

Piotr Machnikowski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski
ORCID: [0000-0002-9145-1311](https://orcid.org/0000-0002-9145-1311)

Opcjonalne prawo umów – zalety i ograniczenia

Streszczenie

Jedną z rozważanych w dyskusji naukowej i politycznej ścieżek rozwoju regulacji prawnych dotyczących zobowiązań umownych jest ustanowienie zbiorów przepisów, których zastosowanie do konkretnego stosunku umownego zależałoby od woli stron tego stosunku. To opracowanie bada możliwości powodzenia tego zamierzenia, odwołując się do praktyki dotyczącej istniejących już zbiorów regulacji prawa umów, których twórcy przewidywali dla nich takie właśnie zastosowanie.

Słowa kluczowe

zobowiązania, prawo umów, umowa, prawo modelowe

Koniec XX w. i początek XXI w. w europejskim (choć nie tylko europejskim) prawie umów był czasem kodyfikacji modelowych. Dokumenty takie jak Principles of European Contract Law (PECL), Principles of International Commercial Contracts (PICC / UNIDROIT Principles, o ponadeuropejskim charakterze), Draft Common Frame of Reference (DCFR) czy European Contract Code (tzw. kodeks Gandolfiego) były próbami sformułowania reguł rządzących zawieraniem i wykonywaniem umów i nadania im postaci zbliżonej do kodeksu – usystematyzowanego i wewnętrznie spójnego zespołu przepisów. Niektóre spośród tych projektów – i na nich będę chciał się skupić – miały w zamyśle ich twórców pełnić głównie albo między innymi rolę normatywną.

Ponieważ od ogłoszenia pierwszych z tych projektów minęło już ponad 20 lat, można podjąć się próby oceny, czy udało się to zamierzenie zrealizować i dlaczego się nie udało. Z natury rzeczy będzie to ocena z punktu widzenia praktyki polskiej. Z jednej strony przyjmuję zatem stosunkowo wąską perspektywę, co przemawia przeciwko przypisywaniu przedstawionym tu wnioskom szerszego znaczenia. Z drugiej strony jednak systemy prawne dawnych państw komunistycznych mogłyby wydawać się (i często rzeczywiście wydawały się twórcom aktów modelowych) szczególnie odpowiednim polem działania proponowanych reguł.

Principles of European Contract Law zostały przez swoich autorów pomyślane jako narzędzie wielofunkcyjne. Najważniejsze cele ich istnienia to:

- 1) harmonizacja prawa w celu wyeliminowania różnic utrudniających handel transgraniczny;
- 2) przedstawienie wspólnego rdzenia prawa kontraktowego w Europie, ale także wybranie najlepszych spośród rozbieżnych rozwiązań krajowych czy zawartych w aktach prawa międzynarodowego;
- 3) dostarczenie źródła inspiracji legislatorom z państw środkowoeuropejskich, stojącym przed koniecznością przebudowy krajowych systemów prawnych po odrzuceniu ustroju komunistycznego;
- 4) zbudowanie mostu pomiędzy dwiema silnie różniącymi się rodzinami systemów prawnych – prawem cywilnym i *common law*;
- 5) stworzenie podstaw dla przyszłej legislacji unijnej, a także, ewentualnie, europejskiego kodeksu prawa umów;
- 6) stworzenie zestawu neutralnych (niezwiązanych z żadnym państwem) reguł, którym można poddać stosunek umowny pomiędzy podmiotami z różnych krajów;
- 7) sformułowanie – dla potrzeb sądownictwa polubownego – „ogólnych zasad prawa”, którym niekiedy strony poddają zawierane przez siebie kontrakty międzynarodowe;
- 8) stworzenie dodatkowej podstawy dla uzasadniania rozstrzygnięć przez organy jurysdykcyjne w kwestiach, które nie są uregulowane przez prawo mające zastosowanie do danej umowy¹.

Uogólniając nieco te wypowiedzi, można zatem wyróżnić trzy zasadnicze rodzaje zamierzonych funkcji PECL:

- a) funkcję bezpośrednio normatywną – regulowanie rzeczywiście powstających stosunków umownych, bądź to z woli ich stron, bądź to poprzez autonomiczną decyzję sądu wobec stwierdzenia istnienia luki w prawie;
- b) funkcję pośrednio normatywną – słuzenie jako wzorzec dla przyszłej legislacji unijnej bądź krajowej (a do tej kategorii można chyba także zaliczyć stosowanie PECL jako pomocniczego narzędzia wykładni prawa krajowego w razie trudności interpretacyjnych);
- c) funkcję czysto poznawczą.

