurtu *Law & Economics*, przede wszystkim ekonomicznie efektywne⁸². Prawo powinno ich zdaniem prowadzić do efektywnej alokacji dóbr. Owa skuteczność może przejawiać się nie tylko w potrzebie poprawy sytuacji materialnej, lecz również w utrzymaniu jej stałości względnie — przywróceniu stanu poprzedzającego zaistniały uszczerbek.

Oczywiście, ujęcie ekonomiczne nie znajduje, przynajmniej na pierwszy rzut oka, uzasadnienia dla rekompensat uszczerbków innych niż majątkowe⁸³. Uszczerbek tego rodzaju jest bowiem z pozoru ekonomicznie obojętny, nie prowadzi do zmian sytuacji majątkowej jednostek, stąd — ochrona przed jego ewentualnym wystąpieniem, według szkoły ekonomicznej analizy, nie jest celem prawa, przynajmniej nie celem zasadniczym. Charakter pewnej grupy stosunków prawnych (także tych zobowiązaniowych) nie pozwala jednak na zrównanie efektywności ze sprawiedliwością. Założenia stojące za ekonomiczną analizą prawa mogą budzić wątpliwości

1923.1.52). Zapatrywania orzecznictwa francuskiego zyskały aprobatę doktryny (Civ. 2, 23 May 1977, Bull. II, No. 139 i C2, 16/04/1996, Bull. No. 94).

⁸¹ Jednocześnie treść wspomnianego przepisu wskazuje na dość niejasną dywersyfikację pomiędzy krzywdą moralną a cierpieniami fizycznymi. Trudno wyznaczyć sensowną granicę rozdzielałą wspomniane pojęcia i równie trudno wskazać, czy krzywda moralna, zdaniem ówczesnego ustawodawcy, jest skutkiem cierpień fizycznych, czy na tych cierpieniach właśnie polega. Zob. też F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie*, wyd. II, Warszawa 1948, s. 122.

⁸² J. Stelmach, B. Brożek: *Metody...*, *op. cit.*, s. 136. Miarą ekonomicznej efektywności jest przede wszystkim rachunek zysku i kosztów. Wykonanie zobowiązania jest ekonomicznie nieefektywne, gdy potencjalny zysk jest niższy od kosztów wykonania. Spoglądając na problem z innej strony — koszt niewykonania jest niższy niż koszt wykonania pomniejszony o potencjalny zysk. W sytuacji „idealnego kontraktu” większą efektywność wykazuje wykonanie zobowiązania. Normy kształtujące odpowiedzialność za naruszenie umowy powinny zatem być tak skonstruowane, by uniemożliwiać jego ekonomiczną efektywność. Zob. A. Hatzis: *Civil Contract Law and Economic Reasoning An Unlikely Pair?*, <http://www.econ.uoa.gr/UA/files/1974297083.pdf>, s. 5. Z drugiej strony, w wyjątkowych sytuacjach oferowanie pełnej rekompensaty za szkodę niemajątkową może okazać się ekonomicznie nieefektywne: S.A. Rea: *Non-pecuniary Loss and the Breach of Contract*, *Journal of Legal Studies* 11, 1982, s. 35–53.

⁸³ Ekonomiczne znaczenie tego rodzaju szkody zostało jednak dostrzczone w orzecznictwie niemieckim, gdzie na przykład umowa o imprezę turystyczną postrzegana była jako stosunek obligacyjny skomercjalizowany, stąd sama „utrata wypoczynku” — jako szkoda o charakterze majątkowym. Zob. pkt 3.2.

i są problematyczne⁸⁴. Metoda ekonomicznej analizy odpowiedzialności odszkodowawczej wyłącza potrzebę odwoływania się do innych, mniej jasnych kategorii z jednej strony, z drugiej zaś, natura pewnej grupy sytuacji prawnych zmusza, jak się dalej okaże, do poszukiwania racjonalizacji modelu odpowiedzialności właśnie wśród kryteriów pozaekonomicznych.

Trudno jednoznacznie stwierdzić, na ile możliwa jest konstrukcja modelu ekonomicznego odpowiedzialności kontraktowej za uszczerbek niemajątkowy. Warto jednak zauważyć, że w relacji długofalowej wystąpienie tego rodzaju szkody nie jest także z ekonomicznego punktu widzenia zupełnie irrelewantne, przynajmniej w skali mezo i to właśnie na gruncie prawa umów⁸⁵. Częstotliwość i prawdopodobieństwo wystąpienia przykrości, nieprzyjemności, bólu i cierpienia wynikłych z niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania, niewątpliwie wpływają na kierunek przyszłych, jednostkowych wyborów ekonomicznych. Z ekonomicznego punktu widzenia istnienie normy kreującej odpowiedzialność za uszczerbek niemajątkowy będzie niewątpliwie nakierowane na utrzymanie bilansu ekonomicznego na korzyść wykonania umowy.

Wracając do myśli przewodniej rozważań — motywy głosów krytycznych wobec doktryny *Law & Economics*, na gruncie problemu odpowiedzialności za uszczerbek niemajątkowy, zdają się szczególnie uzasadnione, sama zaś definicja szkody — zbyt wąska.

Przechodząc z kolei do rozważań nad kwestią normatywnego znaczenia szkody, a w jej ramach także szkody niemajątkowej, warto skoncentrować się przez chwilę na dotychczasowym sposobie prezentowania problemu i związanymi z nim niejasnościami w prawie polskim.

Autorzy *Komentarza do kodeksu cywilnego*⁸⁶ pojęcie szkody wyjaśniają następująco:

„Według § 2 art. 361 szkoda polega albo na stracie, którą poniósł poszkodowany (*damnum emergens*), albo na pozbawieniu go korzyści, które mógłby uzyskać, gdyby mu szkody nie wyrządzono (*lucrum cessans*).

Stratą jest pomniejszenie majątku poszkodowanego. Polega ona na uszczupleniu aktywów (np.: zniszczenie, utrata lub uszkodzenie określonych składników majątkowych albo obniżenie ich wartości) albo na przybyciu pasywów (np. powstanie nowych zobowiązań albo ich zwiększenie). (...)

Szkoda związana z utraconymi korzyściami ma zawsze charakter hipotetyczny. Z reguły występuje obok rzeczywiście poniesionej straty. Powstanie szkody pole-

⁸⁴ Tamże, s. 153.

⁸⁵ W przypadku deliktów trudno doszukać się ekonomicznej zależności między zdarzeniem wywołującym krzywdę a późniejszymi wyborami ekonomicznymi.

⁸⁶ G. Bienick, H. Ciepła, S. Dmowski: *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, Warszawa 2003.

gającej na utraconych korzyściach jest wielce zróżnicowane. W razie szkody na osobie mogą przykładowo oznaczać utratę (zmniejszenie) zarobków. (...)

Aczkolwiek ustalenie szkody w postaci utraconych korzyści jest hipotetyczne, to jednak szkoda taka musi być przez poszkodowanego wykazana z tak dużym prawdopodobieństwem, aby uzasadniała ona w świetle doświadczenia życiowego przypięcie, że utrata korzyści rzeczywiście nastąpiła”.

Z taką treścią definicji szkody nie sposób się zgodzić. Autorzy tej części komentarza widać nie dostrzegli faktu (bądź podejście ich wynika z pewnego uproszczenia w metodzie definiowania szkody), że kodeks cywilny (podobnie jak wcześniej kodeks zobowiązań) nie podaje definicji legalnej szkody⁸⁷, a jedynie wymienia te uszczerbki, które podlegają obowiązkowi kompensacyjnemu (o ile, rzecz jasna, w ogóle wystąpią)⁸⁸.

Zgodnie zatem z brzmieniem normy: „(...) w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy, naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządono”. Z samego faktu powstania szkody nie wynika obowiązek zapłaty odszkodowania, nie oznacza to jednak, że brak takiego obowiązku wyłącza możliwość zaistnienia szkody.

Z § 2 art. 361 wynika po pierwsze, że pojęcie szkody ma zakres znaczeniowy szerszy niż samo jedynie *damnum emergens* i *lucrum cessans*, po drugie, że sam obowiązek odszkodowawczy może w zakresie swoim być modyfikowany bądź to przepisem szczególnym ustawy, bądź to odpowiednim postanowieniem umownym. Nie jest to rozwiązanie szczególnie oryginalne. Podobną normę zawiera art. 1149 kodeksu cywilnego francuskiego, zgodnie z którą wierzyciel, co do zasady, może żądać odszkodowania za doznaną stratę i zysk, którego został pozbawiony na skutek niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania⁸⁹. Należy przy tym zastrzec, że art. 1149 francuskiego kodeksu cywilnego odnosi się jedynie do zobowiązań umownych, art. 361 § 2 k.c. — także do zobowiązań powstałych na skutek deliktu. Różnica ta ma całkiem istotne znaczenie, bowiem możliwość zasądzenia odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy (niemalże w każdej jego postaci) w prawie fran-

⁸⁷ J. Luzak, K. Osajda: *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop w prawie polskim*, KPP 2005, z. 2, s. 312–313. Również Trybunał Konstytucyjny uznał szkodę za pojęcie nieokreślone w jego potocznym rozumieniu, za szkodę należy jednak uznać, zdaniem Trybunału, każdy uszczerbek w prawie chronionych dobrach poszkodowanego. Zob.: wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 grudnia 2001 r. (SK 18/00, OTK ZU 2001, nr 8, poz. 256) oraz z 23 września 2003 r. (K 20/02, OTK ZU 2003, nr 7, poz. 76).

⁸⁸ Utożsamianie pojęcia szkody z zakresem odpowiedzialności rodzi problem nie tylko w polskiej doktrynie. Również ze względów czysto językowych możliwe są pewne nieporozumienia. W uzasadnieniu orzeczenia w sprawie *Bliss v. South East Thames Regional Health Authority* [1985] I.R.L.R. 308 czytamy: „(...) damages do not include frustration, vexation and distress (...)”. W języku angielskim termin *damage* jest używany zarówno dla określenia szkody, jak i odszkodowania (*damages*). Nie oznacza to, rzecz jasna, że pojęcia te są traktowane jako tożsame, a sama szkoda identyfikowana jest jedynie na podstawie kryteriów aktualizujących odpowiedzialność.

⁸⁹ „Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé sauf les exceptions et modifications ci-après”.

cuskim otwiera treść art. 1382 Code civil, gdzie zakres obowiązku odszkodowawczego nie ma właściwie żadnego ogranicznika⁹⁰. Podobnie jak w prawie polskim, sama szkoda nie jest definiowana i chyba również w tym wypadku aktualne będą wnioski o jej możliwie jak najszerszym rozumieniu.

Kodeks cywilny (a także ustawy szczególne) zna nieliczne wyjątki od zasady kompensacji szkód majątkowych z art. 361 § 2 k.c. Warto jednak w sposób wyraźny podkreślić kompetencję stron stosunku obligacyjnego do rozszerzenia (co jest szczególnie istotne z punktu widzenia niniejszych rozważań) lub zawężenia (co w praktyce okaże się praktyką znacznie częstszą) przedmiotowego zakresu odpowiedzialności dłużnika. Owo rozszerzenie może niewątpliwie obejmować między innymi szkody o charakterze niemajątkowym, stąd uprawniony będzie wniosek, że przynajmniej z pewnego punktu widzenia, szkoda niemajątkowa nie jest prawnie irrelevantna w systemie polskiego prawa cywilnego — nie istnieje żaden formalny zakaz kompensowania tego typu uszczerbków, choć, oczywiście, postanowienia umowne, w których dłużnik decydowałby się na poniesienie surowszej odpowiedzialności, będą należały do rzadkości.

Umowne zobowiązanie do naprawienia ewentualnych szkód niemajątkowych rodzi skuteczne roszczenie i podlega dyspozycji art. 471 k.c.

Równocześnie, we wcześniejszych wywodach autorów *Komentarza...* znajdujemy następującą konkluzję:

„W kodeksie cywilnym brak bliższego określenia, a stanowisko doktryny nie jest w tej kwestii jednolite. Trafny wydaje się pogląd, że przez szkodę rozumie się nie tylko szkodę majątkową, ale także i szkodę niemajątkową (uszczerbek niematerialny). Wprawdzie ta ostatnia zwana jest krzywdą (art. 445 k.c.), ale zarazem osobę, która jej doznała, określa się jako »poszkodowanego«.

Niekonsekwencja definicyjna pojawia się raz jeszcze:

„Ogólnie rzecz ujmując, szkodą jest powstała wbrew woli poszkodowanego różnica między obecnym jego stanem majątkowym a tym stanem, jaki zaistniałby, gdyby nie nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę”.

Niestety, takie uproszczenie jest nie do przyjęcia. Konstatacja, że szkodą jest również uszczerbek niemajątkowy, wyłącza możliwość dyferencyjnej metody szacowania szkody. Bardziej prawidłowe byłoby zatem zastrzeżenie, iż cytowana wyżej definicja odnosi się tylko do uszczerbków o charakterze majątkowym.

Aktualnie postuluje się badanie przeciętnej, powszechnej wartości dobra ccelem oszacowania wysokości szkody. Pomijana jest zatem wartość szczególnego upodobania (*pretium affectionis*). Należy w tym miejscu stanowczo wyjaśnić kwestię kwalifikacji owej wartości — bezspornie jest to szkoda niemajątkowa. Nie można jednak poddawać się sugestii, że każda szkoda niemajątkowa ma walor wyłącznie

⁹⁰ Orzecznictwo francuskie wypracowało szerokie pojęcie szkody (*dommage*), także w stosunku umownym możliwe jest zatem dochodzenie odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy na podstawie normy deliktowej.

subiektywny. Obiektywizowanie tego rodzaju uszczerbku jest możliwe, konieczne i powszechnie akceptowane jako metoda określania wysokości zadośćuczynienia, również w prawie polskim.

Na gruncie norm sankcjonujących czyny niedozwolone, ogólne, szerokie ujęcie szkody jest lepiej widoczne, choćby ze względu na istnienie owych wyjątków od zasady kompensacji wyłącznie uszczerbków majątkowych. Szkodą jest więc „uszczerbek w dobrach prawnie chronionych osoby poszkodowanej”⁹¹. Tak pozornie szeroka definicja szkody również zawiera w sobie pewne ograniczenia. Mowa w niej bowiem o „dobrach prawnie chronionych”, a zatem tych wartościach, które ustawodawca uznaje za istotne i zasługujące na ochronę prawną, na przykład dobrach osobistych. Przy takim ujęciu problemu szkoda w postaci na przykład utraconej przyjemności wypoczynku nie mieściłaby się w zakresie wspomnianej definicji. Przyjemność wypoczynku, wyprzedzając dalsze rozważania, nie jest dobrem osobistym, i nie jest w obecnym stanie prawnym przedmiotem jakiegokolwiek ochrony. Brak sankcji za utracony wypoczynek nie oznacza jednak z pewnością, że po stronie niedosłzłego beneficjenta usługi nie powstał żaden uszczerbek. Ostatecznie, idąc tokiem rozumowania wyznaczonym przez autorów tak skonstruowanej definicji szkody, zmuszeni byłibyśmy stwierdzić, że w zasadzie nic się nie stało.

Wydawać by się mogło, że do bardziej prawidłowych wniosków, mimo legislacyjnych różnic, doszła doktryna jeszcze w stosunku do poprzedniego stanu prawnego. Kodeks zobowiązań, podobnie jak obecnie kodeks cywilny, nie zawierał legalnej definicji szkody. Rozróżnienie pomiędzy pojęciem szkody a normatywnym zakresem odpowiedzialności było zaś jeszcze bardziej wyraziste, art. 157 § 1 wskazywał jedynie na te rodzaje uszczerbków, które podlegają ogólnemu obowiązkowi kompensacyjnemu:

„Odszkodowanie obejmuje stratę, jaką poszkodowany poniósł, i korzyść, której mógł się spodziewać, gdyby mu szkody nie wyrządzono”.

Jednocześnie § 3 dopuszczał żądanie zadośćuczynienia za krzywdę moralną, niezależnie od naprawienia szkody majątkowej (kodeks zobowiązań posługiwał się w sposób dosłowny pojęciem szkody majątkowej i terminologii w omawianym zakresie używał dość konsekwentnie⁹²), w przypadkach ustawowo określonych.

Konstruowanie prawidłowych wniosków i uniwersalnych definicji wymaga wyraźnego rozróżnienia pomiędzy samym pojęciem szkody a zakresem obowiązku odszkodowawczego. Utożsamianie tych kwestii będzie niestety zawsze prowadzić do błędnych konkluzji. Wydaje się nawet, że szkoda w istocie swojej nie jest najlepszym materiałem do jej legalnego definiowania i nie jest to jednocześnie zabieg

⁹¹ W. Czachórski: *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2003, s. 93. W dalszej części autor definiuje szkodę szczerzej, jest nią: „każdy uszczerbek, który dotyka poszkodowanego, zarówno o charakterze majątkowym, jak i niemajątkowym”, tamże, s. 97; podobnie Z. Radwański: *Zobowiązania — część ogólna*, Warszawa 2003, s. 85.

⁹² Szkoda wiązana była z uszczerbkiem majątkowym, uszczerbek niemajątkowy był natomiast określany terminem „krzywda”; dla krzywdy również kodeks zobowiązań rezerwował termin „zadośćuczynienie”.

w ogóle ustawie szczególnie potrzebny. Praktyczna korzyść pojawia się bowiem dopiero w obliczu rozważań postulatu poszerzenia zakresu obowiązku kompensacyjnego. W pełni tutaj jest uprawnione pytanie: jaki jeszcze uszczerbek ma być tym obowiązkiem objęty?

Norma art. 239 k.z. jeszcze wyraźniej wskazywała na bardzo szerokie ujęcie szkody, dłużnik kontraktowy odpowiadał wobec wierzyciela „za wszelką szkodę, wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania”. Dopiero odwołanie art. 242 k.z. do reżimu deliktowego zawężyło sankcję odszkodowawczą.

