

INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

dr Roman Trzaskowski

Poręczenie i gwarancja bankowa

Warszawa 2011

I. Spis treści

| | |
|---|----|
| II. Zakres, cele i metoda opracowania..... | 1 |
| III. Poręczenie..... | 2 |
| A.Zagadnienia powstające na tle <i>essentiale negotii</i> umowy poręczenia (art. 876 § 1 k.c.)..... | 2 |
| 1. Zobowiązanie do zapłaty własnego, czy cudzego długu?..... | 2 |
| 2. Problem kausalności poręczenia..... | 8 |
| 3. Umowny charakter zobowiązania poręczyciela..... | 10 |
| 4. Szczególne rodzaje poręczenia (podporęczenie, poręczenie zwrotne), <i>aval</i> | 10 |
| 5. Poręczenie a inne instytucje prawne..... | 11 |
| a) Poręczenie a kumulatywne przystąpienie do długu..... | 11 |
| (1) Poręczenie a solidarność dłużników dla celów zabezpieczenia..... | 13 |
| B.Przesłanki „samoistne” skuteczności poręczenia (inne niż wynikające z akcesoryjności)..... | 16 |
| 1. Kształtowanie treści umowy..... | 16 |
| a) Swoboda umów..... | 16 |
| b) Problem długów osobistych..... | 17 |
| c) Problem długów niezaskarżalnych..... | 18 |
| d) Problem dookreślenia zakresu poręczenia..... | 19 |
| (1) Określenie osoby dłużnika głównego..... | 20 |
| (2) Poręczenie za dług przyszły..... | 22 |
| (3) Poręczenie globalne..... | 33 |
| (4) Zakres czasowy poręczenia..... | 39 |
| (i) Bezterminowe poręczenie za dług przyszły..... | 39 |
| (ii) Zastrzeżenie terminu wyznaczającego zakres poręczenia..... | 45 |
| 2. Zgoda dłużnika..... | 52 |

| | |
|--|-----|
| 3. Formalizm kontraktowy..... | 53 |
| 4. Dodatkowa ochrona konsumenta..... | 61 |
| a) Poręczenie niewspółmierne do majątku i dochodów poręczyciela..... | 61 |
| b) Poręczenie długotrwałe..... | 63 |
| 5. Tzw. konwersja ustawowa..... | 64 |
| C.Zagadnienia związane z zawarciem umowy poręczenia..... | 71 |
| 1. Szczególne regulacje dotyczące sposobu zawarcia umowy poręczenia..... | 71 |
| a) Tryb zawarcia umowy..... | 71 |
| b) Poręczenia dorozumiane (ustawowe) - zlecenie udzielenia kredytu..... | 72 |
| 2. Umowa poręczenia na rzecz osoby trzeciej..... | 74 |
| D.Stosunek między poręczycielem a wierzycielem (stosunek poręczenia)..... | 75 |
| 1. Obowiązki poręczyciela względem wierzyciela..... | 75 |
| a) Zakres akcesoryjnego zobowiązania poręczyciel..... | 75 |
| b) Niekacesoryjna odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez poręczyciela?..... | 86 |
| c) Zarzuty poręczyciela..... | 87 |
| (1) Zarzuty „akcesoryjne” poręczyciela i ich ograniczenia..... | 87 |
| (i) Problem potrącenia..... | 88 |
| (ii) Problem uprawnień prawokształtujących przysługujących dłużnikowi..... | 91 |
| (iii) Problem przedawnienia..... | 97 |
| (2) Ograniczenia akcesoryjności w zakresie zarzutów..... | 99 |
| (i) Korzystne dla poręczyciela..... | 99 |
| (ii) Niekorzystne dla poręczyciela..... | 100 |
| (iii) Zarzuty własne poręczyciela..... | 102 |
| d) Zależność między poręczeniem a długiem głównym..... | 103 |
| (1) Problem subsydiarności poręczenia modelowego..... | 103 |
| (2) Odpowiedzialność „jak dłużnik solidarny”..... | 120 |

| | |
|--|-----|
| (3) Subsydiarność umowna..... | 122 |
| e) Zależność między poręczeniem a zabezpieczeniem rzeczowym..... | 123 |
| 2. Obowiązki wierzyciela..... | 126 |
| a) Obowiązki informacyjne..... | 126 |
| b) Obowiązek lojalności wierzyciela..... | 131 |
| E. Stosunek między poręczycielem a dłużnikiem..... | 136 |
| 1. Prawa i obowiązki poręczyciela..... | 136 |
| a) Roszczenia poręczyciela po zaspokojeniu wierzyciela..... | 136 |
| b) Obowiązek poręczyciela zawiadomienia dłużnika i skutki jego naruszenia | 145 |
| 2. Obowiązki dłużnika..... | 149 |
| a) Obowiązek zawiadomienia o zapłacie..... | 149 |
| b) Obowiązek zwolnienia poręczyciela z zobowiązania?..... | 150 |
| F. Wielość poręczycieli..... | 152 |
| 1. Uwagi ogólne..... | 152 |
| 2. Stosunek poręczycieli do wierzyciela..... | 153 |
| 3. Stosunki między poręczycielami..... | 157 |
| 4. Wzorzec DCFR..... | 162 |
| IV. Gwarancja bankowa..... | 168 |
| A. <i>Uwagi wstępne</i> | 168 |
| B. Zagadnienia powstające na tle <i>essentialia negotii</i> gwarancji bankowej (art. 81 ust. 1 p.b.)..... | 171 |
| 1. Ujęcie gwarancji bankowej w art. 81 ust. 1 p.b. i w poglądach doktryny... | 171 |
| 2. Zabezpieczający cel gwarancji bankowej..... | 175 |
| 3. Problem nieakcesoryjności zobowiązania gwaranta..... | 185 |
| a) Nieakcesoryjność zobowiązania gwaranta..... | 185 |
| b) Problem abstrakcyjności gwarancji bankowej..... | 202 |
| 4. Wpływ zapłaty sumy gwarancyjnej na stosunek gwarancji, stosunek zlecenia udzielenia gwarancji i stosunek podstawowy..... | 216 |

| | | |
|-----|--|-----|
| a) | Świadczenie gwaranta formalnie i materialnie należne..... | 216 |
| b) | Świadczenie gwaranta formalnie należne i materialnie nienależne..... | 217 |
| c) | Świadczenie gwaranta formalnie nienależne..... | 225 |
| 5. | Umowny charakter zobowiązania gwaranta..... | 227 |
| 6. | Odpłatność gwarancji..... | 230 |
| 7. | Wybrane rodzaje gwarancji na tle ogólnych cech konstrukcyjnych gwarancji bankowej..... | 232 |
| a) | Gwarancja „bezwarunkowa”, „nieodwołalna” i „na pierwsze żądanie” ... | 232 |
| (1) | Dorobek orzecznictwa..... | 232 |
| (2) | Dorobek doktryny..... | 236 |
| (3) | Pogląd własny..... | 238 |
| b) | Regwarancja..... | 239 |
| c) | Potwierdzenie gwarancji..... | 240 |
| 8. | Gwarancja bankowa a inne instytucje prawne..... | 243 |
| a) | Gwarancja bankowa a poręczenie..... | 243 |
| b) | Gwarancja bankowa a gwarancja z art. 391 k.c. | 246 |
| c) | Gwarancja bankowa a przekaz..... | 252 |
| d) | Gwarancja bankowa a akredytywa..... | 254 |
| e) | Gwarancja bankowa a kumulatywne przystąpienie do długu..... | 255 |
| C. | Przesłanki skuteczności gwarancji bankowej..... | 257 |
| 1. | Minimalny zakres konsensu i związane z nim ograniczenia autonomii woli | 257 |
| a) | Określenie stron stosunku..... | 257 |
| (1) | Bank jako gwarant..... | 257 |
| (2) | Sposób oznaczenia beneficjenta gwarancji..... | 260 |
| b) | Określenie zobowiązania (zobowiązanie pieniężne)..... | 260 |
| c) | Oznaczenie przedmiotu zabezpieczenia..... | 262 |
| d) | Określenie warunków zapłaty..... | 266 |

| | |
|---|-----|
| e) Zakres czasowy gwarancji..... | 269 |
| (1) Gwarancje terminowe i bezterminowe..... | 269 |
| (2) Przedłużenie terminu gwarancji w miejsce zapłaty..... | 272 |
| 2. Zgoda dłużnika..... | 273 |
| 3. Formalizm kontraktowy..... | 274 |
| D.Zagadnienia związane z udzieleniem gwarancji bankowej..... | 275 |
| E.Stosunek między gwarantem a beneficjentem gwarancji (stosunek gwarancji bankowej)..... | 279 |
| 1. Obowiązki gwaranta względem beneficjenta..... | 279 |
| a) Obowiązek zapłaty..... | 279 |
| (1) Aktualizacja obowiązku..... | 279 |
| (2) Czas na ocenę skuteczności żądania..... | 281 |
| (3) Zarzuty gwaranta wynikające z gwarancji bankowej..... | 282 |
| (4) Zarzuty osobiste..... | 287 |
| (5) Brak możliwości podniesienia zarzutów ze stosunku podstawowego oraz ze stosunku zlecenia..... | 288 |
| (6) Zarzut nadużycia gwarancji..... | 291 |
| b) Zależność między gwarancją a zabezpieczeniem rzeczowym..... | 304 |
| c) Obowiązki informacyjne..... | 305 |
| 2. Obowiązki wierzyciela (beneficjenta gwarancji)..... | 306 |
| a) Obowiązki informacyjne..... | 306 |
| b) Obowiązek zwrotu świadczenia pieniężnego gwaranta..... | 306 |
| 3. Zmiana treści zobowiązania gwaranta..... | 307 |
| 4. Przelew wierzytelności gwarancyjnej..... | 307 |
| F.Stosunek między gwarantem a zleceniodawcą..... | 313 |
| 1. Prawa i obowiązki gwaranta..... | 313 |
| a) Roszczenia gwaranta po zaspokojeniu wierzyciela..... | 313 |
| (1) Z osobistego stosunku zlecenia udzielenia gwarancji..... | 313 |

| | |
|---|-----|
| (2) Subrogacyjne..... | 314 |
| b) Obowiązek starannego ustalenia spełnienia warunków zapłaty..... | 322 |
| c) Obowiązek gwaranta zawiadomienia dłużnika i skutki jego naruszenia | 325 |
| 2. Obowiązki dłużnika..... | 327 |
| G.Wielość gwarantów..... | 328 |

II. Zakres, cele i metoda opracowania

Trwające prace nad rekodyfikacją prawa cywilnego wiążą się nie tylko z koniecznością ponownego przemyślenia zagadnień o charakterze systemowym, rzutujących na całokształt prawa cywilnego, ale także stwarzają okazję do krytycznego spojrzenia na kształt regulacji dotyczących poszczególnych umów nazwanych.

Niniejsze opracowanie jest poświęcone dwom najważniejszym zabezpieczeniom osobistym: umowie poręczenia oraz gwarancji bankowej.

Jego celem jest pogłębiona analiza węzłowych i normatywnie relewantnych (tzn. podlegających regulacji ustawowej) zagadnień związanych z instytucją poręczenia i gwarancji bankowej. Jej punktem wyjścia jest analiza dotychczasowego dorobku doktryny i orzecznictwa, a punktem docelowym – sformułowanie postulatów *de lege ferenda*, uwzględniających w szerokim zakresie dorobek prawno-porównawczy.

Szczególna optyka opracowania uzasadniała rezygnację z prezentowania materii w sposób tradycyjny, monograficzny, a więc taki, w którym celem nadrzędnym jest klarowne i wyczerpujące zapoznanie czytelnika z określonym zagadnieniem. Rolę tę spełnia w wystarczającym stopniu dotychczasowy dorobek doktryny¹. Systematyka niniejszej pracy, ściśle podporządkowana jej celom, zmierzać będzie do wyodrębnienia kwestii „normatywnie relewantnych”. Z natury rzeczy szczególnie akcent zostanie położony na te zagadnienia, których analiza uzasadniać może zmianę lub uzupełnienie przepisów obecnie obowiązujących.

¹ Co do poręczenia rolę tę spełnia przede wszystkim nadal aktualna monografia M. Bączyka o odpowiedzialności cywilnej poręczyciela zob. **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 7; co do gwarancji zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 23 i n.

III. Poręczenie

A. Zagadnienia powstające na tle *essentiale negotii* umowy poręczenia (art. 876 § 1 k.c.)

Zgodnie z art. 876 § 1 k.c. „Przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał”.

Na tle tej - wydawałoby się oczywistej - formuły, powstaje szereg bardzo poważnych zagadnień, które wymagają uwzględnienia przy podejmowaniu decyzji co do pozostawienia przepisu w obecnym kształcie.

1. *Zobowiązanie do zapłaty własnego, czy cudzego długu?*

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że art. 876 § 1 k.c.² różni się nieco od art. 625 k.z.³ i różnice te nie są wyłącznie stylistyczne. O ile art. 625 k.z. wskazywał, że „Przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela **do wykonania zobowiązania dłużnika** w przypadku, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał”, o tyle art. 876 § 1 k.c. stanowi, że „Przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela **wykonać zobowiązanie** na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał”.

W doktrynie zwrócono uwagę, że uwypuklona wyżej różnica nie jest bez znaczenia. Przez wskazanie, że poręczyciel zobowiązuje się do wykonania „zobowiązania dłużnika”, art. 625 k.z. sugerował mianowicie, iż chodzi o zobowiązanie do

² Art. 876 § 1 k.c. „Przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał.

³ Artykuł 625 k.z. stanowił, że „Przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela do wykonania zobowiązania dłużnika w przypadku, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał”.

wykonania cudzego długu⁴, natomiast art. 876 k.c. jest w tym względzie bardziej neutralny⁵.

Od razu trzeba zaznaczyć, że ową neutralność okupiono jednak w rzeczywistości rozmyciem istoty zobowiązania poręczyciela. Otóż o ile z art. 625 k.z. wynikało jasno, jaka jest treść zobowiązania poręczyciela – wyznaczała ją treść zobowiązania dłużnika głównego – o tyle art. 876 § 1 k.c. jest w tym względzie niejednoznaczny. Przepis ten – jeżeli odczytywać go literalnie - pozwala na interpretację, zgodnie z którą poręczeniem jest każde zobowiązanie (jakiegokolwiek!) zaciągnięte „na wypadek” (zobowiązanie warunkowe), że określony dłużnik nie wykonał określonego zobowiązania. Na to, że treść zobowiązania poręczyciela i dłużnika jest tożsama wskazywałby wówczas dopiero art. 879 § 1 k.c., zgodnie z którym: „O zakresie zobowiązania poręczyciela rozstrzyga każdorazowy zakres zobowiązania dłużnika”. Takie ujęcie *essentialia negotii* trudno uznać za zadowalające. Oczywiście art. 876 § 1 k.c. może być odczytany również w inny sposób, a mianowicie można przyjąć, że zobowiązanie, do którego wykonania zobowiązuje się poręczyciel, to to samo zobowiązanie, którego nie wykonał dłużnik. Powracamy jednak wówczas w istocie do formuły art. 625 k.z. i związanych z nią sporów o istotę zobowiązania poręczyciela.

