

Monika Tenenbaum
Uniwersytet Wrocławski

Instytucja prawna zadatku z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa

Wstęp

Przedmiotem niniejszych rozważań jest możliwość interpretacji rozwiązań cywilnoprawnych i dokonywania ich wykładni na przykładzie instytucji zadatku, z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa. W szerszym ujęciu chodzi o próbę wykazania, że analiza ekonomiczna stanowi atrakcyjną metodę badawczą, mogącą znaleźć zastosowanie w rozważaniach prawniczych. Podstawowym celem będzie wykazanie, że instytucja zadatku, w wersji wprowadzonej przez ustawodawcę w przepisach art. 394 k.c., ze względu na cechę efektywności, stanowi atrakcyjny instrument umożliwiający modyfikację reguł odpowiedzialności kontraktowej¹. Jej ocena zostanie przeprowadzona przez porównanie z jednej strony do reguł odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, z drugiej zaś do innych instrumentów, pozwalających na umowne określenie zakresu odpowiedzialności w sposób odmienny, niż wynikałoby to z reguł ogólnych. W rozważaniach zostaną zastosowane pewne elementy teorii ekonomicznych.

1. Podstawowe założenia ekonomicznej analizy prawa i możliwość jej zastosowania do regulacji cywilnoprawnych

Kierunek ten, określany jako Law and Economics bądź Economic Analysis of Law, we współczesnej wersji powstał w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej pod koniec lat pięćdziesiątych ubiegłego wieku, choć jego początki sięgają

¹ Zagadnienie to, po przyjęciu niniejszego artykułu do druku (maj 2007 r.), stanowiło przedmiot dalszych zainteresowań autorki; więcej w: M. Tenenbaum, *Instytucja zadatku w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2008.

okresu sprzed drugiej wojny światowej i wiążą się z tzw. szkołą chicagowską, choć wskazuje się jego starsze korzenie². Jest on obecnie coraz powszechniej wykorzystywany w rozważaniach dotyczących nauk społecznych, w tym nauk prawnych. Początkowo stosowano go w badaniach dotyczących prawa antymonopolowego, natomiast począwszy od zastosowania tej metody do analizy odpowiedzialności deliktowej oraz kosztów społecznych³ datuje się stosowanie jej do rozważań poświęconych wszystkim gałęziom i działom prawa, w tym w szczególności prawa własności, prawa umów, odpowiedzialności cywilnoprawnej, prawa konkurencji, prawa podatkowego, prawa rodzinnego, prawa pracy, prawa karnego materialnego, procedury zarówno cywilnej, jak i karnej, prawa administracyjnego i prawa konstytucyjnego⁴. G. Calabresi i R. Coase jako pierwsi próbowali zastosować analizę ekonomiczną do zagadnień cywilnoprawnych⁵. Za ich kontynuatora uważa się w szczególności R.A. Posnera, którego teorię ocenia się jako orientację pragmatyczno-instrumentalną, a ściślej – prawniczą odmianę neoliberalnej ekonomii politycznej F. Hayeka i M. Friedmanna, wykazującą podobieństwa do neoliberalnej teorii państwa i prawa R. Nozicka⁶.

Ekonomiczną analizę prawa definiuje się jako „stosowanie teorii ekonomicznych oraz metod ekonometrycznych do badania procesu tworzenia prawa, jego struktury, procesów w nim zachodzących oraz wpływu prawa i instytucji prawnych na ludzi, gospodarkę i państwo”⁷. Podstawowym postulatem ekonomicznej analizy prawa jest to, żeby rozwiązania wprowadzone do porządku prawnego sprzyjały efektywności ekonomicznej⁸. System prawny jest traktowany jako

² Zob. R.T. Stroiński, [w:] M. Bednarski, J. Wilkin (red.), *Ekonomia dla prawników i nie tylko*, Warszawa 2005, s. 474; K. Pawłusiewicz, B. Brożek, *Prawo karne w świetle ekonomicznej teorii prawa (uwagi krytyczne)*, Państwo i Prawo 2002, nr 12, s. 45 i n.; J. Stelmach, *Spór o ekonomiczną analizę prawa*, [w:] J. Stelmach, M. Soniewicka (red.), *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, Warszawa 2007, s. 9; J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007, s. 12 i n.

³ G. Calabresi, *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, Yale Law Journal 1961, vol. 70, s. 499; R.H. Coase, *The problem of social cost*, Journal of Law & Economics 1960, vol. 3, s. 1.

⁴ R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York 1998, s. 25 i n. oraz podana tam literatura; W. Karsz, *Ekonomiczna analiza prawa w prawoznawstwie amerykańskim*, Studia Prawno-Ekonomiczne, t. XXVIII, 1982, s. 50 i n.; R.T. Stroiński, *Ekonomiczna analiza prawa czyli w poszukiwaniu efektywności*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2002, z. 3, s. 551; tenże, *Dlaczego warto studiować ekonomiczną teorię prawa (Law and Economics)*, Edukacja Prawnicza 2005, nr 4, s. 7.

⁵ Zob. przypis 3.

⁶ W. Lang, J. Wróblewski, *Współczesna filozofia i teoria prawa w USA*, Warszawa 1986, s. 37 i n.; W. Gromski, *Law and Economics jako teoria polityki prawa*, [w:] J. Stelmach, M. Soniewicka (red.), *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, Warszawa 2007, s. 45 i n.

⁷ M. Olender, *Law and Economics – ekonomiczna analiza prawa*, Edukacja Prawnicza 2005, nr 4, s. 3. Zobacz również: R.T. Stroiński, [w:] *Ekonomia dla prawników i nie tylko...*, s. 473; tenże, *O kosztach transakcyjnych i potrzebie analizy ekonomicznej w prawie handlowym*, Przegląd Prawa Handlowego 2004, nr 6, s. 37; J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków 2004, s. 135.

⁸ W. Karsz, *op. cit.*, s. 58; R.T. Stroiński, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 551; tenże, *Dlaczego warto studiować ekonomiczną teorię prawa...*, s. 7; tenże, *O kosztach transakcyjnych...*

zbiór bodźców i zachęt, mających na celu między innymi dążenie do rozwiązań efektywnych⁹. Analiza rozwiązań prawnych jest prowadzona przy wykorzystaniu dorobku innych nauk społecznych, takich jak ekonomia, socjologia i psychologia, wpisując się tym samym w nurt badań interdyscyplinarnych. Ekonomiczna analiza prawa występuje w ujęciu pozytywnym (deskryptywnym)¹⁰ – chodzi wówczas o wyjaśnianie określonej instytucji prawnej, prognozę jej funkcjonowania i potencjalnych skutków, jakie może wywołać. Prowadzi więc do udzielenia odpowiedzi na pytanie „jak jest?”, polegając przy tym również na ocenie, na ile dotychczasowa wykładnia przepisów prawnych ma uzasadnienie ekonomiczne¹¹. W ujęciu normatywnym zaś¹² ekonomiczna analiza prawa dotyczy badań nad tym, czy stosowane przez ustawodawcę mechanizmy mogą prowadzić do niepożądanych społecznie skutków, czy są odpowiednie do osiągnięcia stawianych przed nimi celów, a jeżeli nie, to jak należałoby je zmienić, żeby cele te mogły zostać osiągnięte. Ekonomiczna analiza prawa w tym ujęciu odpowiada na pytanie „jak powinno być?”, dostarczając wskazówek umożliwiających osiągnięcie założonych celów.

Należy zauważyć, że ocena korzyści i kosztów określonych rozwiązań prawnych jest analizowana nie tylko ze względu na jej wpływ na budżet państwa, lecz także pozwala określić szerszy jej wpływ na korzyści i koszty ponoszone przez poszczególne jednostki lub określoną ich grupę swoim wzajemnym kosztem (koszty prywatne), a także przez całe społeczeństwo (koszty społeczne)¹³. Pozwala więc ocenić, jak zmiana regulacji prawnych może wpłynąć na wzrost zamożności całego społeczeństwa. Jednym z naczelných celów ekonomicznej analizy prawa jest bowiem to, aby efektywność regulacji prawnych lub ich braku sprzyjała wzrostowi zamożności całego społeczeństwa.

Analiza ekonomiczna często opiera się na budowie abstrakcyjnego modelu, jakim jest sposób ujęcia rozważanego problemu w pewnym uproszczeniu, polegającym na zredukowaniu określonego zagadnienia do najistotniejszych, najbardziej typowych dla niego elementów. Opisywane są one zgodnie z teorią prawa

s. 36 i n.; K. Pawłusiewicz, B. Brożek, *op. cit.*, s. 47; W. Gromski, *op. cit.*, s. 48; J. Stelmach, *op. cit.*, s. 13 i n.; J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *op. cit.*, s. 12 i n. Również: J. Stelmach, B. Brożek, *op. cit.*, s. 136.

⁹ R.T. Stroiński, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 551.

¹⁰ W. Karsz, *op. cit.*, s. 77 i n.; R.T. Stroiński, [w:] *Ekonomia dla prawników i nie tylko...*, s. 476; J. Stelmach, B. Brożek, *op. cit.*, s. 137; K. Pawłusiewicz, B. Brożek, *op. cit.*, s. 47 i n.; W. Lang, J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 39 i n.; W. Gromski, *op. cit.*, s. 48.

¹¹ R.T. Stroiński, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 551; tenże, [w:] *Ekonomia dla prawników i nie tylko...*, s. 476.

¹² W. Karsz, *op. cit.*, s. 77 i n.; R.T. Stroiński, [w:] *Ekonomia dla prawników i nie tylko...*, s. 476; tenże, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 551; tenże, *O kosztach transakcyjnych...*, s. 37; J. Stelmach, B. Brożek, *op. cit.*, s. 137; K. Pawłusiewicz, B. Brożek, *op. cit.*, s. 47 i n.; W. Lang, J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 39 i n.; W. Gromski, *op. cit.*, s. 48.

¹³ R.A. Posner, *op. cit.*, s. 7; R.T. Stroiński, *Dlaczego warto studiować ekonomiczną teorię prawa...*, s. 8; tenże, *Ekonomia dla prawników i nie tylko...*, s. 515; J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *op. cit.*, s. 26 i n.

i ekonomii, a następnie osiągnięty wynik jest korygowany przez wprowadzenie dalszych zmiennych¹⁴.

Mimo niechęci niektórych przedstawicieli doktryny francuskiej, wydaje się, że wykorzystanie w rozważaniach prawniczych prawideł i mechanizmów ekonomicznych może prowadzić wyłącznie do pozytywnych rezultatów. Należy sądzić, że spojrzenie na rozwiązanie prawne przez pryzmat założeń zaczerpniętych z nauki ekonomii może prowadzić do wzbogacenia prowadzonych rozważań. Zastosowanie założeń mechanizmów rynkowych do wyborów dokonywanych przez podmioty cywilnoprawne, na podstawie przyznanej im przez ustawodawcę swobody umów między poszczególnymi instytucjami przewidzianymi w Kodeksie cywilnym, pozwoli na ocenę ich efektywności. W doktrynie nie budzi wątpliwości fakt, iż w realiach ustrojowych gospodarki rynkowej poszczególne przepisy prawa prywatnego, w szczególności prawa gospodarczego, powinny uwzględniać prawidła ekonomiczne¹⁵. Regulacje prawne, nie będąc celem samym w sobie¹⁶, powinny ułatwiać dokonywanie czynności obrotu, zapewniając skuteczne mechanizmy ochrony uczestników procesów gospodarczych. Podstawowym założeniem jest więc efektywność regulacji prawnych rozumiana zarówno jako skuteczność w zakresie egzekucji, jak i funkcjonalność prawa w zakresie tworzenia regulacji i instytucji prawnych, które ustawodawca oferuje zainteresowanym¹⁷. Stąd też podkreśla się, że z perspektywy uczestników obrotu gospodarczego naczelnym postulatem pod adresem ustawodawcy jest tworzenie przez niego rozwiązań, które zmniejszałyby zarówno zakres, jak i skalę ryzyka podejmowanych przez nich działań¹⁸. O ile jednak większość przedstawicieli doktryny jest zgodna co do tego,

¹⁴ R.T. Stroński, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 551.

¹⁵ Cz. Żuławska, *Zasady prawa gospodarczego prywatnego*, Warszawa 1999, s. 47 i n.; A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 56; J. Rajski, W. Kocot, K. Zaradkiewicz, *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2002, s. 15; R.T. Stroński, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 549. Funkcję prewencyjną, jaką może pełnić prawo dla właściwego funkcjonowania mechanizmu rynkowego i wymiany dóbr, zauważono już w XVIII w., czego dowodzą prace D. Hume'a, A. Fergusona czy A. Smitha; R.T. Stroński, [w:] *Ekonomia dla prawników i nie tylko...*, s. 474.

¹⁶ W kwestii instrumentalizacji prawa, oceny zrelatywizowanej instrumentalnie oraz oceny skuteczności prawa: Z. Pulka, *Instrumentalizacja prawoznawstwa*, [w:] A. Kozak (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Instrumentalizacja prawa*, Wrocław 2000, s. 41; J. Wróblewski, *Reguły i oceny instrumentalne a prawna ochrona środowiska ekologicznego człowieka*, *Studia Prawno-Ekonomiczne*, t. XII, 1974, s. 12; W. Gromski, *Zagadnienie granic instrumentalizacji prawa*, [w:] A. Kozak (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Instrumentalizacja prawa*, Wrocław 2000, s. 74; tenże, *Law and Economics jako teoria polityki prawa...*, s. 50 i n.; A. Bator, *Instrumentalizacja jako założenie ekonomicznej analizy prawa*, [w:] J. Stelmach, M. Soniewicka (red.), *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, Warszawa 2007, s. 33 i n.

¹⁷ W. Karsz, *op. cit.*, s. 58; R.T. Stroński, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 549 i s. 557; tenże, [w:] *Ekonomia dla prawników i nie tylko...*, s. 475; J. Stelmach, B. Brożek, *op. cit.*, s. 136 i n. Również: Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa–Poznań 1983, s. 98; W. Gromski, *Law and Economics jako teoria polityki prawa...*, s. 48 i n.