Roman Longchamps de Berier definiował szkodę jako uszczerbek materialny lub moralny⁹³. Lingwistyczne ograniczenia prowadzą także tutaj do nieporozumień, bowiem szkoda majątkowa może powstać również na skutek naruszenia dobra przestrzennie niewymiernego⁹⁴. Wydaje się, że autor utożsamiał pojęcie szkody majątkowej ze szkodą materialną (podobne uproszczenia spotykamy powszechnie w doktrynie anglosaskiej) bez przywiązywania szczególnej uwagi do kwestii językowych.

Szkoda niemajątkowa nie jest jednak z pewnością tym samym co krzywda moralna; przynajmniej nie w ujęciu proponowanym przez autora: „Szkoda moralna obejmuje cierpienia fizyczne lub moralne, doznane wskutek wyrządzenia szkody”. Nurtują wobec powyższego dwie kwestie:

1. O jaką szkodę chodziło autorowi, gdy mówił o przyczynie sprawczej cierpień fizycznych lub moralnych?
2. Czy szkoda niemajątkowa musi ograniczać się jedynie do pewnych cierpień, przykrości, niedogodności czy, przynajmniej teoretycznie, może obejmować także innego rodzaju uszczerbki niewymierne ekonomicznie?

Odpowiedź na pierwsze pytanie nastęrcza wielu trudności. Gdyby bowiem chodziło o szkodę majątkową powodującą cierpienia fizyczne i moralne, twierdzeniu takiemu można by zarzucić, że przecież nie zawsze krzywda wiąże się z uszczerbkiem w majątku poszkodowanego (nawet krzywda w ścisłym znaczeniu — jako konsekwencja na przykład naruszenia czci)⁹⁵. Gdyby uznać, że cierpienia fizyczne lub moralne są przyczyną szkody niemajątkowej, to całe cytowane twierdzenie pozbawione byłoby sensu. Uszczerbek niemajątkowy nie rodzi konsekwencji w postaci jakichś cierpień poszkodowanego, lecz na tych właśnie cierpieniach może,

⁹³ R. Longchamps de Berier: *Zobowiązania*, Poznań 1948, s. 289. Inna, bardziej zadowolająca definicja szkody tego autora: „szkodę należy rozumieć potocznie, jako uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy dotykający osobę bez prawnego usprawiedliwienia”, tamże, s. 239. Autor przypomina, że definicję szkody zawiera kodeks cywilny austriacki. Jej treść pokrywa się właściwie z potocznym pojęciem szkody. Paragraf 1293 k.c.a. określa ją jako: „każdy uszczerbek, wyrządzony komuś na majątku, prawach lub osobie”, słowem — każdy uszczerbek. Regulacja austriacka ma charakter wyjątkowy, zasadniczo bowiem ustawodawcy krajowi unikają definiowania pojęcia szkody.

⁹⁴ Tak Z. Radwański: *Zadośćuczynienie pieniężne za szkodę niemajątkową*, Poznań 1956, s. 3.

⁹⁵ Postacią szkody majątkowej jest szkoda na osobie, polegająca na naruszeniu dóbr określonej osoby, w następstwie którego dochodzi do negatywnych następstw w majątku tej osoby, także wspólnie z krzywdą i odwrotnie — naruszenie dobra może, lecz nie musi, wiązać się z powstaniem majątkowej szkody na osobie. Tak G. Bienick, H. Cieplą, S. Dmowski: *Komentarz..., op. cit.*, s. 70.

między innymi, polegać. Gdybyśmy nawet dążyli do oddzielenia pojęć samych cierpień (jako pewnych negatywnych doznań psychicznych czy psychofizycznych) od szkody niemajątkowej (jako ich prawnego aspektu), bardziej uzasadnione zdawałoby się raczej odwrotne rozumowanie: to szkoda niemajątkowa byłaby konsekwencją cierpień, przykrości i niedogodności.

Drugie pytanie wymaga odpowiedzi przeczącej. Tu znów mamy do czynienia z mieszanym problemem stosunku prawa do różnych rodzajów uszczerbków z problemem ich definiowania. Tam bowiem, gdzie prawo nie przewiduje odpowiedzialności za szkodę, tam autorzy uznają, że szkoda nie powstała. Jest to oczywistym błędem. Równie dobrze można by uznać, że w ogólnym reżimie odpowiedzialności kontraktowej dochowanie należytej staranności wyłącza możliwość powstania szkody. Fakt, że dłużnik nie ponosi prawnych konsekwencji swojego działania czy zaniechania, nie oznacza, rzecz jasna, braku ekonomicznych, ujemnych skutków po stronie wierzyciela. I tak, wyłączenie odpowiedzialności kontraktowej za uszczerbki niemajątkowe, czy też pewne ich rodzaje, w żadnym wypadku nie gwarantuje, że taka szkoda *de facto* w ogóle nie wystąpi. Nawiasem mówiąc, omawiany problem unaocznia niezwykle wyraźnie, że w wielu sytuacjach, sfera prawna, poza wtórną kwestią samej odpowiedzialności, pozbawiona jest wpływu na sferę faktyczną.

W tym miejscu można pokusić się o próbę uniwersalnego zdefiniowania szkody i szkody niemajątkowej. Biorąc pod uwagę tempo procesu ujednolicania europejskich krajowych porządków prawnych, nie możemy spodziewać się wiążącej normy generalnej, właściwej przynajmniej zasadniczej części stosunków zobowiązaniowych, zbyt szybko. Jednakowoż, przykłady indywidualnych sytuacji (tak jak w sprawie *Leitner v. TUI*) wskazują na aktualną już potrzebę poszukiwania wspólnych wszystkim systemom krajowym punktów odniesienia dla podstawowych instytucji prawa umów.

Podsumowując poczynione wcześniej rozważania, niewątpliwie szkodą, także w sensie prawnym, jest pewien niepożądany, negatywny rezultat w sferze dóbr jednostki, wywołany wbrew jej woli czymś działaniem lub zaniechaniem. Przez szkodę należy rozumieć uszczuplenie dobra, niezależnie od tego, czy może być obliczona i wyrażona w pieniądzu⁹⁶. Możliwość zasądzenia odszkodowania będzie już zależna jedynie od tego, czy dany system prawny chroni dobro naruszone, słowem — czy istnieje prawo podmiotowe chroniące to dobro⁹⁷.

Szkoda niemajątkowa mieści się zatem zawsze w ramach ogólnego pojęcia szkody⁹⁸. Kryterium wyróżniającym jest charakter dobra naruszonego. Niezależnie

⁹⁶ Z. Radwański: *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, Poznań 1956, s. 3.

⁹⁷ Niezależnie od tego, czy przedstawia ono jakąś wartość majątkową, czy też nie. Tak F. Zoll: *Prawa osobiste w zarysie ze stanowiska prawa prywatnego austriackiego*, Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne, R. IV, Kraków 1903, s. 540. Autor postulował wprowadzenie wielu środków chroniących dobra niemajątkowe, między innymi rozszerzenie o ustalenie istnienia prawa podmiotowego chroniącego takie dobro.

⁹⁸ Z. Radwański: *Zobowiązania — część ogólna*, Warszawa 2003, s. 87. Autor wyjaśnia, że „krzywdą” (unormowana w kodksie cywilnym postać szkody niemajątkowej) nie jest pojęciem różnym od szkody, „zadośćuczyny-

zatem od faktu, czy jest to dobro prawem chronione (jak np. wszystkie dobra osobiste czy też pewien ich zamknięty katalog⁹⁹) czy też prawnie irrelewantne, naruszenie nie wpływa w żaden sposób na zmiany wartości majątku poszkodowanego¹⁰⁰. Szkoda niemajątkowa ma charakter subiektywny i nie poddaje się matematycznym czy ekonomicznym mechanizmom oceny¹⁰¹. Doktrynalne definicje szkody niemajątkowej koncentrują się na naruszeniu subiektywnych przeżyć człowieka: „zranienie uczuć”, krzywdę „idealną, psychiczną”¹⁰², „wszelkie bóle i cierpienia duchowe, wywołane w człowieku utratą lub nadwężeniem jakiegokolwiek z posiadanych przezeń dóbr”¹⁰³, „naruszenie uczuć”¹⁰⁴, „każde cierpienie człowieka, które nie jest spowodowane przez stratę pieniędzy”¹⁰⁵.

2.2. TYPOLOGIA SZKÓD NIEMAJĄTKOWYCH Z UWZGLĘDNIENIEM OBCYCH PORZĄDKÓW PRAWNYCH

Prawo polskie nie dysponuje ogólną zasadą odpowiedzialności kontraktowej za uszczerbek typu niemajątkowego. Dlatego, być może, dalsze rozróżnienia w granicach przedmiotowego pojęcia nie były w zasadzie przedmiotem głębszych rozważań doktryny. Szczególnie inspirujące okazują się osiągnięcia orzecznictwa sądów brytyjskich, poczynione na gruncie *common law* rozważania będą zatem zasadniczym źródłem próby poczynienia bardziej uniwersalnych konkluzji.

Dotychczas doktryna polska koncentrowała się na rozróżnieniu pomiędzy krzywdą a innymi uszczerbkami niemajątkowymi¹⁰⁶. Warto w tym miejscu poczynić kilka uwag dotyczących pojęcia krzywdy.

Jak już wcześniej wspomniano, termin „krzywda” jest terminem ściśle normatywnym, stąd jego zakres znaczeniowy na gruncie prawa nie pokrywa się z sensem językowym. Słownikowe znaczenia szkody i krzywdy nie znają praktycznie różnic i są niezwykle szerokie. Krzywda to „szkoda moralna, fizyczna lub materialna wyrządzona komuś niezasłużenie, bezprawnie; nieszczeście, niesprawiedliwość, obraza

nicie” — od odszkodowania, bowiem: „krzywda i zadośćuczynienie stanowią szczególną postać szkody i odszkodowania”.

⁹⁹ Prawo na przykład niemieckie przewiduje enumeratywny katalog dóbr, których naruszenie może skutkować powstaniem roszczenia o zadośćuczynienie (§ 253 ust. 2 BGB oraz § 823 BGB). W prawie polskim katalog ten jest otwarty (art. 448 k.c.).

¹⁰⁰ Podobnie: J. Luzak, K. Osajda: *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop...*, *op. cit.*, s. 313.

¹⁰¹ P. Basseto Avallone: *The Award of Punitive and Emotional Distress Damages in Breach of Contract*, http://www.nesl.edu.intl/journal/vol8/avallone_v8n2.pdf.

¹⁰² S. Grzybowski: *Prawa osobistości. Encyklopedia podręczna prawa prywatnego*, t. III, z. 1, Warszawa 1957, s. 1245.

¹⁰³ E. Jarra: *Szkody moralne a polski kodeks zobowiązań*, Warszawa 1935, s. 4.

¹⁰⁴ M. Dubois: *Pretium doloris*, Paris 1935, s. 1.

¹⁰⁵ R. Savatier: *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. II, Paris 1951, s. 101.

¹⁰⁶ Krzywda jest pojęciem normatywnym, ustawa posługuje się tym terminem wprost w treści art. 448 k.c., szkoda niemajątkowa ma jedynie swój doktrynalny obraz.

dotykająca kogoś niesłusznie¹⁰⁷, szkoda to „strata materialna lub moralna, uszczerbek”¹⁰⁸. Widać wyraźnie, że określenie „krzywda” jest znaczenie silniej napiętnowane emocjami, ma szczególnie pejoratywny wydźwięk, co istotne — krzywdą nie jest uszczerbek spowodowany działaniem bądź zaniechaniem poszkodowanego, ma być bowiem wyrządzony „bezprawnie, niezasłużenie”, wbrew woli. Szkoda może mieć zatem wymiar jedynie ekonomiczny, oderwany od czyjejkolwiek odpowiedzialności cywilnej czy karnej. Ustawodawca uciekł od językowego sensu analizowanych pojęć, tworząc normatywny podtyp szkody w postaci krzywdy. Sytuacje faktyczne kreujące odpowiedzialność na podstawie art. 448 i 445 k.c. w sposób wyraźny wiążą się jednak ze słownikową definicją krzywdy.

Krzywdą w normatywnym sensie jest uszczerbkiem niemajątkowym, z wystąpieniem którego ustawa wiąże obowiązek zapłaty zadośćuczynienia¹⁰⁹.

Po pierwsze, krzywda jest według kodeksu cierpieniem fizycznym i psychicznym wywołanym uszkodzeniem ciała lub rozstrojem zdrowia¹¹⁰ w sposób bezprawny¹¹¹. Powracając do przytoczonej wyżej definicji, jest to wypadek „szkody moralnej wyrządzonej niezasłużenie, bezprawnie”. Ten przypadek odpowiada austriackiej instytucji *Schmerzensgeld*¹¹².

Dalej, krzywda to cierpienia psychiczne wywołane pozbawieniem wolności bądź skłonieniem za pomocą podstępny do poddania się czynowi nierządny¹¹³.

Wreszcie, krzywdą w kodeksowym znaczeniu jest bezprawne i zawinione¹¹⁴ naruszenie dobra osobistego. Otwarty katalog dóbr osobistych pozostawia orzecznictwu dość szerokie pole do interpretacji¹¹⁵. Jak się jednak okazuje, ochrona taka ma również swoje ograniczenia i pewna grupa wartości niematerialnych, predestynowanych do bycia obiektem naruszeń nie będzie podlegać dyspozycji art. 448 k.c.

¹⁰⁷ *Słownik języka polskiego*, pod red. M. Szymczaka, Warszawa 1981.

¹⁰⁸ Tamże.

¹⁰⁹ Konsekwentnie w niniejszej pracy przyjęto, że krzywdą w znaczeniu prawnym są jedynie uszczerbki wymienione w treści art. 445 i 448 k.c. Podobne wnioski konstruowano na podstawie art. 157 § 3 k.z. Zob. Z. Radwański: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 169.

¹¹⁰ G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski: *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 431.

¹¹¹ Należy przyjąć, że wina nie jest w przypadku odpowiedzialności na podstawie art. 445 w zw. z art. 444 k.c. przesłanką przyznania prawa do zadośćuczynienia, odpowiedzialność taka jest bowiem aktualna we wszelkich przypadkach uszkodzenia ciała i rozstroju zdrowia rodzących odpowiedzialność odszkodowawczą w ogóle, także na zasadzie ryzyka.

¹¹² Paragraf 1325 nie posługuje się jednak pojęciem krzywdy czy synonimicznym, a jedynie przyznaje prawo do zadośćuczynienia pieniężnego za ból w razie uszkodzenia ciała. Zob. A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 34.

¹¹³ Przyznanie prawa do zadośćuczynienia jest wyrazem ochrony wolności i integralności seksualnej jako dobra osobistego. Wydaje się, że regulacja art. 445 § 2 k.c. jest zbędna, wspomniane wartości mogłyby być bowiem chronione skutecznie na podstawie art. 448 k.c., podobnie jak pozostałe dobra osobiste. Wydaje się również, że przypadki pozbawienia wolności i „podstępny” skłonienia do poddania się czynowi nierządny zawsze z natury swojej będą czynami zawinionymi. Zob. G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski: *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 432.

¹¹⁴ Przesłanką odpowiedzialności za czyn niedozwolony jest, co do zasady, zawinienie (art. 415 k.c.).

¹¹⁵ Żądający zadośćuczynienia winien wskazać, nazwać, jakie konkretnie dobro osobiste zostało naruszone.

Poczynione wyżej rozważania obrazują, jak niewiele na temat rodzajów szkód niemajątkowych mówią w polskim systemie normy i jak niewiele na ich podstawie ma do powiedzenia doktryna. O ile w zakresie odpowiedzialności deliktowej do-czekaliśmy się pewnych specjalistycznych opracowań dotyczących uszczerbku niemajątkowego, o tyle na gruncie odpowiedzialności kontraktowej panuje kompletna naukowa pustka.

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że poczynione dotychczas w literaturze uwagi na temat samej krzywdy jako podtypu szkody niemajątkowej są zupełnie nie-przydatne, biorąc pod uwagę charakter uszczerbków niemajątkowych reprezenta-tywnych dla niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania umownego. W sytuacji pokrzywdzenia rozwiązanie problemu zasądzenia zadośćuczynienia może być w prosty sposób osiągnięte dzięki zbiegowi norm deliktowych i kontraktowych. Istnieją jednak takie rodzaje szkód niemajątkowych, które nie mogą być chronione w sposób bezwzględny¹¹⁶.

W okresie powojennym idea ochrony strony stosunku obligacyjnego przed naruszeniami interesów niemajątkowych spotykała się z wyraźną dezaprobatą¹¹⁷. Zmiana systemu gospodarczego, a za nią — przemiany społeczne, przewartościo-wania oraz podwyższenie standardów świadczonych usług i ochrony konsumenta zmuszają obecnie do gruntownej weryfikacji poglądów w omawianym zakresie. Aksjo-logiczne podstawy regulacji normatywnych jako element systemu prawnego są po-zbawione cechy autonomiczności zmieniają się¹¹⁸. Stąd — zmiana hierarchii warto-ści w prawie nieuchronnie musi prowadzić do nowelizacji. Szkada niemajątkowa jest szkodą realną, a jej znaczenie jako konsekwencji braku świadczenia bądź świadcze-nia wadliwego często jest większe niż określone straty ekonomiczne. Sam problem z jej pieniężnym oszacowaniem nie powinien być przyczyną braku jakiegokolwiek ochrony prawnej¹¹⁹. Nie jest obecnie również zasadne twierdzenie, że żądanie odszko-dowania stanowi w takim wypadku okazję do uwzględniania „błahych, mieszczańskich nawyków, wrażliwości i przesądów”¹²⁰. Owe „błache, mieszczańskie wrażliwości” mogą mieć niezwykle zróżnicowany charakter i fundamentalne znaczenie.

W dalszych rozważaniach szczególnie przydatne okazują się osiągnięcia orzecznicze sądów brytyjskich. Można dokonać na podstawie ich analizy interesu-jącej dywersyfikacji szkód niemajątkowych w stosunku obligacyjnym na: rzeczy-wiste uszczerbki niemajątkowe i uszczerbki w postaci utraty spodziewanej korzyści

¹¹⁶ Przyjmując model bezwzględnej ochrony, należałoby siłą rzeczy zaakceptować twierdzenie, że prawo ża-dania niewadliwego świadczenia na podstawie umowy ma również charakter bezwzględny.