Już z tego względu neutralność sformułowania art. 876 § 1 k.c. nie wydaje się rozwiązaniem najszcześniejszym, tym bardziej że nie doprowadziła ona do wyeliminowania sporu o istotę zobowiązania poręczyciela ze względu na art. 518 § 1 pkt 1 k.c., który przewiduje subrogację ustawową w razie, gdy osoba trzecia, spłacająca wierzyciela, płaci cudzy dług, za który jest odpowiedzialna osobiście. Ze względu na brak synchronizacji między zamianą formuły z art. 625 k.z. na formułę art. 876 k.c., a treścią art. 518 § 1 pkt 1 k.c. (wzorowaną w prosty sposób na art. 179 pkt 2 k.z.), doktryna – przyjmująca zgodnie, że art. 518 § 1 pkt 1 k.c. dotyczy również poręczyciela⁶ - wskazuje przeważnie, że „własne zobowiązanie” z umowy poręczenia

⁴ Zob. **R. Longchamps de Berier**, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 610 (autor wskazywał, że „w umowie poręczenia poręczyciel zaciąga osobiste zobowiązanie do spełnienia świadczenia wobec wierzyciela a nie tylko odpowiedzialność majątkową za cudzy dług. Jednak zobowiązanie to pozostaje w stosunku zawiści od zobowiązania dłużnika głównego gdyż poręczyciel ma tylko wykonać zobowiązanie dłużnika głównego w przypadku, gdyby on go nie wykonał”).

⁵ Zob. co do tej kwestii **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 28.

⁶ Tak **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 323; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa*

poręczyciel wykonuje przez zapłatę „cudzego długu”⁷, co zakłada istnienie nie jednego, lecz dwu zobowiązań.

Takie czy inne ujęcie *essentialia negotii* powinno być oczywiście pochodną podstawowego wyboru co do istoty zobowiązania poręczyciela.

Na obecnym etapie rozwoju nauki prawa nie budzi już raczej wątpliwości to, że przez udzielenie poręczenia poręczyciel nie tylko przyjmuje odpowiedzialność za

prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, Warszawa 2004, s.; P. Drapała, Glosa do wyroku z 15 XII 2000, IV CKN 197/2000, PiP 2001, z. 11, s. 108.

⁷ Tak **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 324; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 452; **L. Ogiegło**, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II, Komentarz do artykułów 450-1088*, Warszawa 2009, kom. do art. 876, pkt. 5; **J. Gołaczyński**, [w:] E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2008, kom. do art. 876, pkt 7; por. **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 29-30 (autor odrzuca literalną wykładnię „niefortunnego” art. 518 § 1 pkt 1 k.c. i stwierdza, że „poręczyciel wykonuje własne zobowiązanie poprzez spełnienie własnego świadczenia”, a „ze świadczeniem głównym łączy je jedynie wspólność końcowego efektu gospodarczego, jaki ma być spowodowany w sferze prawnej wierzyciela”; zobowiązanie poręczyciela jest więc „w pełni samoistną kategorią prawną” względem zobowiązania głównego; autor odrzuca pogląd, że poręczyciel nie zaciąga nowego, odrębnego zobowiązania wobec wierzyciela, lecz zaciąga jedynie obowiązek wykonania zobowiązania dłużnika głównego, odpowiedzialność za cudzy dług; odrzuca także pogląd, że poręczyciel zobowiązuje się wykonać własne zobowiązanie, ale polegające na wypełnieniu długu głównego; zdaniem autora, istota poręczenia nie polega jedynie na stworzeniu stanu gotowości poręczyciela do „zastępczego” wykonania powinności dłużnika, lecz tkwi w tym, że poprzez wykonanie własnego zobowiązania „poręczyciel zmierza bezpośrednio do zaspokojenia tego interesu majątkowego wierzyciela, który tkwił u podstaw tworzenia więzi prawnej między wierzycielem i dłużnikiem głównym. (...) Świadczenie takie przedstawia więc dla wierzyciela równorzędny ze świadczeniem dłużnika głównego walor gospodarczy. Jeżeli poręczyciel spełnił świadczenie, to – z racji zaspokojenia interesu majątkowego wierzyciela- obowiązek dłużnika głównego staje się bezprzedmiotowy”; w konsekwencji autor przyjmuje np., że treść świadczenia poręczyciela tylko „z reguły” zbiega się z treścią świadczenia obciążającego dłużnika głównego: świadczenie poręczyciela może przybrać pieniężną także wówczas, gdyby na dłużniku głównym ciążył inny rodzaj świadczenia albo może przybrać postać pieniężną, mimo iż dłużnik główny byłby obowiązany do zwrotu pożyczki w pieniądzu (s. 32-33), nawet w razie tożsamości świadczeń chodzi „o takie samo, a nie to samo świadczenie”; autor przyjmuje także, że „niekiedy (...) konieczne będzie stosowanie do odpowiedzialności poręczyciela przepisów usprawiedliwiających obowiązek główny, ale jedynie per analogiam”; „np. w razie objęcia poręczeniem zobowiązania darczyńcy rzeczy oznaczonych gatunkowo wypadnie analogicznie zastosować przepisy art. 892 k.c., a nie art. 560 k.c. i n. (s. 35)); por. też **L. Stecki**, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 787 (zdaniem autora, w wyniku zawarcia umowy poręczyciel odpowiada za dług główny jak za własne (a nie cudze) zobowiązanie). Niektórzy autorzy przyjmują, że poręczyciel odpowiada za cudzy dług – zob. **E. Łętowska**, [w:] Z. Radwański (red.), *System prawa cywilnego, t. III, Prawo zobowiązań – część ogólna*, Ossolineum 1981, s. 919. Jeszcze inni przyjmują, że na poręczycielu ciąży dług formalnie cudzy, a materialnoprawnie własny – tak **A. Ohanowicz**, *Wstąpienie osoby trzeciej w prawa zaspokojonego wierzyciela*, SC 1969, t. XIII-XIV, s. 233. W orzecznictwie zob. wyrok SN z dnia 5 lipca 2007 r., II CSK 136/07, LEX nr 287717 („Wprawdzie poręczyciel, jak to obrazowo ujęto w doktrynie, odpowiada za dług „formalnie własny, a materialnie cudzy”, lecz nie wpływa to na zasadność konstatacji, że nie uczestniczy on osobiście w postępowaniu układowym”).

cudzy dług, ale zaciąga własne zobowiązanie⁸, za które odpowiada całym swoim majątkiem⁹; w tym ostatnim aspekcie uwiadacza się różnica poręczenia - jako postaci zabezpieczenia osobistego wierzytelności¹⁰ - względem zabezpieczeń rzeczowych takich jak hipoteka i zastaw, które obciążają każdorazowego właściciela rzeczy obowiązkiem znoszenia tego, że wierzyciel zaspokoi się z rzeczy obciążonej¹¹. Założenie co do tego, że w przypadku poręczenia („zależnego zabezpieczenia osobistego”) istnieją dwa zobowiązania (dłużnika głównego i poręczyciela) przyjęto m. in. w ramach regulacji DCFR¹².

Z drugiej strony nie budzi także wątpliwości, że podstawową cechą zobowiązania poręczyciela jest jego acesyjność¹³, rozumiana przeważnie jako jego zależność od

⁸ Taki pogląd przeważa w doktrynie zob. **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 738; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 401. Także w obcych porządkach prawnych przyjmuje się, że główną cechą umownego zabezpieczenia osobistego jest ustanowienie nowego zobowiązania względem wierzyciela w celu zabezpieczenia - zob. uwagi prawnoporównawcze **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2503.

⁹ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 400-401; **W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian**, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 601.

¹⁰ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 400; **W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian**, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 601. Ogólnie co do zabezpieczeń osobistych zob. np. **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 16 i n. (zdaniem autora, zabezpieczenie osobiste polega na uzyskaniu przez wierzyciela nowego dłużnika, który ponosi wobec niego odpowiedzialność obok dawnego).

¹¹ **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 738-739; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 402.

¹² Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2490.

¹³ Tak **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1709; **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 22-23; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 401 (zdaniem autora, akcesoryjność należy *essentialia negotii* poręczenia); **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania. Tom II*, Warszawa 2009, kom. do art. 876, pkt 10 (zdaniem autora, akcesoryjność należy *essentialia negotii* poręczenia); **L. Ogiełło**, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II, Komentarz do artykułów 450-1088*, Warszawa 2009, kom. do art. 876, pkt. 4; **P. Mikłaszewicz**, *Zobowiązanie del credere a umowa o świadczenie przez osobę trzecią i poręczenie – problematyka kauzalności i akcesoryjności czynności prawnych*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2005, z. 4, s. 1024; **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, *PUG* 1964, nr 8-9, s. 212 (zdaniem autora, przepisy, które normują zasadę zawisłości poręczenia mają charakter *iuris cogentis*). Co do systemów obcych zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2499.

zobowiązania głównego pod względem ważności i treści¹⁴, która jednakże nie wyklucza pewnej samodzielności jurystycznej zobowiązania poręczyciela¹⁵. Akcesoryjność ta odróżnia poręczenie od innych zobowiązań pełniących podobną funkcję¹⁶, a w szczególności od gwarancji, która jest w pełni samodzielnym i nieakcesoryjnym zobowiązaniem gwaranta do określonego w umowie gwarancyjnej świadczenia na rzecz beneficjenta gwarancji w razie spełnienia się określonych w gwarancji przesłanek (art. 81 Prawa bankowego)¹⁷, a także od długu solidarnego¹⁸ oraz od kumulatywnego przystąpienia do długu, w wyniku którego przystępujący do długu uzyskuje taką samą sytuację prawną jak dotychczasowy dłużnik, a jego zobowiązanie i odpowiedzialność nie ma charakteru akcesoryjnego¹⁹.

De lege ferenda należy zwrócić uwagę, że obie podstawowe cechy zobowiązania poręczyciela, a więc – z jednej strony – jego odrębność, a z drugiej – akcesoryjność, powinny znaleźć odzwierciedlenie w przepisie otwierającym grupę przepisów dotyczących poręczenia i określającym jego *essentiale negotii*.

Przepis ten powinien ponadto być sformułowany w sposób wystarczająco elastyczny, by obejmować zarówno przypadki poręczenia solidarnego jak i subsydiarnego.

¹⁴ Tak **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 402; zob. także **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 24-25; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 26 (zdaniem autora, akcesoryjność zobowiązania poręczyciela stanowi zasadniczą cechę konstrukcyjną poręczenia). Tak rozumiana jest akcesoryjność również w obcych porządkach prawnych – zob. uwagi prawno-porównawcze **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2499.

¹⁵ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 27; **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 23; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 401. W orzecznictwie zob. wyrok SN z dnia 5 lipca 2007 r., II CSK 136/07, LEX nr 287717 („...zobowiązanie poręczyciela wobec wierzyciela, jakkolwiek co do jego istnienia i zakresu zależne od istnienia i zakresu zobowiązania głównego, jest jednak jurystycznie samodzielne”).

¹⁶ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 401.

¹⁷ Zob. **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 402-403; por. też **A. Szpunar**, *Forma umowy poręczenia*, *Rejent* 1994, nr 7-8, s. 23.

¹⁸ Zob. **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wiarytelności*, *KPP* 1992, z. 1-4, s. 166.

¹⁹ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 402.

Wydaje się, że celom tym w większym stopniu czyni zadość formuła art. 625 k.z. niż treść art. 876 § 1 k.c. W szczególności ten pierwszy przepis faworyzuje wykładnię, która wyraża zależność (akcesoryjność) zobowiązania poręczyciela od zobowiązania dłużnika²⁰. Wydaje się np. jasne, że skoro poręczyciel zobowiązuje się do wykonania zobowiązania dłużnika, to zobowiązanie poręczyciela jest bezprzedmiotowe wówczas, gdy zobowiązanie dłużnika jest nieważne. Jest także jasne, że w zasadzie zobowiązania te są zbieżne co do treści.

Sformułowanie art. 625 k.z. jasno wyraża także myśl, że poręczyciel nie tylko odpowiada za zobowiązanie dłużnika, ale również „zobowiązuje się” do jego wykonania, a więc zaciąga własny dług.

Alternatywą może być w tym miejscu obszerniejsza formuła przyjęta w art. IV.G. – 1:101 (a) DCFR, który stanowi, że zależnym zabezpieczeniem osobistym (jest to odpowiednik poręczenia²¹) jest zobowiązanie udzielającego zabezpieczenia, które jest zaciągnięte na rzecz wierzyciela w celu zabezpieczenia istniejącego albo przyszłego zobowiązania dłużnika i które jest wymagalne tylko w razie, gdy - i tylko w takim zakresie, w jakim - wymagalne jest zobowiązanie dłużnika²². Ze względu jednak na to, że rozwiązanie z art. 625 k.z. jest już stosunkowo głęboko zakorzenione w rodzimej tradycji cywilistycznej, powinno być ono preferowane.

²⁰ W niektórych orzeczeniach Sąd Najwyższy dopatruje się wyrażenia zasady akcesoryjności także w art. 876 § 1 k.c. – zob. wyrok SN z dnia 5 listopada 2008 r., I CSK 204/08, LEX nr 484664 („Wymaga więc rozważenia, czy w takiej sytuacji może istnieć zobowiązanie poręczycieli jako zobowiązanie samodzielne mimo wygaśnięcia zobowiązania dłużnika głównego, wbrew zasadzie akcesoryjności wynikającej z przepisów art. 876 § 1 k.c. i art. 879 § 1 k.c. Zasada akcesoryjności nie ma bowiem charakteru bezwzględnie obowiązującego”).

²¹ Ze względu na różnice w nazewnictwie krajowych porządków prawnych DCFR nie posługuje się pojęciem poręczenia, lecz bardziej uniwersalną kategorią „zależnego zabezpieczenia osobistego” („dependent personal security”) - **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2487. Jest to jednak niewątpliwie odpowiednik krajowych poręczeń, który w DCFR obejmuje także przypadki wiążących deklaracji wsparcia - zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2498-2499. Nie ma żadnych wątpliwości, że kategoria zależnego zabezpieczenia osobistego jest odpowiednikiem „poręczenia” i dlatego regulacje DCFR dotyczące ZZO mogą stanowić punkt odniesienia w ramach niniejszych rozważań.

²² „a “dependent personal security” is an obligation by a security provider which is assumed in favour of a creditor in order to secure a right to performance of a present or future obligation of the debtor owed to the creditor and performance of which is due only if, and to the extent that, performance of the latter obligation is due”.

2. Problem kausalności poręczenia

W kręgu podstawowych problemów dotyczących charakteru umowy poręczenia pozostaje problem jego kausalności, co jest oczywiście pochodną zapatrywania, że poręczenie jest czynnością prawną przysparzającą²³.

Kwestia kausalności poręczenia od dawna absorbuje uwagę doktryny, która jest zgodna jedynie co do tego, że stosunek między poręczycielem a dłużnikiem – tzw. stosunek wewnętrzny – nie wpływa na zobowiązanie poręczyciela względem wierzyciela²⁴. W pozostałym zakresie pejzaż wyrażanych zapatrywań jest bardzo różnorodny.