¹⁸ Cz. Żuławska, *op. cit.*, s. 40 i n.; R. T. Stroński, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 549.

że prawo powinno być efektywne, o tyle samo pojęcie efektywności prawa rzadko jest przedmiotem szczegółowych rozważań. Zwykle traktuje się je w sensie postulatycznym, zakładając, że poszczególne rozwiązania prawne powinny stanowić mechanizmy prowadzące do urzeczywistnienia założonych przez ustawodawcę celów, nie pozostając jedynie martwymi przepisami¹⁹. W naukach ekonomicznych pojęcie efektywności stanowi natomiast przedmiot zarówno pogłębionych badań, jak i częstych kontrowersji. W szczególności wyróżnia się efektywność w rozumieniu Kaldor-Hicka i w ujęciu Pareta²⁰. Za pożądane uznaje się takie rozwiązania prawne, które tworzą „właściwe, tzn. funkcjonalne i różnorodne »oprzyrządowanie« naturalnych (obiektywnych) tendencji i procesów”²¹. Wyjaśnienie tych procesów jest przedmiotem nauki ekonomii badającej mechanizmy wytwarzania określonych dóbr i świadczenia usług, przy uwzględnieniu z jednej strony nieograniczonych potrzeb ludzkich, z drugiej zaś ograniczonych możliwości wytwarzania dóbr i usług, prowadzących do zaspokojenia owych potrzeb²². Analiza ekonomiczna dotyczy również teorii racjonalnego wyboru dokonywanego przez jednostki w realiach rzeczywistych, tzn. nieograniczonych potrzeb i określonych zasobów dóbr²³.

Z założenia o dokonywaniu przez ludzi racjonalnych wyborów wynika, iż skoro dążą oni do maksymalizacji użyteczności, to podejmowane decyzje mogą podlegać zmianom w zależności od pojawiających się bodźców zewnętrznych²⁴. Jeżeli bowiem pewien stopień użyteczności jest możliwy do osiągnięcia w określonych warunkach faktycznych, to zmiana tego stanu wpłynie na modyfikację zachowania, o ile spowoduje to zwiększenie użyteczności w nowych realiach. To samo można odnieść do zmiany stanu prawnego. Wprowadzenie określonych zmian legislacyjnych może spowodować wzrost lub spadek częstotliwości faktycznego wykorzystywania określonych regulacji prawnych w praktyce obrotu gospodarczego. W odniesieniu do zadatku czy też innych instytucji, mogących pełnić funkcję przedpłat, częstotliwość ich wykorzystywania mogłaby się zmie-

¹⁹ A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1993, s. 246 i n.

²⁰ R.A. Posner, *op. cit.*, s. 13 i n.; A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, Boston–Toronto 1989, s. 7 i n.; W. Karsz, *op. cit.*, s. 78; R.T. Stroiński, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 561 i s. 582; tenże, [w:] *Ekonomia dla prawników i nie tylko...*, s. 480; J. Stelmach, B. Brożek, *op. cit.*, s. 136; J. Stelmach, *op. cit.*, s. 14; J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *op. cit.*, s. 30 i n.; A. Bator, *op. cit.*, s. 33 i n. Również: W. Gromski, *Law and Economics jako teoria polityki prawa...*, s. 48.

²¹ Cz. Żuławska, *op. cit.*, s. 48. Tak również: R.T. Stroiński, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 549.

²² D. Begg, S. Fischer, R. Dornbusch, *Mikroekonomia*, Warszawa 2000, s. 29; R.T. Stroiński, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 550; W. Lang, J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 38 i n.

²³ R.A. Posner, *op. cit.*, s. 3; W. Karsz, *op. cit.*, s. 77; R.T. Stroiński, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 550; tenże, *Dlaczego warto studiować ekonomiczną teorię prawa...*, s. 8; tenże, [w:] *Ekonomia dla prawników i nie tylko*, s. 475; tenże, *O kosztach transakcyjnych...*, s. 37.

²⁴ R.A. Posner, *op. cit.*, s. 4; W. Karsz, *op. cit.*, s. 77; R.T. Stroiński, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 552 i n.; W. Gromski, *Law and Economics jako teoria polityki prawa...*, s. 47.

nić, o ile ewentualne zmiany legislacyjne obniżyłyby atrakcyjność tych konstrukcji w porównaniu z regułami odpowiedzialności kontraktowej bądź względem siebie nawzajem.

Zasadę racjonalnego wyboru i inne prawidła ekonomiczne można odnieść, jak już stwierdzono, do decyzji podmiotów prawa, dotyczących wyboru określonej instytucji prawnej, spośród tych, które zostały określone w kodeksie cywilnym²⁵. Uzasadniać one mogą modyfikacje przez strony któregoś z ustawowych modeli, konstruowanie regulacji mieszanych bądź nieodpowiadających żadnemu z ustawowych typów. To samo dotyczyć może problematyki odpowiedzialności cywilnoprawnej. Strony zawierające umowę decydują bowiem o poprzestaniu na reżimie odpowiedzialności kontraktowej, stanowiącym zasadę ogólną, lub też zdecydować mogą o określeniu zakresu odpowiedzialności w sposób zryczałtowany, wykorzystując do tego instytucję zadatku, kary umownej²⁶, bądź – w określonych sytuacjach – wadium²⁷. Wybór instytucji zadatku zdeterminowany będzie

²⁵ Zob. A. Bator, *op. cit.*, s. 33 i n.

²⁶ J. Namitkiewicz, *Kodeks zobowiązań. Komentarz dla praktyki*, Łódź 1949, t. I, s. 115 i n.; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, Warszawa 2004, s. 959; tenże, *Swoboda umów według art. 353¹ K.C. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 243; J. Jastrzębski, *Kara umowna*, Kraków 2006, s. 93. K. Zagrobelny zryczałtowany charakter przypisuje zadatkowi wyłącznie w przypadku odstąpienia przez wierzyciela od umowy, w związku z wyrażonym przez siebie poglądem, że w przeciwnym razie wierzyciel może dochodzić wykonania zobowiązania i odszkodowania według zasad ogólnych; tenże, *O okolicznościach kształtujących odszkodowawczą odpowiedzialność dłużnika*, [w:] P. Machnikowski (red.), *Odpowiedzialność w prawie cywilnym*, Prawo CCC, Wrocław 2006, s. 291. Pogląd ten nie wydaje się jednak zasadny. Niepoprawna wydaje się terminologia, zgodnie z którą odszkodowanie umowne miałyby być odpowiednikiem zryczałtowanej szkody; I. Balken-Neuman, *Zobowiązania. Kodeks zobowiązań oraz 35 ustaw dodatkowych. Zarys system polskiego prawa obowiązującego do nauki i praktyki*, Lwów 1934, s. 130. O zryczałtowanym charakterze kary umownej: P. Granecki, *Zasada bezwzględnej odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną umyślnie (według kodeksu cywilnego)*, *Studia Prawnicze* 2000, z. 3–4, s. 67; J. Szwaja, *Miarkowanie kary umownej według polskiego kodeksu cywilnego*, [w:] S. Grzybowski (red.), *Odpowiedzialność cywilna za wyrządzenie szkody*, Warszawa 1969, s. 164; uchwała SN z dnia 6 XI 2003 r., III CZP 61/03, OSP 2004, nr 9, poz. 115; J. Litowski, *Odpowiedzialność odszkodowawcza stron przetargu z ustawy o zamówieniach publicznych*, *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* 1999, nr 7–8, s. 13; J. Jastrzębski, *Głosa do uchwały SN z dnia 6 XI 2003, III CZP 61/03*, OSP 2004, nr 9, poz. 115, s. 494; tenże, *Kara umowna...*, s. 152 i n.; W. Robaczyński, *Kara umowna a szkoda*, [w:] L. Ogieć, W. Popiołek, M. Szpunar (red.), *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005, s. 211 i n.; P. Drapała, *Kara umowna (art. 483 k.c.) a odszkodowanie na zasadach ogólnych (art. 471 k.c.)*, *Państwo i Prawo* 2003, nr 6, s. 63 i podana tam literatura niemiecka i austriacka; tenże, [w:] E. Łętowska (red.), *System Prawa Prywatnego, Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. 5, Warszawa 2006, s. 966; M. Ostrowska, *Oplata dodatkowa to kara umowna*, „*Rzeczpospolita*” z 16 III 1998, nr 63, *Prawo co dnia*, s. 16; wyrok SN z dnia 7 II 1975, III CRN 406/74, OSNC 1976, nr 2, poz. 34. Należy jednak zaznaczyć, że zryczałtowany charakter kary umownej odnosi się do jej zasadniczego, preferowanego przez ustawodawcę rodzaju, jakim jest kara umowna wyłączna.

²⁷ G. Ćmikiewicz, *Postępowanie przetargowe jako konstrukcja szczególnego trybu zawarcia umowy*, *Problemy Prawne Handlu Zagranicznego* 1983, t. 7, s. 37; A. Wójcik, *Zawarcie umowy*

kilkoma czynnikami. Wiązać się musi przede wszystkim z dodatnią oceną przez strony modyfikacji wprowadzonych przez tę instytucję w porównaniu z ogólnymi regułami odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie zobowiązania oraz założeniu, że prawdopodobieństwo możliwości skorzystania z nich jest stosunkowo wysokie. Ocena efektywności regulacji dotyczącej zadatku wymagać więc będzie scharakteryzowania odpowiedzialności kontraktowej z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa oraz krótkiego przedstawienia różnic zachodzących między odpowiedzialnością opartą na przepisach art. 471 i n. oraz art. 394 k.c.

2. Ocena odpowiedzialności kontraktowej przy zastosowaniu ekonomicznej analizy prawa

Ekonomiczna analiza prawa akcentuje dwie podstawowe funkcje odpowiedzialności kontraktowej, poza zapewnieniem dojścia wymiany do skutku. Chodzi mianowicie o zapewnienie optymalnego poziomu wykonania zobowiązania przez dłużnika i optymalnego poziomu polegania przez wierzyciela na tym, że dłużnik faktycznie wykona zobowiązanie²⁸. Ujmując to zagadnienie nieco inaczej, wska-

w drodze przetargu, Kraków 2000, s. 70 i n. oraz s. 83; E. Gniewek, A. Łuszek-Zajac, P. Machnikowski, *Uwagi do projektowanych zmian przepisów kodeksu cywilnego dotyczących zawierania umów*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2001, z. 1, s. 107; A. Łuszek-Zajac, *Skutki prawne wniesienia wadium przetargowego*, *Państwo i Prawo* 2001, nr 5, s. 69 i n.; A. Łuszek-Zajac, P. Machnikowski, *Nowa regulacja zawarcia umowy w trybie przetargowym*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2003, nr 9, s. 15; P. Machnikowski, [w:] *Kodeks cywilny...*, t. I, s. 289; J. Rajska, *Aukcja i przetarg w ujęciu znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2003, nr 5, s. 7; Z. Radwański, *Aukcja i przetarg po nowelizacji Kodeksu cywilnego*, *Monitor Prawniczy* 2004, nr 8, s. 360; tenże, [w:] Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego, Prawo cywilne – część ogólna*, t. II: *Suplement*, Warszawa 2004, s. 70; R. Szostak, *Wadium przetargowe według nowych przepisów kodeksu cywilnego*, *Przegląd Sądowy* 2004, nr 1, s. 91; tenże, *Poręczenia i gwarancje wadialne (na tle zamówień publicznych)*, *Przegląd Sądowy* 1999, nr 1, s. 3; tenże, *Charakter prawny wadium przetargowego w obrocie zamówień publicznych*, *Przegląd Sądowy* 1998, nr 11–12, s. 85; K. Stefaniuk, *Wybór formy przetargu i jego ogłoszenie oraz wniesienie wadium w świetle ustawy o gospodarce nieruchomościami*, *Rejent* 1999, nr 10, s. 100; A. Brzozowski, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–449¹¹*, Warszawa 2005, s. 328; J. Litowski, *op. cit.*, s. 13; M. Jasiakiewicz, *Zawarcie umowy w obrocie handlowym*, Toruń 1995, s. 136; M. Jasiakiewicz, K. Oplustil, [w:] S. Włodyka (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5: *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 228 i n.; M. Boratyńska, *Osiem lat przetargu w kodeksie cywilnym*, [w:] M. Sawczuk (red.), *Czterdzieści lat kodeksu cywilnego. Materiały z Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów w Rzeszowie (8–10 października 2004)*, Kraków 2006, s. 287; K. Stefaniuk, *Wybór formy przetargu i jego ogłoszenie oraz wniesienie wadium w świetle ustawy o gospodarce nieruchomościami*, *Rejent* 1999, nr 10, s. 100; B. Draniewicz, *Regulacja wadium przetargowego w KC*, *Edukacja Prawnicza* 2004, nr 2, s. 33 i n.; A. Bieranowski, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 X 1999, III CKN 366/98*, *Rejent* 2000, nr 10, s. 98.

²⁸ R.T. Stroński, [w:] *Ekonomia dla prawników i nie tylko...*, s. 505 i n. oraz podana tam literatura obca. Również: J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *op. cit.*, s. 119 i n.

zuje się, że prawo dotyczące umów powinno przede wszystkim ułatwić alokację i realokację zasobów przez stworzenie odpowiedniej motywacji w tym kierunku, obniżyć koszty transakcyjne przez standaryzację warunków umów oraz dostarczać wszelkich istotnych informacji niezbędnych do pomyślnego dokonania transakcji²⁹.