¹¹⁷ Zob. krytyczne stanowisko Z. Radwańskiego: *Zadośćuczynienie...*, op. cit.

¹¹⁸ K. Pałeczki: *Zmiany w aksjologicznych podstawach prawa jako wskaźnik jego tranzycji (w:) Dynamika wartości w prawie*, pod red. K. Pałeczkiego, Kraków 1997, s. 21.

¹¹⁹ R. Holmes, *Mental Distress Damages for Breach of Contract*, [http://www.vuw.ac.nz/law/documentation/PDFS%20AND%20ATTACHMENTS/VUWLR%20PDFS/35\(3\)/Holmes.pdf](http://www.vuw.ac.nz/law/documentation/PDFS%20AND%20ATTACHMENTS/VUWLR%20PDFS/35(3)/Holmes.pdf). Zob. także: S. Galand-Carval: *Non Pecuniary Loss under French Law (w:) Damages for Non — Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, red. W.V. Horton Rogers, Vienna–New York 2001, s. 87.

¹²⁰ Z. Radwański: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 97.

w sferze osobistej. Grupa pierwsza („niemajątkowa rzeczywista strata”) dotyczy sytuacji, w których wadliwe świadczenie bądź jego brak doprowadziły do pogorszenia stanu wyjściowego poszkodowanego — były źródłem niezadowolenia, psychicznego dyskomfortu, przykrości, zmartwień psychicznych¹²¹, wreszcie — krzywdy w znaczeniu, jakie przypisuje jej kodeks cywilny, a zatem cierpienia, bólu, poniżenia, wstydu. Grupa druga dotyczy utraconej korzyści, uszczerbki takie można nazwać „niemajątkowym *lucrum cessans*”¹²². Szkoda polega w tym przypadku na utracie profitu w postaci przyjemności, zaspokojenia pragnień, słowem, okoliczności, w których stan poszkodowanego w ten sposób nie tyle uległ pogorszeniu, co nie został wzbogacony pozytywnymi doznaniem, jakich miało dostarczyć spełnienie świadczenia¹²³. Takie sytuacje wystąpią na przykład w przypadku umów o imprezę turystyczną, umów o dzieło (malarskie, fotograficzne), umów polegających na świadczeniu w postaci zorganizowanych imprez okolicznościowych (sylwester, bal matu-ralny, impreza rocznicowa etc.).

W wypadkach niemajątkowych szkód „rzeczywistych” stosunkowo często dochodzi do zbiegu odpowiedzialności deliktowej z kontraktową. Utracony niemajątkowy zysk jest natomiast właściwy jedynie zobowiązaniom umownym¹²⁴. Jak się okazuje zatem, problem powstawania uszczerbków tego rodzaju pozostaje w prawie polskim bez jakiegokolwiek reakcji ustawodawcy¹²⁵.

Oczywiście, zdarza się niezwykle często (rzec by można — jest to wręcz zasada), że uchybienia po stronie świadczącego mają skutek mieszany. Trudno w takiej sytuacji oddzielić rzeczywiste pokrzywdzenie od jedynie pozbawienia pewnych emocjonalnych korzyści. Kwestia ta nie jest zupełnie bez znaczenia, biorąc pod uwagę fakt, iż w większości systemów prawnych żądania rekompensaty uszczerbków pierwszej grupy mogą być skutecznie egzekwowane.

Z punktu widzenia odpowiedzialności sprawcy szkody wyżej nakreślony podział okazał się niewystarczający. *Common law* wyróżnia w zakresie odpowiedzialności za *breach of contract* trzy dalsze typy szkód niemajątkowych¹²⁶:

¹²¹ Ch. von Baar: *Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht*, Teile II, München 2002, s. 529.

¹²² Pośrednią definicję tego rodzaju szkody niemajątkowej znajdujemy w art. 651f ust. 2 BGB, przyznającym prawo do pieniężnej rekompensaty za utracony spodziewany pożytek w sferze osobistej (*nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit*, ang. tłumaczenie: *holiday time spent fruitlessly*). Zob. M. Nesterowicz: *Zadośćuczynienie pieniężne...*, *op. cit.*, s. 74.

¹²³ M. Chen–Wishart (w): *Contract Law*, Oxford University Press 2006, s. 537, ujmuje tę kwestię bardzo podobnie: „Non-pecuniary loss may refer positively to the failure to obtain satisfaction and enjoyment (also known as ‘personal preference or the ‘consumer surplus’) or negatively to annoyance, anger, frustration disappointment, distress, and loss of reputation consequential on breach”.

¹²⁴ R. Trzaskowski: *Zadośćuczynienie za krzywdę...*, *op. cit.*, s. 34.

¹²⁵ Zob. pkt 2.

¹²⁶ Konstruowane na podstawie wyjątków od tzw. zasady Addis skonstruowanej na bazie orzeczenia w sprawie *Addis v. Gramophone Co Ltd.* z 1909 r., o której szczegółowo będzie jeszcze mowa.

- a) *consequential not being worse off non-pecuniary damage*¹²⁷ — dyskomfort psychiczny wynikający w sposób bezpośredni z fizycznej niewygody powstałej w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania (*harm flowing naturally from the breach of contract, foreseeable consequential loss*);
- b) *consequential not being better off non-pecuniary damage*¹²⁸ — szkody niemajątkowe powstałe na gruncie umów, których celem zawarcia jest osiągnięcie korzyści niemajątkowej (*the object of the contract was to provide pleasure, peace of mind or sentimental benefit*); pojęcie „contracts with a mental benefit” wykrystalizowało się na gruncie tzw. *holiday cases*; zostało szybko rozszerzone w orzecznictwie także na wszelkie przypadki tzw. *loss of amenity*, czyli „utrata ułatwienia”; w sytuacji gdy określona usługa ma dla konsumenta wartość szczególną, niekorespondującą (przynajmniej nie zawsze) z ceną¹²⁹, mówimy o istnieniu jej tzw. rozszerzonej użyteczności (*consumer surplus*); utrata owej użyteczności ma charakter uszczerbku niemajątkowego, gdyż walor ten¹³⁰ jest oderwany od rzeczywistej, ekonomicznej wartości przedmiotu świadczenia, jego ceny czy też powszechnie przyjętej użyteczności¹³¹;
- c) szkody niemajątkowe będące skutkiem wadliwego świadczenia bądź braku świadczenia, które nie były ich bezpośrednią konsekwencją, na przykład dyskomfort psychiczny spowodowany koniecznością naprawy, wymiany, przebudowy¹³², ani nie dają się zakwalifikować jako „holiday case”.

Nakładając zakresy opisanych typologii, nietrudno spostrzec, że pozostają one w stosunku krzyżowania. I tak, szkoda niemajątkowa powstała w trakcie imprezy turystycznej („holiday case”) może polegać zarówno na krzywdzie, jak i utraconej

¹²⁷ R. Holmes: *Mental Distress...* Samo pojęcie *consequential loss* ma znacznie szerszy wymiar. Odnosi się bowiem do wszelkich uszczerbków, których doznała strona umowy na skutek *breach of contract*, a nie tkwią w samym przedmiocie świadczenia, może się również przejawiać w utracie tego, co spodziewała się uzyskać, stąd pojęcie *expectation damage* ma znaczenie nadrzędne (objmuje nie tylko wszelkie wypadki *consequential damage*, ale także szkodę wynikłą z wadliwości przedmiotu świadczenia lub jego nieuczyskania). Zasada w systemie *common law* jest rekompensowanie szkód właśnie w zakresie *expectation interest*.

¹²⁸ Tamże. Tego rodzaju szkoda jest również uszczerbkiem o charakterze *consequential damage*.

¹²⁹ P. Bowal: *Legal Remedies for Spoiled Vacations*, LawNow, September/October 2006.

¹³⁰ Wartość określana w doktrynie polskiej jako „wartość szczególna” (czy też *pretium singulare*) jest pojęciem w pewnym stopniu zbliżonym do *consumer surplus*, gdyż nie wynika z indywidualnych, ekonomicznych walorów danego przedmiotu. Należy jednak podkreślić, że *pretium singulare* ma charakter wartości obiektywnej i nie musi być właściwe jedynie stosunkom konsumenckim (zob. R. Longchamps de Berier: *Zobowiązania*, *op. cit.*, s. 292). *Consumer surplus* bardziej ostatecznie, w znaczeniu swoim przypomina utratę *pretium affectionis* — szkodę niemajątkową związaną ze szczególną, subiektywną wartością rzeczy dla danej osoby. Nie są to jednak pojęcia tożsame; podczas gdy system *common law* opowiada się za rekompensatą *consumer surplus* ze względu na szczególny charakter stosunku prawnego łączącego poszkodowanego konsumenta i świadczącego usługę, odmawia takiej rekompensaty za szkody oparte na wartości sentymentalnej związanej z oczekiwaniami wobec przedmiotu świadczenia (zob. A.H. Kastely: *Compensation for Lost Aesthetic and Emotional Enjoyment: a Reconsideration of Contract Damages for Nonpecuniary Loss*, 8 University of Hawai'i Law Review 1, 3, 1986). *Pretium singulare* ma niewątpliwie charakter majątkowy i obiektywny, *pretium affectionis* — jak każda szkoda niemajątkowa — subiektywny.

¹³¹ B. Sangha, B. Moles: *Can Contract Law Protect Individual Rights and Preferences?*, 10 Bond Law Review 1998, s. 46.

¹³² Tak na przykład w sprawie *Knott v. Bolton*, [1995] 45 Con Law Review 127.

przyjemności, podobnie — nienależyte świadczenie w wykonaniu innego rodzaju umowy może pozbawiać określonej spodziewanej korzyści w sferze emocjonalnej. Fakt ten nie determinuje jeszcze dopuszczalności zasądzenia pieniężnej rekompensaty na wszystkie wspomniane uszczerbki. Orzecznictwo sądów angielskich wypracowało wiele dodatkowych przesłanek warunkujących prawo do odszkodowania¹³³.

Trudno jednoznacznie wskazać kryteria kwalifikacji szkody jako *expectation damage*. Nie wiadomo, czy cel w postaci tego rodzaju korzyści ma być jedynym celem zawarcia umowy, jej celem zasadniczym, istotnym celem¹³⁴; czy wystarczy, by wynikał z charakteru umowy czy może konieczne jest umowne jego zastrzeżenie. Logiczne jest, że ostatnia uwaga powinna być wykluczona¹³⁵. Świadczenie usługodawcy nie polega na dostarczeniu przyjemności, owa przyjemność jest bowiem jedynie konsekwencją jego staranności. Można śmiało powiedzieć, że osiągnięcie pewnego komfortu psychicznego (przynajmniej w subiektywnym odczuciu strony stosunku zobowiązaniowego) zawsze jest pewnym celem zawarcia umowy, stawianym na wyższym lub niższym miejscu w hierarchii wartości „wewnątrzkontraktowych”, rzadko jednak jest jej „sercem”. Wydaje się niestety, że poszukiwanie jasnych kryteriów jest w tym zakresie skazane na niepowodzenie. Pozostają jedynie zasady obiektywizmu i zdrowego rozsądku, a i te również ze względu na swój abstrakcyjny i generalny charakter nie gwarantują prawidłowego rozstrzygnięcia problemu.

Umowy, z istoty których wynika cel w postaci uzyskania korzyści niemajątkowej, są typem szczególnym. Tu bowiem okazuje się, że tradycyjne mechanizmy rekompensaty jak na przykład obniżenie ceny czy prawo odstąpienia od umowy są zupełnie nietrafione. Niekiedy nawet okazuje się, że podczas gdy szkoda majątkowa przedstawia niewielką wartość, bądź nie doszło do jej powstania w ogóle, zasadniczą rolę odgrywa pokrzywdzenie typu niemajątkowego¹³⁶.

Do wielu interesujących wniosków skłania treść uzasadnienia orzeczenia w sprawie *Jarvis v. Swans Tours Ltd.*¹³⁷ „Wysokością” szkody niemajątkowej jest, zgodnie z wyrażonym w nim twierdzeniem, różnica wartości pomiędzy tym, za co poszkodowany zapłacił, a tym, co faktycznie uzyskał. W przypadku kontraktów „with a mental benefit” cena odzwierciedlałaby także wartość spodziewanych korzyści niemajątkowych i to korzyści, jakich może oczekiwać człowiek rozsądnie oceniający sytuację i warunki umowy¹³⁸, gdzie cena jest jedynym miernikiem wartości utraconej

¹³³ Zob. pkt 2.

¹³⁴ Lord Stern w uzasadnieniu orzeczenia *Farley v. Skinner* ([2001] 3 W.L.R.899) uznaje, że wystarczy, by korzyść niemajątkowa była głównym lub istotnym przedmiotem umowy i celem jej zawarcia („major or important object and the part of the reason for contracting”), nie musi być, rzecz jasna zatem, celem wyłącznym.

¹³⁵ Choć zastrzeżenie wprost w treści umowy w znacznym stopniu wpływa na wzrost przewidywalności wystąpienia uszczerbku niemajątkowego.

¹³⁶ Zob. pkt 2.5.

¹³⁷ [1973] Q.B. 223.

¹³⁸ Wykluczone są zatem wypadki rekompensaty za utraconą wartość „szczególnego upodobania”, jest z kolei jak najbardziej uzasadnione zaufanie zapewnionym poczynionym przez świadczącego usługę. Tak między innymi w orzeczeniu *Stedman v. Swan's Tours*, [1951] 95 S.J. 727.

korzyści niemajątkowej. Wydaje się, że takie prezentowanie problemu prowadzi do nadmiernej komercjalizacji umowy. Sądy angielskie wciąż jednak przywiązują szczególną wagę do ochrony zaufania kontraktowego. Niezależnie zatem od tego, na ile kontrahent jest godny zaufania, poczynione przez niego obietnice są wiążące jako element umowy, stąd ich niespełnienie może być przyczyną powstania szkody niemajątkowej i rodzi odpowiedzialność cywilnoprawną. Problem zasad takiej odpowiedzialności zostanie jednak szczegółowo omówiony w innym miejscu.

Zróznicowanie stanów faktycznych daje olbrzymie pole dla tworzenia licznych, mniej lub bardziej przydatnych w generalnym ujęciu, zawsze jednak koniecznych ze względu na potrzebę rozstrzygnięcia konkretnego problemu, klasyfikacji. I tak możemy wyróżnić dalej¹³⁹:

- a) *aggravated damage for mental distress* — to szkody niemajątkowe między innymi w stosunkach profesjonalnych (*commercial contracts damages*) — pozostające poza rozsądnym przewidywaniem stron stosunku prawnego, będące ubocznym skutkiem braku świadczenia bądź świadczenia wadliwego¹⁴⁰; psychiczne dolegliwości są w tym wypadku elementem ryzyka gospodarczego; generalnie także termin ten służy określeniu uszczerbków w postaci jedynie poirytowania, zdenerwowania, złości;
- b) *compensatory damage for mental distress* — szkody niemajątkowe podlegające kompensacie, określenie używane zwykle dla określenia uszczerbków w stosunkach konsumenckich — *damage being a reasonably foreseeable consequence of breach, personal contract damages*.

Jak łatwo zauważyć, „compensatory damages” to te uszczerbki, które powstają na gruncie „contracts with a mental benefit”, umów, których celem było zapewnienie korzyści niemajątkowej, w tym wszystkich „holiday cases”.

Brak właściwie przeciwwskazań ku szerszemu wykorzystaniu dorobku orzeczniczego *common law* celem prowadzenia dalszych rozważań nad postawionym we wstępie postulatem. Dywersyfikacja w zakresie pojęcia uszczerbku niemajątkowego była możliwa poprzez stosowanie prawa. Ustawodawstwo polskie w treści swojej uniemożliwiło rozwój myśli doktrynalnej w dyskutowanym zakresie. Dopiero przybierająca na sile dynamika trendów normatywnych związana z rozwojem sektora usług konsumenckich, jak również zdecydowana orientacja na rzecz ujednolicenia porządków prawnych w ramach Wspólnoty Europejskiej stały się motywem do nieco śmielszych niż dotychczasowe rozważań. Zbliżenie ustawodawstw w ramach reżimu odpowiedzialności odszkodowawczej powinno rozpocząć się już

¹³⁹ Zob. orzeczenie w sprawie *Fidler v. Sun Life Assurance*, precedensowym w stosunku do zasady odmawiającej prawa do rekompensaty szkody niemajątkowej w stosunkach profesjonalnych.

¹⁴⁰ C. Schmitz, *Mental distress, yes, punitive damages, no*, <http://www.arvayfinlay.com/newa/news-jul-14-2006.htm>. Autor stwierdza, że nie jest niczym nadzwyczajnym irytacja i zdenerwowanie spowodowane nieudaną czy niezrealizowaną transakcją („It is not unusual that a breach of contract will leave the wronged party feeling frustrated or angry”).

znacznie wcześniej poprzez „świadome i nieświadome zapożyczenia”¹⁴¹, konfrontację i wymianę informacji oraz konieczność orzekania w sporach transgranicznych¹⁴². Wydaje się niestety, na podstawie pobieżnej analizy dostępnych źródeł poznania prawa, że Polska w tym etapie w ogóle nie uczestniczyła¹⁴³.

Z zupełnie innych przyczyn, brak jest praktycznych rozróżnień w ramach pojęcia szkody niemajątkowej w orzecznictwie francuskim. Szeroka wykładnia art. 1382 Code civil czyni takie zabiegi zupełnie zbytecznymi, poszkodowany może bowiem żądać rekompensaty za każdy rodzaj uszczerbku niemajątkowego. Judykatura francuska powoli przestaje czynić jakiegokolwiek dystynkcje także pomiędzy szkodą majątkową i niemajątkową, traktując żądania poszkodowanego jako jedno roszczenie¹⁴⁴. Jednak tutaj również możemy doszukać się ciekawych uwag orzecznictwa, wyróżniającego:

- a) szkody będące skutkiem naruszenia „zewnętrznych i publicznych” uczuć¹⁴⁵;
- b) szkody powstałe na skutek naruszenia uczuć prywatnych, osobistych¹⁴⁶.