Zdaniem niektórych autorów umowa poręczenia jest czynnością prawną abstrakcyjną, ponieważ przyczyna zobowiązania poręczyciela nie jest w niej wyrażona i jest dla stosunku między wierzycielem a poręczycielem jako takim obojętna²⁵. Jednakże według odmiennego i przeważającego obecnie zapatrywania

²³ Tak **W. Czachórski**, *Czynności prawne przyczynowe i oderwane w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 1952, s. 140 (zdaniem autora, przysporzenie polega tu na zamierzonym przez poręczyciela wzmocnieniu sytuacji prawnej wierzyciela); **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 408; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 32; por. także **A. Ohanowicz**, [w:] A. Ohanowicz, J. Górski, *Zobowiązania. Część szczegółowa*, Warszawa-Poznań 1964, s. 311 (autor wskazywał, że poręczenie jest „o tyle przyczynową, że zależną w swej skuteczności od istnienia długu głównego”); **A. Ohanowicz**, [w:] A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970, s. 494 (autor wskazuje, że celem poręczenia jest zabezpieczenie cudzego długu i dlatego umowa poręczenia jest czynnością przyczynową); **L. Ogiełło**, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II, Komentarz do artykułów 450-1088*, Warszawa 2009, kom. do art. 876, pkt. 9 (autor wskazuje, że poręczenie jest umową kausalną); odmiennie jednak **B. Lewaszkiwicz-Petrykowska**, *Glosa do uchwały SN z dnia 30 września 1996 r., III CZP 85/96*, OSP 1997, z. 7-8, poz. 139 (zdaniem autorki, „Jest oczywiste, że udzielenie poręczenia nie stanowi przysporzenia na rzecz wierzyciela, nie oznacza też uzyskania przez niego efektywnej korzyści. Uzyskuje on dodatkowego dłużnika i dodatkowe zabezpieczenie (nie zawsze zresztą najpewniejsze), jednakże jakby w zamian za swoje świadczenie spełnione na rzecz dłużnika głównego”).

²⁴ Zob. np. **E. Łętowska**, *Charakter przejęcia długu i poręczenia w kodeksie cywilnym*, RPEiS 1967, z. 2, s. 66; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 34-35 (autor wskazuje, że stosunek taki może nie istnieć, jeżeli poręczyciel zawarł umowę bez wiedzy dłużnika); **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 408.

²⁵ Tak np. **R. Longchamps de Berier**, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 610; **J. Namitkiewicz**, *Kodeks zobowiązań. Komentarz dla praktyki*, t. II, Łódź 1949, s. 475; **T. Smyczyński**, *Zagadnienie czynności prawnych abstrakcyjnych w projekcie kodeksu cywilnego*, RPEiS 1961, z. 4, s. 49 (autor wskazuje, że *causa* stanowi stosunek prawny łączący poręczyciela z dłużnikiem, a zobowiązanie poręczyciela jest od tego stosunku oderwane); por. też **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 211 (zdaniem autora, umowa poręczenia jest abstrakcyjna formalnie, co oznacza, że to na pozwanym ciążyć będzie ewentualny dowód nieistnienia lub nieprawidłowości *causa*; oderwany charakter poręczenia jest niezbędną przesłanką prawidłowego

kauzy poręczenia należy doszukiwać się w stosunku wierzyciela z poręczycielem i kauzę tę stanowi, zdaniem jednych, swoista kauza zabezpieczająca²⁶, a zdaniem innych, *causa donandi, solvendi*²⁷ albo *causa obligandi*²⁸.

funkcjonowania tej instytucji). Por. także **M. Frańczuk**, *Specyfika prawna poręczeń bliskich krewnych*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2001, nr 3, s. 107 (zdaniem autorki, *causa* poręczenia leży w stosunku między poręczycielem a dłużnikiem).

²⁶ Tak np. **E. Łętowska**, *Charakter przejęcia długu i poręczenia w kodeksie cywilnym*, *RPEiS* 1967, z. 2, s. 63-67 (zdaniem autorki, kauza poręczenia oznaczona jako *causa obligandi* w stosunku między wierzycielem i poręczycielem nie daje możliwości podważenia ważności poręczenia z powodu wadliwości lub nieistnienia *causa*, nie wpływa bowiem na zakres katalogu zarzutów, do wysunięcia których poręczyciel jest uprawniony, o zarzuty wynikające ze stosunku, który był źródłem poręczenia; autorka zauważa ponadto, że nie zawsze objęcie poręczenia jest wywołane chęcią uzyskania dogodniejszych warunków dla dłużnika, zawsze jest jednak wywołane chęcią zabezpieczenia długu głównego; „Zabezpieczający charakter poręczenia tak silnie dominuje w naturze tej instytucji, że chyba właśnie tutaj należy poszukiwać jej *causa*”; jest to kauza charakterystyczna dla czynności zabezpieczających: „Ogólnie więc określić można *causa* zabezpieczenia, jako prawną przyczynę czynności, która skierowana jest na zabezpieczenie innego prawa i ze względu na to zabezpieczenie powstaje”; autorka podkreśla, że w świetle tej definicji poręczenie jest zawsze kauzalne; w rezultacie przyjmuje, że jeżeli zobowiązanie główne nie istniało lub było wadliwe można to podnieść jako zarzuty przeciwko ważności poręczenia; autorka wyróżnia także wtórną kauzę, która tłumaczy przyczynę prawną przepływu korzyści między poręczycielem a wierzycielem); do poglądu tego przyłączyli się **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 408; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wiarygodności*, Sopot 1997, s. 35; **J. Gołaczyński**, [w:] E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2008, kom. do art. 876, pkt 3; pogląd o istnieniu takiej kauzy odrzuca **P. Miłośzewicz**, *Zobowiązanie del credere a umowa o świadczenie przez osobę trzecią i poręczenie – problematyka kauzalności i akcesoryjności czynności prawnych*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2005, z. 4, s. 1022-1023, 1031, 1033-1034.

²⁷ Tak **G. Tracz**, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2001, s. 196.

²⁸ Tak **W. Czachórski**, *Czynności prawne przyczynowe i oderwane w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 1952, s. 140-141 (zdaniem autora, w typowych przypadkach, gdy zawarcie umowy poręczenia nie następuje w zamian za roszczenie poręczyciela względem wierzyciela (wówczas jest to *causa obligandi*) ani w wykonaniu umowy między poręczycielem a wierzycielem, przez którą poręczyciel zobowiązał się udzielić poręczenia za cudzy dług (*causa solvendi*), przyczyna prawna poręczenia tkwi w stosunku poręczyciela z wierzycielem i polega bądź na udzieleniu przez wierzyciela kredytu dłużnikowi, bądź też na udzieleniu dogodniejszych jego warunków; poręczyciel dokonuje przysporzenia po to, by tą drogą ugruntować korzyść dalszą, którą poręczyciel uzyska w stosunku wewnętrznym z dłużnikiem, a w braku tego stosunku – przez wstąpienie w miejsce zaspokojonego wierzyciela); **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1709; por. jednak **P. Miłośzewicz**, *Zobowiązanie del credere a umowa o świadczenie przez osobę trzecią i poręczenie – problematyka kauzalności i akcesoryjności czynności prawnych*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2005, z. 4, s. 1031-1032 (autor pisze, że jeżeli poręczyciel udziela zabezpieczenia w zamian za wzajemne świadczenie dłużnika głównego (*in causa obligandi*), nie jest uprawniony do podnoszenia wobec wierzyciela zarzutów ze stosunku prawnego, łączącego go z dłużnikiem; „Mamy wówczas do czynienia z czynnością prawną akcesoryjną i abstrakcyjną (abstrakcyjną z punktu widzenia stosunku między poręczycielem a dłużnikiem)”. Por. wyrok z dnia 18 stycznia 2000 r., III CKN 528/98, LEX nr 453699 („Poręczyciel, bowiem zaciąga własne zobowiązanie względem wierzyciela i wykonując je uiszcza własny dług. Umowa poręczenia ma charakter kauzalny, zatem odpadałaby jej *causa* gdyby ważna była umowa przejęcia tego samego długu zawarta przez pozwaną B.R. wcześniej, chyba, że zamiarem stron było odnowienie (art. 506 k.c.)”).

Kwestia ta – w świetle niewątpliwie akcesoryjnego charakteru zobowiązania poręczyciela - ma charakter doktrynalny i nie przedkłada się w bezpośredni sposób na rozstrzygnięcie zagadnień o praktycznej doniosłości. Tym samym nie powinna również podlegać regulacji normatywnej.

Istotne jest natomiast ustalenie, czy poręczenie może być czynnością niedopłatną, co może mieć znaczenie choćby w kontekście art. 84 § 1 k.c. Ta akurat kwestia może zostać rozstrzygnięta w drodze wykładni, uwzględniającej, że z punktu widzenia drugiej strony stosunku (wierzyciela), którego interesy bierze pod uwagę regulacja wad oświadczenia woli, poręczenie nie jest zwykle czynnością nieodpłatną, skoro wpływa na decyzję wierzyciela o zawarciu albo treści umowy z dłużnikiem²⁹, a więc decyzję o zaciągnięciu zobowiązania.

3. Umowny charakter zobowiązania poręczyciela

Z art. 625 k.z. jak i art. 876 § 1 k.c. wynika jednoznacznie, że w prawie polskim stosunek poręczenia powstaje na podstawie umowy a nie jednostronnej czynności prawnej³⁰. W ten sposób charakteryzuje się również „udzielenie poręczenia”, o którym mowa w art. 80 prawa bankowego³¹.

Formuła ta nie nasuwa zastrzeżeń, nie jest kwestionowana i jako odpowiadająca rodzimej tradycji powinna zostać utrzymana.

4. Szczególne rodzaje poręczenia (podporęczenie, poręczenie zwrotne), aval

Na podtrzymanie zasługuje decyzja ustawodawcy przedwojennego i powojennego co do braku potrzeby wprowadzenia odrębnej regulacji normatywnej dla szczególnych rodzajów poręczenia, takich jak podporęczenie (poręczenie

²⁹ Por. **B. Lewaszkiwicz-Petrykowska**, *Glosa do uchwały SN z dnia 30 września 1996 r., III CZP 85/96*, OSP 1997, z. 7-8, poz. 139 (zdaniem autorki, poręczenia nie można zakwalifikować do czynności prawnych nieodpłatnych: „Jest to specyficzna czynność prawna, która nie mieści się w wyżej wymienionej kategorii”).

³⁰ W orzecznictwie kwestia ta została wyekspozowana w wyroku SN z dnia 26 sierpnia 1976 r., I CR 339/76, OSPiKA 1978, z. 3, poz. 49 z glosą M. Piekarskiego.

³¹ Tak **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 414.

zabezpieczające roszczenie wynikające z poręczenia głównego) i poręczenie zwrotne (służące umocnieniu wierzytelności regresowej, jaką poręczyciel nabył lub nabędzie wobec dłużnika głównego)³². Możliwość ich zaciągania nie nastręcza wątpliwości w świetle reguł ogólnych, a ponadto poręczenia te w praktyce nie odgrywają poważniejszej roli³³.

Szczegółnej regulacji nie wymaga także określenie relacji między poręczeniem kodeksowym a poręczeniem przewidzianym przez prawo wekslowe i czekowe, które nie ma charakteru akcesoryjnego³⁴. W doktrynie nie budzi wątpliwości, że do poręczeń tych nie stosuje się uzupełniająco przepisów kodeksowych o poręczeniu³⁵ (nie jest to jakiś podtyp poręczenia kodeksowego³⁶).

5. Poręczenie a inne instytucje prawne

a) Poręczenie a kumulatywne przystąpienie do długu

Kształtując *essentiale negotii* umowy poręczenia należy mieć na względzie potrzebę jego odróżnienia od kumulatywnego przystąpienia do długu, którego dopuszczalność nie wzbudza wątpliwości³⁷, choć nie jest regulowana przez kodeks cywilny (wzmiankę o nim zawierał art. 183 § 3 k.z.).

³² E. Drozd, *Z problematyki wielości poręczycieli w świetle kodeksu cywilnego*, NP 1971, nr 1, s. 33; L. Stecki, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 787; M. Bączyk, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 116.

³³ M. Bączyk, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 116. Podporęczenie występuje natomiast często w praktyce obrotu państw obcych - zob. uwagi prawno-porównawcze Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2507-2508.

³⁴ Z. Radwański, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 403.

³⁵ A. Szpunar, *Forma umowy poręczenia*, Rejent 1994, nr 7-8, s. 21; Z. Radwański, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 403. W orzecznictwie zob. np. wyrok SN z dnia 24 października 2003 r., III CK 35/02, LEX nr 148666.

³⁶ Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 254.

³⁷ A. Szpunar, *Forma umowy poręczenia*, Rejent 1994, nr 7-8, s. 24.

Kwestia ta nie jest pozbawiona znaczenia. W odróżnieniu od poręczenia, zobowiązanie przystępującego do długu ma charakter samodzielny³⁸. Przyjmuje się przy tym przeważnie, że umowne przystąpienie do długu przez dodatkowego dłużnika prowadzi do powstania więzi solidarnej po pasywnej stronie zobowiązania, nawet jeżeli skutek taki nie został wyraźnie zastrzeżony w treści umowy³⁹ (natomiast zdaniem znacznej części doktryny poręczyciel odpowiada tylko „jak” dłużnik solidarny⁴⁰). Rzutuje to m.in. na skutki zaspokojenia wierzyciela: przy poręczeniu zastosowanie znajduje art. 518 § 1 pkt 1 k.c., przy przystąpieniu do długu – art. 376 k.c.

Różnica dotyczy również formy czynności, ponieważ ustawa nie przewiduje formy pisemnej dla umowy o przystąpieniu do długu⁴¹.

Odróżnienie poręczenia od kumulatywnego przystąpienia do długu w charakterze dłużnika solidarnego jest trudne⁴². Proponowanym w doktrynie polskiej i zagranicznej⁴³ kryterium odróżnienia jest to, że przystępujący do długu powinien mieć własny interes w zaciągnięciu zobowiązania albo w spełnieniu świadczenia

³⁸ **A. Szpunar**, *Forma umowy poręczenia*, Rejent 1994, nr 7-8, s. 24; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzycielności*, Sopot 1997, s. 21; por. też **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 27 wraz przypisem 4 na s. 40.

³⁹ **P. Drapała**, *Glosa do wyroku z dnia 12 października 2001 r. (V CKN 500/00)*, PS 2002, nr 10, s. 119-121 (zdaniem autora, skutek taki „wynika z jurejdcznej istoty konstrukcji kumulatywnego przystąpienia do długu oraz celu umowy zawieranej między stronami. W konsekwencji skutek ten należy domniemywać, jeżeli brak odmiennych zastrzeżeń w umowie o objęcie długu”) i tam przywoływany odmiennie poglądy. Taki skutek kumulatywnego przystąpienia w charakterze współdłużnika przeważa również w obcych, europejskich systemach prawnych - zob. uwagi prawoporównawcze **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2541-2543, 2545-2546 (tak w Austrii, Niemczech, Holandii, a także – w sferze praktycznych skutków – w Belgii, Francji, Portugalii i Hiszpanii; we Włoszech, w których przyjęto model solidarnej odpowiedzialności poręczyciela, kumulatywne przystąpienie do długu jest bardzo trudne do odróżnienia od poręczenia; decyduje tam istnienie własnego interesu przystępującego, za którego istnieniem przemawia np. odpłatność przystąpienia; przystąpienie – w odróżnieniu od poręczenia - skutkuje tam subsydiarną odpowiedzialnością dotychczasowego dłużnika w tym sensie, że wierzyciel musi zażądać świadczenia najpierw od przystępującego (nie musi jednak podejmować prób zaspokojenia)).