Zgodnie z postulatem efektywności, istotna jest maksymalizacja łącznej korzyści stron danej umowy. Zastosowanie tej zasady do pierwszej funkcji odpowiedzialności kontraktowej prowadzi do wniosku, że dłużnik powinien wykonać zobowiązanie, gdy koszty z tym związane będą mniejsze od korzyści, jakie z wykonania zobowiązania odniósłby wierzyciel. Jeżeli natomiast koszty spełnienia świadczenia przez dłużnika byłyby większe niż korzyść wierzyciela, to wykonanie takiego zobowiązania nie byłoby efektywne. Gdy chodzi o gotowość dłużnika do spełnienia świadczenia w kontekście jego sfery motywacyjnej, należy uznać, że dłużnik będzie gotowy wykonać zobowiązanie, gdy związane z tym koszty transakcyjne będą mniejsze od rozmiaru odpowiedzialności, jaką zmuszony byłby ponieść w wypadku niewykonania zobowiązania. Jeżeli koszty wykonania zobowiązania będą większe od ewentualnej odpowiedzialności za jego niewykonanie, to racjonalny dłużnik zdecyduje się na niewykonanie zobowiązania i poniesienie odpowiedzialności kontraktowej³⁰. W związku z tym wyrażany jest pogląd, że skonstruowanie normy prawnej, która realizowałaby postulat efektywnego poziomu wykonania zobowiązania, a jednocześnie odpowiednio wpływała na postępowanie dłużnika, wymaga przyjęcia zasady, że rozmiar odpowiedzialności kontraktowej dłużnika powinien odpowiadać korzyści utraconej przez wierzyciela z powodu niewykonania zobowiązania³¹. Dłużnik powinien więc ponosić całość kosztów związanych z niewykonaniem przez siebie zobowiązania. Zasadę tę wyraża przepis art. 361 § 2 w zw. z art. 471 k.c. Jeżeli chodzi o zadatek, to rozmiar odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika ma charakter zryczałtowany i niezależny od szkody. Realizacja postulatu efektywności przy takich założeniach wymaga ukształtowania przez strony rozmiaru odszkodowania na odpowiednim poziomie.

Inną funkcją odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie zobowiązania jest zabezpieczenie optymalnego poziomu polegania przez wierzyciela na tym, iż dłużnik zobowiązanie wykona. Przez to poleganie należy rozumieć ponoszone przez wierzyciela wydatki mające zwiększyć korzyści odnoszone przez niego na skutek uzyskania świadczenia, do którego wykonania zobowiązany był

²⁹ W. Karsz, *op. cit.*, s. 55. W kwestii minimalizacji kosztów transakcyjnych, jako celu systemu, metodologii czy doktryny interpretacji umów: R.A. Posner, *The Law and Economics of Contract Interpretation*, Texas Law Review, vol. 83.1581.2005, s. 1583. Również: A. Bator, *op. cit.*, s. 42; J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *op. cit.*, s. 116 i n.

³⁰ R.T. Stroiński, [w:] *Ekonomia dla prawników i nie tylko...*, s. 506.

³¹ *Ibidem*.

dłużnik. Chodzić więc może o dokonanie przez wierzyciela dalszych inwestycji w związku z założeniem przez niego, że dłużnik w terminie wykona zobowiązanie w umówiony sposób³². Zasada, zgodnie z którą w wypadku niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika wierzyciel dochodzić może naprawienia szkody w pełnej wysokości, prowadzić może do nadmiernego polegania przez wierzyciela na wykonaniu zobowiązania przez dłużnika. Postuluje się więc, aby przepisy prawne, by można było uznać je za efektywne, stwarzały zachętę dla wierzyciela do ponoszenia nakładów jedynie w optymalnej wysokości określanej przez porównanie potencjalnych korzyści w wypadku należytego wykonania zobowiązania z ryzykiem strat w sytuacji jego niewykonania lub wykonania w sposób nienależyty³³. W wypadku zadatku rozmiar szkody i fakt jej poniesienia przez wierzyciela nie mają znaczenia, gdyż rozmiar odszkodowania jest zryczałtowany. Określa go wartość przedmiotu wręczonego tytułem zadatku lub jej dwukrotność. Wydaje się, że może to wpłynąć na lepsze niż w wypadku art. 471 k.c. zabezpieczenie optymalnego poziomu polegania przez wierzyciela na tym, że dłużnik wykona zobowiązanie. Rozwiązanie zastosowane przez ustawodawcę w art. 394 k.c. należy więc ocenić jako efektywne, gdyż zachęcające wierzyciela do ponoszenia nakładów jedynie w optymalnej wysokości.

Twierdzi się, że jedną z najważniejszych funkcji przepisów regulujących problematykę zawierania umów jest stworzenie takich norm prawnych, które przyczyniłyby się do zwiększenia efektywności wymiany dokonywanej przez podmioty cywilnoprawne, przy jednoczesnym obniżeniu poziomu kosztów transakcyjnych, towarzyszących jej dokonaniu³⁴. Z ekonomicznego punktu widzenia odpowiedzialność kontraktowa powinna zapobiegać nieuczciwym i oportunistycznym działaniom jednostek wobec ich kontrahentów, aby umożliwić dokonanie wymiany w jak najlepszym czasie, bez potrzeby przedsięwzięcia kosztownych środków zapobiegawczych, które miałyby chronić interes strony z pominięciem drogi sądowej³⁵. Niekiedy jednak skorzystanie ze środków zapobiegawczych może okazać się efektywne, jeżeli pozwolą osiągnąć ten sam efekt, a jednocześnie przyczynią się do zmniejszenia kosztów transakcyjnych³⁶ na wypadek niewykonania zobowiązania, jak może być w wypadku instytucji zadatku. Ocenia się również, że postulat efektywności jest spełniony także, gdy normy prawne powodują alokację ryzyka powstania niepożądanych okoliczności w ten sposób, że zostaje ono przerzucone na tę stronę, pod której kontrolą pozostają okoliczności przyczyniające się do po-

³² *Ibidem*, s. 507.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*, s. 501.

³⁵ R.A. Posner, *Economic Analysis of Law...*, s. 103; R.T. Stroiński, [w:] *Ekonomia dla prawników i nie tylko...*, s. 500.

³⁶ O szerszym i węższym rozumieniu pojęcia kosztów transakcyjnych: R.T. Stroiński, *O kosztach transakcyjnych...*, s. 38.

wstania ryzyka lub która może ubezpieczyć się przed ich wystąpieniem niższym kosztem niż jej kontrahent³⁷. Zasadę tę wyraża art. 471 k.c., gdyż dłużnik odpowiada wyłącznie za takie niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, które jest następstwem okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność. Przy czym, o ile nic innego nie wynika ani z przepisu szczególnego (np. art. 891 § 1, art. 711 § 1 i art. 846 § 1 k.c.), ani z umowy stron (art. 473 k.c.), dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności (art. 472 k.c.). Ustanowienie instytucji zadatku powoduje możliwość powstania konsekwencji należącej do jednej z trzech wyróżnionych przez ustawodawcę grup. Pierwsze aktualizują się przy niewykonaniu zobowiązania z powodu okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi jedna ze stron (art. 394 § 1 w zw. z § 3 k.c.), drugie zaś, jeżeli niewykonanie spowodowały okoliczności, za które odpowiadały obie strony, żadna z nich bądź gdy umowa została rozwiązana (art. 394 § 3 k.c.), trzecie natomiast w wypadku wykonania zobowiązania (art. 394 § 2 k.c.). Instytucja zadatku wpływa na znaczące obniżenie poziomu kosztów transakcyjnych. Jeżeli zaś chodzi o ocenę alokacji ryzyka na stronę kontrolującą okoliczności związane z wykonaniem zobowiązania, to wydaje się, że rolę tę spełniają przepisy § 2 i 3 art. 394 k.c., natomiast § 1 tego artykułu pełnić ją może wówczas, gdy wartość przedmiotu wręzonego tytułem zadatku zostanie ustalona na stosunkowo wysokim poziomie.

3. Ocena instytucji zadatku przy zastosowaniu ekonomicznej analizy prawa

Wydaje się, że do analizy prawnej zadatku, w kontekście porównania jej z ogólnymi regułami odpowiedzialności kontraktowej, innymi instytucjami prawnymi i ocenami skłonności dłużnika do wykonania zobowiązania, zastosowanie mogą znaleźć teoria racjonalnego wyboru, twierdzenie Coase'a, a także teoria gier.

Podstawowym założeniem nauki ekonomii, a w konsekwencji i ekonomicznej analizy prawa, jest przyjęcie, że ludzie dokonują wyborów w sposób racjonalny. Teoria racjonalnego wyboru (Rational Choice Theory) występuje w dwóch ujęciach – nieformalnym i sformalizowanym. Zgodnie z pierwszym określony wybór traktuje się jako racjonalny, gdy jest on zamierzony i konsekwentny, a więc osoba go podejmująca wcześniej przemyślała swój wybór i jest przygotowana do podania jego uzasadnienia³⁸. W ujęciu sformalizowanym zakłada się, że konsumenci mają pewne preferencje przechodnie, podlegające różnym ograniczeniom, a w swych działaniach kierują się dążeniem do osiągnięcia maksymalnej użyteczności. Człowiek ujmowany jest jako *homo oeconomicus* – istota racjonalna, która dąży do maksymalizacji swojej użyteczności w warunkach ograni-

³⁷ R.T. Stroiński, [w:] *Ekonomia dla prawników i nie tylko...*, s. 501.

³⁸ M. Olender, *op. cit.*, s. 4.

czonej dostępności dóbr³⁹. Użyteczność w tym kontekście jest traktowana jako satysfakcja czy też zadowolenie, jakie można osiągnąć wskutek nabycia określonych dóbr⁴⁰. Teoria racjonalnego wyboru jest stosowana obecnie w naukach politycznych, stosunkach międzynarodowych, a także w naukach prawnych. O tak szerokim zakresie jej zastosowania zdecydował fakt, iż w spójny i konsekwentny sposób pozwala określić proces podejmowania przez człowieka decyzji z punktu widzenia socjologicznego. W wypadku decyzji dotyczących sfery prawnej, zastosowanie teorii racjonalnego wyboru dotyczy przede wszystkim prawa umów oraz problematyki deliktów, a także prawa karnego⁴¹. Decyzje o charakterze prawnym wykazują znaczny stopień podobieństwa do decyzji rynkowych, ponieważ wybór między zastosowaniem się lub niezastosowaniem się do określonego przepisu prawnego wiąże się z określoną „ceną” dla podmiotu podejmującego decyzję, który dostosowuje swoje zachowanie do różnych kosztów wynikających z podjęcia określonego wyboru, podobnie jak w wypadku decyzji rynkowych⁴². To samo odnieść można do podjęcia decyzji w kwestii wywiązania się z zaciągniętego zobowiązania. Według teorii racjonalnego wyboru podmiot podejmujący decyzję będzie skłonny zastosować się do odpowiednich przepisów prawnych bądź postanowień umownych, o ile koszt niedotrzymania tych postanowień będzie większy od kosztów alternatywnego zachowania. Analogiczne reguły dotyczą procesu podejmowania decyzji wyboru określonej instytucji prawnej spośród tych, które proponuje ustawodawca, zawarcia umowy nazwanej bądź skonstruowania umowy mieszanej lub nienazwanej, a także pozostania przy kodeksowych zasadach odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania lub zastrzeżenia zadatku, a także podjęcia decyzji w kwestii wykonania zobowiązania, jeśli zastrzeżony został zadatek, lub o niewykonaniu go, co wywoła skutki określone w przepisie art. 394 k.c., o ile nic innego nie będzie wynikało z umowy stron albo ze zwyczaju.

W odniesieniu do instytucji zadatku teoria racjonalnego wyboru pozwala wyjaśnić, dlaczego określony podmiot decyduje się na skorzystanie właśnie z tej

³⁹ R.A. Posner, *Economic Analysis of Law...*, s. 3 i n.; A. Mitchell Polinsky, *op. cit.*, s. 10; W. Karsz, *op. cit.*, s. 77; R.T. Stroiński, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 552; tenże, [w:] *Ekonomia dla prawników i nie tylko...*, s. 475; tenże, *Dlaczego warto studiować ekonomiczną teorię prawa...*, s. 8; M. Olender, *op. cit.*, s. 4; J. Stelmach, B. Brożek, *op. cit.*, s. 137; J. Stelmach, *op. cit.*, s. 14; J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *op. cit.*, s. 18 i n.; K. Pawlusiewicz, B. Brożek, *op. cit.*, s. 47; W. Lang, J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 39; M. Gutowski, *Umowa opcji*, Kraków 2003, s. 133; A. Bator, *op. cit.*, s. 32; J. Kaczor, *Law and Economics a liberalny porządek prawny*, [w:] J. Stelmach, M. Soniewicka (red.), *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, Warszawa 2007, s. 70 i n.

⁴⁰ R.A. Posner, *Economic Analysis of Law...*, s. 6, 12 i n.; R.T. Stroiński, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 552; M. Olender, *op. cit.*, s. 4; M. Nasiłowski, *System rynkowy. Podstawy mikro- i makroekonomii*, Warszawa 1996, s. 86 i n.; M. Księżyk, *Podstawowe zagadnienia ekonomii*, Kraków 2002, s. 67. Również: B. Czarny, R. Rapacki, *Podstawy ekonomii*, Warszawa 2002, s. 126 i n.; A. Jabłońska, [w:] R. Milewski, E. Kwiatkowski (red.), *Podstawy ekonomii*, Warszawa 2005, s. 82.

⁴¹ M. Olender, *op. cit.*, s. 4.

⁴² *Ibidem*.

instytucji prawnej, a nie z innych sposobów zabezpieczenia wykonania zobowiązania, a także dlaczego decyduje się zrezygnować z oparcia odpowiedzialności na ogólnych zasadach odpowiedzialności kontraktowej.