Założenie o normatywnej funkcji PECL znalazło wyraz w treści art. 1:101(1): „These Principles are intended to be applied as general rules of contract law in the European Communities”. Dalsze ustępy tego artykułu wskazywały, w jaki sposób może dojść do zastosowania PECL jako prawa rządzącego umową – gdy strony uzgodniły inkorporowanie tych zasad do umowy albo uzgodniły, że umowa będzie podlegała tym zasa-

¹ Zob. O. Lando, H. Beale (red.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and Revised*, The Hague 2000, s. XXI i n.

dom, gdy strony uzgodniły, że ich umowa będzie podlegała „ogólnym zasadom prawa”, *lex mercatoria* albo podobnym regułom, a także gdy strony nie wybrały żadnego system reguł jako rządzącego ich umową.

Podobne podejście widoczne jest w preambule UNIDROIT Principles (były one zresztą chyba inspiracją dla PECL), które także stanowią, że PICC będą stosowane, gdy strony uzgodniły poddanie im umowy; mogą być stosowane, gdy strony uzgodniły, że umowa będzie podlegała ogólnym zasadom prawa, *lex mercatoria* i podobnym regułom, oraz gdy strony nie wybrały prawa rządzącego ich umową. Ponadto PICC mogą być używane do interpretacji i uzupełniania aktów międzynarodowych o charakterze jednolitym i prawa krajowego oraz służyć jako wzór dla prawodawców krajowych i międzynarodowych.

Nieco inaczej wygląda funkcja normatywna DCFR, a to z uwagi na jego rodowód jako dokumentu w jakiś sposób związanego z działalnością legislacyjną Unii Europejskiej. Autorzy DCFR, oprócz podkreślania wartości akademickiej tekstu (zarówno w zakresie badań, jak i nauczania) oraz jego roli jako źródła inspiracji dla sądów i prawodawców krajowych², uwagę poświęcili przede wszystkim jego przyszłej roli w tworzeniu tzw. politycznego Common Frame of Reference (CFR). Idea „politycznego CFR” od początku była niejasna i nigdy nie została ostatecznie wyjaśniona, ale obejmowała między innymi użycie DCFR jako wzorca dla przyszłej legislacji unijnej – czy to wiążącej, czy też stosowanej opcjonalnie. Ten ostatni wariant był bliski realizacji w postaci propozycji wspólnego europejskiego prawa dotyczącego sprzedaży (CESL), jednak prace nad nią zostały wstrzymane. W każdym razie jakkolwiek DCFR nie był – przynajmniej otwarcie – pomyślany jako zestaw reguł, które strony umowy mogą zastosować do swojej relacji kontraktowej, mógł posłużyć jako podstawa do stworzenia prawa o takim właśnie opcjonalnym charakterze.

Zasadniczy temat tego opracowania to prawo opcjonalne, a zatem te sposoby działania reguł modelowych, które powyżej określiłem jako „pośrednio normatywne”, mają w nim uboczne miejsce. Dla pełnego obrazu warto jednak wspomnieć, że w dokonywanych w latach 2000–2015 częściowych reformach polskiego Kodeksu cywilnego wzorce czerpane z aktów modelowych odgrywały pewną rolę. Niektóre zmodyfikowane przepisy (dotyczące np. zawierania umów) były tworzone z uwzględnieniem ich odpowiedników w PICC i PECL. Ponieważ polski ustawodawca dotąd nie zdecydował się ani na uchwalenie nowego Kodeksu cywilnego, ani na zasadniczą reformę istotnych części Kodeksu obecnie obowiązującego, nie miał okazji skorzystać z propozycji oferowanych w tym względzie przez akty modelowe. W dyskusjach koncepcyjnych i pracach nad projektami fragmentów nowego Kodeksu cywilnego, prowadzonych przez Komisję Kody-

² Zob. *Draft Common Frame of Reference. Outline edition*, Munich 2009, s. 7.

fikacyjną Prawa Cywilnego do jej rozwiązania w 2015 r., akty modelowe, w tym zwłaszcza DCFR (z uwagi na rozbudowaną część poświęconą poszczególnym typom umów), stanowiły istotny punkt odniesienia, jednak nie rozważano poważnie pomysłu zastąpienia istniejącej regulacji przepisami przeniesionymi wprost z któregoś aktu modelowego.