⁴⁰ **P. Drapała**, *Glosa do wyroku z dnia 12 października 2001 r. (V CKN 500/00)*, PS 2002, nr 10, s. 119.

⁴¹ **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzycielności*, Sopot 1997, s. 21.

⁴² **A. Szpunar**, *Forma umowy poręczenia*, Rejent 1994, nr 7-8, s. 24.

⁴³ Zob. uwagi prawoporównawcze **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2544-2546.

przez dotychczasowego dłużnika⁴⁴. W razie wątpliwości należy uznać, że mamy do czynienia z poręczeniem⁴⁵.

Wydaje się, że formuła z art. 625 k.z. w wystarczającym stopniu uwzględnia istotne różnice zachodzące między poręczeniem a kumulatywnym przystąpieniem do długu. Przepis ten wskazuje wszak, że poręczenie jest zobowiązaniem zaciąganym „na wypadek” niewykonania zobowiązania przez dłużnika, co wskazuje na jego akcesoryjny i zabezpieczający charakter⁴⁶, natomiast – jak wskazano – odpowiedzialność osoby przystępującej kumulatywnie do długu jako dłużnik solidarny jest zobowiązaniem równorzędnym i samodzielny. Zmiany normatywne w tym zakresie nie wydają się konieczne.

(1) *Poręczenie a solidarność dłużników dla celów zabezpieczenia*

W DCFR – śladem rozwiązań znanych obcym porządkom prawnym⁴⁷ - od poręczenia (zależnego zobowiązania osobistego) odróżnia się wyraźnie tzw. „wielość dłużników dla celów zabezpieczenia”, przez którą rozumie się zobowiązanie dwu lub więcej dłużników, w którym jeden z nich, udzielający zabezpieczenia, zaciąga zobowiązanie względem wierzyciela „głównie w celu zabezpieczenia” (art. IV.G. – 1:101 (e)).

⁴⁴ **A. Szpunar**, *Forma umowy poręczenia*, Rejent 1994, nr 7-8, s. 25; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzyciela*, Sopot 1997, s. 21. Por. też **Ch. v. Bar**, **E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2493.

⁴⁵ **A. Szpunar**, *Forma umowy poręczenia*, Rejent 1994, nr 7-8, s. 25. W art. IV.G.-2:101 (1) DCFR wprowadzono domniemanie, że każde zobowiązanie do zapłaty, spełnienia innego świadczenia albo naprawienia szkody zabezpieczające wierzyciela, jest zależnym zabezpieczeniem osobistym; w rezultacie strony, który chcą ustanowić zabezpieczenie niezależne albo wielość dłużników w celu zabezpieczenia muszą to wskazać wyraźnie – zob. **Ch. v. Bar**, **E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2581.

⁴⁶ W doktrynie nie budzi wątpliwości, że funkcja poręczenia polega przede wszystkim na umocnieniu pozycji wierzyciela przez to, iż uzyskuje on dodatkowego dłużnika, od którego może dochodzić swojej wierzycielskiej - **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 15-16 (autor wymienia również inne, liczne funkcje poręczenia); **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 22; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 401.

⁴⁷ Zob. **Ch. v. Bar**, **E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2546 i n.

Dla zakwalifikowania zabezpieczenia jako wielości dłużników w celu zabezpieczenia – w odróżnieniu od zwykłej solidarności dłużników - decydujące znaczenie ma zatem cel zobowiązania i to czy współdłużnik ma osobisty interes w wykonaniu zobowiązań z umowy głównej, o czym decyduje interpretacja umowy w świetle całkosztu okoliczności (np. sam fakt, że współdłużnik-żona jest bezpośrednio zainteresowana w wynikach kredytowanej działalności męża nie jest uznawany za wystarczający)⁴⁸. Uznanie, że doszło do udzielenia tego rodzaju zabezpieczenia, jest możliwe tylko w razie obalenia przewidzianego w art. IV.G. – 2:101 domniemania na rzecz zabezpieczenia zależnego.

Stosownie do art. IV.G. – 1:104 do takiej „wielości dłużników” stosuje się przepisy ogólne dotyczące zabezpieczeń, przepisy dotyczące zabezpieczenia konsumenckiego oraz – subsydiarnie – ogólne przepisy dotyczące wielości dłużników.

Mają tu zatem zastosowanie art. IV.G. – 1:105-1:107, dotyczące wielości udzielających zabezpieczenia. W przypadku konsumenckiej „wielości dłużników w celu zabezpieczenia” za pośrednictwem art. 4:102 DCFR, mają „semiimperatywne” zastosowanie również przepisy dotyczące zabezpieczenia zależnego, chyba że korzystniejsze dla współdłużnika jest zastosowanie ogólnych reguł dotyczących wielości dłużników⁴⁹.

Można mieć wątpliwości, czy również w Polsce sytuacja dojrzała do normatywnego wyodrębnienia swego rodzaju instytucji pośredniej między solidarnością bierną a poręczeniem. W każdym razie tego rodzaju potrzeba nie jest – jak się wydaje – w ogóle dostrzegana w rodzimej doktrynie i orzecznictwie, co zapewne wynika z tego, że instytucja ta jest atrakcyjniejsza w tych krajach, które przyjmują model subsydiarnej odpowiedzialności poręczyciela⁵⁰.

Omówione wyżej i przyjmowane w polskiej doktrynie kryterium rozróżnienia między kumulatywnym przystąpieniem do długu jako dłużnik solidarny oraz poręczeniem nie

⁴⁸ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2538.

⁴⁹ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2539.

⁵⁰ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2541.

zostawia w istocie wiele miejsca na wyróżnienie instytucji pośredniej. Jeżeli dodatkowy dłużnik nie ma własnego interesu w zaciągnięciu zobowiązania, powinien być traktowany jako poręczyciel⁵¹, co służy lepszej ochronie jego interesów. Nie jest dziełem przypadku, że jednym z głównych czynników decydujących o atrakcyjności „wielości dłużników dla celów zabezpieczenia” jako instytucji odrębnej od poręczenia jest brak wymagań formalnych⁵². Dopuszczenie to tego rodzaju omijania przepisów o formie jest jednak aksjologicznie wątpliwe, ponieważ w krajach przyjmujących model subsydiarnej odpowiedzialności poręczyciela kumulatywne przystąpienie do długu jest mniej korzystne niż poręczenie⁵³.

Jeżeli natomiast dodatkowy dłużnik ma własny interes w zaciągnięciu zobowiązania solidarnego, wówczas zasadne wydaje się zastosowanie reguł dotyczących solidarności biernej. Pozwala ona – w pewnej mierze (zob. np. 376 § 1 k.c.) – na uwzględnienie szczególnego układu interesów między dłużnikami.

Ze względu na ryzyko związane z sankcją obejścia prawa – niewątpliwie wzmożone w przypadku poręczenia udzielanego przez konsumentów - odrębnej regulacji normatywnej nie uzasadnia również, jak się wydaje, dążenie do zapobieżenia skrywaniu poręczenia pod maską kumulatywnego przystąpienia do długu.

⁵¹ Podobnie zresztą we Włoszech, a więc w kraju, w którym – podobnie jak w Polsce - modelem wyjściowym poręczenia jest poręczenie solidarne – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2545-2546.

⁵² Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2546.

⁵³ Zob. uwagi prawoporównawcze **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2546-2547.

B. Przesłanki „samoistne” skuteczności poręczenia (inne niż wynikające z akcesoryjności)

1. *Kształtowanie treści umowy*

a) Swoboda umów

Zgodnie z zasadą swobody umów strony zawierające umowę poręczenia mogą swobodnie kształtować jej treść. Poszczególne przejawy tej swobody nie wymagają co do zasady potwierdzenia normatywnego.

I tak, nie powinno budzić już obecnie wątpliwości, że dopuszczalne jest zastrzeżenie w umowie odpłatności poręczenia⁵⁴.

W zgodzie z ogólną formułą art. 876 § 1 k.c. (art. 625 k.z.) przyjmuje się także, że przedmiotem poręczenia może być nie tylko wierzytelność wynikająca z czynności prawnej, ale także wierzytelność wynikająca z czynu niedozwolonego (np. ewentualnych roszczeń odszkodowawczych z tytułu manka) albo inna wierzytelność powstająca z mocy ustawy (np. poręczenia na zabezpieczenie roszczeń alimentacyjnych udzielane w razie wyjazdu za granicę rodzica zobowiązanego do świadczeń alimentacyjnych)⁵⁵. Jest w tym kontekście jasne, że niezależnie od źródła zobowiązania głównego odpowiedzialność poręczyciela będzie zawsze odpowiedzialnością kontraktową⁵⁶.

⁵⁴ Zob. **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 406; odmiennie – jak się wydaje - **A. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym*, PUG 1964, nr 8-9, s. 211.

⁵⁵ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 427; **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 25. W orzecznictwie zob. uchwałę SN z dnia 31 stycznia 1986 r., III CZP 69/85, OSNCP 1987, nr 1, poz. 3.

⁵⁶ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 34.

Zabezpieczeniu poręczeniem podlegają co do zasady nie tylko wierzytelności pieniężne, ale także niepieniężne, zwłaszcza określone rodzajowo⁵⁷.

b) Problem długów osobistych

Pewne wątpliwości mogłyby budzić dopuszczalność poręczenia w przypadku zobowiązań, których przedmiotem jest spełnienie świadczenia o charakterze osobistym (ich sens jest immanentnie związany z osobą dłużnika). Kwestia jest jednak wystarczająco rozpoznana w doktrynie i nie wymaga regulacji normatywnej. W takich sytuacjach, uwzględniając akcesoryjność poręczenia i związaną z nią treściową zależność zobowiązań dłużnika i poręczyciela, należy uznać - w oparciu o ogólne reguły wykładni oświadczeń woli - że poręczyciel poręcza nie za samo zobowiązanie pierwotne, lecz za zobowiązanie odszkodowawcze⁵⁸.

⁵⁷ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 427; por. też **M. Baczyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 33. W orzecznictwie zob. np. wyrok SN z dnia 26 września 2007 r., IV CSK 127/07, LEX nr 485872. Podobne założenie przyjęto w DCFR zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2487-2488. Inaczej jest w przypadku poręczeń udzielanych przez banki, które zawsze są zobowiązaniem pieniężnym (art. 84 prawa bankowego), choć – zgodnie z przeważającym poglądem – mogą zabezpieczać również wierzytelności niepieniężne – zob. **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 428.

⁵⁸ W doktrynie przyjmuje się, że w takiej sytuacji poręczyciel odpowiada za następstwa niewykonania zobowiązania przez dłużnika głównego, w szczególności za szkodę - tak **F. Zoll**, *Zobowiązania w zarysie*, Warszawa 1945, s. 125; **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 210; **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1709; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 427-428; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 46; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 876, pkt 4; por. też **J. Namitkiewicz**, *Kodeks zobowiązań. Komentarz dla praktyki*, t. II, Łódź 1949, s. 474-475 (zdaniem autora jest tak już wtedy, gdy świadczenie nie zostało spełnione w terminie, a nie tylko wtedy, gdy się dopiero okaże niemożliwe). Podobnie w wielu obcych systemach prawnych przez poręczenie za zobowiązanie niepieniężne poręczyciel zobowiązuje się do zapłaty odszkodowania wierzycielowi w takim samym zakresie, a w jakim zobowiązany będzie dłużnik - zob. uwagi prawnoporównawcze **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2503-2504, 2589. Por. też Tak **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 433 (zdaniem autora, w przypadku poręczenia za wierzytelność przyszłą niepieniężną o charakterze osobistym lub dotyczącą rzeczy indywidualnie oznaczonych odpowiedzialność poręczyciela może być określona tylko w postaci pieniężnej).

c) Problem długów niezaskarżalnych

Wątpliwości w doktrynie wywołuje dopuszczalność poręczenia za zobowiązania niezaskarżalne.

Zdaniem niektórych autorów, możliwość taka jest generalnie wyłączona⁵⁹, zdaniem innych, należy ją oceniać odrębnie dla poszczególnych przypadków⁶⁰.

W każdym razie istnieje zgoda co do tego, że nie mogą być zabezpieczane poręczeniem wierzytelności z gier i zakładów⁶¹.

Z kolei zgodnie dopuszcza się możliwość zabezpieczania roszczeń przedawnionych, które - ze względu na to, że przedawnienie podlega uwzględnieniu tylko na zarzut - są w istocie zaskarżalne⁶². Wskazuje się jednak zarazem, że zabezpieczenie takie jest bardzo słabe, ponieważ poręczycielowi przysługuje także zarzut przedawnienia⁶³.

To ostatnie stwierdzenie nie budzi wątpliwości wówczas, gdy udzielając poręczenia poręczyciel nie wiedział o tym, że zobowiązanie jest przedawnione⁶⁴. W przeciwnym przypadku należałoby raczej przyjąć, że poręczyciel zrzekł się w sposób

⁵⁹ Por. **L. Stecki**, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 787 (autor wskazywał, że jest konieczne, ażeby przedmiotem poręczenia było zobowiązanie ważne i zaskarżalne i pisał dalej, że poręczenie traci funkcję zabezpieczenia, jeżeli zobowiązanie główne nie jest zaskarżalne, ponieważ niezaskarżalne jest też wtedy zobowiązanie wynikające z poręczenia).

⁶⁰ Tak **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 47.

⁶¹ Tak **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 428; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 48; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 876, pkt 6.

⁶² Tak **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 428-429; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 48; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 876, pkt 6; por. **L. Stecki**, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 787 (autor wskazuje, że możliwe jest poręczenie za zobowiązanie przedawnione, jeżeli dłużnik lub poręczyciel zrzeknie się korzystania z zarzutu przedawnienia).

⁶³ Tak **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 429.

⁶⁴ Inaczej jednak w prawie greckim - zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2604 (w razie zabezpieczenia roszczenia przedawnionego przyjmuje się tam, że poręczyciel nie może podnieść zarzutu przedawnienia niezależnie od tego, czy wiedział o przedawnieniu w chwili udzielania poręczenia).

dorozumiany możliwości podniesienia zarzutu przedawnienia, co oczywiście nie wpływałoby na sytuację dłużnika.

Kontrowersyjna jest możliwość zabezpieczenia roszczeń sprekludowanych. Zdaniem niektórych autorów jest to możliwe⁶⁵, zdaniem innych wykluczone, ponieważ roszczenia sprekludowane nie istnieją⁶⁶.

Wskazane kwestie mogą być zadowalająco rozstrzygnięte w drodze wykładni i z tego względu – jak również ze względu na znikomą doniosłość praktyczną – nie wymagają co do zasady szczególnej regulacji normatywnej.

d) Problem dookreślenia zakresu poręczenia

Zobowiązanie z umowy poręczenia – jak każde zobowiązanie – dochodzi do skutku tylko wtedy, gdy strony osiągnęły minimalny zakres konsensu⁶⁷, a więc zakres pozwalający na stwierdzenie kto, względem kogo i do czego jest zobowiązany⁶⁸.