Jeżeli chodzi o uzasadnienie wyboru zadatku, a nie np. zaliczki, to może być on zdeterminowany faktem, iż dyscyplinujące oddziaływanie zaliczki na dłużnika jest co najmniej dyskusyjne. Gdy dłużnik uchyla się od spełnienia świadczenia, kontrahent dochodzić może jedynie zwrotu danej zaliczki⁴³ na podstawie przepisów o nienależnym świadczeniu, którego podstawa prawna odpadła (*condictio causa finita* – art. 410 § 2 k.c.)⁴⁴, w związku z czym dyscyplinujące oddziaływanie zaliczki na dłużnika określa się jako „bardzo słabe, zwłaszcza ze względu na fakt, iż nie rodzi skutków umożliwiających dochodzenie zawarcia umowy”⁴⁵. Zastanawiające jest, na ile można mówić o dyscyplinującej dłużnika funkcji zaliczki, zwłaszcza że zwrotowi podlega co do zasady jej suma nominalna, a korzyści wynikające z dysponowania pieniędzmi w określonym przedziale czasowym przypadają dłużnikowi. Dyscyplinującej funkcji nie dostrzega w zaliczce także Sąd Najwyższy⁴⁶. Podobne racje przemawiać mogą również za wyborem zadatku, a nie kaucji. W odniesieniu do zobowiązań o charakterze niepieniężnym atrakcyjność zadatku w porównaniu z karą umowną polega natomiast na tym, że w jego wypadku zryczałtowana wysokość odszkodowania jest ostateczna. Nie ma bowiem kodeksowej możliwości obniżania wysokości zadatku, a i doktryna zajmuje w tej kwestii jednolite stanowisko negatywne⁴⁷. Miarkowanie kary umownej jest natomiast możliwe

⁴³ A. Olejniczak, [w:] E. Łętowska (red.), *System Prawa Prywatnego, Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. 5, Warszawa 2006, s. 933; I. Sokołowska-Kulas, *Zadatek, czyli weź co nieco na poczet umowy*, „Rzeczpospolita” z dnia 7 III 2006, nr 645 (dodatek *Dobra firma*), s. 9; I. Lewandowska, *Zrywasz umowę, tracisz zadatek*, „Rzeczpospolita” z dnia 2–3 V 2006, nr 677 (dodatek *Dobra firma*), s. 2.

⁴⁴ Wyrok Sądu Wojewódzkiego w Warszawie, XVI GC 3023/92.

⁴⁵ A. Olejniczak, *op. cit.*, s. 933.

⁴⁶ Wyrok SN z dnia 13 II 2002, IV CKN 672/00, OSNC 2003, nr 1, poz. 10.

⁴⁷ R. Longchamps de Bérier, *Uzasadnienie projektu Kodeksu zobowiązań z uwzględnieniem ostatecznego tekstu kodeksu*, Warszawa 1934, s. 106; tenże, *Polskie prawo cywilne. Zobowiązania*, Poznań 1999, s. 179; tenże, *Czynności prawne, Odbitka z Encyklopedii Prawa Prywatnego*, s. 35; L. Domański, *Instytucje Kodeksu zobowiązań. Komentarz teoretyczno-praktyczny. Część ogólna*, Warszawa 1936, s. 380; J. Namitkiewicz, *op. cit.*, s. 116; orzeczenie SN z 30 XI 1937, C II 1773/37, Zbiór Orzeczeń 1938, poz. 412; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, Warszawa 2005, s. 1047; J. Szwaia, *Glosa do wyroku SN z dnia 6 VII 1963, III CR 161/63*, *Nowe Prawo* 1965, nr 9, s. 1084; Z. Radwański, [w:] Z. Radwański (red.), *System Prawa Cywilnego, Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. III, cz. 1, Wrocław 1981, s. 461; Cz. Żuławska, [w:] G. Bieniek (red.), *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga III. Zobowiązania*, t. 1, Warszawa 2006, s. 199; P. Machnikowski, [w:] *Kodeks cywilny...*, t. I, s. 962; A. Olejniczak, *Uwagi o zastrzeżeniu zadatku w umowach przygotowujących zawarcie umów zasadniczych*, [w:] L. Ogiegło, W. Popiołek, M. Szpunar (red.), *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005, s. 1255; tenże, [w:] *System Prawa Prywatnego...*, t. 5, s. 927; K. Falkiewicz, M. Wawrykiewicz, *Kara umowna w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2001, s. 56; G. Tracz, F. Zoll, *Przełłaszczenie na zabezpieczenie. Praktyka, konstrukcja, dopuszczalność, przedmiot*, Kraków 1996, s. 55. Zdaniem G. Rudnickiego miarkowanie zadatku przez sąd jest „w zasadzie niedopuszczalne”,

nie tylko wówczas, gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, lecz także gdy jest ona rażąco wygórowana (art. 484 § 2 k.c.). Posłużenie się określeniem nieostrym, mającym charakter ocenny, powoduje ryzyko sporu sądowego dotyczącego jego wykładni w określonej sytuacji, a tym samym niebezpieczeństwo trudności związanych z wyegzekwowaniem kary umownej – niepewności co do jej ostatecznej wysokości i momentu jej uzyskania. Mimo ustawowego sformułowania, iż kara umowna należy się wierzycielowi „bez względu na wysokość poniesionej szkody” (art. 484 § 1 k.c.), ze względu na brzmienie art. 483 k.c., zgodnie z którym przez zapłatę kary umownej nastąpić może „naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania”, w doktrynie pojawiają się wątpliwości, czy wystąpienie jakiegokolwiek szkody, mimo iż nie wpływające na wysokość kary umownej, jest konieczną przesłanką jej dochodzenia, czy też nie⁴⁸. Takich dylematów nie stwarza natomiast regulacja dotycząca zadatku.

tenże, [w:] S. Rudnicki (red.), *Prawo obrotu nieruchomościami*, Warszawa 1999, s. 513. Inaczej: I. Balken-Neuman, *op. cit.*, s. 127.

⁴⁸ Pogląd tradycyjny zakłada, że brak szkody nie uchyla obowiązku zapłaty kary umownej – tak: Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2001, s. 288; W. Czachórski, *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1967, s. 362 i n.; W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 349; J. Szwaja, *Kara umowna według kodeksu cywilnego*, Warszawa 1967, s. 89 i n.; tenże, *Kara umowna a roszczenie odszkodowawcze*, Państwo i Prawo 1965, nr 8–9, s. 297; tenże, *Miarkowanie kary umownej według polskiego kodeksu cywilnego...*, s. 204 i n.; W. Warkało, *Kara umowna jako czynnik umacniania dyscypliny inwestycyjnej*, *Studia Prawnicze* 1964, z. 3, s. 168; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, Warszawa 2005, s. 69 i n.; A. Rembieliński, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, t. I, Warszawa 1989, s. 498 i n.; A. Maciąg, *Odpowiedzialność odszkodowawcza dłużnika z umowy przedwstępnej*, *Palestra* 1981, nr 5, s. 37; W. Robaczyński, *op. cit.*, s. 219 i n.; Z. Kwaśniewski, *Glosa do wyroku SN z dnia 20 V 1980, I CR 229/80*, Państwo i Prawo 1982, nr 1–2, s. 185; J. Skąpski, *Glosa do orzeczenia SN z dnia 28 I 1965, II CR 518/64*, *OSPIKA* 1966, nr 7–8, poz. 164, s. 325; G. Ćmikiewicz, *Glosa do wyroku SN z dnia 7 II 1975, III CRN 406/74*, *OSPIKA* 1976, nr 10, poz. 180, s. 430; J. Kufel, *Glosa do wyroku SN z dnia 7 II 1975, III CRN 406/74*, *OSP* 1977, nr 2, poz. 27, s. 70; M. Wrzosek-Romańczuk, *Umowa przedwstępna*, Warszawa 1998, s. 53; K. Falkiewicz, Z. Wawrykiewicz, *op. cit.*, s. 46 i n.; T. Treściński, *Skutki umowy przedwstępnej*, *Prawo Spółek* 2002, nr 1, s. 58; A. Klein, *Ocena systemu kar umownych ogólnych warunków umów sprzedaży i dostawy na tle praktyki*, [w:] M. Pazdan (red.), *Zagadnienia prawne obrotu towarowego*, Katowice 1977, s. 51; P. Manik, *O jednolity karę umowną*, *Monitor Prawniczy* 2001, nr 5, s. 304; W.J. Katner, [w:] S. Włodyka (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5: *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 418; J. Rajski, W. Kocot, K. Zaradkiewicz, *op. cit.*, s. 181 i n.; orzeczenie SN z dnia 7 II 1975, III CRN 406/74, OSNCP 1976, nr 2, poz. 34; wyrok SN z 2 VI 1970, II CR 167/70, OSNCP 1970, nr 11, poz. 214; wyrok SN z dnia 7 II 1975, III CRN 406/74, OSNCP 1976, nr 2, poz. 23; wyrok SN z dnia 20 V 1980, I CR 229/80, OSNC 1980, nr 12, poz. 243; uchwała SN z dnia 6 XI 2003, III CZP 61/03, OSP 2004, nr 9, poz. 115; A. Slisz, *Kara umowna w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, *Monitor Prawniczy* 2005, nr 8, s. 408; J. Jastrzębski, *Glosa do uchwały SN z dnia 6 XI 2003, III CZP 61/03*, s. 493 i n.; tenże, *Odsetki za opóźnienie a kara umowna*, *Palestra* 2004, nr 7–8, s. 65; tenże, *Kara umowna...*, s. 251 i n.; M. Pionkowska, *Szkody nie było, płacić trzeba*, *Gazeta Prawna* z 10–11 XI 2003, nr 219, s. 3; A. Surówka, *Kary umowne – możliwość zastrzeżenia i dochodzenia*, *Jurysta* 2004, nr 7–8, s. 27. Zdaniem SN „w zasadzie sam fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania powoduje szkodę dla wierzyciela” – wyrok SN z dnia 7 II 1975, III CRN 406/74, OSNC 1976, nr 2, poz. 34. Również:

W kontekście zadatku satysfakcję można rozpatrywać jako zadowolenie wierzyciela z osiągnięcia określonego stopnia zabezpieczenia wykonania zobowiązania przez dłużnika, tym większego w porównaniu z zasadami ogólnymi, im wyższa jest wartość przedmiotu wręzonego tytułem zadatku w relacji do wartości świadczenia, które ma zostać spełnione. Można bowiem przypuszczać, że dłużnik skłonny będzie spełnić świadczenie w naturze, gdy wartość przedmiotu zadatku, który wierzyciel mógłby zachować w wypadku niewykonania zobowiązania przez dłużnika z powodu okoliczności, za które ponosi on wyłączną odpowiedzialność, będzie znaczna w stosunku do wartości świadczenia, które ma zostać spełnione. Oceniając stopień satysfakcji dłużnika z ustanowienia instytucji zadatku, należy przyjąć, że będzie on tym większy, im większa będzie różnica między wartością przedmiotu zadatku, na którego utratę naraża się dłużnik w wypadku niewykonania zobowiązania, a szkodą, do której naprawienia byłby zobowiązany w sytuacji dochodzenia przez wierzyciela odszkodowania według ogólnych reguł odpowiedzialności kontraktowej.

Pierwszym z elementów wpływających na poziom satysfakcji stron umowy, w której zastrzeżono zadek, jest więc wartość przedmiotu wręzonego jego tytułem, zrelatywizowana w stosunku do wartości przedmiotu świadczenia i ewentualnej szkody mogącej powstać wskutek niewykonania zobowiązania. Drugi nato-

A. Całus, *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, Warszawa 1979, s. 254. Inni natomiast uzależniają obowiązek zapłaty kary umownej od faktu poniesienia szkody: W. Czachórski, *Odpowiedzialność kontraktowa i jej stosunek do odpowiedzialności deliktowej wg k.c.*, Nowe Prawo 1964, nr 10, s. 955 i n.; J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański (red.), *System Prawa Cywilnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. III, cz. 1, Wrocław 1981, s. 831; też, *Kara umowna a szkoda (ewolucja zagadnienia w prawie polskim)*, Prawo CV, Wrocław 1983, s. 39 i n.; W. Warkało, *Wykonanie zobowiązań i skutki ich niewykonania według kodeksu cywilnego*, Państwo i Prawo 1965, nr 8–9, s. 216; J. Kruszewska, T. Jackowski, *Wykonywanie zobowiązań przez jednostki gospodarki uspołecznionej w kodeksie cywilnym*, Palestra 1965, z. 7–8, s. 59; A. Hermelin, *W sprawie kar umownych w przyszłych ogólnych warunkach sprzedaży i dostawy w obrocie krajowym*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1965, nr 6, s. 154; S. Szostak, *Kary umowne*, Prawo Gospodarcze 1998, nr 4, s. 64; T. Wiśniewski, [w:] G. Bieniek (red.), *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, Warszawa 2006, s. 592; M. Piekarski, [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego*, t. II, Warszawa 1972, s. 1186; K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, Warszawa 2004, s. 1241; tenże, *O okolicznościach kształtujących odszkodowawczą odpowiedzialność dłużnika...*, s. 288 i n.; E. Skowrońska-Bocian, *Kara umowna – kompensacja czy represja?*, Zeszyty Prawnicze Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego 2003, nr 3.2, s. 185 i n.; S. Kowalski, *Zastrzeżenie kary umownej w umowie przedwstępnej*, Rejent 2003, nr 1, s. 93; tenże, *Charakter częściowej wpłaty przy umowie sprzedaży. Glosa do wyroku SN z dnia 13 II 2002, IV CKN 672/00*, Prawo Spółek 2003, nr 10, s. 52; tenże, *Charakter świadczenia zależny od postanowień umowy. Glosa do wyroku SN z dnia 13 II 2002, IV CKN 672/00*, Prawo Spółek 2004, nr 2, s. 54; P. Drapała, *Kara umowna (art. 483 k. c.) a odszkodowanie na zasadach ogólnych (art. 471 k. c.)...*, s. 60 i n.; tenże, [w:] *System Prawa Prywatnego...*, t. 5, s. 964; wyrok SN z dnia 14 VII 1976, I CR 221/76, OSNK 1977, nr 4, poz. 76. Tak też, jak się wydaje, Z. Mika, *Sankcje traktowane jako kary umowne w krajowym transporcie towarowym*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1974, z. 3, s. 158 i n. Również: P. Manik, *op. cit.*, s. 303.