Akty te nie odgrywają także istotnej roli w polskim orzecznictwie sądowym. Sporadycznie w orzecznictwie Sądu Najwyższego pojawiają się odniesienia do PECL, PICC czy DCFR przy rozstrzygnięciu kwestii nierozstrzygniętych czy też niejasno rozstrzygniętych przez polski Kodeks cywilny³. Sięgając do nich, Sąd Najwyższy nie traktuje ich jednak jako aktów normatywnych czy quasi-normatywnych, ale jako dokumenty wyrażające dominujący czy optymalny stan prawny w danej kwestii w naszej kulturze prawnej. Akty modelowe pełnią więc w stosowaniu prawa w Polsce rolę raczej pewnego „skrótów myślowego” w argumentacji prawnoporównawczej. Warto też zauważyć, że stosując przepisy konwencji wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów i napotykając tzw. lukę wewnętrzną w regulacji konwencyjnej (dotyczącą stopy odsetek za opóźnienie w zapłacie ceny), Sąd Najwyższy zastosował prawo właściwe dla umowy sprzedaży według reguł prawa prywatnego międzynarodowego, a jednoznacznie odrzucił możliwość zastosowania w tym zakresie UNIDROIT Principles czy PECL, choć te pierwsze taką właśnie rolę miały pełnić⁴.

Przechodząc do zasadniczego problemu, to jest zastosowania kodeksu prawa umów jako prawa opcjonalnego – stosowanego na podstawie takiej decyzji stron, trzeba zauważyć, że jedyne doświadczenie, jakim dysponujemy (poza wspomnianą konwencją wiedeńską, która jest jednak pod tym względem szczególnie ze względu na zastosowany w niej mechanizm automatycznego stosowania), odnosi się do reguł modelowych, a więc nie pochodzących od żadnego prawodawcy, krajowego czy unijnego. O tym, czy opcjonalne prawo umów stworzone przez państwo czy inną organizację polityczną jako prawo obowiązujące (w rodzaju CESL) byłoby rzeczywiście stosowane przez strony, możemy tylko snuć domysły. Natomiast w odniesieniu do aktów *soft law* takich jak UNIDROIT Principles czy PECL możemy oprzeć się na kilkunastoletniej obserwacji faktów, nawet jeżeli obserwacja ta nie ma postaci sformalizowanych badań empirycznych. Być może wnioski wyciągnięte z przypadku *soft law* będą dały się przenieść także na opcjonalne *hard law*.

³ Zob. np. uchwałę składu 7 sędziów SN – zasadę prawną z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 69; uchwałę składu 7 sędziów SN z dnia 15 września 2015 r., III CZP 107/14, OSNC 2016, nr 2 poz. 16; wyrok SN z dnia 12 czerwca 2015 r., II CSK 585/14; wyrok SN z dnia 5 października 2006 r., IV CSK 157/06, OSNC 2007, nr 7–8, poz. 114; wyrok SN z dnia 2 października 2007 r., II CNP 101/07.

⁴ Zob. wyrok SN z dnia 9 października 2008 r., V CSK 63/08, OSNC 2009/10/143.

Z tej właśnie nieformalnej obserwacji wynika jednoznaczny wniosek: akty modelowe nie pełnią funkcji normatywnych. Nie są nigdy (albo są pomijalnie rzadko) wybierane przez strony jako prawo rządzące ich stosunkiem umownym. Nie są stosowane jako „ogólne zasady prawa”, ponieważ niezmiernie rzadko, jeśli w ogóle, strony umów poddają je – zamiast prawa państwowemu – „ogólnym zasadom prawa”. Nie są także stosowane przez sądy ani, według mojej wiedzy, sądy polubowne jako reguły mające zastosowania wobec stwierdzenia luki w prawie (przy czym nie mam tu na myśli posługiwania się tymi dokumentami jako argumentem na rzecz określonej wykładni przepisów prawa krajowego).

Każdy przypadek tak znacznej rozbieżności między życzeniami i wyobrażeniami świata nauki (bo to on w większości jest odpowiedzialny za tworzenie reguł modelowych) a potrzebami i zwyczajami praktyki powinien być dla prawników akademickich niemiły. Dlaczego coś, co do czego jesteśmy przekonani, że jest dobre, nie działa? Można by to skwitować stwierdzeniem, że to w zasadzie nic nowego – kolejny dowód starej prawdy, że w teorii nie ma różnicy między teorią a praktyką, natomiast w praktyce jest. Aby jednak nauka wykonała swoją pracę do końca, należy zastanowić się poważnie, dlaczego tak się stało.