W przypadku umowy poręczenia oznacza to w szczególności, że oznaczone albo oznaczalne (najpóźniej w chwili, w której aktualizuje się zobowiązanie poręczyciela) muszą być strony zobowiązania oraz poręczane zobowiązanie. W tym kontekście należy sytuować akceptowane w doktrynie i orzecznictwie stwierdzenie, że dla powstania skutków poręczenia niezbędne jest zobowiązanie poręczyciela do wykonania „określonego zobowiązania” na wypadek, gdyby dłużnik główny go nie wykonał⁶⁹ oraz oznaczenie stron umowy poręczenia⁷⁰. Wymagania te wynikają

⁶⁵ Tak **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 48.

⁶⁶ Tak **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 429.

⁶⁷ Por. **Z. Radwański**, [w:] Z. Radwański (red.), *System prawa prywatnego, t. 2, Prawo cywilne-część ogólna*, Warszawa 2008, s. 226 (autor wskazuje, że bez określenia przynajmniej w minimalnym zakresie zamierzonych skutków prawnych, oświadczenia podmiotów nie można uznać za dokonanie czynności prawnej).

⁶⁸ Przesłanki te są ujmowane przez niektórych autorów jako współdecydujące o tym, czy treść czynności prawnej jest dozwolona- zob. **M. Gutowski**, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2006, s. 216; podobnie **P. Machnikowski**, [w:] E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny, t. I, Komentarz*, Warszawa 2006, s. 132.

⁶⁹ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 405.

⁷⁰ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 406; por. **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz

z zasad ogólnych konstruowania umowy i nie stanowią właściwego ograniczenia swobody umów.

Powstaje jednak pytanie, czy regulacja umowy poręczenia nie powinna przewidywać dodatkowych wymagań co do treści umowy poręczenia, które uwzględniałyby specyfikę tego stosunku prawnego. W szczególności dotyczy to problemu „oznaczalności” poręczanego długu i związanego z tym dopuszczalnego poziomu ryzyka podejmowanego przez poręczyciela.

Ryzyko to wiązać się może przede wszystkim z dwoma zagadnieniami. Po pierwsze – z wypłacalnością dłużnika, a po drugie – z zakresem poręczenia (przedmiotowym i czasowym). Oba te zagadnienia zasługują na szczególną uwagę.

(1) Określenie osoby dłużnika głównego

Pierwsza niejasność dotyczyć może tego, w jaki sposób w umowie poręczenia powinna być oznaczona osoba dłużnika. W rachubę wchodzi tu dwie możliwości: stosownie do pierwszej - niezbędne jest zindywidualizowanie osoby dłużnika w umowie, w myśl drugiej – wystarczy, że osoba dłużnika będzie oznaczalna najpóźniej w chwili, w której aktualizuje się zobowiązanie poręczyciela.

Doktryna wyraźnie opowiada się za rozwiązaniem pierwszym, wskazując, że o skutecznym poręczeniu można mówić dopiero wówczas, gdy w chwili zawierania umowy poręczenia oświadczeniem poręczyciela został objęty zindywidualizowany dłużnik główny, za którego dług miałby on odpowiadać⁷¹.

(red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1713 (autor wskazuje, że nieważne jest poręczenie „na rzecz osoby nie oznaczonej (niewiadomej)”; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 876, pkt 16 (zdaniem autora, nieważne jest poręczenie udzielone na rzecz osoby nieoznaczonej).

⁷¹ Tak **A. Szpunar**, *Forma umowy poręczenia*, Rejent 1994, nr 7-8, s. 16 (autor wskazuje ogólnie, że osoba dłużnika musi być wymieniona w oświadczeniu woli poręczyciela); podobnie **R. Zimmermann**, *Poręczenie cywilne*, Sopot 1998, s. 26 (autor wskazuje, że nie jest dopuszczalne poręczenie na rzecz osoby nieoznaczonej); tak też – przynajmniej w odniesieniu do poręczenia za dług przyszły – **M. Bączyk**, *Zakres poręczenia przy kredytowaniu sprzedaży ratalnej. Glosa do wyroku SN z dnia 24 czerwca 1999 r. (III CKN 268/98)*, *Prawo Bankowe* 2000, s. 63 (zdaniem autora, „Jest to jeden z podstawowych elementów konstrukcyjnych poręczenia za dłu przyszły przewidzianego w art. 878 § 1 k.c.”). Być może zapatrywanie takie wyraża również stwierdzenie, że skuteczność umowy poręczenia wymaga określenia osoby dłużnika głównego – tak **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 406; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 43.

Stanowisko to wydaje się w zasadzie prawidłowe, ponieważ poręczenie za osobę nieznaną w chwili zawarcia umowy poręczenia wyłączałoby zazwyczaj możliwość oceny przez poręczyciela ryzyka związanego z poręczeniem. O sytuacji prawnej poręczyciela decydowałyby wówczas inne podmioty (wierzyciel i nieznaną dłużnik), co stanowiłoby przejaw niedopuszczalnego podporządkowania poręczyciela i wykaczałoby poza granice swobody umów.

Nie jest jednak pewne, czy przeciwdziałanie takiemu podporządkowaniu powinno rzeczywiście polegać na wprowadzeniu bezwzględnego nakazu zindywidualizowania osoby dłużnika. Możliwe są wszak sytuacje, w których dłużnik nie jest zindywidualizowany, a mimo to interes poręczyciela nie jest zagrożony. Tak jest np. wówczas, gdy o tym, kto jest dłużnikiem głównym, decyduje sam poręczyciel⁷². Można sobie wyobrazić również takie zawężenie kręgu potencjalnych dłużników (według kryteriów obiektywnych), które czynić będzie zadość uzasadnionemu interesowi poręczyciela. Należy mieć także na względzie, że regulacja art. 518 k.c. ma charakter względnie wiążący⁷³. Jeżeli poręczyciel może z góry zrzec się roszczenia subrogacyjnego, to tym bardziej może przyjąć na siebie ryzyko związane z brakiem zindywidualizowania dłużnika w chwili zawarcia umowy poręczenia.

⁷² Por. okoliczności sprawy rozstrzygniętej wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 1999 r., III CKN 268/98, OSNC 2000, nr 2, poz. 28 („Nie powoduje nieważności poręczenia brak oznaczenia jego górnej granicy w umowie zlecającej bankowi kredytowanie sprzedaży ratalnej, gdy o wyborze kredytobiorcy i wysokości każdego poręczanego kredytu decyduje sam poręczyciel). Stanowisko Sądu zostało częściowo krytycznie ocenione przez glosatorów – zob. **M. Bączyk**, *Zakres poręczenia przy kredytowaniu sprzedaży ratalnej. Glosa do wyroku SN z dnia 24 czerwca 1999 r. (III CKN 268/98)*, Prawo Bankowe 2000, s. 63 (zdaniem autora, w sprawie nie doszło do poręczenia za dług przyszły, ponieważ można o nim mówić dopiero wówczas, gdy w chwili zawierania umowy poręczenia oświadczeniem poręczyciela został objęty zindywidualizowany dłużnik główny, za którego dług miałby on odpowiadać); **A. Szpunar**, *Glosa do wyroku SN z dnia 24 czerwca 1999 r. (III CKN 268/98)*, PS 2000, nr 6, s. 144, 147-148 (uznając, że w braku odmiennej umowy zleceniodawca odpowiada jak poręczyciel za dług przyszły, autor twierdzi – w okolicznościach konkretnej sprawy – że doszło do zawarcia ramowej umowy zlecenia i wskazuje (s. 147): „Umowa zlecenia ma z konieczności charakter ramowy. Ze zrozumiałych względów art. 878 § 1 k.c. nie ma do niej zastosowania. Natomiast drugą umową jest samo poręczenie. Zostaje ono udzielone w związku z zawarciem konkretnej umowy w ramach sprzedaży ratalnej kredytowanej przez bank”; nieco dalej autor uznaje, że nie miało tu miejsce globalne poręczenie za dług przyszły oraz że: „Przedmiotem poręczenia nie był jeden dług. W ramach istniejącego stosunku prawnego powodowie udzielili nieokreśloną bliżej liczbę poręczeń za każdego z kupujących w sprzedaży ratalnej”; wskazuje ponadto, że: „Odpowiedzialność poręczyciela wynika z ramowej umowy zlecenia zawartej przez niego z bankiem”).

⁷³ Tak **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 332; wyraźnie **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 455.

Uwzględnienie wszystkich tych zastrzeżeń w ramach syntetycznego przepisu musiałoby polegać na nadaniu mu ogólnej treści, która w istocie sprowadzałaby się do tego, że poręczenie jest nieważne, jeżeli osoba dłużnika głównego nie została w umowie określona co do tożsamości, a sposób oznaczenia długu nie zapewnia poręczycielowi możliwość oceny ryzyka związanego z niewypłacalnością dłużnika. Praktyczna przydatność tego rodzaju ogólnej wskazówki jest wątpliwa, ponieważ do tych samych konkluzji prowadzi odwołanie do ogólnych granic swobody umów (zwłaszcza klauzuli generalnej dobrych obyczajów). Wprawdzie także zasady ogólne nie dostarczają kryteriów pozwalających na prostą ocenę poszczególnych przypadków, jednakże można się spodziewać, że związana z tym „strefa ryzyka” będzie omijana szerokim łukiem przez potencjalnych wierzycieli, którzy będą raczej skłonni – tam gdzie tylko to możliwe – oznaczać tożsamość dłużników głównych w umowie w celu uniknięcia dotkliwego ryzyka nieważności umowy.

W rezultacie wydaje się, że ustanowienie ogólnej normy nakazującej określenie tożsamości dłużnika nie wydaje się uzasadnione.

Z drugiej jednak strony przytoczone wyżej racje przemawiające przeciwko zawężeniu swobody umów nie są aktualne w przypadku poręczenia udzielanego przez konsumenta. Tego rodzaju poręczenia nie są zwykle i nie powinny być wykorzystywane jako instrument zabezpieczenia w ramach skomplikowanych operacji gospodarczych, związanych ze znaczną sferą niepewności i trudnym do oszacowania ryzykiem. Z tego względu zasadne wydaje się ustanowienie omawianej normy w przypadku poręczeń konsumenckich. Tego rodzaju wyraźna regulacja będzie miała tę zaletę, że – faworyzując wnioskowanie *a contrario* - wskazywać będzie na szerszy zakres swobody przysługujący przedsiębiorcom, co wydaje się korzystne ze względu na nadmiernie restryktywne stanowisko doktryny w tym względzie.

(2) *Poręczenie za dług przyszły*

Poziom ryzyka podejmowanego przez poręczyciela zależy nie tylko od tego, kto jest dłużnikiem głównym, ale także od sposobu oznaczenia długu objętego poręczeniem.

Wyrazem dążenia ustawodawcy do miarkowania tego rodzaju ryzyka poręczyciela są tradycyjnie regulacje dotyczące poręczenia za dług przyszły: art. 627 k.z., stanowiący, że „Można poręczyć również za dług przyszły do wysokości zgóry oznaczonej, albo za dług warunkowy” oraz wzorowany na nim art. 878 § 1 k.c., zgodnie z którym „Można poręczyć za dług przyszły do wysokości z góry oznaczonej”.

Wbrew pozorom sens art. 876 § 1 k.c. (i art. 627 k.z.) nie polega na wyrażeniu zasady dopuszczalności poręczenia za dług przyszły lub warunkowy, lecz na ustanowieniu ograniczeń swobody kształtowania treści umowy poręczenia, dopuszczalność bowiem poręczenia za dług przyszły lub warunkowy da się wywieść już z zasady swobody umów⁷⁴.

W doktrynie istnieje zgoda, że ograniczenia te podyktowane są dążeniem do ochrony poręczyciela przed ryzykiem związanym z wielkością jego zobowiązania i dlatego mają charakter bezwzględnie wiążący⁷⁵.

Warto przy tym wspomnieć, że ograniczenia co do dopuszczalności poręczenia za zobowiązania przyszłe znane są także obcym porządkom prawnym. Poza podstawowym wymaganiami, by umowa poręczenia zawierała elementy umożliwiające ustalenie w przyszłości zobowiązania, będącego przedmiotem zabezpieczenia, przyjmuje się, że przyszłe zobowiązanie musi być dodatkowo dookreślone („wystarczająco określone”⁷⁶), tak by ciężar nałożony na poręczyciela nie był nadmierny; przeważnie za wystarczające uznaje się wskazanie stosunku

⁷⁴ Tak też – co do długu warunkowego – por. **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, Warszawa 1972, s. 1715 (zdaniem autora, dopuszczalność poręczenia za dług warunkowy wynika z zasady swobody umów). Z podobnych założeń wychodzi DCFR – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2520. Nie sprzeciwia się temu zasada akcesoryjności poręczenia, ponieważ – jak wskazuje się w doktrynie – do czasu powstania długu odpowiedzialność poręczyciela jest w stanie zawieszenia – zob. **R. Longchamps de Berier**, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 612; **J. Namitkiewicz**, *Kodeks zobowiązań. Komentarz dla praktyki*, t. II, Łódź 1949, s. 476; **A. Szpunar**, *Poręczenie za dług przyszły*, PPH 1996, nr 11, s. 8; **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 214 (autor wskazuje, że poręczenie za dług przyszły staje się skuteczne, gdy ważnie dług powstanie).

⁷⁵ Tak odnośnie do art. 878 § 1 k.c. – **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 406; **A. Szpunar**, *Poręczenie za dług przyszły*, PPH 1996, nr 11, s. 7.

⁷⁶ Jest to zwrot niedookreślony, który zapewnia pewną elastyczność.

prawnego, z którego wynikać ma zobowiązanie przyszłe⁷⁷ (w praktyce dotyczy to zwłaszcza przyszłych zobowiązań kredytowych z już istniejącego stosunku rachunku bieżącego). W niektórych krajach w przypadku poręczenia za zobowiązania przyszłe wymagane jest – pod rygorem nieważności - określenie maksymalnej kwoty zabezpieczenia (tak np. we Włoszech i w Portugalii; w Hiszpanii kwota maksymalna jest wymagana w przypadku poręczenia globalnego; w Holandii wymaganie takie dotyczy poręczeń konsumenckich⁷⁸).

Ocena stanowiska rodzimego ustawodawcy pod kątem propozycji *de lege ferenda* wymaga wyjaśnienia pojęcia długu przyszłego, które wzbudza pewne wątpliwości w doktrynie.

Przeważa lapidarny pogląd, że długiem przyszłym jest zobowiązanie główne, które w chwili udzielenia poręczenia jeszcze nie istnieje, a ma powstać w przyszłości⁷⁹. Tym niemniej zdaniem niektórych autorów, poręczenie za dług przyszły odnosi się także do długu, który ma powstać z już istniejącego stosunku prawnego⁸⁰.

W niektórych wypowiedziach doktryny i orzecznictwa zmierzających do wyjaśnienia pojęcia „długu przyszłego” akcent przesuwa się z istnienia długu na jego

⁷⁷ Zob. uwagi prawoporównawcze **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2590.