miast stanowi fakt, iż od wydania przedmiotu zadatku do powstania kompetencji do jego zatrzymania⁴⁹ znajduje się on w posiadaniu jednej ze stron. Jeżeli przedmiot zadatku dany został przez dłużnika, to w wypadku niewykonania przez niego zobowiązania wyeliminowane zostaje ryzyko rozporządzenia przez dłużnika składnikami jego majątku w toku postępowania o odszkodowanie czy też nawet wcześniej, powodujące niebezpieczeństwo niezaspokojenia przez wierzyciela jego pretensji. Jest to o tyle istotne, że ewentualne skorzystanie ze skargi pauliańskiej napotyka często w praktyce trudności dowodowe, związane z koniecznością wykazania, że osoba trzecia wiedziała o dokonaniu czynności przez dłużnika z pokrzywdzeniem wierzyciela (art. 527 k.c.). Kolejnym elementem jest zmniejszenie kosztów transakcyjnych, związanych z dochodzeniem roszczenia z powodu niewykonania zobowiązania przez jedną ze stron. Jeżeli świadczenia nie spełni dłużnik, który uprzednio wręczył tytułem zadatku określony przedmiot, to po stronie wierzyciela aktualizuje się uprawnienie do jego zachowania. W takiej sytuacji wyeliminowana zostaje konieczność prowadzenia postępowania sądowego i egzekucyjnego, ponieważ kompetencja do zachowania przedmiotu zadatku powstaje *ex lege* (art. 394 § 1 k.c.), a określona suma pieniężna lub rzecz znajduje się już w posiadaniu wierzyciela. Jeżeli natomiast stroną, która wręczyła przedmiot zadatku, był wierzyciel, to ze względu na niewykonanie zobowiązania z powodu okoliczności, za które odpowiada wyłącznie dłużnik, po stronie wierzyciela powstaje możliwość dochodzenia sumy dwukrotnie wyższej. Mimo że konieczne stanie się wytoczenie powództwa o zasądzenie tej kwoty, a następnie przeprowadzenie postępowania egzekucyjnego, korzyść wierzyciela stanowić będzie istotne zmniejszenie kosztów postępowania, gdyż wysokość roszczenia będzie zdeterminowana przez podwójną wartość przedmiotu zadatku, co pozwoli na pominięcie postępowania dowodowego, mającego przy odpowiedzialności kontraktowej doprowadzić do określenia wysokości poniesionej przez wierzyciela szkody determinującej wysokość odszkodowania. Przy uwzględnieniu faktu, iż określenie wysokości szkody stanowi często w praktyce zagadnienie sporne, generujące koszty postępowania dowodowego i wpływające ponadto na wydłużenie postępowania, a więc opóźniające moment uzyskania odszkodowania, czyli otrzymania środków mogących stanowić potencjalne źródło zysku, zryczałtowana wysokość odszkodowania w wypadku zadatku stanowi element zwiększający efektywność.

⁴⁹ Sądzę bowiem, iż wręczenie przedmiotu zadatku wywołuje skutki obligacyjne (tak: L. Domański, *op. cit.*, s. 380, 384; G. Rudnicki, *op. cit.*, s. 512; G. Tracz, F. Zoll, *op. cit.*, s. 53. Tak chyba również J. Namitkiewicz, który stwierdził, iż „prawa służące stronie wiernej umowie, przewidziane w art. 74 § 2 »Kodeksu zobowiązań«, wchodzą w życie, gdy strona przeciwna odpowiada za niewykonanie umowy”; J. Namitkiewicz, *op. cit.*, s. 116), nie prowadząc do przejścia prawa własności na stronę, która obejmuje go w posiadanie (tak: I. Rosenblüth, [w:] J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz*, t. I, Kraków 1934, s. 157). Możliwość zatrzymania przedmiotu zadatku powstaje *ex lege* w momencie niewykonania zobowiązania przez dłużnika z powodu okoliczności, za które ponosi on wyłączną odpowiedzialność (art. 394 § 1 w zw. z § 3 k.c.) i jest związana ze zaktualizowanym prawem wierzyciela do odstąpienia od umowy.

Do oceny, czy w wypadku konkretnej umowy, w której zastrzeżony został zadatek, strony będą skłonne wykonać zobowiązanie, czy też nie, zastosować można twierdzenie Coase'a (*Coase Theorem*)⁵⁰. W swej dosłownej, pierwotnej postaci dotyczy ono efektywnej alokacji prawa własności (*effective allocation of ownership*), choć słusznie twierdzi się, że na gruncie prawa polskiego właściwsze byłoby rozważanie alokacji poszczególnych uprawnień wynikających z prawa własności⁵¹. Zakłada ono, że przy zastrzeżeniu, że koszty transakcyjne, rozumiane jako koszty dokonania określonej wymiany ponoszone przez jej uczestników, są zerowe, efektywna alokacja uprawnień wynikających z prawa własności nastąpi niezależnie od tego, komu uprawnienia te na początku przysługiwały z mocy ustawy bądź na podstawie orzeczenia sądowego. Nie ma jednak przeszkód do stosowania tego twierdzenia do sfery stosunków zobowiązaniowych⁵². Zgodnie z poglądem Ronalda Coase'a, celem systemu prawnego powinno być skonstruowanie takiego systemu, który umożliwiłby osiągnięcie ekonomicznej efektywności. System prawny wpływa bowiem na koszty transakcyjne i jego celem powinna być minimalizacja zarówno kosztów transakcyjnych, jak i szkód⁵³.

Analiza tej kwestii może wykorzystywać również elementy teorii gier (*Game Theory*)⁵⁴. Wywodzi się ona z analizy matematycznej przypadków, w których zachodzi konflikt interesów. Jej celem jest określenie optymalnego wyboru, który w danych warunkach doprowadzi do założonego rezultatu. W odniesieniu do zagadnień ekonomicznych, teoria gier jest wykorzystywana do badania rynków różnych towarów, w których obrębie funkcjonuje określona grupa kupujących i sprzedających oraz zmieniające się podaż określonego towaru i popyt na niego. Na płaszczyźnie ekonomicznej analizy prawa teoria gier bywa stosowana nie tylko do zagadnień prawnokarnych, do których odnosi się opisywany często w literaturze dylemat więźnia⁵⁵, lecz także do problematyki wykonywania zobowiązań⁵⁶.

Założmy, że zadatek został zastrzeżony w umowie przedwstępnej, zawartej bez zachowania formy aktu notarialnego, zobowiązującej do zawarcia umowy

⁵⁰ R.H. Coase, *op. cit.*, s. 1. Zob. R.A. Posner, *Economic Analysis of Law...*, s. 8 i n.; A. Mitchell Polinsky, *op. cit.*, s. 11 i n.; W. Karsz, *op. cit.*, s. 66 i n.; M. Olender, *op. cit.*, s. 4 i n.; R.T. Stroiński, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 562 i n.; tenże, [w:] *Ekonomia dla prawników i nie tylko...*, s. 503; J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *op. cit.*, s. 109 i n.; P.W. Schmitz, *The Coase Theorem, private information and the benefits of not assigning property rights*, *European Journal of Law and Economics* 2001, 11:1, s. 23 i n.

⁵¹ R.T. Stroiński, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 563.

⁵² *Ibidem*, s. 565; J.L. Harrison, *Law and Economics in a Nutshell*, West Group, 1995, s. 59 i n., za: R.T. Stroiński, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 565.

⁵³ A. Mitchell Polinsky, *op. cit.*, s. 13; M. Olender, *op. cit.*, s. 4.

⁵⁴ Zob.: R.A. Posner, *Economic Analysis of Law...*, s. 19 i n.; P. Straffin, *Teoria gier*, Warszawa 2004; M. Malawski, A. Wiczorek, H. Sosnowska, *Konkurencja i kooperacja. Teoria gier w ekonomii i naukach społecznych*, Warszawa 2004; M. Olender, *op. cit.*, s. 5.

⁵⁵ M. Olender, *op. cit.*, s. 5.

⁵⁶ *Ibidem*.

przenoszącej własność nieruchomości⁵⁷. Strony postanowiły, że w przypadku wykonania zobowiązania z umowy przedwstępnej, kwota wręczona tytułem zadatku zostanie zaliczona na poczet ceny⁵⁸, a kwotę zadatku wręczył przyszły nabywca nieruchomości. W takiej sytuacji gotowość stron do zawarcia umowy przenoszącej własność nieruchomości będzie zależeć od zmian cen nieruchomości i ich aktualnego poziomu w terminie zawarcia umowy definitywnej. Jeżeli wzrost cen był na tyle znaczący, że właściciel zdoła znaleźć innego nabywcę gotowego uiszczyć tytułem ceny kwotę przewyższającą zsumowaną wartość określonej w umowie przedwstępnej ceny i kwoty zadatku, przy czym różnica ta będzie znaczna, to można przypuszczać, że właściciel nieruchomości będzie skłonny nie wywiązać się z umowy przedwstępnej, z czym będzie się wiązała konieczność zwrotu kwoty odpowiadającej podwójnej wartości sumy pieniężnej wręczonej tytułem zadatku, po czym zawrze umowę przenoszącą własność na nowo znalezione go nabywcę, gdyż cena, którą aktualnie może uzyskać za nieruchomość, po odliczeniu jednokrotnej wartości przedmiotu zadatku, uiszczony ze środków sprzedawcy (którą

⁵⁷ A. Mitchell Polinsky analizuje przypadek, w którym sprzedawca zobowiązał się wobec kupującego do wyprodukowania określonego dobra, a następnie do jego sprzedaży, kupujący zaś uiszczył cenę z góry, przy czym obie strony uwzględniają możliwość pojawienia się osoby trzeciej, dla której dobro będące przedmiotem umowy ma większą wartość niż dla pierwotnego kupującego, rozważając skłonność sprzedawcy do zerwania umowy. Autor ten dochodzi do wniosku, że sprzedawca będzie skłonny zerwać umowę, żeby sprzedać produkt nowemu nabywcy, jeżeli odszkodowanie dla pierwotnego kupującego będzie niższe lub równe ofercie osoby trzeciej. Dochodzi on do słusznej konkluzji, że w takim wypadku uiszczona cena nie oddziałuje na alokację ryzyka, a centrum zainteresowania staje się poziom optymalnego odszkodowania. Autor rozważa też osobno trzy przypadki: pierwszy, zakładający, że kupujący nie jest skłonny do ryzyka, natomiast stanowisko sprzedawcy jest w tej kwestii neutralne; drugi, w którym skłonność do ryzyka przedstawia się odmiennie; trzeci, w którym obie strony nie są skłonne do ryzyka. Polinsky dochodzi do wniosku, że w pierwszym wypadku ryzyko powinno zostać poniesione przez sprzedawcę, który powinien zapłacić kupującemu na wypadek zerwania umowy sumę równą korzyści kupującego, w drugim zaś odszkodowanie powinno być ustalone na poziomie oferty osoby trzeciej, a w trzecim – w kwocie mieszczącej się w przedziale między tymi dwoma skrajnymi kwotami. Autor zestawił w formie tabeli szacunkowe poziomy wysokości odszkodowań i cen w zależności od tego, jak pasuje się poziom skłonności do ryzyka stron umowy. W konkluzji stwierdza, że przy utrzymaniu awersji wobec ryzyka po stronie kupującego na stałym poziomie zarówno cena, jak i odszkodowanie rosną wraz ze wzrostem awersji do ryzyka sprzedawcy, redukując tym samym ryzyko tego ostatniego. I odwrotnie, przy założeniu, że niechęć do ryzyka sprzedawcy utrzymuje się na stałym poziomie, zarówno odszkodowanie, jak i cena maleją wraz ze wzrostem awersji do ryzyka kupującego; A. Mitchell Polinsky, *Risk sharing through breach of contract remedies*, [w:] J. Coleman, J. Lange, *Law and Economics*, Vol. I, Cambridge 1992, s. 293 i n.