W teorii za atrakcyjnością prawa opcjonalnego powinny przemawiać takie jego cechy jak:

- a) wysoka jakość merytoryczna – jest ono dziełem ekspertów, syntezą mądrości wielu porządków prawnych, jest (albo powinno być) wolne od koncesji, krótkowzrocznych dążeń i kompromisów, które często cechują prawo powstające w demokratycznym procesie legislacyjnym;
- b) uniwersalność – stanowi jednolity zespół reguł stosowany bez ograniczeń geograficznych;
- c) neutralność – brak związku z określonym państwem powinien skutkować równorzędnym traktowaniem obu stron umowy, bez dążenia do ochrony interesów pewnej kategorii podmiotów dominującej w danym państwie (np. twórców zaawansowanych technologii czy innych dóbr intelektualnych, producentów rolnych, konsumentów nabywców dóbr, podmiotów świadczących usługi finansowe, transportowe itp.);
- d) sama opcjonalność zastosowania – uzyskiwane dzięki istnieniu tych reguł poszerzenie sfery wolności przedsiębiorców, zwiększenie możliwości dobrania regulacji dostosowanej do potrzeb.

Wydaje się, że prawa modelowe wszystkie te cztery cechy mają, choć na pewno i one nie są idealne pod względem jakości merytorycznej. Jakże zatem wady przesądziły o ich niezdolności do pełnienia roli „prawdziwego” prawa?

W mojej ocenie, pierwszy, główny i wystarczający powód ich niepowodzenia w tym obszarze to dążenie ich potencjalnych użytkowników do pewności prawa. To pewność, a nie jednolitość ani nawet wysoka jakość prawa jest główną potrzebą przedsiębiorców. W obrocie profesjonalnym zróżnicowanie krajowych systemów prawnych nie stanowi krytycznego problemu, bo dostępność transgranicznych usług prawniczych rośnie wraz z rozwojem branży prawniczej, a także upowszechnianiem się nowoczesnych środków komunikacji. Krytycznym problemem jest przewidywalność rozstrzygnięć. Nie bez powodu oceniając obowiązujące prawo polskie, przedsiębiorcy jako jego główną wadę wskazują nieostrość pojęć, niestabilność orzecznictwa i, generalnie, niską przewidywalność wyniku sporu. A przecież Kodeks cywilny obowiązuje od 53 lat, z czego 28 lat to okres gospodarki rynkowej. Jest przedmiotem kilkunastu komentarzy i około 200 000 orzeczeń sądowych dostępnych w elektronicznych bazach danych, a także jest wykładany na uniwersytetach i aplikacjach zawodowych. Niepewność co do interpretacji i stosowania tego prawa pojawia się w niektórych obszarach i w odniesieniu do niektórych pojęć czy instytucji. W ogromnej większości jednak jest to regulacja stabilna i jednoznaczna. W porównaniu z prawem krajowym, nawet średniej jakości, prawo modelowe, nawet najlepsze, zawsze będzie stało na straconej pozycji. Najbardziej podstawowe pojęcia i zasadnicze instytucje będą wymagały wyjaśnienia, a zanim zostanie osiągnięta jednoznaczność, trwał będzie wieloletni okres niepewności. Co więcej, ta jednoznaczność nigdy nie zostanie osiągnięta. Prawo wiążące przechodzi przez okres dzieciństwa i dopiero stopniowo obrasta interpretacjami i orzecznictwem, bo inaczej być nie może. Prawo opcjonalne nigdy tego nie osiągnie, bo racjonalny uczestnik rynku nie podejmie ryzykownej dla własnych interesów decyzji o jego wyborze prawa – nawet gdyby miał świadomość, że w ten sposób przyczyni się do dobra ogółu.

Dlatego nawet jeżeli koszty transakcyjne polegające na konieczności dostosowywania zawieranych umów i stosowanych ogólnych warunków umów do wielu różnych systemów prawnych byłyby istotnym obciążeniem dla przedsiębiorców (czego nie jestem pewien), to ryzyko poddania umowy regulacji o niejasnej treści i nieznanym skutkach zastosowania jest znacznie poważniejsze. Sprowadzając to do anegdoty: niemal wszystkie komputery wyposażone są w klawiaturę w układzie QWERTY, a nie spotyka się klawiatur projektu Augusta Dvoraka. Ta druga jest obiektywnie lepsza, jako że zastosowany układ liter wymaga mniej wysiłku i zwiększa szybkość pisania. A jednak nie udało jej się zastąpić na rynku obiektywnie gorszej, ale już znanej użytkownikom klawiatury QWERTY. Zmiana systemu prawnego na inny jest nieco bardziej skomplikowanym przedsięwzięciem. Wyobraźmy sobie klawiaturę, o której wiemy teoretycznie, że jest bardzo dobra, ale tego, która litera znajduje się w którym miejscu, dowiemy się dopiero, gdy tekst zostanie wydrukowany i trafi do czytelnika.