⁷⁸ Tak np. w Holandii, jeżeli w czasie udzielenia poręczenia wysokość zabezpieczanego zobowiązania nie jest jeszcze znana, poręczenie jest ważne tylko w zakresie uzgodnionej maksymalnej kwoty pieniężnej – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2590-2591.

⁷⁹ Tak **L. Stecki**, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 789; **M. Bączyk**, *Poręczenie przyjmowane wobec banków za zobowiązania jednostek gospodarki uspołecznionej*, PiP 1986, z. 11, s. 100 (zdaniem autora, jeżeli w chwili udzielania poręczenia umowa kredytowa była już zawarta, nie jest to poręczenie za dług przyszły, choćby zabezpieczona należność miała stać się wymagalna dopiero w przyszłości). **A. Szpunar**, *Poręczenie za dług przyszły*, PPH 1996, nr 11, s. 9; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 878, pkt 1. W orzecznictwie zob. wyrok z dnia 24 kwietnia 2002 r., V CKN 990/00, niepubl. („Ustawa nie zawiera definicji długu przyszłego, powszechnie jednak przyjmuje się, że długiem przyszłym jest takie zobowiązanie główne, które w chwili udzielania poręczenia jeszcze nie istnieje i dopiero na podstawie przyszłych zdarzeń będzie można określić, czy zobowiązanie główne powstało. Zobowiązanie, które już powstało (nawet, jeśli jeszcze nie nadszedł termin spełnienia świadczenia) nie jest zobowiązaniem przyszłym, w rozumieniu art. 878 § 1 k.c., jest natomiast zobowiązaniem istniejącym, w rozumieniu art. 876 § 1 k.c.”); wyrok z dnia 11 grudnia 2009 r., V CSK 215/09, niepubl. („Dług przyszły to taki, który jeszcze nie istnieje w chwili dokonywania poręczenia”).

⁸⁰ Tak **J. Korzonek**, [w:] J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz. Tom I*, Kraków 1936, s. 1363 (bez przykładu).

oznaczenie⁸¹. Zdaniem Z. Radwańskiego, przy interpretacji art. 876 § 1 k.c. decydujące znaczenie powinno mieć to, czy świadczenie jest bezpośrednio oznaczone⁸². Jeżeli w chwili zawarcia umowy dłużnik główny jest już zobowiązany do wykonania oznaczonego co do przedmiotu i treści świadczenia, choćby jeszcze nie wymagalnego, jest to dług istniejący. Jeżeli natomiast zobowiązanie jeszcze nie powstało albo przybrało tak ogólną postać, że dopiero na podstawie przyszłych zdarzeń będzie można określić przedmiot i treść świadczenia, dług należy uznać za „przyszły”⁸³.

W każdym razie stosowanie formułowanych w doktrynie kryteriów w praktyce napotyka na wątpliwości. Ujawniły się one m.in. w przypadku poręczeń udzielanych na zabezpieczenie roszczeń alimentacyjnych wobec osób wyjeżdżających za granicę. Według jednego poglądu były to poręczenia za dług przyszły⁸⁴, według innego – za dług istniejący, choć jeszcze niewymagalny⁸⁵.

Wątpliwości dotyczyły także tego, czy poręczeniem za dług przyszły w rozumieniu art. 876 § 1 k.c. jest poręczenie za dług pożyczkobiorcy w zakresie kapitału i odsetek umownych⁸⁶ oraz poręczenie za dług z umowy kredytowej udzielone po zawarciu

⁸¹ Zob. wyrok SN z dnia 19 września 2002 r., II CKN 1052/00, 78502 („W rozumieniu przepisu art. 878 k.c. długiem przyszłym jest dług, który nie istnieje jeszcze w chwili zawarcia umowy poręczenia i gdy dłużnik główny nie jest zobowiązany do oznaczonego pod względem treści i przedmiotu świadczenia”).

⁸² **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 432; por. też **A. Szpunar**, *Poręczenie za dług przyszły*, PPH 1996, nr 11, s. 9 (autor wskazuje, że podstawowym kryterium jest sprawa bezpośredniego określenia przedmiotu świadczenia).

⁸³ Tak **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 432 (zdaniem autora, długiem przyszłym jest także zobowiązanie, jakie klient banku zaciągnie w ramach utworzonego mu kredytu, który realizuje on dopiero przez pobranie na tej podstawie środków pieniężnych). Por. też wyrok SN z dnia 19 września 2002 r., II CKN 1052/00, 78502 („W rozumieniu przepisu art. 878 k.c. długiem przyszłym jest dług, który nie istnieje jeszcze w chwili zawarcia umowy poręczenia i gdy dłużnik główny nie jest zobowiązany do oznaczonego pod względem treści i przedmiotu świadczenia”).

⁸⁴ Tak **M. Piekarski**, *Glosa do wyroku SN z dnia 26 sierpnia 1976 r., I CR 339/76*, OSPiKA 1978, z. 3, s. 121; **A. Szpunar**, *Poręczenie za dług przyszły*, PPH 1996, nr 11, s. 10.

⁸⁵ Tak SN w uchwale z dnia 31 stycznia 1986 r., III CZP 69/85, OSNCP 1987, nr 1, poz. 3; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 878, pkt 1. Por. **A. Szpunar**, *Poręczenie za dług przyszły*, PPH 1996, nr 11, s. 10 (zdaniem autora, nie należy wyciągać zbyt daleko idących wniosków z tego rozstrzygnięcia, którego znaczenie jest niezupełnie jasne).

⁸⁶ Zob. wyrok SN z dnia 21 października 2004 r., V CK 124/04, LEX nr 146394.

umowy kredytowej, ale przed wypłatą kredytu⁸⁷. W obu przypadkach Sąd Najwyższy przyjął, że nie były to poręczenia za dług przyszły.

Kwestie te muszą być w tym miejscu przedmiotem głębszej analizy, ponieważ pozostawienie ich niewyjaśnionymi obciążałoby istotnie rozważania *de lege ferenda*.

Z całą pewnością interpretacja pojęcia długu przyszłego powinna uwzględniać nie tylko art. 878 k.c., ale także pozostałe przepisy o poręczeniu. Wśród nich należy wskazać przede wszystkim na art. 879 § 2 k.c., zgodnie z którym czynność prawna dokonana przez dłużnika z wierzycielem po udzieleniu poręczenia nie może zwiększyć zobowiązania poręczyciela. Jest jasne, że reguła ta zapobiega sytuacji, w której zakres zobowiązania poręczyciela zależałby całkowicie od uzgodnienia między wierzycielem i osobą trzecią (dłużnikiem głównym). Oznacza ona pośrednio, że w chwili poręczenia świadczenie dłużnika głównego powinno być w sposób wiążący określone, tzn. oznaczone w taki sposób, że do jego określenia nie jest już wymagana czynność prawna dłużnika z wierzycielem.

Należy uznać, że powiązanie dopuszczalności poręczenia za dług przyszły z obowiązkiem wskazania maksymalnego zakresu zobowiązania poręczyciela stanowi wyraz tej samej myśli ustawodawczej. Interpretowana w tym duchu treść art. 878 § 1 k.c. oznacza, że ustawodawca godzi się na poręczenie za zobowiązanie, którego treść nie została jeszcze określona w sposób wiążący między stronami zobowiązania, jednakże nie godzi się na to, by zakres zobowiązania poręczyciela zależał całkowicie od uzgodnień między przyszłym wierzycielem i przyszłym dłużnikiem głównym. Zapobieżeniu podejmowania przez poręczyciela nie dającego się przewidzieć ryzyka służyć ma właśnie oznaczenie maksymalnego zakresu jego zobowiązania⁸⁸.

⁸⁷ Zob. wyrok z dnia 11 grudnia 2009 r., V CSK 215/09, niepubl. („Dług przyszły to taki, który jeszcze nie istnieje w chwili dokonywania poręczenia. Gdy chodzi o zobowiązanie (dług) wynikające z umowy kredytowej to należy odróżnić dług przyszły od długu już istniejącego lecz jeszcze niewymagalnego. Gdy zostaje zawarta umowa kredytowa i w umowie tej określone zostaje do jakiego zachowania wobec banku zobowiązuje się kredytobiorca to można uznać, że jego dług powstał a stanie się on wymagalny w razie spełnienia się przesłanek określonych w umowie, w szczególności przekazania kredytu kredytobiorcy i nadejścia terminu jego spłaty, tzn. wtedy gdy bank będzie mógł skutecznie żądać spłaty kredytu. Mając to na uwadze uznać trzeba, że pozwany poręczający za dług wynikający z umowy kredytowej nr 7/0/2000 w tym samy dniu gdy została ona zawarta, poręczał w istocie za dług już istniejący, a nie przyszły”)

⁸⁸ Por. L. Domański, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 744.

Tak rozumiane *ratio legis* art. 878 § 1 k.c. pozwala na doprecyzowanie pojęcia długu przyszłego. Otóż wydaje się, że **w przypadku długów umownych** pod pojęciem długu przyszłego kryje się przede wszystkim **zobowiązanie, do którego powstania (określenia jego treści) potrzebna jest jeszcze czynność prawna między przyszłym dłużnikiem głównym a wierzycielem**. Chodzi tu zatem przede wszystkim o zobowiązania z umów jeszcze nie zawartych (np. zobowiązanie z jeszcze nie zawartej umowy o kredyt) oraz zobowiązania, które wprowadzie mają już pewne zakotwiczenie w zawartej między stronami umowie (np. umowie ramowej czy przedwstępnej), jednakże do ich ostatecznego powstania niezbędne jest dodatkowe zgodne oświadczenie woli przyszłego dłużnika i wierzyciela. Warto podkreślić, że dotyczy to także zobowiązania do spłaty pożyczki z umowy o pożyczkę odnawialną w rachunku bankowym, w której bank zobowiązuje się do honorowania - w zakresie określonego limitu kwotowego - poleceń rozliczeniowych konsumenta, których skutkiem jest przekroczenie stanu środków na rachunku (powstanie salda ujemnego), a pożyczkobiorca zobowiązuje się do spłaty tego zadłużenia w określonym czasie wraz z oznaczonym w umowie oprocentowaniem (jest to umowa odrębna od umowy rachunku bankowego). Taka pożyczka jest skonstruowana przeważnie w ten sposób, że każdy wpływ środków pieniężnych na rachunek oszczędnościowo-rozliczeniowy zaliczany jest na spłatę kredytu. Każda dokonana spłata całości lub części wykorzystanej pożyczki powoduje, że odnawia się ona o kwotę dokonanej spłaty i może być wielokrotnie wykorzystywana i spłacana. Na podobnej konstrukcji opiera się tzw. dopuszczalne saldo debetowe, które jednakże przeważnie musi być uregulowane w krótkim okresie czasu (30 dni). Można sądzić, że projektodawcy art. 627 k.z., będącego pierwowzorem art. 878 § 1 k.c., mieli na względzie przede wszystkim właśnie tego rodzaju przypadki⁸⁹.

Dalsze wnioski co do pojęcia długu przyszłego wynikają ze skojarzenia art. 878 § 2 k.c. z art. 882 k.c.⁹⁰ Pierwszy z przepisów stanowi, że „Bezterminowe poręczenie za

⁸⁹ Zob. **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 743 (autor wskazywał: „Ponieważ w obrocie bardzo się rozpowszechniły umowy kredytowe, z mocy których kredytodawcy otwierają kredyt, tj. przyrzekają udzielanie pożyczek kredytobiorcom, lub uiszczanie za nich należności, przypadających lub mogących przypaść w przyszłości osobom trzecim, do umówionej wysokości, przeto art. 627 Kod. Zob. zezwała na poręczenie za dług przyszły, lecz tylko do wysokości z góry oznaczonej”).

⁹⁰ Podobna korelacja zachodziła między art. 628 k.z. a art. 634 k.z.

dług przyszły może być przed powstaniem długu odwołane w każdym czasie”, w myśl drugiego „Jeżeli termin płatności długu nie jest oznaczony albo jeżeli płatność długu zależy od wypowiedzenia, poręczyciel może po upływie sześciu miesięcy od daty poręczenia, a jeżeli poręczył za dług przyszły - od daty powstania długu żądać, aby wierzyciel wezwał dłużnika do zapłaty albo z najbliższym terminem dokonał wypowiedzenia. Jeżeli wierzyciel nie uczyni zadość powyższemu żądaniu, zobowiązanie poręczyciela wygasa”. Z zestawienia tych przepisów wynika przede wszystkim, że dług, który już powstał, lecz nie jest wymagalny, nie jest długiem przyszłym; przy odmiennej interpretacji art. 882 k.c. byłby zbędny, gdyż do czasu wymagalności długu poręczenie mogłoby zostać odwołane na podstawie art. 878 § 2 k.c. Wydaje się również jasne, że obu przepisom przyświeca ta sama myśl ustawodawcza: zabezpieczają one poręczyciela przez pozostawaniem w nadmiernej niepewności czasowej; art. 878 § 2 k.c. zapobiega tej niepewności w odniesieniu do poręczenia za dług przyszły, a art. 882 k.c. w odniesieniu do poręczenia za dług istniejący⁹¹ (choć niepewność byłaby tu ograniczona terminem przedawnienia liczoną według art. 120 § 1 zd. 2 k.c.). Należy równocześnie zaakceptować tezę, że w założeniu racjonalnego ustawodawcy przewidziana przezeń ochrona jest ochroną pełną, tzn. obejmuje wszystkie przypadki, w których poręczyciel mógłby zostać dotknięty niepewnością czasową co do czasu trwania jego zobowiązania.

To ostatnie ustalenie pozwala stwierdzić, że z długiem przyszłym w rozumieniu art. 878 § 2 k.c. mamy do czynienia także w przypadku, w którym doszło już do zawarcia umowy między przyszłym wierzycielem i dłużnikiem, tzn. strony złożyły już zgodne i wiążące oświadczenia woli stron, wyznaczające treść zobowiązania dłużnika głównego, lecz zobowiązanie nie jest jeszcze skuteczne. Dotyczy to zobowiązania terminowego, którego skuteczność została zawieszona do czasu zaistnienia określonego zdarzenia przyszłego i pewnego (poręczenie za taki dług jest poręczeniem terminowym i zasadniczo nie następuje wątpliwości⁹²). Dotyczy to również przypadku, w którym wierzyciela i dłużnika wiąże już stosunek

⁹¹ Na gruncie art. 634 k.z., będącego odpowiednikiem art. 882 k.c., przyjmowano, że przepis ten nie dotyczy poręczeń terminowych – zob. **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 768.

⁹² Nadmiernemu rozciągnięciu odpowiedzialności poręczyciela (np. zobowiązanie na czas życia określonej osoby) zapobiegają ogólne granice swobody umów.

zobowiązaniowy, ale zobowiązanie stron (ew. jednej z nich) ma charakter warunkowy⁹³ (określono je pod warunkiem zawieszającym). Jest charakterystyczne, że także pod rządem kodeksu zobowiązań reprezentowano pogląd, iż art. 628 k.z. (odpowiednik art. 878 § 2 k.c.), dotyczący bezterminowego poręczenia za dług przyszły, należy stosować także do poręczenia za bezterminowy dług, zaciągnięty pod warunkiem zawieszającym⁹⁴, choć art. 627 k.z. wyraźnie odróżniał poręczenie za dług przyszły od poręczenia za dług warunkowy.