⁵⁸ Przy braku odpowiedniego postanowienia umownego, na podstawie art. 394 § 2 k.c. byłoby to niemożliwe ze względu na niejednorodność przedmiotu zadatku i przedmiotu świadczenia z umowy przedwstępnej; M. Krajewski, [w:] E. Łętowska (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. 5, Warszawa 2006, s. 770; A. Olejniczak, *Uwagi o zastrzeganiu zadatku...*, s. 1253; tenże, [w:] *System Prawa Prywatnego...*, t. 5, s. 929. Inaczej: Uchwała SN z dnia 10 X 1961, 3 CO 28/61, OSPIKA 1963, poz. 107; M. Wrzosek-Romańczuk, *op. cit.*, s. 49; T. Treściński, *op. cit.*, s. 57. Zob. też: L. Domański, *op. cit.*, s. 386.

można porównać do kosztów transakcyjnych), będzie wyższa niż ta, jaką mógłby uzyskać od swego kontrahenta z umowy przedwstępnej. Przy dynamicznym wzroście cen nieruchomości, jeżeli strony z jakichkolwiek powodów decydują się na poprzedzenie umowy przenoszącej własność umową przedwstępną, zawieraną bez zachowania formy aktu notarialnego, optymalnym zabezpieczeniem interesów dłużnika staje się więc zastrzeżenie zadatku w stosunkowo wysokiej kwocie, ponieważ tylko takie rozwiązanie może zabezpieczać wykonanie zobowiązania przez drugą stronę, mimo że pozbawi wręczający ją podmiot korzyści, jakie mógłby uzyskać z obracania tą kwotą. Kwota zadatku ustalona na niskim poziomie spowoduje nie tylko, że instytucja ta nie będzie realizować jednej ze swych istotniejszych funkcji, a mianowicie funkcji zabezpieczającej wykonanie zobowiązania⁵⁹, lecz także że zryczałtowane odszkodowanie, jakie w takim przypadku otrzyma dłużnik, nie będzie rekompensować faktycznie poniesionej przez niego szkody związanej z tym, że przy nowym poziomie cen nie będzie mógł nabyć innej nieruchomości o podobnych parametrach za taką samą cenę. W związku z tym strony zawierające umowę, w której ustanawiany jest zadatek, przy podejmowaniu decyzji co do jego wysokości powinny wziąć pod uwagę prawdopodobieństwo zmiany cen, a także okres dzielący zawarcie umowy przedwstępnej i umowy zasadniczej, o ile nie zdecydują się na skorzystanie z formy aktu notarialnego, pozwalającej doprowadzić do zawarcia umowy przenoszącej własność w trybie art. 64 k.c. Przy ustanowieniu zadatku wysokość odszkodowania na wypadek niewykonania zobowiązania z powodu okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi jedna ze stron, jest zryczałtowana i odpowiada kwocie zadatku lub wartości przedmiotu wręczonego jego tytułem (jeżeli świadczenia nie wykonała strona, która wręczyła przedmiot zadatku) bądź jej podwójnej wysokości (jeżeli świadczenia nie wykonał dłużnik, a zadatek wręczył wierzyciel), a ogólne reguły odpowiedzialności kontraktowej zostają wyłączone⁶⁰ i możliwość zatrzymania

⁵⁹ R. Longchamps de Bérier, *Polskie...*, s. 178; tenże, *Czynności prawne...*, s. 34 i n.; L. Domański, *op. cit.*, s. 379; J. Namitkiewicz, *op. cit.*, s. 115; I. Rosenblüth, *op. cit.*, s. 159; W. Czachórski, *Zarys prawa zobowiązań. Część ogólna*, Warszawa 1963, s. 171; tenże, *Prawo zobowiązań w zarysie...*, s. 214; A. Rembieliński, *op. cit.*, s. 364; E. Drozd, *Umowa przedwstępna a umowa przyrzeczona*, Państwo i Prawo 1973, nr 11, s. 1566; A. Jasiński, *Wybrane formy zabezpieczenia wiarytelności pieniężnych*, Rejent 1991, nr 3, s. 54; S. Kowalski, *Charakter świadczenia...*, s. 54; J. Gęsiak, *Zawarcie umowy w drodze przetargu*, Rejent 1999, nr 9, s. 88; G. Tracz, F. Zoll, *op. cit.*, s. 81; J. Ciszewski, *Ustawowe i umowne ograniczenia odpowiedzialności osobistej*, Gdańskie Studia Prawnicze 2003, t. X, s. 29; K. Górnicz, *Uwagi do projektowanych zmian przepisów kodeksu cywilnego w zakresie regulacji trybów zawarcia umowy*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2001, nr 2, s. 423; T. Treściński, *op. cit.*, s. 57; A. Olejniczak, [w:] *System Prawa Prywatnego...*, t. 5, s. 926; D. Szostek, *Zadatek w umowach zawieranych w postaci elektronicznej*, [w:] L. Ogiegło, W. Popiołek, M. Szpunar (red.), *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005, s. 1407; A. Całus, *op. cit.*, s. 251; wyrok SN z dnia 13 II 2002, IV CKN 672/00, OSNC 2003, nr 1, poz. 10, s. 57.

⁶⁰ Cz. Żuławska, [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga III. Zobowiązania*, t. 1, ..., s. 198; G. Rudnicki, *op. cit.*, s. 512. Pogląd wykluczający możliwość wystąpienia z roszczeniem

przedmiotu zadatku lub dochodzenia sumy dwukrotnie wyższej jest niezależna od poniesienia jakiegokolwiek szkody⁶¹. Nie oznacza to jednak, że decydujące o wartości przedmiotu zadatku strony nie powinny brać pod uwagę wysokości szkody, jaką mogą ponieść wskutek niewykonania umowy przez kontrahenta. Stąd też, jeżeli ewentualna szkoda może być duża, co może wynikać np. z prognozowanych tendencji zmian cen określonych dóbr, stanowiących przedmiot świadczenia, to dla zabezpieczenia wykonania zobowiązania korzystne jest ustalenie wartości przedmiotu zadatku na wysokim poziomie. Założenie to koresponduje ze stanowiskiem w kwestii dopuszczalnej maksymalnej wartości przedmiotu zadatku na gruncie art. 394 § 1 k.c. Część przedstawicieli doktryny uważa bowiem, że w wypadku wręczenia przy zawarciu umowy kwoty o „znaczej wysokości” w porównaniu z wartością świadczenia, reguła interpretacyjna z art. 394 § 1 k.c., nakazująca przyjęcie ustanowienia instytucji zadatku, nie znajduje zastosowania, gdyż okoliczności te przemawiać mają za ustanowieniem zaliczki⁶². Wydaje się

odszkodowawczym według zasad ogólnych, jeżeli został ustanowiony zadek, na tle Kodeksu zobowiązań wyraził również Sąd Najwyższy – orzeczenie z dnia 30 IX 1937, C II 1773/37, Zbiór Orzeczeń 1938, nr 412; orzeczenie SN z dnia 7 XI 1950, C 480/50, OSN 1952, nr 1, poz. 10. Zob. też: J. Ciszewski, *op. cit.*, s. 29.

⁶¹ L. Domański, *op. cit.*, s. 380; R. Longchamps de Bérier, *Uzasadnienie projektu...*, s. 104; tenże, *Polskie prawo cywilne...*, s. 179; tenże, *Czynności prawne...*, s. 35; I. Rosenblüth, *op. cit.*, s. 159; J. Namitkiewicz, *op. cit.*, s. 115; F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie według polskiego Kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1948, s. 84; W. Czachórski, *Zarys prawa zobowiązań...*, s. 171; tenże, *Prawo zobowiązań w zarysie...*, s. 215; W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *op. cit.*, s. 187; Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna...*, s. 284; tenże, [w:] *System...*, t. III, cz. 1, s. 461; P. Machnikowski, [w:] *Kodeks cywilny...*, t. I, s. 962; A. Rembieniński, *op. cit.*, s. 364; W. Popiołek, *Kodeks cywilny. Komentarz...*, t. I, s. 1047; F. Błahuta, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, Księga trzecia – zobowiązania*, t. 2, Warszawa 1972, s. 939; A. Jasiński, *op. cit.*, s. 55; Cz. Żuławska, [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga III. Zobowiązania*, t. 1, s. 198; A. Maciąg, *op. cit.*, s. 37; S. Kowalski, *Charakter świadczenia...*, s. 54; tenże, *Charakter częściowej wpłaty...*, s. 52; G. Rudnicki, *op. cit.*, s. 513; K. Knoppek, *Glosa do wyroku SN z dnia 13 II 2002, IV CKN 672/00*, Palestra 2004, z. 1–2, s. 237; M. Wrzolek-Romańczuk, *op. cit.*, s. 223; J. Ciszewski, *op. cit.*, s. 29; S. Kowalski, *Charakter świadczenia...*, s. 54; tenże, *Charakter częściowej wpłaty...*, s. 52; A. Olejniczak, *Uwagi o zastrzeganiu zadatku...*, s. 1254; tenże, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 925 in.; M. Krajewski, [w:] *System Prawa Prywatnego...*, t. 5, s. 770; I. Sokołowska-Kulas, *op. cit.*, s. 9; R. Szostak, *Wadium przetargowe...*, s. 92; wyrok SN z dnia 13 II 2002, IV CKN 672/00, s. 57; P. Drapała, *Glosa do wyroku SN z dnia 13 II 2002, IV CKN 672/00*, Państwo i Prawo 2003, nr 10, s. 126.

⁶² Pogląd taki reprezentują: I. Rosenblüth, *op. cit.*, s. 158; A. Maciąg, *op. cit.*, s. 37; A. Olejniczak, [w:] *System Prawa Prywatnego...*, t. 5, s. 923; F. Błahuta, *op. cit.*, s. 938; wyrok SN z dnia 27 I 2000, II CKN 707/98, OSP 2001, nr 1, poz. 147; G. Tracz, F. Zoll, *op. cit.*, s. 55; M. Krajewski, *Glosa do wyroku SN z dnia 27 I 2000, II CKN 707/98*, OSP 2001, nr 1, poz. 147, s. 487; K. Knoppek, *op. cit.*, s. 238; G. Rudnicki, *op. cit.*, s. 511; T. Treściński, *op. cit.*, s. 58. J. Gwiazdomorski odrzuca interpretację wręczonej kwoty jako zadatku już przy sumie oscylującej wokół 25% wartości świadczenia, *Glosa do uchwały SN z dnia 10 X 1961, 3 CO 28/61*, OSPIKA 1963, poz. 107, s. 267; J. Szwaja – przy 2/3 ceny sprzedaży, *Glosa do wyroku SN z dnia 6 VII 1963, III CR 161/63*, s. 1083. Ustanowienie zaliczki, gdy ponadto zachodzi możliwość zaliczenia wręczonego przedmiotu na poczet świadczenia, reprezentują: A. Maciąg, *op. cit.*, s. 37; F. Błahuta, *op. cit.*, s. 938; wyrok SN z dnia 27 I 2000, II CKN 707/98, OSP 2001, nr 1, poz. 147.

jednak, że kryterium to nie powinno być stosowane do ich odróżnienia⁶³ i brakuje ustawowych przeszkód uniemożliwiających ustanawianie zadatku w znacznej wysokości.

4. Podsumowanie i wnioski końcowe

Jest oczywiste, iż ekonomiczna analiza prawa opiera się na rozważaniach dotyczących modelu o charakterze uproszczonym, a ponadto możliwe są zakłócenia poszczególnych założeń lub branych pod uwagę elementów. W szczególności rozważania często opierają się na przyjęciu, że podmioty cywilnoprawne dokonują wyborów na podstawie wyczerpującej wiedzy o obowiązującym stanie prawnym, a w związku z tym o konsekwencjach wynikających z wyboru określonej instytucji prawnej, bądź poprzestaniu na regulacji o charakterze ogólnym, mającej zastosowanie w pozostałych wypadkach. Innego bądź bardziej świadomego wyboru mógłby dokonać podmiot mający fachową wiedzę prawniczą lub któremu wiedza ta została przedstawiona w sposób obiektywny, z wyjaśnieniem wszelkich możliwych konsekwencji dokonanego wyboru, a innego jednostka mająca wiedzę fragmentaryczną bądź nieuświadomioną sobie wszelkich konsekwencji dokonanego wyboru. W kontekście zadatku jest to o tyle istotne, że w związku z nieprecyzyjnym formułowaniem odpowiednich postanowień umownych w praktyce często powstają spory dotyczące tego, jaką instytucję prawną w rzeczywistości wykorzystano, co odnosi się w szczególności do rozróżnienia zadatku i zaliczki⁶⁴. Założenie pełnej wiedzy uczestników obrotu byłoby pożyteczne. Twierdzi się jednak, że punktem wyjścia ekonomicznej analizy prawa nie jest założenie o wszechwiedzy na temat otoczenia, w którym porusza się jednostka⁶⁵. Podkreśla się przy tym, że racjonalność wyborów w ujęciu ekonomicznym oznacza „obiektywną, lecz niekoniecznie świadomą możliwość wyboru środków zmierzających do realizacji celów, które człowiek przed sobą stawia”⁶⁶. Poza przypadkami posiadania rzetelnej, fachowej wiedzy prawniczej, uwzględnić należy, że na racjonalność do-

⁶³ Sąd Najwyższy ocenił, że „w stosunkach z konsumentami przyjęcie przez sprzedawcę zadatku w znacznej wysokości nie upoważnia do traktowania tego zadatku jako zaliczki na poczet ceny” (w tym wypadku stanowiącej 35% ceny) – teza wyroku SN z dnia 13 II 2002, IV CKN 672/00, OSNC 2003, nr 4, poz. 10; S. Kowalski, *Charakter częściowej wpłaty...*, s. 53 i n.; tenże, *Charakter świadczenia...*, s. 55 i n. P. Drapała dopuszcza zastrzeżenie zadatku o wartości „na przykład przekraczającej połowę całego świadczenia”, nie precyzując, czy uważa ją za maksymalną granicę, *Glosa do wyroku SN z dnia 13 II 2002, IV CKN 672/00*, s. 123 i n.; W.J. Katner, *Glosa do wyroku NSA z dnia 21 XI 1996, I SA/Po 292/96*, *Glosa* 1999, nr 7, s. 18; A. Olejniczak, *Uwagi o zastrzeżeniu zadatku...*, s. 1252; tenże, [w:] *System Prawa Prywatnego...*, t. 5, s. 924.

⁶⁴ L. Domański, *op. cit.*, s. 383; K.J. Pawelec, *Zaliczka czy zadatek*, *Rzeczpospolita* z 2 II 1998, nr 27, *Prawo co dnia*, s. 14; K. Knopek, *op. cit.*, s. 237.

⁶⁵ R.A. Posner, *Economic Analysis of Law...*, s. 17; R.T. Stroiński, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 556.

⁶⁶ R.T. Stroiński, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 556.

konywanych wyborów może wpłynąć sposób przedstawienia danego problemu, co potwierdzają badania naukowe⁶⁷.