Same zaś skargi z żądaniem odszkodowania na:

- a) składane przez samego poszkodowanego;
- b) składane przez osoby najbliższe poszkodowanemu¹⁴⁷.

Doktryna francuska wyodrębnia w ramach szkody niemajątkowej¹⁴⁸:

- a) ból, cierpienie, naruszenie integralności cielesnej — w ramach nich: *pretium doloris*¹⁴⁹, utrata radości życia¹⁵⁰;
- b) czasowe lub stałe osłabienie;
- c) szkodę estetyczną;

¹⁴¹ B. Markesinis: *General Theory of Unlawful Acts (w:) Towards a European Civil Code*, red. A.S. Hesselink, Nijmegen 1994, s. 286.

¹⁴² M. Bona: *Towards the „europeanisation” of personal injury compensation? (w:) Personal Injury Compensation in Europe*, Dventer, Kluwer 2003.

¹⁴³ Choć niektórzy autorzy od wielu lat postulują wykorzystanie osiągnięć interpretacyjnych w obcych porządkach prawnych. Tak na przykład: M. Nesterowicz: *Umowa o podróż (w:) System prawa prywatnego*, t. 7, Warszawa 2004, s. 802 oraz T. Dybowski (w:) *System prawa prywatnego*, t. III, cz. 1, Wrocław–Warszawa 1981, s. 237–238.

¹⁴⁴ J. Luzak, K. Osajda: *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop...*, *op. cit.*, s. 328.

¹⁴⁵ Przykładem w prawie polskim może być rozróżnienie na cześć „zewnętrzną” (dobre imię, renoma) i cześć „wewnętrzną” (godność osobista). Zob. A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 101; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 maja 1971 r. (OSNCP 1971, poz. 188); podział wywodzi się z doktryny szwajcarskiej: A. Egger: *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich 1930, art. 28.

¹⁴⁶ *Report N° 18 of Law Commission, Aspects of damages: Employment Contracts and the Rule in Addis v. Gramophone Co*, Appendix G, 1991 Wellington, New Zealand.

¹⁴⁷ Nie chodzi w tym wypadku o zastępstwo procesowe, lecz o sytuację, w której szkoda po stronie osoby bliskiej jest jednocześnie przyczyną powstania uszczerbku niemajątkowego po stronie skarżącego (przykładem takiego zdarzenia może być śmierć osoby bliskiej, jej kalectwo, poważna choroba).

¹⁴⁸ Na podstawie: M. Cannarsa: *Compensation for Personal Injury in France*, <http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2002/Cannarsa.pdf>.

¹⁴⁹ Ból fizyczny (tutaj dochodzi do gradacji: bardzo lekki, lekki, umiarkowany, średni, dosyć ciężki, ciężki, bardzo ciężki) i cierpienia psychiczne.

¹⁵⁰ *Préjudice d'agrément*; pod pojęciem to podpadają również wszelkie przypadki „utruty przyjemności” (także na przykład utracona przyjemność wypoczynku).

- d) szkodę polegającą na naruszeniu nietykalności seksualnej;
- e) utratę zdolności zarobkowania, możliwości wykonywania wybranego zawodu, możliwości samodzielnego prowadzenia gospodarstwa domowego;
- f) utratę perspektyw życiowych¹⁵¹.

W tej części pominięto problematykę komercjalizacji stosunków obligacyjnych celem spieniężenia uszczerbku niemajątkowego, do jakiej dochodzi na gruncie prawa niemieckiego¹⁵².

Europejski Trybunał Sprawiedliwości w uzasadnieniu wyroku w sprawie *Leitner v. TUI*¹⁵³ przedstawia własną koncepcję szkody niemajątkowej i różnicowania w ramach przedmiotowego pojęcia. Uszczerbek niemajątkowy może zatem:

- a) wynikać ze szkody na osobie (*arising from personal injury*);
- b) polegać na dolegliwości innego rodzaju niż ból i cierpienie fizyczne.

Do drugiej grupy z pewnością zaliczymy „utracone korzyści niemajątkowe” (w przypadku sprawy *Leitner* była to utracona przyjemność wypoczynku poszkodowanej). Jak słusznie podniesiono, takie rozróżnienie może być modelem uniwersalnym dla wszystkich sądów krajowych¹⁵⁴.

Dodać należy jednak, że z punktu widzenia ewentualnych zasad odpowiedzialności, podział taki może okazać się zbyt generalny. Pierwsza grupa uszczerbków odpowiada krzywdzie w polskim kodeksie cywilnym. *Personal injury* oznacza szkodę na osobie, ta może być natomiast zarówno szkodą majątkową, jak i niemajątkową. Ów uszczerbek niemajątkowy musi wynikać z fizycznego uszkodzenia ciała. Krzywda, jak już wcześniej podniesiono, wiąże się także między innymi z naruszeniem dobra osobistego, stąd uprawniona jest konstatacja, że uszczerbek niemajątkowy wynikający z uszkodzenia ciała ma węższy zakres znaczeniowy od krzywdy. Przykrości związane na przykład z naruszeniem godności ludzkiej musiałyby być zakwalifikowane do drugiej grupy „dolegliwości innego rodzaju niż ból i cierpienie fizyczne”.

2.3. POWSTANIE SZKODY NIEMAJĄTKOWEJ — NIEWYKONANIE LUB NIEWŁAŚCIWE WYKONANIE ZOBOWIĄZANIA

Szkoda niemajątkowa, której powstanie rodzi odpowiedzialność cywilnoprawną, może mieć dwojakie źródło — odpowiednio do źródeł odpowiedzialności za szkodę w ogóle — jest nim potencjalnie bądź czyn niedozwolony, bądź niewyko-

¹⁵¹ Na przykład na skutek zarażenia wirusem HIV.

¹⁵² Koncepcja „utraconej korzyści w sferze osobistej” jako szkody majątkowej została szczegółowo opisana w pkt 2.

¹⁵³ ECR 2002, s. I — 263 i n.

¹⁵⁴ Tamże.

nanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania¹⁵⁵. W dalszych rozważaniach pominięte właściwie zostaną wypadki źródeł deliktowych i zbiegu norm kreujących odpowiedzialność, ze względu na brak ścisłej zbieżności z przedmiotowymi ramami pracy. Poczynione ewentualne uwagi w tym zakresie służą jedynie pełniejszemu zobrazowaniu problematyki niewykonania zobowiązania lub świadczenia wadliwego jako przyczyny uszczerbku o charakterze niemajątkowym; w każdym razie, konieczne było ograniczenie ich do niezbędnego minimum.

Uporządkowanie klasyfikacji uszczerbków niemajątkowych pozwala na ocenę częstotliwości ich występowania w poszczególnych typach stosunków umownych. Owa częstotliwość z kolei jest zasadniczą miarą podmiotowej i przedmiotowej zdolności bycia poszkodowanym.

Primo należy stanowczo podkreślić, że szkoda niemajątkowa może mieć swoje źródło poza stosunkiem zobowiązaniowym także wówczas, gdy nie został popełniony czyn niedozwolony. Jak uprzednio stwierdzono, powstanie uszczerbku nie musi wiązać się z odpowiedzialnością cywilnoprawną. Wynika to z faktu, że zjawisko powstania szkody jest właściwie zjawiskiem obiektywnym i pozaprawnym. Nierzadkie są wcale przypadki „wyrządzenia sobie szkody”, fizycznego zranienia, także emocjonalnego. Taka osoba niewątpliwie poniosła szkodę czy to w postaci materialnej, czy też jedynie w sferze jej psychiki. Oczywiście, nikt nie ponosi odpowiedzialności za skaleczenie podczas prac kuchennych, niepowodzenia w szkole czy zerwane zaręczyny. Tylko zatem wystąpienie określonego układu faktycznego pozwala niekiedy wiązać ów uszczerbek z działaniem lub zaniechaniem drugiej strony stosunku zobowiązaniowego.

Łatwo sobie wyobrazić sytuację, w której klient na przykład biura podróży staje się w trakcie spędzania urlopu poszkodowanym (traci oczekiwaną przyjemność wypoczynku) „na własne życzenie”, poprzez samodzielne działanie, na które świadczący usługę nie ma żadnego wpływu i w żaden sposób nie może mu zapobiec. Obiektywnie rzecz biorąc, klient nie został wzbogacony o pozytywne doznania związane z wypoczynkiem, pobytem w restauracji, wizytą w teatrze etc. Ów uszczerbek nie wynika z braku świadczenia bądź z jego wadliwości. Pomimo dochowania należytej staranności przez świadczącego, faktyczny i zasadniczy cel umowy nie został osiągnięty. Trudno w takiej sytuacji jednocześnie przyjąć, że świadczenie było niekompletne. Dlatego należy stanowczo wykluczyć całkiem popularną, zwłaszcza w orzecznictwie niemieckim, ale również w doktrynie polskiej tezę, jakoby „korzyść w sferze osobistej” należała do treści stosunku prawnego¹⁵⁶.

¹⁵⁵ R. Longchamps de Berier: *Zobowiązania*, *op. cit.*, s. 15. Podział taki ma charakter uproszczony, nie uwzględnia zobowiązań powstałych na przykład na skutek bezpodstawnego wzbogacenia czy czynności jednostronnych. Należy jednak przyjąć, że wspomniane źródła pełnią w zakresie odpowiedzialności cywilnoprawnej zasadniczą rolę.

¹⁵⁶ Tak m.in. T. Dybowski: *System...*, *op. cit.*, s. 237. Autor stwierdza, że pewna forma wypoczynku lub przyjemności przybiera postać świadczenia wyrażonego w cenie zakupu. Pogląd ten stanowczo odrzuca A. Szpunar

Z punktu widzenia aktualnych rozważań, interesujące jednak będą te przypadki, w których, przynajmniej potencjalnie, powstanie szkody niemajątkowej będzie związane z brakiem oczekiwanego zachowania drugiej strony umowy. Natomiast ogólne warunki odpowiedzialności kontraktowej można określić jako następujące:

- a) szkoda niemajątkowa musi mieć charakter realny;
- b) zdarzenie sprawcze — zachowanie dłużnika sprzeczne z treścią umowy powinno pozostawać ze szkodą w adekwatnym związku przyczynowym;
- c) z przepisów prawa lub postanowień umowy musi wynikać, że dłużnik ponosi odpowiedzialność za szkodę niemajątkową¹⁵⁷.

Jak łatwo spostrzec, szkoda jest owocem relacji o charakterze prawnym pomiędzy co najmniej dwoma podmiotami. Podstawowe przesłanki są takie same w reżimie odpowiedzialności *ex delicto*¹⁵⁸. Na nich jednak w zasadzie podobieństwa się kończą. Różnicą wyjściową jest wtórny charakter szkody wynikłej *ex contractu*. Można zatem powiedzieć, że ani strony, ani ustawodawca nie zakładają, że do powstania szkody w ogóle dojdzie. O ile w reżimie deliktowym zatem węzeł prawny bez szkody po prostu nie powstanie, o tyle stosunek umowny może doskonale funkcjonować bez niej, co istotniejsze — stan taki jest pożądany.

Pierwsza z przesłanek wymaga odniesienia się do pewnych kryteriów generalnych. W przypadku szkód niemajątkowych, ze względu na ich niematerialny charakter, ocena, czy do powstania uszczerbku w ogóle doszło, jest szczególnie problematyczna, zwłaszcza w przedmiocie jej wymiaru. O ile w stosunkowo łatwy sposób można ocenić, czy doszło do szkody majątkowej, o tyle uszczerbek typu niemajątkowego jest „niewidoczny dla oka” i niemożliwy dla metod ekonomicznego szacunku. Oczywiście sam brak świadczenia bądź jego wadliwość jest pewną wskazówką, która sugeruje, że być może ucierpiały również uczucia bądź zawiodły oczekiwania, choć to nie wystarczy. Stwierdzenie, czy doszło do powstania uszczerbku niemajątkowego, ułatwia ponadto:

- a) charakter i treść stosunku umownego;
- b) fakt poniesienia równocześnie szkody majątkowej, w szczególności zaś szkody na osobie¹⁵⁹.

Sama szkoda niemajątkowa może powstać w stosunku do osoby jako rezultat uszczerbku majątkowego na osobie, jak również w konsekwencji szkody majątkowej na rzeczy.

(w:) *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 70, jako nadmiernie i kontrfaktycznie rozszerzające znaczenie pojęcia szkody majątkowej.

¹⁵⁷ W. Czachórski: *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2003, s. 319.

¹⁵⁸ Tamże, s. 318.

¹⁵⁹ W tej sytuacji dojdzie do zbiegu reżimów odpowiedzialności. Niewątpliwie jednak, z uszkodzeniem ciała lub naruszeniem jego czynności ustawodawca wiąże odpowiedzialność za szkodę niemajątkową wprost. Można zatem przyjąć, że taka sytuacja została uznana za szczególnie predestynowaną do bycia źródłem szkody niemajątkowej (rodzące ból, niedogodności, cierpienie). Sam fakt uszkodzenia ciała nie determinuje jednak obowiązku rekompensaty za szkodę niemajątkową, zasądzenie zadośćuczynienia jest bowiem fakultatywne. Zob. G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski: *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 430.

Realny charakter szkody niemajątkowej nie oznacza obiektywizowania jej, gdyż, jak już we wstępie stwierdzono, uszczerbek taki z natury swojej ma zawsze charakter subiektywny¹⁶⁰.

Problem niewykonania zobowiązania (*non-performance*, *Pflichtverletzung*, *violation of an obligation*, *l'obligation est de ne pas faire*) wymaga dłuższej chwili uwagi. Oczywiście, samo określenie źródła odpowiedzialności ma dość złożony charakter. Faktyczne niewykonanie zobowiązania nie zawsze też oznacza to samo co niewykonanie zobowiązania w sensie normatywnym.

Do naruszenia umowy dochodzi wówczas, gdy strona zobowiązana odmawia wykonania świadczenia, uniemożliwia jego wykonanie lub, co prawda, wykonuje je, lecz niezgodnie z treścią umowy¹⁶¹.

Niewykonaniem zobowiązania według prawa polskiego jest brak spełnienia świadczenia w sytuacji, gdy wierzyciel miał prawo oczekiwać, że dłużnik spełni obciążający go obowiązek. Nienależyte wykonanie zobowiązania polega z kolei na sytuacji, w której świadczenie jest co prawda spełnione, lecz nie jest ono prawidłowe, gdyż odbiega w mniejszym lub większym stopniu od treści specyfikacji wierzyciela¹⁶². Nienależyte spełnienie świadczenia może mieć postać niezwykle zróżnicowaną, może polegać na niedochowaniu terminu, miejsca spełnienia świadczenia, sposobu, jak również jakości.

Problem źródła odpowiedzialności kontraktowej jest w detalach zróżnicowany na gruncie poszczególnych porządków prawnych i trudno znaleźć dla niego jakieś jednolite, uniwersalne znaczenie.

System *common law* ujmuje kwestię naruszenia stosunku umownego nieco szerzej niż prawo polskie. Z *breach of contract* mamy zatem do czynienia, gdy strona nie wykonuje (*actual breach*) lub daje podstawy sądzić, że nie wykona przynajmniej jednego z obowiązków umownych¹⁶³ (*anticipatory breach*). Przy czym *breach of contract* jest pojęciem węższym od samego niewykonania zobowiązania, oznacza bowiem jedynie takie naruszenie, które dokonane zostało bez prawnego uzasadnienia¹⁶⁴.

Actual breach może przybrać formę niewykonania zobowiązania, nienależytego wykonania zobowiązania lub złożenia nieprawdziwego oświadczenia w treści

¹⁶⁰ Stąd, rekompensata pieniężna, w wysokości z reguły zobiektywizowanej, nie koreluje z wymiarem szkody niemajątkowej. Oczywiście, można iść dalej, z twierdzeniem, zupełnie słusznym, że odszkodowanie pieniężne w ogóle nie jest odpowiednim środkiem zaradczym. W sytuacji jednak nieodwracalności naruszenia, pozostaje, jak się okazuje, jedyną metodą łagodzenia dolegliwości poszkodowanego. Więcej na temat funkcji odszkodowania w pkt 1.5.

¹⁶¹ G. Treitel: *The Law of Contract*, 11th Edition, London 2003, s. 832.

¹⁶² G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski: *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 517, 518.

¹⁶³ F.R. Davies: *Contract*, London 1986, s. 260.

¹⁶⁴ „There is no breach when non-performance is justified by some lawful excuse”, G. Treitel: *The Law...*, *op. cit.*, s. 835. Inaczej ujmując: „A breach arises if there is disparity between what was promised and what actually occurred”. Brak również doktrynalnych i normatywnych wewnętrznych różniczeń w ramach pojęcia *non-performance*.

umowy¹⁶⁵. Generalnie można powiedzieć, że tego rodzaju naruszenie odpowiada zakresowi art. 471 k.c. Odpowiedzialność za naruszenie umowy na jej „przedpolu” nie jest prawu polskiemu zupełnie obca i ewentualne roszczenie odszkodowawcze może mieć charakter bądź deliktowy, bądź kontraktowy¹⁶⁶. Odpowiedzialność za *anticipatory breach* jest szczególnym przypadkiem odpowiedzialności kontraktowej bez szkody, dlatego środkiem zaradczym na tego rodzaju naruszenie jest przede wszystkim możliwość wystąpienia ze stosunku, którego cel i tak nie zostanie osiągnięty¹⁶⁷, nie zaś odszkodowanie. Rozwiązanie *common law* wydaje się szczególnie wygodne w stosunkach gospodarczych, stąd zostało recypowane zarówno przez zasady Instytutu UNIDROIT, jak i przez konwencję wiedeńską o międzynarodowej sprzedaży towarów¹⁶⁸.

Ogólne przepisy dotyczące zobowiązań kontraktowych w Code civil mówią o sytuacji, w której dłużnik nie wykonuje swojego zobowiązania (*non-performance, inexécution*¹⁶⁹). Chodzi w tym przypadku zarówno o niewykonanie zobowiązania w całości, w części, jak i wadliwe wykonanie (*de facto* jest ono bowiem także niewykonaniem zobowiązania, gdyż nie odpowiada treści umowy).