Ustalenia dotyczące pojęcia długu przyszłego w kontekście art. 878 § 2 k.c. powinny rzutować na interpretację art. 878 § 1 k.c., ponieważ brak jest wystarczających podstaw, by temu samemu pojęciu nadawać odmienne znaczenie, choćby w niektórych scharakteryzowanych wyżej przypadkach nie powstawały ryzyka przemawiające za objęciem ich zakresem zastosowania art. 878 § 1 k.c. (np. treść zobowiązania terminowego jest już zwykle oznaczona).

W rezultacie należy przyjąć, że długiem przyszłym jest zarówno zobowiązanie o treści, która nie została jeszcze uzgodniona w sposób wiążący między jego stronami, jak i – ze względu na art. 878 § 2 k.c. - zobowiązanie o treści uzgodnionej między stronami, którego skuteczność znajduje się w zawieszeniu (skuteczność oznacza tu co innego niż wymagalność).

Należy przyjąć, że z tak rozumianym długiem przyszłym nie mamy natomiast do czynienia wówczas, gdy w umowie nie określono bezpośrednio wysokości

⁹³ W doktrynie przyjmuje się niemal zgodnie, że pojęcie „dług przyszły” z art. 876 § 1 k.c. obejmuje zarówno dług opatrzony terminem początkowym, jak i warunkiem zawieszającym - tak **L. Stecki**, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 789; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 431; **L. Ogiegło**, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II, Komentarz do artykułów 450-1088*, Warszawa 2009, kom. do art. 878, pkt. 1; **A. Szpunar**, *Poręczenie za dług przyszły*, PPH 1996, nr 11, s. 8 (autor powołuje się tu na ogólne motywy prowadzące do zrównania w wielu przypadkach terminu początkowego i warunku zawieszającego; nieco dalej zdaje się to wiązać tylko z sytuacją, w której ziszczenie się warunku nie jest „wysoce prawdopodobne” – s. 9); **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 878, pkt 1; **J. Gołaczyński**, [w:] E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2008, kom. do art. 878, pkt 1; por. jednak **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 214 (zdaniem autora, „z logicznej wykładni wynika, że długi warunkowe mogą być przedmiotem poręczenia nieograniczonego”).

⁹⁴ Tak **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczegółowa*, Warszawa 1938, s. 746 („Aczkolwiek dług, zaciągnięty pod warunkiem zawieszającym wiąże strony od chwili zawarcia umowy (por. art. 47 Kod. Zob.), to jednak jeżeli powstanie długu uzależniono od nastąpienia przyszłego zdarzenia, bez oznaczenia czasu, w ciągu którego zdarzenie może nastąpić, należy uważać, że poręczyciel zobowiązał się odpowiadać bezterminowo za dług przyszły”).

świadczenia, lecz wskazano jedynie podstawy do jej ustalenia (por. np. art. 536 § 1 k.c.). W takim przypadku do powstania zobowiązania nie jest już potrzebna „czynność prawna dokonana przez dłużnika z wierzycielem”. W konsekwencji poręczenie za tak rozumiane zobowiązanie istniejące nie wymaga dodatkowego oznaczenia zakresu odpowiedzialności poręczyciela, nawet jeżeli w chwili poręczenia treść zobowiązania nie byłaby jeszcze ostatecznie dookreślona.

Z poręczeniem za taki dług może się oczywiście wiązać pewne ryzyko poręczyciela. Należy jednak zwrócić uwagę, że ryzyko takie powstaje także w przypadku poręczenia za inne zobowiązania istniejące, np. za zobowiązania niepieniężne (zobowiązania czynienia czy zaniechania). W doktrynie zwrócono trafnie uwagę, że w tych ostatnich przypadkach „poręczyciel, znając treść zobowiązania, ulegającego wykonaniu, może orientować się w przybliżeniu, do jakiej wysokości wypadnie mu odpowiadać, w razie niewykonania zobowiązania przez dłużnika”⁹⁵.

Na rzecz takiej właśnie interpretacji przemawia także ogólny argument „ze swobody umów”: jeżeli ustawodawca pozwala na związanie dłużnika zobowiązaniem o treści, która w chwili składania przezeń wiążącego oświadczenia woli nie jest jeszcze w pełni dookreślona (w umowie wskazano jedynie podstawy dla jej dookreślenia), a zobowiązanie poręczyciela ma być „kopia” zobowiązania dłużnika, to powinien w zasadzie pozwalać również na zobowiązanie poręczyciela, które nie jest jeszcze całkowicie dookreślone co do treści. Te same ryzyka związane z ostatecznym kształtem zobowiązania, które podjąć może dłużnik, może ocenić i podjąć również poręczyciel. Na straży interesów poręczyciela stoją w takim przypadku ogólne granice swobody umów (zwłaszcza klauzula dobrych obyczajów).

Analogiczne uwagi dotyczą także sytuacji, w których wprawdzie zobowiązanie dłużnika zostało dookreślone w jego umowie z wierzycielem, jednakże umowa albo ustawa przewiduje możliwość zmiany wysokości zobowiązania dłużnika (w zakresie świadczenia głównego albo świadczeń ubocznych, np. odsetek), która nie wymaga jego zgody⁹⁶. Poręczenie za taki dług nie jest poręczeniem za dług przyszły. W przypadku zmian mających podstawę w umowie na straży interesów poręczyciela

⁹⁵ L. Domański, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 743-744.

stoją ogólne granice swobody umów, w przypadku zmian mających podstawę w ustawie (np. możliwość wypowiedzenia wysokości czynszu) - ustawowe przesłanki warunkujące dopuszczalność takiej zmiany.

Zaproponowane wyżej kryterium „dodatkowej czynności prawnej” jest oczywiście nieadekwatne w przypadku poręczenia za **zobowiązania wynikające z ustawy**. W odniesieniu do takich zobowiązań o długi przyszłym można mówić wówczas, gdy nie są jeszcze dopełnione przesłanki pozwalające na dokładne ustalenie treści zobowiązania dłużnika. W przypadku bowiem zobowiązań ustawowych nie można zadowolić się wskazaniem podstaw do ustalenia zobowiązania dłużnika, skoro przy takim założeniu zobowiązaniem istniejącym byłoby również zobowiązanie do naprawienia jeszcze niepopelnionego czynu niedozwolonego (ustawodawca wskazuje wszak podstawy wystarczające dla określenia zakresu takiego zobowiązania w przyszłości). Trzeba ponadto mieć na względzie, że w przypadku zobowiązań ustawowych miernikiem dopuszczalnego ryzyka poręczyciela nie może być (w każdym razie nie zawsze) ryzyko, które zgodnie z wolą ustawodawcy obciąża dłużnika głównego; ustawodawca nie jest przecież związany granicami swobody umów i może nałożyć na dłużnika – z takich czy innych względów – daleko idące obciążenia. Charakterystycznym przykładem może tu być obowiązek alimentacyjny. Ryzyka zobowiązanego są bardzo poważne, skoro obowiązek ten jest dożywotni, a jego zakres wytyczają w znacznej mierze nieprzewidywalne „usprawiedliwione potrzeby uprawnionego”. Racją dla nałożenia tak daleko idącego obowiązku ustawowego są oczywiście ścisłe więzi rodzinne. Nie są one aktualne w przypadku umownego zobowiązania poręczyciela, którego ryzyko jest tym większe, że zakres jego odpowiedzialności zależy od „zarobkowych i majątkowych możliwości zobowiązanego”, a więc dłużnika głównego (a nie poręczyciela). Poręczyciela nie chroni zatem nawet „wentyl bezpieczeństwa” przewidziany dla dłużnika alimentacyjnego.

Wszystko to sprawia, że w takich sytuacjach zobowiązanie poręczyciela musi być poddane odrębnej ocenie w świetle granic swobody umów. Umowa poręczenia powinna wówczas wytyczać nie tylko maksymalny zakres odpowiedzialności poręczyciela (w ujęciu okresowym lub globalnym), ale także wyznaczać jego

⁹⁶ Por. uwagi w dalszej części opracowania dotyczące art. 879 § 2 k.c.

granicę czasową (np. przez prawo wypowiedzenia albo oznaczenie czasu). Wymagania te odpowiadają w zasadzie wymaganiom, które ustawodawca przewiduje dla poręczenia za dług przyszły (§ 1 i 2 art. 878 k.c.), co również przemawia za poglądem, że właśnie z takim przypadkiem mamy do czynienia w razie poręczenia za zobowiązanie alimentacyjne. Dotyczy to także poręczenia za już zaktualizowany obowiązek alimentacyjny, ponieważ jego zakres może ulegać nieprzewidywalnej zmianie, a horyzont czasowy jest niepewny.

Zgodnie z powyższą interpretacją długiem przyszłym, mającym źródło w ustawie, będzie zatem np. zobowiązanie z jeszcze niepopelnionego czynu niedozwolonego, a także zobowiązanie alimentacyjne do zaspokojenia przyszłych potrzeb uprawnionego.

Warto również wspomnieć, że zamieszczone w art. 878 § 1 k.c. wymaganie dotyczące oznaczenia zakresu zobowiązania poręczyciela jest spełnione nie tylko wtedy, gdy wysokość tę oznaczono w samej umowie poręczenia, ale także wtedy, gdy w chwili poręczenia za dług przyszły treść tego długu była oznaczona w umowie głównej⁹⁷ (np. w umowie pożyczki odnawialnej oznaczono jej limit albo treść przyszłego zobowiązania oznaczono w umowie przedwstępnej). W takim przypadku poręczyciel odpowiada tylko do wysokości oznaczonej w chwili poręczenia.

Wydaje się, że obowiązujące *de lege lata* rozwiązanie dotyczące tak rozumianego poręczenia za dług przyszły stanowi elastyczny i co do zasady udany kompromis między respektem dla swobody umów a potrzebą ochrony interesów poręczyciela i z tego względu zasługuje na utrzymanie również *de lege ferenda*.

Tym niemniej wydaje się, że należy zaproponować zaostwienie reguły z art. 878 § 1 k.c. w przypadku poręczeń konsumenckich, których struktura powinna być stosunkowo prosta i przejrzysta, tak by nie stwarzała trudnych do oceny ryzyk dla osób fizycznych, które nie są obeznane ze skutkami poręczenia. Wydaje się, że poręczenia takie powinny zawierać zawsze oznaczenie kwoty wytyczającej maksymalny zakres zobowiązania poręczyciela, który obejmowałby również wszelkie dodatkowe potencjalne koszty i świadczenia uboczne (w tym odsetki należne od

⁹⁷ Por. **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 744 (autor wskazuje, że „Przez wysokość z góry oznaczoną trzeba rozumieć zarówno wysokość poręczenia, jak i wysokość przyszłego długu”).

dłużnika)⁹⁸. Kwestia ta może być uregulowana w ramach szczególnych wymagań formalnych dotyczących umowy poręczenia.

Do pewnego stopnia zbliżone rozwiązanie przewiduje art. IV.G. – 4:105 (a)⁹⁹ DCFR, który stanowi w odniesieniu do poręczenia konsumenckiego, że porozumienie zmierzające do ustanowienia zabezpieczenia nieograniczonego co do rozmiaru, niezależnie od tego czy globalnego czy nie, uznaje się za ustanawiające zabezpieczenie zależne o ograniczonym rozmiarze ustalonym stosownie do art. IV.G. – 2:102 § 3 (w komentarzu określa się to jako konwersję zabezpieczenia nieograniczonego na ograniczone¹⁰⁰).

Szczególnej regulacji nie wymaga natomiast określenie sankcji naruszenia nakazu. W doktrynie wskazuje się, że brak oznaczenia w umowie poręczenia za dług przyszły wysokości, do której odpowiada poręczyciel, powoduje nieważność bezwzględną umowy¹⁰¹, której nie sanuje ani wykonanie umowy ani upływ czasu¹⁰². Ta sama sankcja powinna obowiązywać w przypadku naruszenia wyżej sformułowanych wymagań dotyczących poręczenia konsumenckiego.

(3) *Poręczenie globalne*

Wydaje się, że w świetle poczynionych uprzednio uwag należy oceniać również problematykę poręczenia za wiele długów przyszłych.

⁹⁸ Rozwiązanie takie przewiduje szwajcarski kodeks zobowiązań, nie ograniczając go jednak do poręczeń konsumenckich.

⁹⁹ „Where this Chapter applies: (a) an agreement purporting to create a security without a maximum amount, whether a global security or not, is considered as creating a dependent security with a fixed amount to be determined according to IV.G.– 2:102 (Dependence of security provider's obligation) paragraph (3)”.

¹⁰⁰ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2786.

¹⁰¹ **A. Szpunar**, *Poręczenie za dług przyszły*, PPH 1996, nr 11, s. 11.

¹⁰² Tak **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 433.

W doktrynie i judykaturze polskiej przyjmuje się niemal zgodnie, że nie jest dopuszczalne poręczenie za wszystkie zobowiązania dłużnika głównego¹⁰³ (tzw. poręczenie globalne). Postanowienie takie uznaje się za sprzeczne z podstawowymi zasadami prawa cywilnego i bezwzględnie nieważne (art. 58 § 2 k.c.), ponieważ nadmiernie obciąża poręczyciela¹⁰⁴.

Za dopuszczalne uznaje się natomiast poręczenia tzw. rodzajowe, które obejmują z góry oznaczony typ kredytu udzielonego określonej osobie¹⁰⁵.

¹⁰³ Tak **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, Warszawa 1972, s. 1713; **L. Stecki**, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 786; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 432; **A. Szpunar**, *Forma umowy poręczenia*, Rejent 1994, nr 7-8, s. 16 („Sprawa jest dość oczywista i nie wymaga dodatkowych uzupełnień”); **A. Szpunar**, *Poręczenie za dług przyszły*, PPH 1996, nr 11, s. 10; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 878, pkt 2. W orzecznictwie zob. wyrok SN z dnia 29 maja 2005 r., V CK 827/04, LEX nr 171527 („...w prawie polskim należałoby przyjąć niedopuszczalność tzw. poręczenia globalnego, obejmującego bliżej nieokreśloną grupę zobowiązań dłużnika głównego lub wszystkie zobowiązania tego ostatniego wobec wierzyciela. Takiego zabezpieczenia osobistego nie sposób by uznać za poręczenie w rozumieniu art. 876 § 1 k.c.”). Pod rządem kodeksu zobowiązań odmiennie – co do długów przyszłych - **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczegółowa*, Warszawa 1938, s. 744 (autor wskazywał: „Gdyby zaś poręczyciel poręczył za wszystkie długi, jakieby dłużnik zaciągnął w przyszłości, nie oznaczając wysokości swej odpowiedzialności, to chociażby poręczenie było terminowe, mógłby narazić się na ruinę majątkową, w razie nadużycia jego zaufania do osoby przyszłego dłużnika, tak ze strony wierzyciela, jak i ze strony dłużnika. Wobec tego art. 627 Kod. Zob. stanowi, że można poręczyć za dług przyszły do wysokości z góry oznaczonej”; w innym miejscu autor pisze: „Poręczenie za wszelkie zobowiązania dłużnika bez wskazania stosunku prawnego, z którego dług powstał, należy poczytywać za nieważne, z wyjątkiem poręczenia za dług przyszły” – s. 751).