Jak podaje się w literaturze, doktryna francuska, niechętna wobec ekonomicznej analizy prawa, swoje stanowisko argumentuje w ten sposób, że stosunków zachodzących pomiędzy podmiotami prawa, w tym w szczególności pomiędzy osobami fizycznymi, nie można rozpatrywać przy zastosowaniu kryteriów ekonomicznych, odnoszących się przede wszystkim do obrotu towarowego. Twierdzi się także, że założenie o racjonalnym podejmowaniu decyzji przez jednostkę w związku z dążeniem do maksymalizacji swojej użyteczności przy jak najmniejszych kosztach (model *homo oeconomicus*) jest trudne do akceptacji w środowisku prawniczym, odwołującym się raczej do zasad słuszności i sprawiedliwości. Ponadto wskazuje się, że różnice terminologiczne między językiem prawniczym i ekonomicznym utrudniają jednakowe traktowanie obu obszarów badawczych⁶⁸. Wydaje się jednak, że zarzutów tych nie można uznać za trafne. Można bowiem przyjąć, że stosunki cywilnoprawne, a przynajmniej ta ich część, która dotyczy obrotu gospodarczego, determinowane są przez zjawiska ekonomiczne. Przedmiotem badań ekonomicznych jest bowiem nie tylko funkcjonowanie rynku, lecz również kwestia racjonalnych wyborów dokonywanych przez ludzi⁶⁹. Pojęciem immanentnie związanym z ustrojem kapitalistycznym, proklamowanym w art. 20 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, jest interes indywidualny jednostki, z którym wiążą się kategorie potencjalnej szansy (korzyści) i ryzyka (straty), determinujące decyzje gospodarcze, formalnie swobodne, praktycznie zaś oparte na mechanizmie kalkulacji ekonomicznej⁷⁰. Skutki w sferze ekonomii, jakie mogą stanowić konsekwencje skorzystania z poszczególnych instytucji prawnych, decydują o ich „atrakcyjności” i praktycznym wykorzystywaniu. Podmioty kierują się bowiem zwykle w swoich decyzjach możliwością osiągnięcia korzyści lub – w wypadku wyboru kilku rozwiązań – tym, co jest bardziej opłacalne. Uwarunkowania prawne stanowią bowiem jedno z podstawowych przesłanek podejmowania decyzji ekonomicznych, wpływając na kalkulację zysków i strat, a tym samym na racjonalność podejmowanych decyzji, przede wszystkim przez powodowanie bądź redukowanie ryzyka, a także wynikających z niego kosztów⁷¹. Natomiast różnice językowe i specjalistyczne słownictwo ekonomiczne nie wydają się stanowić bariery uniemożliwiającej wykorzystanie dorobku analizy ekonomicznej do rozpatrywania zjawisk prawnych.

⁶⁷ Zobacz przykłady podane przez R.T. Stroińskiego i w cytowanej przez niego literaturze obcej w: *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 553 i n.

⁶⁸ Zobacz literaturę francuską cytowaną przez R.T. Stroińskiego, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 577; J. Stelmach, *op. cit.*, s. 16 i n.

⁶⁹ R.T. Stroiński, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 579.

⁷⁰ *Ibidem*; Cz. Żuławska, *Zasady prawa gospodarczego prywatnego...*, s. 15.

⁷¹ Cz. Żuławska, *Zasady prawa gospodarczego prywatnego...*, s. 37; R.T. Stroiński, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 580.

Nie budzi chyba już wątpliwości, że ekonomiczna analiza prawa stanowi atrakcyjny instrument pozwalający na prognozowanie preferencji społecznych, dotyczących wykorzystywania określonych instytucji prawnych, a także przypuszczalnych modyfikacji tych trendów wskutek wprowadzenia przez ustawodawcę określonych zmian legislacyjnych⁷². Tym samym pozwala na weryfikację funkcjonalności poszczególnych rozwiązań legislacyjnych – przepisów prawnych, czy też wyznaczanych przez nie norm⁷³. Jak twierdzi się w doktrynie⁷⁴, może być ona wykorzystywana do oceny dwóch podstawowych warunków skuteczności przepisów prawnych, jakimi jest faktyczne wykorzystywanie norm przewidzianych przez ustawodawcę, a więc korzystanie z określonych instytucji prawnych oraz osiągnięcie przy ich stosowaniu zamierzonych przez ustawodawcę stanów rzeczy⁷⁵.

Za funkcje ekonomicznej analizy prawa uważa się ułatwienie działania mechanizmów wolnorynkowych, co ma prowadzić do rozwiązań ekonomicznie optymalnych. Gdy zaś koszty transakcyjne, związane z funkcjonowaniem określonych mechanizmów rynkowych, są zbyt wysokie, zadaniem ekonomicznej analizy prawa jest „naśladowanie wolnego rynku”, czyli zapewnienie osiągnięcia efektu, który nastąpiłby, gdyby nie zbyt wysoki poziom kosztów transakcyjnych⁷⁶. Jedną z częstych barier w sięganiu w praktyce obrotu po określone instytucje prawne jest wysoki poziom związanych z nimi kosztów transakcyjnych⁷⁷. W odniesieniu do instytucji zadatku, o jej atrakcyjności przesądza m.in. istotne zmniejszenie tych kosztów. Jednocześnie oczywiste są powiązania między rozwojem rynku finansowego a funkcjonowaniem systemu prawa krajowego w szerokim ujęciu, wpływające w konsekwencji na wzrost gospodarczy. Między innymi dostępność i koszty kredytów zależą od zakresu transakcji zabezpieczonych przy wykorzystaniu cywilnoprawnych środków zabezpieczenia wykonania zobowiązań. Zgodnie z badaniami przeprowadzonymi przez Europejski Bank Odbudowy i Rozwoju w 2003 r. w krajach postsocjalistycznych, sytuacja Polski w tej dziedzinie została oceniona na cztery punkty w dziesięciostopniowej skali, co uplasowało nasz kraj

⁷² R.A. Posner, *Economic Analysis of Law...*, s. 18 i n.; W. Karsz, *op. cit.*, s. 79; R.T. Stroiński, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 556 i n.; tenże, [w:] *Ekonomia dla prawników i nie tylko...*, s. 515; J. Stelmach, *op. cit.*, s. 14. Również: M. Olender, *op. cit.*, s. 3; W. Gromski, *Law and Economics jako teoria polityki prawa...*, s. 50 i n.; J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *op. cit.*, s. 11 i n.

⁷³ R.T. Stroiński, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 580. Również: J. Balcerowicz, *Warto zainteresować się ekonomiczną analizą prawa!*, Edukacja Prawnicza 2005, nr 4, s. 20; P.H. Rubin, *Why is the Common Law efficient?*, [w:] J. Coleman, J. Lange, *Law and Economics*, Vol. II, Cambridge 1992, s. 3 i n.

⁷⁴ R.T. Stroiński, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 580.

⁷⁵ A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 248.

⁷⁶ R.T. Stroiński, [w:] *Ekonomia dla prawników i nie tylko...*, s. 475 i n.; tenże, *O kosztach transakcyjnych...*, s. 37.

⁷⁷ Zob. R.T. Stroiński, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 581 i podany tam przykład spółki jawnej – do 1 I 2001 r.; tenże, [w:] *Ekonomia dla prawników i nie tylko...*, s. 476.

na jednym z ostatnich miejsc⁷⁸. Oceniono przy tym, że niekorzystna ocena wynikała nie tyle ze złej jakości stanu prawnego, ile z problemów z egzekwowaniem prawa. Należy jednak sądzić, że pogłębiona analiza zależności zachodzących między prawem a ekonomią, a tym samym możliwościami osiągnięcia wzrostu gospodarczego, mogłaby wpłynąć na rozwój sektora inwestycyjnego. W związku z tym wszelkie interdyscyplinarne badania, prowadzone np. przy wykorzystaniu ekonomicznej analizy prawa, mogą okazać się pożyteczne.

Bibliografia

- Balcerowicz J., *Warto zainteresować się ekonomiczną analizą prawa!*, Edukacja Prawnicza 2005, nr 4.
- Balken-Neuman I., *Zobowiązania. Kodeks zobowiązań oraz 35 ustaw dodatkowych. Zarys system polskiego prawa obowiązkowego do nauki i praktyki*, Lwów 1934.
- Bator A., *Instrumentalizacja jako założenie ekonomicznej analizy prawa*, [w:] J. Stelmach, M. Sowniewicka (red.), *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawnych*, Warszawa 2007.
- Begg D., Fischer S., Dornbusch R., *Mikroekonomia*, Warszawa 2000.
- Bieranowski A., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 X 1999, III CKN 366/98*, Rejent 2000, nr 10.
- Błahuta F., w: *Kodeks cywilny. Komentarz, Księga trzecia – zobowiązania*, t. 2, red. J. Ignatowicz, Warszawa 1972.
- Boratyńska M., *Osiem lat przetargu w kodeksie cywilnym*, [w:] M. Sawczuk (red.), *Czterdzieści lat kodeksu cywilnego. Materiały z Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów w Rzeszowie (8–10 października 2004)*, Kraków 2006.
- Brzozowski A., w: *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–449¹¹*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005.
- Calabresi G., *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, Yale Law Journal 1961, vol. 70.
- Całus A., *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, Warszawa 1979.
- Ciszewski J., *Ustawowe i umowne ograniczenia odpowiedzialności osobistej*, Gdańskie Studia Prawnicze 2003, t. X.
- Coase R.H., *The problem of social cost*, Journal of Law & Economics 1960, vol. 3.
- Czachórski W., Brzozowski A., Safjan M., Skowrońska-Bocian E., *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2004.
- Czachórski W., *Odpowiedzialność kontraktowa i jej stosunek do odpowiedzialności deliktowej wg k.c.*, Nowe Prawo 1964, nr 10.
- Czachórski W., *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1967.
- Czachórski W., *Zarys prawa zobowiązań. Część ogólna*, Warszawa 1963.
- Czarny B., Rapacki R., *Podstawy ekonomii*, Warszawa 2002.
- Ćmikiewicz G., *Glosa do wyroku SN z dnia 7 II 1975, III CRN 406/74*, OSPIKA 1976, nr 10, poz. 180.
- Ćmikiewicz G., *Postępowanie przetargowe jako konstrukcja szczególnego trybu zawarcia umowy*, Problemy Prawne Handlu Zagranicznego 1983, t. 7.
- Dąbrowa J., *Kara umowna a szkoda (ewolucja zagadnienia w prawie polskim)*, Acta Universitatis Wratislaviensis No 609, Prawo CV, Wrocław 1983.

⁷⁸ Zob. J. Balcerowicz, *op. cit.*, s. 20.

- Dąbrowa J., w: *System Prawa Cywilnego, Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. III, cz. 1, red. Z. Radwański, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1981.
- Domański L., *Instytucje Kodeksu zobowiązań. Komentarz teoretyczno-praktyczny. Część ogólna*, Warszawa 1936.
- Draniewicz B., *Regulacja wadium przetargowego w KC*, Edukacja Prawnicza 2004, nr 2.
- Drapała P., *Glosa do wyroku SN z dnia 13 II 2002, IV CKN 672/00*, Państwo i Prawo 2003, nr 10.
- Drapała P., *Kara umowna (art. 483 k.c.) a odszkodowanie na zasadach ogólnych (art. 471 k.c.)*, Państwo i Prawo 2003, nr 6.
- Drapała P., w: *System Prawa Prywatnego, Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. 5, red. E. Łętowska, Warszawa 2006.
- Drozd E., *Umowa przedwstępna a umowa przyrzeczona*, Państwo i Prawo 1973, nr 11.
- Falkiewicz K., Wawrykiewicz M., *Kara umowna w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2001.
- Gęsiak J., *Zawarcie umowy w drodze przetargu*, Rejent 1999, nr 9.
- Gniewek E., Łusznak-Zajac A., Machnikowski P., *Uwagi do projektowanych zmian przepisów kodeksu cywilnego dotyczących zawierania umów*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2001, z. 1.
- Górnicz K., *Uwagi do projektowanych zmian przepisów kodeksu cywilnego w zakresie regulacji trybów zawarcia umowy*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2001, nr 2.
- Granecki P., *Zasada bezwzględnej odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną umyślnie (według kodeksu cywilnego)*, Studia Prawnicze 2000, z. 3–4.
- Gromski W., *Law and Economics jako teoria polityki prawa*, [w:] J. Stelmach, M. Soniewicka (red.), *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, Warszawa 2007.
- Gromski W., *Zagadnienie granic instrumentalizacji prawa*, [w:] A. Kozak (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Instrumentalizacja prawa*, Wrocław 2000.
- Gutowski M., *Umowa opcji*, Kraków 2003.
- Gwiazdomorski J., *Glosa do uchwały SN z dnia 10 X 1961, 3 CO 28/61*, OSPIKA 1963, poz. 107.
- Hermelin A., *W sprawie kar umownych w przyszłych ogólnych warunkach sprzedaży i dostawy w obrocie krajowym*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1965, nr 6.
- Jabłońska A., w: *Podstawy ekonomii*, red. R. Milewski, E. Kwiatkowski, Warszawa 2005.
- Jasiakiewicz M., Oplustil K., w: *System Prawa Handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, red. S. Włodyka, Warszawa 2006.
- Jasiakiewicz M., *Zawarcie umowy w obrocie handlowym*, Toruń 1995.
- Jasiński A., *Wybrane formy zabezpieczenia wierzytelności pieniężnych*, Rejent 1991, nr 3.
- Jastrzębski J., *Glosa do uchwały SN z dnia 06 XI 2003, III CZP 61/03*, OSP 2004, nr 9, poz. 115, s. 494.
- Jastrzębski J., *Kara umowna*, Kraków 2006.
- Jastrzębski J., *Odsetki za opóźnienie a kara umowna*, Palestra 2004, nr 7–8.
- Kaczor J., *Law and Economics a liberalny porządek prawny*, [w:] J. Stelmach, M. Soniewicka (red.), *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, Warszawa 2007.
- Karsz W., *Ekonomiczna analiza prawa w prawoznawstwie amerykańskim*, Studia Prawno-Ekonomiczne, t. XXVIII, 1982.
- Katner W.J., *Glosa do wyroku NSA z dnia 21 XI 1996, I SA/Po 292/96*, Glosa 1999, nr 7.
- Katner W.J., w: *System Prawa Handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, red. S. Włodyka, Warszawa 2006.
- Klein A., *Ocena systemu kar umownych ogólnych warunków umów sprzedaży i dostawy na tle praktyki*, [w:] M. Pazdan (red.), *Zagadnienia prawne obrotu towarowego*, Katowice 1977.
- Knoppek K., *Glosa do wyroku SN z dnia 13 II 2002, IV CKN 672/00*, Palestra 2004, z. 1–2.
- Kowalski S., *Charakter częściowej wpłaty przy umowie sprzedaży. Glosa do wyroku SN z dnia 13 II 2002, IV CKN 672/00*, Prawo Spółek 2003, nr 10.
- Kowalski S., *Zastrzeżenie kary umownej w umowie przedwstępnej*, Rejent 2003, nr 1.