Z podobnym określeniem spotykamy się na gruncie art. 8.101 Principles of European Contract Law. Dłużnik odpowiada za *non-performance* — niewykonanie umowy, przy czym chodzi tu o niewykonanie któregośkolwiek z zobowiązań należących do jej treści¹⁷⁰, także świadczenie wadliwe (świadczenie rzeczy uszkodzonej, świadczenie nieterminowe, świadczenie niższej jakości, niedochowanie należytej staranności w przypadku umów starannego działania).

Niemiecka instytucja *Pflichtverletzung*¹⁷¹ w treści swojej zbliżona jest do *breach of contract*. Naruszenie może polegać bądź to na zwłoce, bądź to na uszczerbku w majątku wierzyciela¹⁷², określanej metodą dyferencyjną (*Differenzhypothese*). Ścisłe powiązanie naruszenia umowy z problemem odpowiedzialności może prowadzić do wniosku, że skutkiem takiego naruszenia nie będzie szkoda niemajątkowa, a przynajmniej nie w sytuacjach, z którymi ustawa w sposób wyraźny nie wiąże obowiązku odszkodowawczego. Oczywiście teza taka jest daleko idącym uprosz-

¹⁶⁵ Tamże.

¹⁶⁶ W zależności od tego, czy strony łączył wcześniejszy stosunek zobowiązaniowy (umowa ramowa, umowa przedwstępna), czy też naruszenie polegało po prostu na przystąpieniu do kontraktowania bez woli wykonania zobowiązania. W sytuacji jednak, gdy strona po zawarciu umowy zasadniczej nie podjęła koniecznych kroków w celu przygotowania się do świadczenia, czy gdy jest oczywiste, że nie zdoła świadczyć w terminie, wierzyciel nie uzyskuje ochrony prawnej do momentu powstania szkody.

¹⁶⁷ F.R. Davies: *Contract, op. cit.*, s. 263.

¹⁶⁸ Art. 7.3.3: „Where prior to the date for performance by one of parties it is clear that there will be a fundamental non-performance by the party the other party may terminate the contract” (*anticipatory non-performance*).

¹⁶⁹ Art. 1142 Code civil.

¹⁷⁰ O. Lando, H. Beale: *Principles...*, *op. cit.*, s. 435. Podobnie kwestia ta została uregulowana w art. 7.4.2 Principles of International Commercial Contracts.

¹⁷¹ Naruszenie umowy, ang. tłumaczenie: *violation of an obligation*, § 280 BGB.

¹⁷² M.H. Whincup: *Contract Law and Practice*, 5th Edition, London-Boston 2003, s. 378.

czeniu. Jak już parokrotnie podkreślano, problem powstania szkody niemajątkowej należy bardziej do sfery faktów niż do sfery norm. Niezależnie od tego, czy dany reżim przewiduje prawo do rekompensaty uszczerbku niemajątkowego, naruszenie umowy zawsze będzie źródłem tego uszczerbku, o ile można zachowaniu dłużnika przypisać cechę „przyczyny sprawczej” szkody. Z samej treści § 280 BGB nie wynika jednak, by ustawodawca wykluczał możliwość powstania szkody niemajątkowej na skutek naruszenia umowy. Ograniczenie odpowiedzialności jedynie do szkód majątkowych statuuje natomiast § 253 BGB.

Podsumowując, wydaje się, że „niewykonanie umowy” mieści w swoim zakresie semantycznym wszystkie te przypadki, które na gruncie prawa umów będą przyczyną powstania szkody. Operowanie dodatkowym pojęciem „nienależytego wykonania zobowiązania” jest nadregulacją, uczynioną prawdopodobnie celem osiągnięcia większej jasności treści art. 471 k.c. Jednakowoż, nie wolno zapominać, że umowa ma charakter złożony i świadczenie zostanie uznane za „należyte” dopiero w sytuacji, gdy prawidłowo wykonane zostaną wszelkie obowiązki wynikające z postanowień kontraktu, ustawy, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów¹⁷³, w przeciwnym wypadku dojdzie do „niewykonania umowy”. Ciekawy jest również pewien fakt językowy, który widać „umknął” polskiemu ustawodawcy — określenie „nienależyte wykonanie zobowiązania” zawiera wewnętrzną sprzeczność — jeżeli mówimy bowiem o wykonaniu zobowiązania, to nie będzie ono już nienależyte¹⁷⁴.

Zasady odpowiedzialności za szkodę niemajątkową zostaną omówione w kolejnym rozdziale. W tym miejscu wypada jednak odnieść się do jeszcze jednej, wzmiankowanej wyżej kwestii — do problemu związku przyczynowego pomiędzy naruszeniem umowy (niewykonaniem, niewłaściwym wykonaniem zobowiązania) a powstaniem szkody niemajątkowej. Jest to bowiem faktyczny (nie tylko normatywny, choć ustawodawcy często w sposób wyraźny odnoszą się do niego) warunek konstatacji, że szkoda powstała na skutek niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania¹⁷⁵.

Poprawna analiza problemu związku przyczynowego w oderwaniu od normatywnych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej wymaga dokonania w pierwszej kolejności dystynkcji pomiędzy związkiem przyczynowym faktycznym a związkiem przyczynowym prawnie relewantnym (na potrzeby niniejszych rozważań nazwijmy go „związkiem normatywnym”). Nie zawsze zatem przyczyna sprawcza określonego zdarzenia w świetle obowiązujących rozwiązań legislacyjnych staje się czynnikiem zasługującym na reakcję ustawodawcy.

¹⁷³ Zob. art. 56 i art. 355 § 1 k.c.

¹⁷⁴ Tak m.in. G. Treitel: *The Law...*, *op. cit.*, s. 834.

¹⁷⁵ Problem zasad odpowiedzialności, przypisania odpowiedzialności w wypadkach świadczenia przez osoby trzecie czy okoliczności ekskulpujących (egzoneracyjnych) wykracza poza tematyczne ramy niniejszej części, jest to bowiem nie tyle problematyka naruszenia umowy jako źródła szkody niemajątkowej, co zasad odpowiedzialności za tego rodzaju uszczerbek.

Kolejna uwaga dotyczy przedmiotów relacji przyczynowej. W omawianym zakresie bodźcem sprawczym jest niewykonanie zobowiązania¹⁷⁶, na drugim krańcu łańcucha przyczynowości leży uszczerbek typu niemajątkowego. Warunki determinujące istnienie takiego sprzężenia mają charakter tyleż elementarny, co kontrowersyjny.

Upraszczając, pomiędzy zdarzeniami istnieje związek przyczynowy, jeżeli bez zdarzenia początkowego wynik ostateczny by nie nastąpił¹⁷⁷. Problem z formułowaniem wniosku: „A jest przyczyną B” pojawia się w sytuacji, gdy dochodzi do współzależności zjawisk współuczestniczących¹⁷⁸ bądź gdy uruchomiony łańcuch zdarzeń jest tak długi¹⁷⁹ i poddany takim modyfikacjom, że zasady rozsądku nakazują odmówić zdarzeniu A atrybutu przyczyny sprawczej zdarzenia B¹⁸⁰. *De facto* jednak, powstanie szkody niemajątkowej jest teoretycznie możliwe także w sytuacji nadzwyczajnego przebiegu zdarzeń, których początkiem było niewykonanie zobowiązania.

Ustawodawcy zazwyczaj jednak wprowadzają ograniczenia i opowiadają się za teorią przyczynowości adekwatnej. W tej kwestii nie sposób odmówić im racji, choćby ze względów dowodowych¹⁸¹.

Warto podkreślić, że w przypadku uszczerbku niemajątkowego, który ma przecież w wymiarze swoim charakter subiektywny, przewidzenie faktu powstania szkody niemajątkowej, a w szczególności rozmiarów tej szkody jest praktycznie niemożliwe. Oczywiście, istnieje pewna grupa umów (opisane wcześniej kontrakty „with a mental benefit”), w przypadku których stopień przewidywalności wystąpienia takiej szkody jest szczególnie wysoki.

Zasada teorii adekwatnej przyczynowości¹⁸² znajduje odzwierciedlenie w treści art. 361 § 1 k.c.¹⁸³ Dłużnik odpowiadać może jedynie za szkodę i taką jej wyso-

¹⁷⁶ W umowach starannego działania o istnieniu związku przyczynowego zadecyduje fakt dochowania wymaganego standardu zachowania się dłużnika, w umowach rezultatu — brak efektu, którego osiągnięcie należało do obowiązków dłużnika.

¹⁷⁷ W. Czachórski: *Zobowiązania, op. cit.*, s. 209.

¹⁷⁸ Gdy nie jesteśmy w stanie stwierdzić, czy to na pewno A jest przyczyną B, czy nie jest nią może C, D lub E. Jednocześnie wypada także zadać pytanie, czy A byłoby przyczyną B, gdyby nie wystąpienie zdarzeń C, D lub E.

¹⁷⁹ R. Longchamps de Berier: *Zobowiązania, op. cit.*, s. 243. Autor potwierdza, że związek przyczynowy obejmuje zbyt dalekie następstwa czynu, spowodowane często wmięszaniem się dodatkowych okoliczności.

¹⁸⁰ Istnieje poetyczna wizja motylego skrzydła, które wprawione w ruch w Afryce wpływa na przebieg globalnych zjawisk klimatycznych. Zwolennicy teorii chaosu ujmują problem przyczynowości w sposób na tyle szeroki, że wymyka się on kryteriom zdroworozsądkowym. Jednocześnie przykład tak konstruowanych hipotez pozwala zaobserwować, jak trudno wskazać moment, w którym modelowe zdarzenie A przestaje być przyczyną zdarzenia B, pozwala nawet wątpić, że A przestaje być nią kiedykolwiek. Zob. S. Małyńska: *Teoria chaosu*, http://www.daktlik.rubikon.pl/Slowniczek/teoria_chaosu.htm.

¹⁸¹ Jest wiele innych powodów, dla których problemu przyczynowości nie należy rozciągać *ad infinitum*, jak względy gospodarcze, realia ekonomiczne czy konieczność ochrony pewności obrotu prawnego. Zob. Z. Radwański: *Zobowiązania..., op. cit.*, s. 83.

¹⁸² W. Czachórski: *Zobowiązania, op. cit.*, s. 210.

¹⁸³ Odnoszący się zarówno do reżimu odpowiedzialności kontraktowej, jak i deliktowej.

kość, jaka jest „normalnym następstwem” niewykonania zobowiązania¹⁸⁴. Za „normalne” należy uznać wszystkie konsekwencje, które są „typowe lub oczekiwane w zwykłej kolejności życiowej”¹⁸⁵, zgodne ze statystycznymi prawidłowościami związków przyczynowych i obiektywnymi prawami naukowymi¹⁸⁶.

Orzecznictwo *common law* obowiązek odszkodowawczy wiąże z powstaniem szkody w sytuacji, gdy *breach of contract* było „efektywną” przyczyną uszczerbku, przyczyną zasadniczą¹⁸⁷. Nie może być zatem zbyt nietypowa, zbyt odległa czy zbyt pośrednia¹⁸⁸, musi zatem spełniać pewne kryteria możliwości prognozowania¹⁸⁹. Na gruncie orzeczenia w sprawie *Hadley v. Baxendale* z 1854 r. wykrystalizowały się pewne kryteria w omawianym zakresie. I tak, uwzględnia się szkody, których wystąpienia mogły być w normalnych okolicznościach przewidywane¹⁹⁰, uszczerbki nietypowe natomiast wówczas, gdy strony mogły je, ze względu na wiedzę specjalistyczną, przewidzieć¹⁹¹. Przesłanka przewidywalności, jako warunek uznania istnienia związku przyczynowego, jest powodem, dla którego szkody niemajątkowe nie są w systemie *common law* co do zasady rekompensowane. Do wyjątków należą między innymi wspomniane wyżej *contracts with a mental benefit*. Racjonalizacja odpowiedzialności za szkodę niemajątkową wynika zatem w omawianym przypadku z istnienia bądź nieistnienia normatywnego związku przyczynowego pomiędzy niewykonaniem zobowiązania a powstaniem uszczerbku. Drugim wyjątkiem będą te umowy, w których wadliwe świadczenie w sposób bezpośredni doprowadziło do fizycznej niewygody (*consequential damages*); tu również spotykamy się z wyraźnym odniesieniem do problemu przyczynowości. Nie jest zatem tak, że uszczerbki niemajątkowe nie „zasługują” na rekompensatę wyłącznie ze względu na swój niepieniężny charakter. Zasadniczą barierą okazuje się teoria adekwatności związku przyczynowego, której wymogi są dla tego rodzaju szkód zbyt surowe.

Podstawę rozstrzygnięcia w sprawie *Hadley v. Baxendale* stanowiły między innymi art. 1149–1151 *Code civil*. Prawo francuskie statuuje odpowiedzialność za szkodę (także niemajątkową, poprzez szeroką wykładnię pojęcia szkody) w sytuacji, gdy była ona przewidywana bądź gdy mogła być przewidziana w chwili zawierania umowy¹⁹². Ostatecznie należy skonstatować, że wszystkie opisane regulacje korzy-

¹⁸⁴ Nie jest jednakowoż prawdą, jakoby art. 361 § 1 nie wprowadzał pojęcia związku przyczynowego w rozumieniu prawnym, odmiennego od istniejącego w rzeczywistości (tak: G. Bieniek, H. Ciepla, S. Rudnicki: *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 65).

¹⁸⁵ G. Bieniek, H. Ciepla, S. Rudnicki: *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 65.

¹⁸⁶ Z. Radwański: *Zobowiązania*, *op. cit.*, s. 84.

¹⁸⁷ J. Beatson: *Anson's Law of Contract*, Oxford University Press 2002, s. 600.

¹⁸⁸ F.R. Davics: *Contract*, *op. cit.*, s. 268.

¹⁸⁹ M.H. Whincup: *Contract...*, *op. cit.*, s. 354. Nie są uwzględniane szkody o charakterze wyjątkowym lub zupełnie niespodziewane (*windfall losses*).

¹⁹⁰ „(...) such as may fairly and reasonably be considered arising naturally, i.e., according to the usual course of thing (...)”.

¹⁹¹ „(...) such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties (...)”.

¹⁹² Art. 1150 *Code civil*: „(...) qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat (...)”. Ograniczenia w postaci istnienia takiego modelu normatywnego związku przyczynowego pozwalają z jednej strony na łagodze-

stały z idei tej samej treści, znajdującej uzasadnienie w teorii adekwatnego związku przyczynowego. Tylko bowiem obiektywnie przewidywalne konsekwencje niewykonania zobowiązania można uznać za jego normalne następstwa.

Podsumowując powyższe rozważania, przy upartym odnoszeniu się do konieczności oddzielenia problemu szkody niemajątkowej i niewykonania zobowiązania jako jej przyczyny sprawczej od kwestii przesłanek odpowiedzialności, wypada stwierdzić, że granice przyczynowości zakreślone treścią norm prawnych należą już do drugiej ze wspomnianych sfer. Ponieważ jednak, jak wykazywano, odnalezienie punktu „kończącego” przyczynowości jest praktycznie niemożliwe, można w uproszczeniu traktować normatywny związek przyczynowy jako tożsamy ze związkiem faktycznym.

Jednocześnie nie ulega wątpliwości, że specyfika szkody niemajątkowej, jej subiektywny charakter, a co za tym idzie, niski co do zasady stopień przewidywalności perspektywy wystąpienia uszczerbku niemajątkowego, nie poddają się w sposób prosty mechanizmom legislacyjnym łagodzącym konsekwencje niewykonania zobowiązania. Ograniczenia wynikające z teorii adekwatności związku przyczynowego w pewnych sytuacjach okazują się niesprawiedliwe, tak jak często bezsensownym środkiem zaradczym jest w wypadku szkody niemajątkowej zasądzenie odszkodowania pieniężnego¹⁹³. Ograniczenia o charakterze faktycznym niestety jednak zwykle uniemożliwiają restytucję.

2.4. PODMIOTOWA I PRZEDMIOTOWA „ZDOLNOŚĆ BYCIA POSZKODOWANYM”

Wewnętrzna klasyfikacja w ramach ogólnego pojęcia szkody, jaka wykrystalizowała się na gruncie konkretnych przypadków orzeczniczych, prowadzi do postawienia dwóch zasadniczych pytań:

1. Jak zmienia się częstotliwość i możliwość przewidzenia występowania uszczerbku niemajątkowego w zależności od treści stosunku prawnego łączącego strony?
2. Czy każdy podmiot prawa jest predestynowany do „bycia poszkodowanym” w sensie niemajątkowym? Jeżeli tak, to w jakich sytuacjach?

Ewentualna odpowiedź na powyższe pytania ma istotne znaczenie również o tyle, że uzasadnienie postulatu postawionego we wstępie musi uwzględniać również daleko idące zróżnicowania poszczególnych stosunków obligacyjnych, ich treści, funkcji i celu.

nie zasad odpowiedzialności (w systemie *common law*, we wszystkich tych wypadkach, które spełniają warunki adekwatności przyczyny wobec skutku), z drugiej zaś na ich zaostrenie (tak w prawie francuskim, gdy szkoda niemajątkowa co prawda odpowiada semantyce art. 1382, lecz w określonym stosunku obligacyjnym nie spełniała warunku przewidywalności).

¹⁹³ Problematyka funkcji odszkodowania wobec uszczerbku niemajątkowego została omówiona w pkt 1.5.

Przez pojęcie „zdolności przedmiotowej” rozumieć będziemy zatem takie uwarunkowania charakteru stosunku prawnego, które wpływają na szczególnie wysoką częstotliwość powstawania szkody niemajątkowej. „Zdolność podmiotowa” oznacza natomiast cechy podmiotu prawa, powodujące istnienie dużego prawdopodobieństwa wystąpienia po jego stronie uszczerbku niemajątkowego.