Po drugie, związane zresztą z pierwszym, ewentualne zastosowanie prawa opcjonalnego skutecznie uniemożliwiłyby firmy prawnicze – z tych samych powodów, dla których nie są nim zainteresowani przedsiębiorcy. Potrzeba przewidywalności rozstrzygnięcia, a przede wszystkim dążenie do własnego bezpieczeństwa wykluczają zaproponowanie klientowi wyboru prawa opcjonalnego, a tym bardziej pozytywne zaopiniowanie takiej propozycji drugiej strony. Jeżeli dojdzie do sporu (a niepewność treści regulacji zwiększa prawdopodobieństwo sporu, bo uruchamia mechanizmy oportunistyczne) i zostanie on przegrany, błędny wybór prawa zostanie uznany za pierwszą przyczynę niepowodzenia.

Po trzecie, zastosowanie reguł modelowych jako prawa opcjonalnego nie prowadzi w pełni do uchylecia prawa krajowego właściwego według reguł prawa prywatnego międzynarodowego. Jak wiadomo, przepisy, których zastosowania nie można wyłączyć umową, nadal będą miały zastosowanie, a często te właśnie przepisy niosą ze sobą daleko idącą niepewność co do sytuacji prawnej (np. gdy dotyczą przesłanek ważności umowy). Wbrew sugestiom płynącym z literatury poddanie sporu rozstrzygnięciu sądu polubownego nie rozwiązuje tego problemu, w każdym razie nie z polskiej perspektywy. Sądy polubowne nie są zwolnione ze stosowania przepisów bezwzględnie wiążących i nie czują się z tego zwolnione. Nawet jeżeli teoretycznie granicą, której nie powinny przekraczać jest dopiero naruszenie podstawowych zasad porządku prawnego, w praktyce większość sądów okazuje poszanowanie dla wszystkich bezwzględnie wiążących przepisów prawa właściwego. Wskazywane jako sposób uwolnienia sądu z więzów prawa bezwzględnie wiążącego upoważnienie go przez strony do orzekania na podstawie zasad słuszności w praktyce nie istnieje z tych powodów, o których mówiłem wcześniej – przedsiębiorcy wolą pewność od elastyczności. Jeżeli do imperatywnych przepisów prawa krajowego doda się jeszcze imperatywne przepisy obecne w samym prawie opcjonalnym, sytuacja staje się dość skomplikowana.

Po czwarte, mechanizm wyboru funkcjonuje poprawnie w warunkach względnej równowagi sił negocjacyjnych. Nawet w obrocie między przedsiębiorcami stan przybliżonej choćby równowagi stron wcale nie jest częsty. Do tego znaczna część rynku, przynajmniej w Polsce w okresie intensywnego rozwoju gospodarczego finansowanego w znacznej części ze środków UE, rządzi się prawem zamówień publicznych, które cechuje się strukturalną nierównością pozycji negocjacyjnych. Jeżeli natomiast jedna ze stron jest praktycznie zdolna narzucić drugiej stosowanie wybranego przez nią prawa właściwego i własnych ogólnych warunków umów, nie ma interesu w zastosowaniu prawa opcjonalnego, jeżeli rzeczywiście jest ono neutralne i nie faworyzuje żadnej ze stron.

Można się przy tym zastanawiać, czy opcjonalny charakter prawa sam w sobie nie jest przeszkodą w jego zastosowaniu i czy wymaganie akceptacji danego zespołu reguł

przez obie strony, które mają z zasady rozbieżne czy wręcz przeciwstawne interesy i oczekiwania, nie jest nierealne. Ponadto procedura badania odpowiedniości prawa opcjonalnego do sytuacji gospodarczej strony umowy jest znacznym kosztem transakcyjnym, dodatkowym względem zwykłego kosztu negocjowania umowy. Z punktu widzenia procesu negocjacji decyzja o zastosowaniu prawa państwowego może być szybsza i tańsza.