- Kowalski S., *Charakter świadczenia zależny od postanowień umowy, Glosa do wyroku SN z dnia 13 II 2002, IV CKN 672/00*, Prawo Spółek 2004, nr 2.
- Krajewski M., *Glosa do wyroku SN z dnia 27 I 2000, II CKN 707/98*, OSP 2001, nr 1, poz. 147.
- Krajewski M., w: *System Prawa Prywatnego, Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. 5, red. E. Łętowska, Warszawa 2006.
- Kruszewska J., Jackowski T., *Wykonywanie zobowiązań przez jednostki gospodarki uspołecznionej w kodeksie cywilnym*, Palestra 1965, z. 7–8.
- Księżyk M., *Podstawowe zagadnienia ekonomii*, Kraków 2002.
- Kufel J., *Glosa do wyroku SN z dnia 7 II 1975, III CRN 406/74*, OSP 1977, nr 2, poz. 27.
- Kwaśniewski Z., *Glosa do wyroku SN z dnia 20 V 1980, I CR 229/80*, Państwo i Prawo 1982, nr 1–2.
- Lang W., Wróblewski J., *Współczesna filozofia i teoria prawa w USA*, Warszawa 1986.
- Lewandowska I., *Zrywasz umowę, tracisz zadatek*, „Rzeczpospolita” z 2–3 V 2006, nr 677 (dodatek *Dobra firma*).
- Litowski J., *Odpowiedzialność odszkodowawcza stron przetargu z ustawy o zamówieniach publicznych*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1999, nr 7–8.
- Longchamps de Bérier R., *Czynności prawne*, Odbitka z Encyklopedii Prawa Prywatnego.
- Longchamps de Bérier R., *Uzasadnienie projektu Kodeksu zobowiązań z uwzględnieniem ostatecznego tekstu kodeksu*, Warszawa 1934.
- Longchamps de Bérier R., *Polskie prawo cywilne. Zobowiązania*, Poznań 1999.
- Łuszek-Zajac A., *Skutki prawne wniesienia wadium przetargowego*, Państwo i Prawo 2001, nr 5.
- Łuszek-Zajac A., Machnikowski P., *Nowa regulacja zawarcia umowy w trybie przetargowym*, Przegląd Prawa Handlowego 2003, nr 9.
- Machnikowski P., w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, red. E. Gniewek, Warszawa 2004.
- Machnikowski P., *Swoboda umów według art. 353¹ K.C. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005.
- Maciąg A., *Odpowiedzialność odszkodowawcza dłużnika z umowy przedwstępnej*, Palestra 1981, nr 5.
- Malawski M., Wieczorek A., Sosnowska H., *Konkurencja i kooperacja. Teoria gier w ekonomii i naukach społecznych*, Warszawa 2004.
- Manik P., *O jednolity karę umowną*, Monitor Prawniczy 2001, nr 5.
- Mika Z., *Sankcje traktowane jako kary umowne w krajowym transporcie towarowym*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1974, z. 3.
- Mitchell Polinsky A., *An Introduction to Law and Economics*, Boston–Toronto 1989.
- Mitchell Polinsky A., *Risk sharing through breach of contract remedies*, [w:] J. Coleman, J. Lange, *Law and Economics*, vol. I, Cambridge 1992.
- Namitkiewicz J., *Kodeks zobowiązań. Komentarz dla praktyki*, Łódź 1949, t. I.
- Nasiłowski M., *System rynkowy. Podstawy mikro- i makroekonomii*, Warszawa 1996.
- Olejniczak A., *Uwagi o zastrzeganiu zadatku w umowach przygotowujących zawarcie umów zasadniczych*, [w:] L. Ogieńko, W. Popiołek, M. Szpunar (red.), *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005.
- Olejniczak A., w: *System Prawa Prywatnego, Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. 5, red. E. Łętowska, Warszawa 2006.
- Olender M., *Law and Economics – ekonomiczna analiza prawa*, Edukacja Prawnicza 2005, nr 4.
- Ostrowska M., *Oplata dodatkowa to kara umowna*, „Rzeczpospolita” z 16 III 1998, nr 63 (dodatek *Prawo co dnia*).
- Pawelec K.J., *Zaliczka czy zadatek*, „Rzeczpospolita” z 2 II 1998, nr 27 (dodatek *Prawo co dnia*).
- Pawłusiewicz K., Brożek B., *Prawo karne w świetle ekonomicznej teorii prawa (Uwagi krytyczne)*, Państwo i Prawo 2002, nr 12.
- Piekarski M., w: *Komentarz do kodeksu cywilnego*, t. II, Warszawa 1972.

- Pionkowska M., *Szkody nie było, płacić trzeba*, „Gazeta Prawna” z 10–11 XI 2003, nr 219.
- Popiołek W., w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005.
- Popiołek W., w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005.
- Posner R.A., *Economic Analysis of Law*, New York 1998.
- Posner R.A., *The law and economics of contract interpretation*, *Texas Law Review*, vol. 83.1581.2005.
- Pulka Z., *Instrumentalizacja prawoznawstwa*, [w:] A. Kozak (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Instrumentalizacja prawa*, Wrocław 2000.
- Radwański Z., w: *System Prawa Cywilnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. III, cz. 1, red. Z. Radwański, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1981.
- Radwański Z., *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2001.
- Radwański Z., *Aukcja i przetarg po nowelizacji Kodeksu cywilnego*, *Monitor Prawniczy* 2004, nr 8.
- Radwański Z., w: *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, t. II, Suplement, red. Z. Radwański, Warszawa 2004.
- Rajski J., *Aukcja i przetarg w ujęciu znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2003, nr 5.
- Rajski J., Kocot W., Zaradkiewicz K., *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2002.
- Redelbach A., Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1993.
- Rembieniński A., w: *Kodeks cywilny z komentarzem*, t. I, red. J. Winiarz, Warszawa 1989.
- Robaczyński W., *Kara umowna a szkoda*, [w:] L. Ogiegło, W. Popiołek, M. Szpunar (red.), *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005.
- Rosenblüth I., *Kodeks zobowiązań. Komentarz*, t. I, J. Korzonek, I. Rosenblüth (red.), Kraków 1934.
- Rubin P.H., *Why is the Common Law efficient?*, [w:] J. Coleman, J. Lange (eds.), *Law and Economics*, vol. II, Cambridge 1992.
- Rudnicki G., w: *Prawo obrotu nieruchomościami*, red. S. Rudnicki, Warszawa 1999.
- Schmitz P.W., *The Coase Theorem, private information and the benefits of not assigning property rights*, *European Journal of Law and Economics* 2001, 11: 1.
- Skapski J., *Glosa do orzeczenia SN z dnia 28 I 1965, II CR 518/64*, OSPIKA 1966, nr 7–8, poz. 164.
- Skowrońska-Bocian E., *Kara umowna – kompensacja czy represja?*, *Zeszyty Prawnicze Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego* 2003, nr 3.2.
- Slisz A., *Kara umowna w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, *Monitor Prawniczy* 2005, nr 8.
- Sokołowska-Kulas I., *Zadatek, czyli węz co nieco na poczet umowy*, „Rzeczpospolita” z 7 III 2006, nr 645 (dodatek *Dobra firma*).
- Stefaniuk K., *Wybór formy przetargu i jego ogłoszenie oraz wniesienie wadium w świetle ustawy o gospodarce nieruchomościami*, *Rejent* 1999, nr 10.
- Stelmach J., *Spór o ekonomiczną analizę prawa*, [w:] J. Stelmach, M. Soniewicka (red.), *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, Warszawa 2007.
- Stelmach J., Brożek B., *Metody prawnicze*, Kraków 2004.
- Stelmach J., Brożek B., Załuski W., *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007.
- Stelmachowski A., *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998.
- Straffin P., *Teoria gier*, Warszawa 2004.
- Stroiński R.T., *Ekonomiczna analiza prawa czyli w poszukiwaniu efektywności*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2002, z. 3.
- Stroiński R.T., *O kosztach transakcyjnych i potrzebie analizy ekonomicznej w prawie handlowym*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2004, nr 6.
- Stroiński R.T., w: *Ekonomia dla prawników i nie tylko*, red. M. Bednarski, J. Wilkin, Warszawa 2005.

- Stroiński R.T., *Dlaczego warto studiować ekonomiczną teorię prawa (Law and Economics)*, Edukacja Prawnicza 2005, nr 4.
- Surówka A., *Kary umowne – możliwość zastrzeżenia i dochodzenia*, Jurysta 2004, nr 7–8.
- Szostak R., *Charakter prawny wadium przetargowego w obrębie zamówień publicznych*, Przegląd Sądowy 1998, nr 11–12.
- Szostak R., *Poręczenia i gwarancje wadialne (na tle zamówień publicznych)*, Przegląd Sądowy 1999, nr 1.
- Szostak R., *Wadium przetargowe według nowych przepisów kodeksu cywilnego*, Przegląd Sądowy 2004, nr 1.
- Szostak S., *Kary umowne*, Prawo Gospodarcze 1998, nr 4.
- Szostek D., *Zadatek w umowach zawieranych w postaci elektronicznej*, [w:] L. Ogiegło, W. Popiołek, M. Szpunar (red.), *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005.
- Szwaja J., *Glosa do wyroku SN z dnia 6 VII 1963, III CR 161/63*, Nowe Prawo 1965, nr 9.
- Szwaja J., *Kara umowna a roszczenie odszkodowawcze*, Państwo i Prawo 1965, nr 8–9.
- Szwaja J., *Kara umowna według kodeksu cywilnego*, Warszawa 1967.
- Szwaja J., *Miarkowanie kary umownej według polskiego kodeksu cywilnego*, [w:] S. Grzybowski (red.), *Odpowiedzialność cywilna za wyrządzenie szkody*, Warszawa 1969.
- Tenenbaum M., *Instytucja zadatku w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2008.
- Tracz G., Zoll F., *Przewłaszczenie na zabezpieczenie. Praktyka, konstrukcja, dopuszczalność, przedmiot*, Kraków 1996.
- Tręciński T., *Skutki umowy przedwstępnej*, Prawo Spółek 2002, nr 1.
- Warkało W., *Kara umowna jako czynnik umacniania dyscypliny inwestycyjnej*, Studia Prawnicze 1964, z. 3.
- Warkało W., *Wykonanie zobowiązań i skutki ich niewykonania według kodeksu cywilnego*, Państwo i Prawo 1965, nr 8–9.
- Wiśniewski T., w: *Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga trzecia, Zobowiązania*, t. 1, red. G. Bieniek, Warszawa 2006.
- Wójcik A., *Zawarcie umowy w drodze przetargu*, Kraków 2000.
- Wróblewski J., *Reguły i oceny instrumentalne a prawna ochrona środowiska ekologicznego człowieka*, Studia Prawno-Ekonomiczne, t. XII, 1974.
- Wrzolek-Romańczuk M., *Umowa przedwstępna*, Warszawa 1998.
- Zagrobny K., w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, red. E. Gniewek, Warszawa 2004.
- Zagrobny K., *O okolicznościach kształtujących odszkodowawczą odpowiedzialność dłużnika*, [w:] P. Machnikowski (red.), *Odpowiedzialność w prawie cywilnym*, Acta Universitatis Wratislaviensis No 2897, Prawo CCC, Wrocław 2006.
- Ziemiński Z., *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa–Poznań 1983.
- Zoll F., *Zobowiązania w zarysie według polskiego Kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1948.
- Żuławska Cz., *Zasady prawa gospodarczego prywatnego*, Warszawa 1999.
- Żuławska Cz., w: *Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga III. Zobowiązania*, t. 1, red. G. Bieniek, Warszawa 2006.

Orzecznictwo

- Orzeczenie SN z dnia 7 XI 1950, C 480/50, OSN 1952, nr 1, poz. 10.
- Orzeczenie SN z dnia 30 IX 1937, C II 1773/37, Zbiór Orzeczeń 1938, nr 412.
- Uchwała SN z dnia 6 XI 2003 r, III CZP 61/03, OSP 2004, nr 9, poz. 115.
- Uchwała SN z dnia 10 X 1961, 3 CO 28/61, OSPIKA 1963, poz. 107.
- Wyrok Sądu Wojewódzkiego w Warszawie, XVI GC 3023/92.
- Wyrok SN z dnia 2 VI 1970, II CR 167/70, OSNCP 1970, nr 11, poz. 214.

Wyrok SN z dnia 7 II 1975, III CRN 406/74, OSNC 1976, nr 2, poz. 34.
Wyrok SN z dnia 14 VII 1976, I CR 221/76, OSNC 1977, nr 4, poz. 76.
Wyrok SN z dnia 20 V 1980, I CR 229/80, OSNC 1980, nr 12, poz. 243.
Wyrok SN z dnia 13 II 2002, IV CKN 672/00, OSNC 2003, nr 1, poz. 10.
Wyrok SN z dnia 27 I 2000, II CKN 707/98, OSP 2001, nr 1, poz. 147.

Institution of deposit from the point of view of Economic Analysis of Law

Summary

The article concerns the institution of deposit and civil responsibility, which are examined using Economic Analysis of Law. The author aims at answering the question whether the Economic Analysis of Law is an attractive method, which could be used in civil law research and tries to find its benefits for use in the analysis of the institution of deposit in Polish civil law. The analysis of the institution of deposit utilises some elements of economic theories, like the Coase Theory, the Rational Choice Theory and the Game Theory. The conclusion is that some kinds of typical economic mechanisms could be used in civil law research, because applying them simplifies evaluating civil law institutions as affective or not.