Częstotliwość występowania szkody niemajątkowej będzie niewątpliwie zależna od charakteru stosunku obligacyjnego i, biorąc pod uwagę zastrzeżenia oraz wnioski poczynione na temat klasyfikacji w ramach szkody niemajątkowej, należy generalnie stwierdzić, że:

- a) niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zobowiązania w wypadkach całej rozciągłości typów stosunków umownych może prowadzić do uszczerbku niemajątkowego, jeżeli zachowanie dłużnika jest jednocześnie czynem niedozwolonym; w takich sytuacjach treść stosunku obligacyjnego sama w sobie nie ma szczególnego wpływu na stopień prawdopodobieństwa powstania szkody niemajątkowej, nie jest również istotne, czy obowiązek dłużnika polegał na działaniu czy też powstrzymaniu się od niego¹⁹⁴;
- b) sytuacje, w których celem i funkcją świadczenia w ramach umowy było zapewnienie korzyści w sferze osobistej, uczucia komfortu, odpoczynku, stanu ukojenia, zadowolenia, są szczególnie podatne na powstanie uszczerbku niemajątkowego w postaci „utraconej niemajątkowej korzyści”; odwołując się do podziału zaczerpniętego z orzecznictwa *common law*, będą to umowy „with a mental benefit”; wspomniana korzyść, jaką ma gwarantować właściwe wykonanie zobowiązania, nie jest, co prawda, świadczeniem¹⁹⁵ dłużnika, ale zdarza się niezwykle często, że zaniedbania świadczącego powodują, że „korzyść niemajątkowa”, jako oczekiwana bezpośrednia konsekwencja jego staranności w ogóle nie wystąpi; oczywiście w tym miejscu ponownie należy nawiązać do pytania: jak istotną rolę ma odgrywać owa oczekiwana korzyść niemajątkowa, by uszczerbek wywołany nieuzyskaniem jej zasługiwał na rekompensatę; to jednak jest ponownie problem nie tyle częstotliwości występowania szkody, co zasad odpowiedzialności; ze względu na subiektywny charakter uszczerbku niemajątkowego, niedoszły beneficjent tym silniej będzie zapewne czuł się pokrzywdzony, im większą rolę odgrywał cel niemajątkowy w chwili, gdy decydował się on na zawarcie umowy¹⁹⁶; obiektywną wskazówką dla określenia „miary pokrzywdzenia” może

¹⁹⁴ Zaniechanie z pewnością w takich sytuacjach częściej będzie przyczyną powstania takiej szkody. Sformułowanie art. 415 k.c. „wyrządza drugiemu szkodę” odnosi się jednak zarówno do zachowań czynnych, jak i biernych. W przypadku gdy szkoda powstała na skutek „czystego deliktu”, bez zbiegu z odpowiedzialnością kontraktową, z pewnością częstsze będą wypadki szkodliwego działania niż zaniechania. Wypadki zaniechania będą bezprawne wówczas, gdy odpowiedzialny za szkodę miał prawny obowiązek działania; zob. G. Bieniek, H. Cieplą, S. Dmowski: *Komentarz...*, op. cit., s. 225. W przypadku umów ten prawny obowiązek (wywodzony w treści kontraktu) występuje praktycznie zawsze.

¹⁹⁵ Kontrowersje, jakie budzi komercjalizacja tego rodzaju stosunków, zostały omówione w pkt 2.

¹⁹⁶ Stanowisko na przykład sądów brytyjskich ulega stopniowemu łagodzeniu, w przypadku wzmiankowanego już orzeczenia *Farley v. Skinner* dla przyznania prawa do rekompensaty wystarczył już fakt, by uzyskanie korzyści majątkowej było „ważnym celem” umowy; R. Holmes: *Mental Distress...*

być treść stosunku zobowiązaniowego. Niewątpliwie wspomniana grupa będzie obejmowała przede wszystkim umowy konsumenckie, jednak nie wszystkie; o ile nie budzi wątpliwości na przykład umowa o imprezę turystyczną, o tyle w przypadku umowy sprzedaży (odkurzacza czy śrubokrętu) nie zawsze powiemy, że celem zawarcia umowy (przynajmniej celem istotnym) było uzyskanie korzyści niemajątkowej; twierdzenie takie byłoby narażone na śmieszność; kupno wadliwego śrubokręta może powodować, rzecz jasna, uczucie dyskomfortu psychicznego, możliwość jego przewidzenia jest jednak w chwili zawierania umowy co najwyżej znikoma; w przypadku umów konsumenckich wyróżnimy i takie, w których celem świadczenia nie była co prawda korzyść niemajątkowa, lecz jego niewykonanie wywołuje w sposób bezpośredni uszczerbek niemajątkowy (korzystając konsekwentnie z terminologii *common law* — w przypadkach *consequential damages*); ciekawym przykładem może być sytuacja zaczerpnięta z orzecznictwa francuskiego, gdzie szkoda niemajątkowa polegała na konieczności spożywania nieszkodliwych posiłków, które zostały zaserwowane grupie religijnej, wbrew zobowiązaniu świadczącego¹⁹⁷;

- c) w przypadku umów innego rodzaju (innych niż *contracts with a mental benefit* i niemających charakteru konsumenckiego) niewykonanie zobowiązania wiąże się często z poirytowaniem, zdenerwowaniem, utratą zaufania, niewygodą; wydaje się, że istotny wpływ na rozmiar tego rodzaju uszczerbku będzie miał stopień naruszeń, jakich dopuścił się nierzetelny kontrahent; nie można z góry stwierdzić, że w przypadku podmiotów gospodarczych szkoda niemajątkowa nie wystąpi w ogóle, gdyż celem zobowiązania jest korzyść o charakterze wyłącznie majątkowym¹⁹⁸; oczywiście należy zastanawiać się, czy zwykłe zdenerwowanie oraz irytacja może być w ogóle nazwane szkodą niemajątkową; często przyczyna takiego stanu ma źródło nie tyle w nieprawidłowym działaniu kontrahenta, co w osobistych, psychologicznych właściwościach „poszkodowanego”; gdyby nawet uznać za uprawnione twierdzenie, że doszło do powstania uszczerbku niemajątkowego, to czy niewykonanie zobowiązania pozostawiałoby w ogóle w związku przyczynowym z tym uszczerbkiem¹⁹⁹; w przypadku

¹⁹⁷ *Société cultuelle de secours israélite de Saint-Fons v. Barouk Bittoum*, G.P. 1936, II, 893.

¹⁹⁸ Tak na przykład w orzecznictwie brytyjskim. M. Chen–Wishart: *Contract...*, *op. cit.*, s. 541: „Contract breaking is treated as an accident of commercial life which players in the game are expected to meet with mental fortitude”.

¹⁹⁹ W sprawie *Fidler v. Sun Life* stwierdzono między innymi, że w przypadku stosunków profesjonalnych możliwość wystąpienia szkody niemajątkowej jest zasadniczo poza zdolnością rozsądnego przewidywania stron, stąd nie pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z niewykonaniem zobowiązania. Ponadto, znaczenie tego rodzaju uszczerbku jest zwykle dla stron bardzo niewielkie. Ostatecznie jednak sąd uwzględnił żądanie powódki, opierając się na zasadzie adekwatnego związku przyczynowego. Uzasadnienie tego orzeczenia wskazuje bardzo wyraźnie, że nie jest istotne, jaka była treść stosunku prawnego, czy w jakich rolach występowały jego podmioty, a jedynie fakt, czy powstanie uszczerbku niemajątkowego odpowiadało kryteriom adekwatnej przyczynowości. Nicco inny pogląd na tę kwestię wyraża Lord Hutton w uzasadnieniu do orzeczenia w sprawie *Farley v. Skinner*: „This rule is not, I think, founded on the assumption that such reactions are not foreseeable, which they surely are or may be, but on considerations of policy”. Taka teza z jednej strony wskazuje, że uzasadnienie restryk-

kontraktów obustronnie profesjonalnych, przyjęło się twierdzić, że stres związany z koniecznością egzekwowania prawidłowego świadczenia jest elementem ryzyka gospodarczego i nie powinien być w ogóle traktowany jak szkoda²⁰⁰; w prostych sytuacjach zasada taka rzeczywiście się sprawdza; jednakowoż, podobnie jak w przypadku majątkowej szkody na osobie, która może skutkować bólem i cierpieniem psychicznym, tak powstanie szkody majątkowej w bardzo wysokich rozmiarach może być źródłem swego rodzaju „cierpień” związanych z utratą pozycji na rynku, renomy czy możliwości prowadzenia działalności gospodarczej w ogóle; niewątpliwie jest to szkoda niemajątkowa; należy zastanowić się przy okazji, czy przynajmniej niektóre z tych problemów nie powinny być rozwiązywane na gruncie publicznego prawa gospodarczego (prawa własności przemysłowej czy prawa nieuczciwej konkurencji); możliwość zasądzenia odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy wywołany niewykonaniem zobowiązania przewiduje art. 7.4.2 Principles of European Commercial Contracts²⁰¹; ustawodawca międzynarodowy widzi zatem nie tylko szanse na „bycie poszkodowanym” w sensie niemajątkowym u podmiotów prowadzących działalność gospodarczą, możliwości te są wręcz na tyle prawdopodobne, a ich oddziaływanie — istotne, że zasługują na przyznanie prawa do odszkodowania; zasada może znaleźć zastosowanie na przykład w przypadku umów zawieranych przez artystów czy sportowców, gdzie istotną rolę odgrywa osobista renoma, popularność, dobra sława²⁰².

W sytuacji szkód niemajątkowych, polegających na „rzeczywistej stracie” (*consequential damages*) nie ma właściwie znaczenia fakt, czy powstały one na skutek niedochowania należytej staranności czy też nieosiągnięcia obiccanego rezultatu²⁰³. Nie wydaje się to również szczególnie istotne w przypadku *expectation damages*, o ile założymy, że korzyść niemajątkowa nie powinna być traktowana jak element świadczenia²⁰⁴.

cyjnego podejścia do kwestii rekompensaty szkody niemajątkowej ma charakter pozanormatywny, z drugiej jednak — dowodzi, że niezależnie od kwalifikacji prawnej stron umowy, możliwość przewidywania określonego rodzaju uszczerbku będzie uzależniona od licznych okoliczności towarzyszących zawarciu umowy lub należących do jej treści. Nie można *a limine* wyłączyć adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy uszczerbkiem niemajątkowym a niewykonaniem zobowiązania. Podobna argumentacja Izby Lordów, z odmiannym jednak rozstrzygnięciem — *Johnson v. Unisys Limited*.

²⁰⁰ Lord Bingham w sprawie *Watts v. Morrow* stwierdza: „Contract-breaking is treated as an incident of commercial life which players in the game are expected to meet with a mental fortitude”. W wyjątkowych okolicznościach tak kategorycznie formułowana teza może okazać się jednak elementarnie niesłuszna. Zob. P. Fox, *Damages — a case too far?*, <http://www.findlaw.com.12international/countries/nz/articles/1076.html>.

²⁰¹ Ust. 2: „Such harm may be non-pecuniary and includes, for instance, physical suffering or emotional distress”.

²⁰² W komentarzu do UNIDROIT odnajdujemy przykład umowy zawartej przez obiecującego architekta, której wykonanie miało przynieść mu szansę na większą popularność i uznanie w środowisku zawodowym. Niewykonanie umowy przez drugą stronę niewątpliwie pozbawia go spodziewanej „korzyści w sferze osobistej”. Zob. <http://www.unidroit.org/english/publications/proceedings/2004/study/50/s-50-98-c.pdf> oraz J. Beatson: *Anson's Law...*, *op. cit.*, s. 591.

²⁰³ R. Holmes: *Mental Distress...*

²⁰⁴ Druga strona może się w sposób wyraźny zobowiązać do zagwarantowania „przyjemności”, co w praktyce dosyć trudno sobie wyobrazić z uwagi na ogromne ryzyko wiążące się z takim zobowiązaniem. Zdolność odczuwania przyjemności w różnym stopniu jest kwestią wyłącznie subiektywną.

Wątpliwości związane z podmiotową zdolnością „bycia poszkodowanym” siłą rzeczy skupiają się na pytaniu: czy uszczerbek taki może dotyczyć osoby prawnej? Osoba fizyczna, jako jednostka mogąca realnie odczuwać zarówno przyjemność, jak i cierpienie, ból czy niewygodę, niewątpliwie spełnia wszelkie kryteria takiej zdolności, we wszystkich właściwie typach stosunków zobowiązaniowych. Oczywiście, w zależności od roli, w jakiej występuje, prawdopodobieństwo powstania takiej szkody jest raz większe (umowy konsumenckie), innym razem mniejsze (kontrakty gospodarcze).

Osoba prawna jest tworem sztucznym²⁰⁵. I choć występuje jako podmiot stosunków obligacyjnych równoprawny z osobami fizycznymi, to stosunki prawne oparte na pewnych układach społecznych (jak na przykład stosunki prawnorodzinne) są już dla niej z przyczyn ponadnormatywnych zupełnie nieosiągalne²⁰⁶. Jak ustalono we wcześniejszych uwagach, problem powstania szkody jest bardziej związany ze sferą faktyczną niż normatywną. Niezależnie od tego, jak otwarta będzie konstrukcja przepisu kreującego obowiązek rekompensaty za szkodę niemajątkową, okaże się on normą pustą w stosunku do podmiotu, który poszkodowanym *de facto* nigdy nie będzie. Nie jest fizycznie możliwe zasądzenie zadośćuczynienia za krzywdę spowodowaną uszkodzeniem ciała lub rozstrojem zdrowia czy też „skłonieniem za pomocą podstępu, gwałtu lub nadużycia stosunku zależności do poddania się czynowi nierządному”²⁰⁷. Osoba prawna nie posiada zdolności „odczuwania”, która mogłaby być uruchomiona na skutek czyjegoś bezprawnego zachowania. Nie jest zatem możliwa „szkoda na osobie” w takim znaczeniu, jakim posługuje się art. 444 i 445 k.c. Obejmuje ona bowiem jedynie wypadki uszkodzenia ciała, rozstroju zdrowia, pozbawienia życia i naruszenia dóbr osobistych człowieka²⁰⁸. Przepisy dotyczące ochrony cywilnoprawnej życia, zdrowia i dóbr osobistych zostały skonstruowane wprost z myślą o osobach fizycznych. Do osób prawnych znajdują jedynie „odpowiednie” zastosowanie²⁰⁹.

Normatywne mechanizmy ochrony niemajątkowej osób prawnych zostały skonstruowane celem jednoczesnej ochrony interesów gospodarczych lub społecznych i,

²⁰⁵ Polski kodeks cywilny uznaje osobę prawną za realnie istniejący twór społeczny. Nie jest przedmiotem niniejszej pracy rozstrzygnięcie sporu o to, czy w przypadku osób prawnych są one w większym stopniu przyporządkowane celowi, dla którego zostały powołane do istnienia, czy bardziej ów cel jest przyporządkowany istnieniu osoby prawnej. Nie ulega jednak wątpliwości, że to ustawodawca decyduje, które jednostki organizacyjne będą uznane za podmiot prawa, a które nie — Z. Radwański: *Prawo cywilne — część ogólna*, Warszawa 2003, s. 176–177.

²⁰⁶ Pod względem normatywnym „zakres zdolności prawnej osób prawnych jest praktycznie nieograniczony”, jednak zdolność prawna nie obejmuje praw i obowiązków, których podmiotami mogą być wyłącznie osoby ludzkie (K. Dadańska: *Działanie osoby prawnej*, Warszawa 2006, s. 139–140).

²⁰⁷ Zob. art. 445 k.c.

²⁰⁸ G. Bieńicki, H. Ciepła, S. Dmowski: *Komentarz..., op. cit.*, s. 415.

²⁰⁹ Art. 43 k.c. ma charakter normy blankietowej. Szwajcarski kodeks cywilny na przykład zawiera jedną normę o szerokim zakresie podmiotowym, na podstawie której osoby prawne zostały zgodnie uznane zarówno przez orzecznictwo, jak i doktrynę za korzystające z ochrony art. 28 k.c.szwaj. Podobnie szeroki zakres podmiotowy zawiera § 1 art. 823 k.c.n., który mówi o prawach „osoby” — zarówno fizycznej, jak i prawnej. Problem zasad przyznania pieniężnego zadośćuczynienia za uszczerbki niemajątkowe zostanie omówiony w dalszej części pracy.

podobnie jak sama konstrukcja osób prawnych — są mechanizmami realizującymi pewien, uzasadniony, rodzaj polityki, nie wy wpływają jednak zasadniczo z potrzeb respektowania reguł moralnych. W tych wypadkach, w których osoba prawna nie prowadzi działalności gospodarczej, ochrona niemajątkowych interesów dotyczy dóbr związanych z zakresem innej działalności danego podmiotu. Istnienie osoby prawnej ma zawsze charakter celowy i jest skierowane „na zewnątrz”²¹⁰. Dobra niemajątkowe tej grupy podmiotów zasługują na ochronę nie dlatego, że osoba prawna je „ma”, lecz dlatego, że poprzez nie realizuje określone cele²¹¹. W przypadku osób fizycznych przynajmniej pewna grupa dóbr chronionych jest wspólna wszystkim i niezależna od roli, jaką osoba ta spełnia w życiu społecznym.

Rozważania w kwestii możliwości ponoszenia uszczerbków niemajątkowych na skutek niewykonania umowy przez osoby prawne powinny niewątpliwie uwzględniać wypadki naruszenia tych dóbr, które w zapatrywaniu ustawodawcy zasługują na ochronę prawną. Jeżeli niewykonanie zobowiązania skutkuje naruszeniem dobra osobistego, to działanie takie jest deliktem cywilnoprawnym, stąd dochodzi do zbiegu norm kreujących odpowiedzialność *ex contractu* i *ex delicto*. Z punktu widzenia poszkodowanej osoby prawnej nie jest właściwie istotne, czy ustawodawca przewidział kontraktową odpowiedzialność za uszczerbek niemajątkowy tego typu, ponieważ dobra osobiste osób prawnych i tak chronione są na podstawie przepisów deliktowych²¹². Stanowisko ustawodawcy ma znaczenie o tyle, że wskazuje na normatywnie zadekretowaną możliwość niemajątkowego pokrzywdzenia tworu społecznego, jakim jest osoba prawna²¹³.