Po piąte, prywatny charakter reguł i brak ich demokratycznej legitymizacji może obniżać poziom zaufania do nich ze strony uczestników rynku, jeżeli postrzegają oni państwowe pochodzenie prawa jako gwarancję jego neutralności (bezstronności jego reguł).

Po szóste, wbrew pozorom prawo opcjonalne może być mniej elastyczne i podatne na zmiany uwzględniające rozwój gospodarczy czy techniczny niż prawo państwowe, a to ze względu na sposób jego tworzenia. Jeżeli pochodzi od ponadnarodowej organizacji politycznej, procedura legislacyjna jest zwykle dłuższa niż odpowiednia procedura krajowa. Jeżeli jest dziełem organizacji o charakterze prywatnym, nie da się go zmienić, gdy organizacja ta już nie istnieje.

Po siódme, zaleta w postaci uniwersalności prawa (jeżeli ma ono mieć ponadkrajowy zakres zastosowania) jest ograniczana przez brak jednolitej interpretacji. Różne sądy krajowe będą działały pod wpływem własnych wyobrażeń kształtowanych prawem krajowym. Nawet gdyby istniał jednolity organ rozstrzygający spory czy odpowiadający na pytania prejudycjalne, to jego zdolność do szybkiego działania (a szybkość ma tu kluczowe znaczenie) byłaby wątpliwa.

Na koniec warto zastanowić się, które z zalet i które z wad prawo opcjonalne zachowuje wówczas, gdy jest prawem państwowym czy pochodzącym od innej organizacji dysponującej władzą prawodawczą (np. Unii Europejskiej).

Wydaje się, że dwie z wymienionych powyżej zalet mogą być zagrożone. Poddanie aktu prawnego demokratycznej procedurze legislacyjnej może zagrażać jakości merytorycznej, bo z procedurą tą wiąże się często potrzeba kompromisów zagrażających spójności tworzonego prawa, a nieobca jest jej także nieracjonalność. Państwowy charakter prawa opcjonalnego rodzi też pytanie o jego treściową neutralność i brak faworyzowania którejs z stron regulowanych stosunków prawnych.

Z kolei część swoich wad prawo opcjonalne zachowuje także wtedy, gdy jest prawem państwowym. Przede wszystkim dotyczy to stwarzanej przez nowy akt prawny niepewności rozstrzygnięć i związanej z tym niechęci do wybierania tego prawa, która to niechęć oddziałuje zwrotnie i utrwała stan niepewności w nieskończoność. Także mechanizm wyboru i jego ograniczenia wynikające z braku rzeczywistej równowagi kontraktowej nie ulegają zmianie, gdy mamy do czynienia z opcjonalnym prawem o pań-

stwowym pochodzeniu. Podobnie aktualność zachowują uwagi o braku jednolitej interpretacji prawa o zastosowaniu ponadkrajowym.

Dzięki państwowemu charakterowi prawa modelowego rozwiązany może zostać problem relacji między prawem opcjonalnym a przepisami bezwzględnie stosowanymi. Wybór opcjonalnego *hard law* wyłącza konieczność stosowania innych przepisów imperatywnych niż te, które w tym prawie opcjonalnym się znajdują. Ponadto, jeżeli państwo czy organizacja międzynarodowa cieszy się zaufaniem podmiotów prawa, zaufanie to może przenieść się na stworzony przez nie akt normatywny.

Prowadzi to do wniosku, że w państwach o w miarę poprawnie funkcjonującej gospodarce i choćby przeciętnie rozwiniętym systemie prawnym prawo opcjonalne jest tylko atrakcyjną intelektualnie iluzją. To, co ma być jego największą zaletą – dobrowolność zastosowania – uniemożliwia jego sukces. Opcjonalność zabija prawo opcjonalne.

Zmiana tego stanu byłaby możliwa tylko wówczas, gdyby zastosowanie tego prawa opierało się nie na zgodzie aktywnej (*opt-in*), ale na zgodzie dorozumianej (*opt-out*), co jest możliwe tylko w odniesieniu do prawa wiążącego (państwowego czy pochodzącego od organizacji międzynarodowej). Taka architektura wyboru sprzyjałaby upowszechnianiu się stosowania prawa opcjonalnego i budowaniu wokół niego orzecznictwa, czego dowodzi przykład konwencji wiedeńskiej (choć proces ten trwa wiele lat i daleki jest od zakończenia). Ta idea wydaje się jednak nierealna z przyczyn politycznych.