Dobra osobiste osób prawnych są chronione z równą intensywnością co dobra osobiste osób fizycznych. Metoda oceny, czy i ewentualnie które z dóbr osobistych zostało naruszone oraz jaki był wymiar owego naruszenia, w znacznym stopniu odbiega jednak od metody przyjętej w przypadku szacowania wagi naruszeń dokonanych w stosunku do osób fizycznych. Do przykładowego katalogu takich dóbr będą z pewnością należały: nazwa, nietykalność pomieszczeń, tajemnica korespondencji, sfera prywatności, dobra sława²¹⁴. Nie jest możliwe badanie ujemnych prze-

²¹⁰ Z. Radwański: *Prawo cywilne — część ogólna, op. cit.*, s. 178.

²¹¹ Na przykład dobra osobiste osób prawnych nie są zasadniczo dobrami, które dotyczą osób fizycznych. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 14 listopada 1986 r. (II Cr 295/86, OSNCP 1998, nr 2, poz. 40) stwierdził, że: „Dobra osobiste osób prawnych — to wartości niemajątkowe, dzięki którym osoba prawna może funkcjonować zgodnie ze swym zakresem działań”.

²¹² W polskim porządku prawnym jest to art. 43 k.c.

²¹³ W aktualnym stanie prawnym mamy do czynienia, przynajmniej w pewnym zakresie, z „podwójną ochroną” niemajątkowych interesów osób prawnych. Z jednej strony przewiduje ją kodeks cywilny, z drugiej zaś — ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 47, poz. 211). Przedsiębiorcy często rezygnują z ochrony kodeksowej, stąd należy zastanowić się, czy problem ten nie powinien zostać uregulowany w sposób kompleksowy w jednym akcie. Z drugiej strony, prawo zwalczania nieuczciwej konkurencji jest pod względem podmiotowym ograniczone do tych jednostek, które prowadzą działalność gospodarczą. Zob. S. Dmowski, S. Rudnicki: *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2003, s. 144.

²¹⁴ Z. Radwański: *Prawo cywilne — część ogólna, op. cit.*, s. 183; A. Kubiak-Cyrul: *Dobra osobiste osób prawnych*, Zakamycze 2005, s. 144 i n.

żyć osoby prawnej²¹⁵, związanych na przykład z naruszeniem jej renomy, gdyż uczucia takie po stronie poszkodowanej po prostu nie występują i nie można, rzecz jasna, utożsamiać ich z osobistymi przeżyciami osób fizycznych, działających w jej strukturze organizacyjnej. Obiektywna koncepcja dóbr osobistych osoby prawnej pozwala na obejście tego problemu i stosowanie pełnej gamy środków ochronnych na wypadek naruszenia²¹⁶. Należy jednak zastanowić się, czy w przypadku naruszenia interesu niemajątkowego poprzez niewykonanie zobowiązania, niedającego się zakwalifikować jako naruszenie dobra osobistego osoby prawnej (a te przypadki powinny znajdować się w centrum aktualnych rozważań), taka obiektywna ocena „uszczerbku” jest faktycznie uprawniona.

Wracając zatem do meritum, decydująca dla odpowiedzi na tak zadane pytanie okazuje się treść łączącego strony stosunku obligacyjnego.

I tak, nie jest zasadniczo faktycznie możliwa „fizyczna niewygodność”, „zdenerwowanie”, „irytacja”, „dyskomfort” po stronie jednostki organizacyjnej, jaką jest osoba prawna. Trudno sobie wyobrazić uszczerbek polegający na utracie korzyści w sferze osobistej właściwej stosunkom konsumenckim (stan ukojenia, relaksacji, wypoczynku) i równie trudna do pomyślenia jest ewentualna „obiektywizacja” dóbr tego typu, które przecież „polegają” na odczuwaniu i nie istnieją realnie poza sferą psychiki poszkodowanego, brak również ich zobiektywizowanych „odpowiedników”.

Zupełnie natomiast prawdopodobne mogą być przypadki utraty korzyści dotyczących sfery, wspomnianych wcześniej, „uczuć zewnętrznych” osoby prawnej²¹⁷. Będzie to z pewnością sytuacja analogiczna do przykładu podanego w przyp. 130, gdzie niewykonanie zobowiązania przez dłużnika polega na uniemożliwieniu zwiększenia publicznej renomy²¹⁸, które gwarantować miało właściwe z treścią umowy postępowanie kontrahenta²¹⁹. Odnosząc się wreszcie do „europejskiego” kontekstu diskutowanego problemu, zdolność podmiotów profesjonalnych, w tym również osób prawnych do bycia „poszkodowanym” w sensie niemajątkowym, wyrażał parokrotnie Sąd Pierwszej Instancji. Rzecznik Generalny A. Tizzano, uzasadniając swoje stanowisko w sprawie Leitner, wprost odniósł się do przypadków „loss of the opportunity”, w których po pierwsze uznano istnienie uszczerbku

²¹⁵ W wyroku z dnia 16 kwietnia 2002 r. Sąd Najwyższy zauważył, że: „Określenie »odpowiedniej« sumy zadośćuczynienia przyznawanego na podstawie art. 448 k.c. wymaga rozważenia wszystkich okoliczności sprawy, w szczególności rodzaju naruszonego dobra i rozmiaru doznanej krzywdy, intensywności naruszenia (...)”.

²¹⁶ Z. Radwański: *Prawo cywilne — część ogólna, op. cit.*, s. 184; M. Safjan: *Ochrona majątkowa dóbr osobistych*, Przegląd Prawa Handlowego 1997, nr 1.

²¹⁷ Nie będzie to z pewnością wypadek naruszenia dobra osobistego, a raczej utrata możliwości uzyskania „wyższej jakości” tego dobra — większej renomy, popularności, sławy, dobrego imienia.

²¹⁸ Zob. także: orzeczenie w sprawie Chaplin v. Hicks ([1911] 2 K.B. 786.); A. Malcolm: *Authors' Entitlements to Damages*, <http://www.btinternet.com/~akme/damages.html>.

²¹⁹ Znów stanowczo należy podkreślić, że umowa taka nie jest zobowiązaniem rezultatu co do korzyści niemajątkowej, ale korzyść taka ma być przewidywalnym i bezpośrednim skutkiem prawidłowego świadczenia.

niemajątkowego, po drugie zaś uszczerbki te kwalifikowano jako zasługujące na rekompensatę pieniężną²²⁰.

2.5. MECHANIZMY NORMATYWNE PRZECIWI USZCZERBKOM NIEMAJĄTKOWYM I ICH FUNKCJA WOBEC PROBLEMU „WARTOŚCI” SZKODY

Specyfika uszczerbku niemajątkowego sprawia, że niełatwo znaleźć takie mechanizmy zaradcze, które by w sposób kompletny realizowały zasadę pełnej rekompensaty. Niezwykle często skutki zdarzenia sprawczego rozmiągają się z zastosowanymi środkami, w rezultacie czego, pomimo konsekwentnego spełniania dyspozycji norm sankcjonujących, nielojalne i nierzetelne zachowanie dłużnika pozostawia poszkodowanego w sytuacji swoistej niemocy. Bywa również, jak zostanie wykazane, i tak, że zobowiązany do odszkodowania świadczy podwójnie w sytuacji, gdy stopień i charakter naruszenia był ekonomicznie irrelewantny, a potrzeba majątkowej ochrony poszkodowanego budzi uzasadnione wątpliwości.

Problemy związane z rekompensatą szkody niemajątkowej wynikają, rzecz jasna, z jej nieobiektywnego charakteru. Brak możliwości odniesienia wymiaru takiego uszczerbku do jasno sformułowanych kryteriów wyceny sprawia, że odszkodowanie pełni siłą rzeczy funkcję pewnego środka drugiej kategorii, mającego za cel zagłuszyć rezultaty tego, czego naprawić się już właściwie nie da²²¹. Zwolennicy teorii kompensacyjnej nie negują faktu niewspółmierności szkody niemajątkowej do wartości pieniężnych. I choć w pieniądzu nie da się dóbr niemajątkowych wycenić, to odszkodowanie pozwala na nabycie przyjemności, które skutecznie złagodzą poniesioną szkodę niemajątkową²²². Czy tak jest w istocie — wysoce wątpliwe. Oczywiście, najbardziej osobiste i ze względów pozaekonomicznych „cenne” dobra nie mogą być „przeliczone” na inne przyjemności. W wielu przypadkach poszkodowany zapewne wolałby cofnąć czas, by móc uniknąć niedogodności oraz niewygody i wcale nie czuje się usatysfakcjonowany tym, że otrzymał „coś w zamian”.

Artykuł 363 k.c. stanowi, że: „Naprawienie szkody powinno nastąpić, według wyboru poszkodowanego, bądź poprzez przywrócenie stanu poprzedniego, bądź przez

²²⁰ A. Tizzano odniósł się co prawda do wypadków odpowiedzialności pozaumownej, wyraźnie jednak sugerując, że zasady ukształtowane na gruncie prawa deliktów mogą być recypowane również w przypadku odpowiedzialności kontraktowej.

²²¹ Wypłacana w ramach odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy kwota nie jest karą, a pełni funkcję pocieszenia poszkodowanego — zob. Z. Radwański: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 43. Zrozumienie charakteru instytucji zadośćuczynienia nie jest wcale łatwe, nie wiadomo bowiem czemu uszczerbek z natury niemajątkowy miałby być kompensowany poprzez odszkodowanie pieniężne. Wydaje się jednak, że na taką „niedoskonałość” z przyczyn faktycznych jesteśmy skazani. Koncepcja odszkodowania za psychiczne cierpienie miała wielu krytyków, którzy zarzucali jej choćby to, że stanów wyższych, jakimi są cierpienia osobiste, nie można chronić w sposób prosty, a działanie takie jedynie raz już obrażone uczucia obraża po wtóre (tak m.in. Eggers).

²²² Z. Radwański: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 107.

zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej”. W sytuacji idealnej ów wybór po stronie poszkodowanego faktycznie istnieje. I z pewnością znakomita ich większość zdecydowałaby się na restytucję naturalną. Niestety, w praktyce najczęściej mamy do czynienia z drugą formą naprawienia szkody²²³. I, o ile różnica pomiędzy obiema metodami w przypadku szkody majątkowej nie odgrywa szczególnego znaczenia, to dla poszkodowanego w sensie niemajątkowym okazuje się zasadnicza. Jednocześnie, przywrócenie stanu poprzedniego przysparza w tej drugiej sytuacji znacznie więcej trudności i może dotyczyć w zasadzie tylko szkód polegających na „niemajątkowej stracie rzeczywistej”. W przypadku umów realizacji *expectation interests*²²⁴ służy żądanie prawidłowego wykonania zobowiązania (tym samym — „naprawy” przedmiotu świadczenia w przypadku, gdy zobowiązanie co prawda próbowano wykonać, choć było ono niezgodne z treścią umowy). Raz wyrządzona krzywda, nadszarpnięte zaufanie, zakłócony spokój, zmarnowany wypoczynek, nie są możliwe do cofnięcia. Ta niemożliwość restytucji, w szczególności gdy ma dotyczyć utraconych spodziewanych korzyści niemajątkowych²²⁵, sprawia, że zasądzenie odszkodowania jest jedyną i najlepszą rzeczą, jaką dla poszkodowanego może zrobić sąd²²⁶.

Przechodząc do interesującego nas problemu niewykonania zobowiązania, chodzi nie tyle o „przywrócenie stanu poprzedniego”, co o postawienie poszkodowanego w takiej sytuacji, w jakiej znalazłby się, gdyby świadczenie zostało wykonane prawidłowo²²⁷. O ile w przypadku uszczerbku wyłącznie majątkowego, różnica tkwi jedynie w pewnych wartościach pieniężnych, o tyle w przypadku szkody niemajątkowej prosta metoda zestawienia wartości świadczeń jest zawodna²²⁸. Podobny model odpowiedzialności kontraktowej przyjęty został również w polskim kodeksie cywilnym i może być konstruowany na podstawie prawa poszkodowanego wierzyciela do: żądania zapłaty utraconego zysku (art. 361 § 2 k.c.), żądania wykonania zobowiązania (*specific performance*²²⁹, art. 477 k.c.), tzw. wykonania

²²³ G. Bicnick, H. Ciepla, S. Dmowski: *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 78.

²²⁴ Określenie „restytucja” nie jest w tym miejscu dostatecznie adekwatne, gdyż sytuacja optymalna nie zawsze polega na „przywróceniu stanu poprzedniego” (choć niekiedy obydwa środki mogą być tożsame w skutkach).

²²⁵ Restytucja oznacza przecież jedynie „przywrócenie stanu poprzedniego”, nie zaś zapewnienie tego, co poszkodowany miał uzyskać — „zapewnienie stanu pożądanego”.

²²⁶ H. McGregor: *McGregor on Damages*, Sweet & Maxwell 2006.

²²⁷ F.R. Davics: *Contract, op. cit.*, s. 267–268.

²²⁸ Choć na przykład sądy niemieckie komercjalizują uszczerbki niemajątkowe w umowach konsumenckich, przypisując im konkretne wartości pieniężne. Mechanizmy ich wyznaczania zostały opisane w pkt 3.

²²⁹ System *common law* nie przewiduje roszczenia o wykonanie zobowiązania. Środek ten pozostawiony jest raczej jako wyjątkowa forma dyskrecjonalnej władzy sędziego, która nie jest oczywiście władzą dowolną. Ostatecznie sądy angielskie odmawiają zasądzenia obowiązku wykonania zobowiązania zawsze tam, gdzie odszkodowanie będzie środkiem w pełni adekwatnym wobec dokonanego naruszenia; zob. F.R. Davics: *Contract, op. cit.*, s. 276 i n. Autor zdaje się być zwolennikiem koncepcji *specific performance*. Europejskie porządki prawne są pod tym względem bardzo niekonsekwentne. Francuski kodeks cywilny stanowi, że niewykonane zobowiązanie polegające na czynieniu lub nieczynieniu zamienia się w roszczenie odszkodowawcze (art. 1142 Code civil: „Toute obligation de faire ou ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d’inexécution”), ilekroć wymagane jest osobiste działanie lub zaniechanie dłużnika. W pozostałych wypadkach wierzyciel może żądać, według własnego wyboru: wykonania umowy bądź odszkodowania. Prawo żądania wykonania zobowiązania jest natomiast zasad-

zastępczego (art. 480 k.c.). Wszystkie wspomniane mechanizmy mają na celu zachowanie efektywności zawartej umowy.

Nieodwracalny zasadniczo charakter uszczerbków niemajątkowych będzie sprawiał, że odszkodowanie pieniężne okaże się najpopularniejszym środkiem wobec subiektywnych skutków braku bądź wadliwości świadczenia. Jednocześnie, jak nietrudno spostrzec, wspomniany w poprzednim akapicie cel rzadko będzie w sposób pełny realizowany, zaś próby jego realizacji „za wszelką cenę” okazują się niekiedy wyjątkowo niefortunnym wyborem ekonomicznym.

W zakresie zasad przyznawania odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy wypada wymienić, jako podstawowe:

- a) pełną rekompensatę;
- b) wysokość odszkodowania nie może przewyższać wartości szkody;
- c) odszkodowanie, konsekwentnie z powyższym, pełni funkcję kompensacyjną, obowiązek dłużnika nie ma zatem charakteru represyjnego²³⁰.

Przyznana suma pieniężna ma stanowić ekwiwalent za poniesioną szkodę i wynagradzać cierpienia fizyczne, psychiczne oraz utratę określonego rodzaju przyjemności²³¹. Zadośćuczynienie nie niweluje skutków naruszenia, a jedynie je, przynajmniej w założeniu, równoważy²³². W praktyce dosyć często mamy niestety do czynienia z rozdzwięciem między założeniem a jego realizacją.

W przypadku umów typowych, zasada ta rzeczywiście sprawdza się, istnieją jednak stosunki, w których prawidłowe świadczenie ma dla poszkodowanego znaczenie szczególne²³³. Zapewne w większości przypadków, zasądzona suma jest pewnym pocieszeniem, jednak pocieszeniem dość marnym, biorąc pod uwagę fakt, że nie będą już nigdy mieli możliwości zrealizowania korzyści niemajątkowej, którą miało im przynieść prawidłowe świadczenie²³⁴.

Do doskonałym obrazem sytuacji odwrotnej — żądania przyznania odszkodowania pozwalającego na pełną rekompensatę utraty korzyści niemajątkowej, które jednak okazało się obowiązkiem nadmiernie obciążającym nierzetelnego dłużnika, jest

niczym roszczeniem wynikającym z naruszenia umowy na gruncie ustawodawstwa niemieckiego. I tak, wierzyciel może żądać zapłaty odszkodowania zamiast wykonania zobowiązania jedynie w ustawowo określonych sytuacjach — § 280 ust. 3 BGB: „Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger nur unter zusätzlichen Voraussetzungen des § 281, des § 282 oder des § 283 verlangen”. W sumie, obydwa rozwiązania są bardzo podobne.

²³⁰ J. Beatson: *Anson's Law...*, op. cit., s. 592.

²³¹ A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 78.

²³² Tamże, s. 79. Kompensacyjny charakter zadośćuczynienia (na gruncie czynów niedozwolonych) wyraża fragment uzasadnienia uchwały pełnego składu Izby Cywilnej SN z dnia 8 grudnia 1973 r. (OSNCP 1974, poz. 145), gdzie suma pieniężna ma polegać „na — z natury rzeczy niedoskonałym — wynagrodzeniu krzywdy przez zaspokojenie w większym zakresie potrzeb poszkodowanego”.

²³³ Popularnym przykładem jest umowa o wykonanie zdjęć ślubnych — A.H. Kastely: *Compensation...*, op. cit., s. 3, tak również w orzeczeniu w sprawie *Diesen v. Samson*. W uzasadnieniu tej ostatniej podniesiono właśnie, że poszkodowani zostali trwale pozbawieni przyjemności czerpanej ze wspomnień.

²³⁴ Umowa o imprezę turystyczną, umowa o wykonanie zabiegu korygującego niedoskonałości urody zwykle mają tę własność, iż, poza wydłużeniem w czasie, mogą być powtórzone, zaś doznany uszczerbek poprzez ponowne wykonanie praktycznie w pełni naprawione. Przyznana suma umożliwia taką „korektę”.

sprawa Forsyth v. Ruxley Electronics & Constructions Ltd.²³⁵ Jak wcześniej wspomniano, podstawową formą „naprawienia szkody” niemajątkowej jest zasądzenie odszkodowania w pieniądzu. Kryteria jego wysokości są zróżnicowane w zależności między innymi od zasady odpowiedzialności. W sytuacji gdy możliwa jest realizacja *expectation interests*, wysokość zasądzonej sumy powinna być przede wszystkim warunkowana kosztami takiej naprawy²³⁶. W przytoczonej sytuacji powód był uprawniony do żądania sumy wynikającej z różnicy wartości (*diminution of value*) bądź sumy potrzebnej do dokonania przebudowy (*cost of cure*²³⁷). Argumentacja poszkodowanego opierała się na prawie specyfikacji i utracie poczucia bezpieczeństwa, jaki miał powodowi gwarantować głębszy basen. Izba Lordów wydała niekorzystne dla skarżącego orzeczenie, znosząc wyrok sądu apelacyjnego, który zobowiązywał niesolidnego wykonawcę do poniesienia kosztów przebudowy w wysokości ponad 20 tysięcy funtów (koszt pierwotny budowy — 17 tysięcy). Uzasadniając swoje stanowisko, Lord Mustill zauważył jednak, że miarą wysokości odszkodowania winna być jedynie rzeczywiście doznana szkoda, a w pewnych sytuacjach uszczerbek nie może być inaczej oszacowany jak poprzez wartość kosztów całkowitej naprawy wadliwego przedmiotu świadczenia. Ostatecznie zwyciężyły zasady rozsądnego rachunku ekonomicznego²³⁸. Pan Forsyth uzyskał jedynie rekompensatę uszczerbku polegającego na *loss of amenity*.

Czy tak powinno być w istocie? Zasadniczą dyrektywą w prawie umów ma być postawienie poszkodowanego w sytuacji takiej, w jakiej znalazłby się, gdyby umowa została prawidłowo wykonana. Nie ma tu zatem miejsca na rozważanie kwestii „proporcjonalności” użytych środków — nie można bowiem porównywać miarą ekonomiczną tego, co ma wartość pieniężną, z tym, co wartości takiej nie reprezentuje²³⁹. Często zatem będzie tak, że tam, gdzie oszacowanie wysokości odszkodowania jest wyjątkowo trudne ze względu na elementarną rozbieżność dóbr: pieniężnych i naruszonych, interes strony poszkodowanej podlega ochronie stosunkowo słabej; z kolei w sytuacji, w której sposób naprawienia uszczerbku niemajątkowego daje się łatwo wyznaczyć, nierzetelny dłużnik zmuszony będzie „płacić dwa razy”, również

²³⁵ [1996] 1 AC 344. Zamówiony przez klienta basen miał być głębszy niż faktycznie wykonany. Przebudowa nie wpłynęłaby na obiektywny wzrost użyteczności basenu, stąd żądanie zasądzenia sumy przerastającej pierwotną cenę inwestycji, w opinii wielu zostało uznane za co najmniej ekscentryczne.

²³⁶ F.R. Davics: *Contract, op. cit.*, s. 267.

²³⁷ M. Chen-Wishart: *Contract..., op. cit.*, s. 533.

²³⁸ Orzeczenie Izby Lordów spotkało się ze zróżnicowanym przyjęciem: od akceptacji po elementarną krytykę. Głosy dezaprobaty podnosiły zwykle argument, że jest sprzeczne z gwarancyjną funkcją prawa zobowiązań, a indywidualne preferencje konsumenckie, włączone do treści umowy, stają się prawem względnym, takim samym jak roszczenie o jej wykonanie w ogóle. Nie powinno być bowiem tak, że konsument może jedynie żądać wykonania umowy w ogóle, zaś odmawia mu się prawa żądania wykonania „takiej umowy”, choćby wiązało się to z poważnymi konsekwencjami finansowymi po drugiej stronie. Zob. B. Sangha, B. Moles: *Can contract law..., op. cit.*, s. 40.

²³⁹ B. Sangha, B. Moles: *Can contract law..., op. cit.*, s. 54; P. Avallone: *The Award..., op. cit.*, s. 8: „It is a damage that reaches the subjective sphere of a person and cannot be translated into monetary terms”.

wtedy, gdy jego niezgodne z treścią zobowiązania zachowanie nie wiązało się z żadnym uszczerbkiem majątkowym²⁴⁰.

Wypada zapytać, czy ochrona prawa do niewadliwego świadczenia może być sprowadzana do „absurdalnych” rozstrzygnięć, czy można nadać jej jakieś „rozsądne” ograniczenia²⁴¹. W systemie amerykańskim dopuszczalne jest sądowe ograniczenie wysokości odszkodowania, między innymi w celu uniknięcia dysproporcji pomiędzy szkodą a wartością środka zaradczego²⁴². Pełna rekompensata utraconej korzyści w umowach konsumenckich może okazać się niebezpieczna o tyle, że właściwie wszyscy konsumenci zawierają umowy w celu „uzyskania jakiejś przyjemności”. Wysokość odszkodowania ma odpowiadać różnicy wartości pomiędzy „przyjemnością rzeczywiście uzyskaną” a „przyjemnością spodziewaną”²⁴³. Taki sposób definiowania wysokości odszkodowania jedynie w niewielkim stopniu przybliży nas do wartości *de facto* nieosiągalnej. W przypadku *Forsyth v. Ruxley* możliwość restytucji naturalnej²⁴⁴ istniała i dokonanie elementarnej przebudowy być może pozwoliłoby na pełną eliminację „uszczerbku” w postaci utraconego *consumer surplus*²⁴⁵. Sąd zdecydował się jednak na zasądzenie odszkodowania pieniężnego, stąd uznał, że kryteria jego szacunku muszą być inne niż jedynie wysokość kosztów przebudowy. Wydaje się, że Izba Lordów kierowała się pewnego rodzaju ogólną ideą sprawiedliwości i to sprawiedliwości w jej materialnym sensie²⁴⁶. Przede wszystkim Izba Lordów uznała, że przyznanie odszkodowania nie leżało w rzeczywistym, pożądanym interesie powoda, drugim argumentem była ogromna dysproporcja pomiędzy wartością doznanego uszczerbku a wartością żądania²⁴⁷. Najrozsądniejsze, w opinii Lordów, rozwiązanie stanowiła „trzecia droga” — odszkodowanie za utraconą „wartość szczególną” przedmiotu świadczenia. Prawo do *cost of cure* ma jednak nieco inny cel, gdyż chroni nie tyle „owoce” świadczenia, korzyści, jakie z niego miały wynikać po stronie poszkodowanego, co prawo do żądania świadczenia zgodnego z treścią umowy samo w sobie²⁴⁸.

²⁴⁰ Na temat ekonomicznej nieefektywności kompensaty szkód niemajątkowych zob. S.A. Rea: *Non-pecuniary Loss and Breach of Contract*, 1982, 11 *Journal of Legal Studies* 35.

²⁴¹ Lord Mustill odwołuje się do kryteriów zdroworozsądkowych w procesie szacowania podstaw odszkodowania — „test of reasonableness”.

²⁴² K. Uchino: *Expectation Damage of Consumer Contract*, <http://www.jlea.jp/ZR06-008.pdf>. Autor wnioskuje, że utracona przyjemność zasługuje na rekompensatę jedynie wówczas, gdy nie są dostępne na rynku jej bezpośrednio i łatwo osiągalne substytuty.

²⁴³ R. Posner: *Economic Analysis of Law*, 5th edition, Little, Brown 1997.

²⁴⁴ Pojęcie restytucji w omawianej sprawie odnosi się do przywrócenia poprzedniego stanu w sensie niematerialnym (zniwelowanie obaw związanych z bezpieczeństwem przedmiotu świadczenia).

²⁴⁵ Uwzględniając uwagi poczynione wcześniej, zawarta umowa była kontraktem „with a mental benefit”. Sąd apelacyjny uznał, że restytucja była najlepszym rozwiązaniem na uniknięcie niedostatecznej kompensaty. Zadośćuczynienie pieniężne, zdaniem sądu, nie było środkiem w żaden sposób niekorespondującym z konsekwencjami naruszeń wykonawcy.

²⁴⁶ Stąd wątpliwości budzi pytanie, czy spełnione zostały minimalne wymogi sprawiedliwości proceduralnej, skoro powodowi przysługiwało roszczenie o zwrot kosztów przebudowy.

²⁴⁷ M. Chen-Wishart: *Contract...*, *op. cit.*, s. 535. Jednocześnie należy dodać, że *loss of amenity* powinno mieć, w opinii brytyjskiej judykatury, także swój obiektywny wymiar (zob. *McAlpine v. Panatown*, 2001).

²⁴⁸ M. Chen-Wishart: *Contract...*, *op. cit.*, s. 536.

W sytuacjach trudnych i nietypowych odwołanie się do prostej zasady i równie prosta subsumpcja okazują się metodami niewrażliwymi na wiele uwarunkowań szczególnych i zjawisk pozaprawnych, które w ostatecznym rozrachunku winny być brane pod uwagę. Sądy niejednokrotnie stają zatem przed dylematem, także w przypadku polskiej instytucji zadośćuczynienia, potrzeby ochrony określonego dobra z jednej strony, z drugiej zaś — konieczności jak najpełniejszego oddania funkcji środków zaradczych, także ze względu na kompletny kontekst sytuacyjny.

Stanowisko niniejszej pracy opiera się zasadniczo na treści krajowego unormowania problemu restytucji i odszkodowań w art. 363 § 1, który rozwiązuje omówiony problem w sposób kompromisowy. Roszczenie poszkodowanego w sensie niemajątkowym ograniczy się do świadczenia w pieniądzu, jeżeli restytucja jest niemożliwa lub gdy pociąga za sobą nadmierne trudności lub koszty. Oczywiście pojęcie „nadmierne” musi być w pewnym stopniu relatywizowane do „wartości” doznanego uszczerbku. Nie wydaje się zatem, by przypadek *Forsyth v. Ruxley* znalazł inne rozstrzygnięcie przed sądem polskim²⁴⁹. Oczywiście, w sytuacji braku negatywnej przesłanki nadmiernego obciążenia kosztami restytucji, metoda ta powinna mieć pierwszeństwo przed odszkodowaniem pieniężnym, ze względu na fakt, że pozwala na najpełniejszą likwidację niemajątkowych skutków naruszeń.

Problematyczna wysokość zasądanego odszkodowania w pieniądzu warunkowana jest w praktyce zazwyczaj szeregiem kryteriów obiektywnych²⁵⁰. Zasada pewności obrotu prawnego wymaga zatem niestety pominięcia niejednokrotnie subiektywnej „wartości” szkody, również ze względu na konieczność ochrony sprawy przed potencjalnymi nadużyciami²⁵¹. Skoro bowiem nie jest możliwe sprawdzenie poziomu uszczerbku inaczej niż poprzez badanie osobistych przeżyć poszkodowanego, oddanie mu wyłączności określenia, jaka suma w sposób najpełniejszy łagodziłaby ból, zawód czy niewygodę, powodowałoby zapewne w wielu przypadkach przekreślenie postulowanej kompensacyjnej funkcji odszkodowania na rzecz jego funkcji represyjnej. Z drugiej strony, powołując się na zapatrywania polskiej judykatury, wypada podkreślić, że: „Powołanie się przez sąd przy ustalaniu zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę na potrzebę utrzymania wysokości zadośćuczynienia w rozsądnych granicach,

²⁴⁹ Należy jednak podkreślić, że skutek w postaci realizacji *expectation interests* byłby nicosiągalny na podstawie art. 363 k.c. Restytucja doprowadziłaby bowiem do stanu, w którym *Forsyth* musiałby „zwrócić” usługę w zamian za zapłaconą sumę. Z oczywistych przyczyn takie rozstrzygnięcie wiązałoby się z „nadmiernymi trudnościami”, o jakich mowa w art. 363 k.c. *Forsyth* mógłby natomiast żądać „naprawy”, co było niedopuszczalne na gruncie systemu brytyjskiego z uwagi na wyjątkowy charakter żądania wykonania umowy.

²⁵⁰ „Zasądzenie odszkodowania, a zwłaszcza jego wysokość uzależnione są od całokształtu ujawnionych okoliczności, w szczególności także od rodzaju i stopnia winy sprawcy szkody i odczucia jej przez poszkodowanego” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 października 1967 r., OSNC 1968, nr 6, poz. 107), od „(...) rodzaju naruszonego dobra i rozmiaru doznanej krzywdy, intensywności naruszenia oraz stopnia winy sprawcy, a także sytuacji majątkowej zobowiązanego” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2002 r., V CKN 1010/00, OSNC 2003, nr 4, poz. 56).

²⁵¹ Przy czym nie jest to rezygnacja na rzecz kryteriów wartości rynkowej, ponieważ szkoda niemajątkowa nie ma wartości komercyjnej. Można powiedzieć, że ustawodawca rezygnuje z metody subiektywnej na rzecz potrzeby uwzględnienia pewnego agregatu okoliczności obiektywnych, zmiennego w relacji do okoliczności faktycznych.

odpowiadających aktualnym warunkom i przeciętnej stopie życiowej społeczeństwa, nie może prowadzić do podważenia kompensacyjnej funkcji zadośćuczynienia²⁵².

Kwalifikacja wartości szkody w prawie niemieckim została oddana ocenie sędziego. Prawo niemieckie wymaga „adekwatnego odszkodowania”, relatywizowanego nie tylko do możliwości przewidzenia wystąpienia uszczerbku, lecz również, a w szczególności w przypadku szkody niemajątkowej, do stopnia natężenia winy sprawcy, motywy działania, forma i zakres naruszenia, przy czym w orzecznictwie istnieje silna tendencja, by wysokość sum była utrzymana w rozsądnych granicach²⁵³. Dużą ostrożnością w tym zakresie wykazuje się także orzecznictwo austriackie, pomimo konsekwentnego uznania, że stan majątkowy poszkodowanego nie decyduje o wysokości odszkodowania²⁵⁴. Dodać należy, że osiągnięcia orzecznicze w państwach, których ustawodawstwo nie pozwala na zasądzenie odszkodowania za szkodę niemajątkową w ramach odpowiedzialności kontraktowej, nie mogą w sposób prosty służyć formułowaniu odpowiedzi na pytanie: na podstawie jakich czynników winna być wyznaczona wysokość należnej sumy? Wynika to przede wszystkim z faktu, iż popełnienie czynu niedozwolonego zwykle będzie dotyczyło dóbr innego charakteru niż te, które zostały naruszone w wyniku niewykonania umowy.

Sądy francuskie, najbardziej liberalne pod względem dopuszczalności odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy, wykazują również największą „hojność”, jeżeli chodzi o jego wysokość. Tutaj również brany jest pod uwagę charakter naruszonego dobra, rozmiar cierpień fizycznych, psychicznych, stopień winy i stosunki majątkowe obu stron²⁵⁵ oraz wielu szczegółowych kryteriów zależnych przede wszystkim od charakteru naruszonego dobra. Brak jasnych kryteriów wyceny wartości szkody niemajątkowej w stosunkach umownych. Z analizy przykładowych orzeczeń w tym zakresie wyłania się ogólna konkluzja, na podstawie której sądy powinny szczególnie bacznie przyglądać się tym przypadkom, w których szkoda może być nieznaczna lub wręcz urojona²⁵⁶.

Skonstruowanie wniosku końcowego o uniwersalnym charakterze, który korespondowałby ze wszystkimi sytuacjami kontraktowymi, przysparza wielu uzasadnionych trudności. Wielokrotnie powielano w aktualnych rozważaniach myśl, że sam problem, jaki stwarza zmierzenie „wartości” szkody niemajątkowej, nie może decydować o odmowie przyznania rekompensaty. Niewątpliwie jednak wysokość odszkodowania, niezależnie od rozmiarów „emocjonalnego spustoszenia”, do jakiego doszło na skutek niewykonania umowy, musi być utrzymana w rozsądnych granicach. „Deliktowe” kryteria okazują się pomocne przy ocenie sytuacji polegających na fizycznym dyskomforcie i uciążliwości. Kwalifikacja ekonomiczna „utrąconej”

²⁵² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 2004 r., I CK 131/03, OSNC 2005, nr 2, poz. 40.

²⁵³ A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 30.

²⁵⁴ K. Wolff: *Kommentar zum ABGB*, wyd. 2, t. VI, Wien 1951, s. 136.

²⁵⁵ A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 48.

²⁵⁶ Tamże, s. 54–55.

niemajątkowej korzyści” wymaga ponadto uwzględnienia jej obiektywnej, powszechnej wartości²⁵⁷. Osobiste zapatrywania i odczucia poszkodowanego odgrywają jednocześnie równie istotną rolę, jeżeli ze względu na indywidualne kwalifikacje i preferencje określona korzyść miała dla niego wartość szczególną²⁵⁸. Wreszcie, przydatny okazuje się sprawdzian adekwatnego związku przyczynowego²⁵⁹, na podstawie którego stosunki o niskiej przewidywalności wystąpienia uszczerbku niemajątkowego powinny podlegać szczególnej kontroli w zakresie treści żądania poszkodowanego; tak by zminimalizowane zostało ryzyko wypaczenia instytucji odszkodowania na rzecz akceptacji „prawa do manipulacji”.

²⁵⁷ Odpowiedzi na pytanie: Ile zapłaciłby przeciętny, rozsądnie oceniający sprawę człowiek za tego rodzaju korzyść? Być może również: ile zapłaciłby, by uniknąć określonej sytuacji kontraktowej?

²⁵⁸ Wystarczy odwołać się do przykładu stosunków profesjonalnych i konsumcncskich, gdzie w przypadku tych pierwszych interes gospodarczy odgrywa istotniejszą rolę niż potrzeba uniknięcia nieprzyjemności, stresu czy niewygody. Niewątpliwie te „szczególne kwalifikacje” strony zależne są zatem od roli, w jakiej występuje, i treści stosunku prawnego, a także dalszych motywów, dla których zawiera umowę.

²⁵⁹ *Test of reasonableness.*