¹⁰⁴ Tak **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 432.

¹⁰⁵ Zob. **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, Warszawa 1972, s. 1715 (zdaniem autora, „Poręczyciel może w swym pisemnym oświadczeniu zobowiązać się względem wierzyciela do wykonania kilku rodzajowo oznaczonych zobowiązań dłużnika i pozostawić wierzycielowi wybór jednego albo kilku spośród tak oznaczonych zobowiązań dłużnika; może też objąć swym pisemnym oświadczeniem poręczenia wszystkie te rodzajowo oznaczone długi”); **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 432; **A. Szpunar**, *Forma umowy poręczenia*, Rejent 1994, nr 7-8, s. 17 (poręczenie takie jest dopuszczalne, jeżeli została określona górna granica, do jakiej poręczyciel ponosi odpowiedzialność); **A. Szpunar**, *Poręczenie za dług przyszły*, PPH 1996, nr 11, s. 10; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 876, pkt 16; por. **J. Korzonek**, [w:] J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz. Tom I*, Kraków 1936, s. 1363 i **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 214 (zdaniem autorów, przy poręczeniu za dług przyszły należy określić rodzaj długu, gdyż inaczej zobowiązanie poręczyciela nie byłoby oznaczone, a w razie zaistnienia kilku długów tego samego dłużnika wobec tego samego wierzyciela, wierzyciel mógłby dowolnie na którykolwiek z nich rozciągnąć odpowiedzialność poręczyciela i w ten sposób jednostronnie zadecydować o rodzaju jego zobowiązania, co sprzeciwiałoby się pojęciu poręczenia, jako stosunku umownego); por też **L. Stecki**, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 789 (zdaniem autora, „poręczenie może obejmować kilka długów przyszłych”).

Kontrowersyjna jest z kolei – znana praktyce bankowej - możliwość poręczenia globalnego obejmującego wszystkie mogące powstać w przyszłości zobowiązania dłużnika głównego wobec wskazanego banku. Zdaniem niektórych autorów, jest ono niedopuszczalne ponieważ konkretyzacja poręczenia globalnego zależy wyłącznie od banku i dlatego stwarza nadmierne ryzyko dla poręczyciela¹⁰⁶. Według odmiennego poglądu – odwołującego się m. in. także do judykatury niemieckiej – poręczenia globalne są dopuszczalne „w zakresie stosunków banku z przedsiębiorcami”¹⁰⁷; niektórzy autorzy dopuszczają taką możliwość bez zastrzeżeń¹⁰⁸.

Punktem wyjścia do rozważenia zasygnalizowanych wyżej kwestii w kontekście uwag *de lege ferenda* powinna być prawidłowa identyfikacja źródeł ujawniających się wątpliwości.

Źródłem tym nie jest, jak się wydaje, sama wielość poręczanych długów ani to, że są to długi przyszłe. Jeżeli możliwe jest poręczenie za określony co do tożsamości dług, to możliwe jest również poręczenie za dwa, trzy czy nawet większą liczbę długów oznaczonych co do tożsamości. Nie ma tu też znaczenia, że są to długi przyszłe.

Istota wątpliwości dotyczy w rzeczywistości tego, jak szeroko może zostać ujęty zakres poręczenia. Otóż w tej kwestii wydaje się, że wystarczające są ograniczenia dotyczące poręczenia za dług przyszły. Jeżeli w przypadku poręczenia za dług przyszły oznaczony co do tożsamości uznaje się, że interesy poręczyciela wystarczająco zabezpiecza konieczność wskazania w umowie wysokości do której poręczyciel odpowiada, to należy uznać, że instrument ten jest wystarczający również w przypadku poręczenia za większą liczbę długów oznaczonych co do

¹⁰⁶ Tak **A. Szpunar**, *Forma umowy poręczenia*, Rejent 1994, nr 7-8, s. 17; **A. Szpunar**, *Poręczenie za dług przyszły*, PPH 1996, nr 11, s. 10.

¹⁰⁷ Tak **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 433 (zdaniem autora, stanowisko takie pozwala na udzielanie tzw. poręczeń patronackich, udziałnych przez podmioty dominujące dla zobowiązań zaciąganych przez podmioty od nich zależne).

¹⁰⁸ Zob. **M. Bączyk**, *Poręczenie przyjmowane wobec banków za zobowiązania jednostek gospodarki uspołecznionej*, PiP 1986, z. 11, s. 98-99 (autor zdaje się akceptować możliwość udzielania poręczenia ogólnego za wszelkie obligacje kredytobiorcy); **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 876, pkt 16; *implicite* **J. Namitkiewicz**, *Kodeks zobowiązań. Komentarz dla praktyki*, t. II, Łódź 1949, s. 481.

tożsamości albo poręczenia za długi przyszłe oznaczone tylko rodzajowo a nawet wszystkie długi dłużnika względem określonego wierzyciela. Oczywiście w tych ostatnich przypadkach konieczne jest wskazanie globalnej kwoty, do której poręczyciel odpowiada¹⁰⁹.

W przypadku poręczenia za długi przyszłe oznaczone rodzajowo, poręczenie to obejmuje każdy dług, który powstaje między wierzycielem a dłużnikiem i należy do rodzaju wyznaczonego w umowie poręczenia. Poręczenie za wszystkie długi dłużnika względem wierzyciela obejmuje każdy dług, który powstaje między wierzycielem a dłużnikiem. Dotyczy to także sytuacji, w której globalna wartość objętych poręczeniem długów przekroczy maksymalną wysokość, do której odpowiada poręczyciel. W takim przypadku wierzyciel nie może jednak żądać od poręczyciela spełnienia świadczeń w szerszym zakresie niż uzgodniono w umowie. Oznacza to, że każde spełnienie świadczenia przez poręczyciela pomniejsza zakres jego odpowiedzialności na przyszłość, choćby następnie odzyskał on w całości lub części świadczenie od dłużnika.

W rezultacie wydaje się, że nie ma potrzeby wprowadzania szczególnych ograniczeń dotyczących poręczenia za długi oznaczone rodzajowo albo poręczenia globalnego (za wszystkie długi dłużnika względem wierzyciela): wystarczające jest tu wskazane wyżej ograniczenie dotyczące odpowiedzialności za dług przyszły, nakazujące określenie w umowie poręczenia maksymalnej kwoty, do której odpowiada poręczyciel. Ponieważ dopuszczalność udzielania takich poręczeń może wzbudzać wątpliwości, można rozważyć odpowiednie uzupełnienie przepisu określającego granice dopuszczalności poręczenia za dług przyszły.

Należy zaznaczyć, że inne rozwiązanie przyjęto w ramach DCFR. DCFR – nawiązując do najbardziej liberalnych, niekoniecznie przeważających wzorców krajowych¹¹⁰ - dopuszcza zabezpieczenie globalne, przez które rozumie

¹⁰⁹ Tak też – jak się wydaje - **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 744.

¹¹⁰ Zob. uwagi prawno-porównawcze **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2508-2510 (zabezpieczenie takie jest szeroko dopuszczane **w Austrii**; **w Portugalii** musi być oznaczone jedynie źródło lub charakter globalnie zabezpieczanych zobowiązań; szersza ochrona jest przewidziana **w Finlandii**, gdzie globalne poręczenie musi być ograniczone co do wysokości oraz czasu (w przeciwnym razie zabezpieczenie ogranicza się do zobowiązań powstałych łącznie z zabezpieczeniem albo wcześniej), a także **w Włoszech**, gdzie w odpowiedzi na zbyt liberalną

zabezpieczenie ustanowione w celu zabezpieczenia roszczenia o wykonanie wszystkich zobowiązań dłużnika względem wierzyciela albo roszczenie o zapłatę ujemnego salda rachunku bieżącego albo zabezpieczenie o podobnym zakresie (art. IV.G. – 1:101 (f)¹¹¹). Zabezpieczenie uznaje się za globalne, jeżeli strony nie doprecyzowały rodzaju, źródła lub czasu powstania zabezpieczanych wierzytelności¹¹².

Zgodnie z DCFR zabezpieczenie globalne zabezpiecza jedynie zobowiązania umowne między wierzycielem i dłużnikiem (art. IV.G. – 2:104 (3)¹¹³). W ten sposób wyłączone jest np. zabezpieczenie wierzytelności, które zostały nabyte przez

praktykę bankową wprowadzono w 1992 r. regułą, że - pod rygorem całkowitej nieważności - poręczenie globalne musi oznaczać maksymalną kwotę zabezpieczenia; **we Francji i Belgii** poręczenie bez oznaczenia maksymalnego rozmiaru nie może być udzielone przez konsumentów (**w Holandii** nie-profesjonalistów), poza tym jest ważne, pod warunkiem, że zabezpieczane zobowiązania są wystarczająco „oznaczone”. W **Niemczech** przez długi czas dopuszczano poręczenie globalne, pod warunkiem, że zabezpieczane zobowiązania były wystarczająco „oznaczone” – np. dopuszczano poręczenie za wszystkie zobowiązania powstałe w ramach określonego stosunku handlowego między dłużnikiem a wierzycielem - jednakże począwszy od 1995 r. globalne poręczenia ustanawiane w ogólnych warunkach umów są uznawane za zaskakujące i zasadniczo za źródło nierozsądnego uszczerbku dla poręczyciela, a w rezultacie nieważne; inaczej jest jedynie wówczas, gdy udzielający zabezpieczenia zależnego ma istotny wpływ na dłużnika głównego, np. jako menedżer; ważność zabezpieczeń globalnych w umowach indywidualnie negocjowanych jest niejasna – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2510; za dopuszczalne uznaje się poręczenie za wszystkie zobowiązania przyszłe, które powstaną w określonym czasie – zob. s. 2589). W orzecznictwie niemieckiego Trybunału Federalnego zob. zwłaszcza orzeczenie z dnia 18 maja 1995 r., IX ZR 108/94, BGHZ 130, s. 19 i n. („Anders als bisher entnimmt der Senat dem § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB das Erfordernis einer Begrenzung der Bürgschaft. Die Vorschrift bestimmt, daß die Bürgenverpflichtung nicht durch ein Rechtsgeschäft erweitert wird, das der Hauptschuldner nach Übernahme der Bürgschaft vornimmt. Diese Regelung ist nicht lediglich dann anzuwenden, wenn eine Begrenzung konkret vereinbart ist. Vielmehr setzt das Gesetz zum Schutze des Bürgen neben der Bestimmtheit der zu sichernden Forderungen eine summenmäßige Begrenzung der Bürgschaft als selbstverständlich voraus. Auf diese Weise soll verhindert werden, daß Hauptschuldner und Gläubiger den Umfang der Bürgschaft eigenmächtig ausweiten. Eine unbegrenzte Ausdehnung der Haftung durch rechtsgeschäftliches Handeln anderer widerspricht dem elementaren Schutz der Privatautonomie des Bürgen (Horn, Festschrift für Merz S. 217, 225; Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rdnr. B 214). Mit einer derartigen Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht rechnet dieser im allgemeinen nicht. Da die Bankverbindung eine inhaltlich offene Geschäftsbeziehung darstellt, reicht die sachliche Beschränkung der Bürgenhaftung auf Forderungen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung zum Schutz des Bürgen nicht aus (Staudinger/Horn, § 765 Rdnr. 10, 12; Pecher, in: MünchKomm-BGB, § 765 Rdnr. 12)“.

¹¹¹ “a “ global security” is a dependent personal security which is assumed in order to secure a right to performance of all the debtor's obligations towards the creditor or a right to payment of the debit balance of a current account or a security of a similar extent”.

¹¹² **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2494.

¹¹³ “A global security covers only obligations which originated in contracts between the debtor and the creditor”.

wierzyciela wskutek przelewu, który miał miejsce po udzieleniu zabezpieczenia globalnego.

Skutki udzielenia zabezpieczenia globalnego są częściowo uregulowane w sposób szczególny.

Przede wszystkim, w przypadku zabezpieczenia globalnego nie obowiązuje reguła, że w braku określenia wysokości zabezpieczenia, zobowiązanie udzielającego zabezpieczenia jest ograniczone do wartości zabezpieczonego prawa w chwili, w której zabezpieczenie „stało się skuteczne” (art. IV.G. – 2:102 (3)¹¹⁴). Oznacza to, że co do zasady zabezpieczenie globalne nie musi być ograniczone co do wysokości, a inaczej jest jedynie w przypadku zabezpieczenia konsumenckiego (art. IV.G. – 4:105).

W przypadku zabezpieczenia globalnego nie obowiązuje także zasada, że umowa między wierzycielem a dłużnikiem nie może pogorszyć położenia udzielającego zabezpieczenia (por. art. IV.G. – 2:102 (4)¹¹⁵).

DCFR nakłada w związku z powyższymi regulacjami dodatkowe obowiązki informacyjne na wierzyciela (art. IV.G. – 2:107 (2)¹¹⁶).

Wydaje się, że wprowadzenie do prawa polskiego przewidzianego w DCFR bardzo liberalnego rozwiązania dopuszczającego poręczenie globalne bez konieczności wskazania maksymalnego zakresu odpowiedzialności poręczyciela, byłoby obecnie przedwcześnie. Nie tylko nie odpowiadałoby to tradycji rodzimych rozwiązań legislacyjnych, ale także stwarzałoby znaczne ryzyko dla uczestników

¹¹⁴ „Except in the case of a global security, if an amount has not been fixed for the security and cannot be determined from the agreement of the parties, the security provider's obligation is limited to the value of the secured right at the time the security became effective”.

¹¹⁵ „Except in the case of a global security, any agreement between the creditor and the debtor to make performance of the secured obligation due earlier, or to make the obligation more onerous by changing the conditions on which performance is due, or to increase its amount, does not affect the security provider's obligation if the agreement was concluded after the security provider's obligation became effective”

¹¹⁶ „In addition, in the case of a global security, the creditor is required to notify the security provider of any agreed increase: (a) whenever such increase, starting from the creation of the security, reaches 20 percent of the amount that was so secured at that time; and (b) whenever the secured amount is further increased by 20 percent compared with the secured amount at the date when the last information according to this paragraph was or should have been given”.

obrotu, którego kultura prawna kształtuje się od stosunkowo niedawna. Jest to zresztą rozwiązanie, które nadal trudno uznać za wiodące wśród europejskich systemów prawnych.

Na przejście z DCFR zasługuje natomiast reguła, która wyłącza w przypadku poręczenia globalnego odpowiedzialność za zobowiązania pozaumowne, ponieważ takie rozwiązanie odpowiada zwykle intencji stron. Powinny one mieć jednak możliwość odmiennego uzgodnienia.

(4) Zakres czasowy poręczenia

(i) Bezterminowe poręczenie za dług przyszły

Ograniczeniu ryzyka poręczyciela służy także art. 878 § 2 k.c., zgodnie z którym bezterminowe poręczenie za dług przyszły, może być odwołane przed powstaniem długu.

W doktrynie przyjmuje się, że przepis ten jest wyrazem dążenia do ograniczenia niekorzystnej gospodarczo niepewności poręczyciela¹¹⁷ i z tego względu ma charakter bezwzględnie wiążący¹¹⁸.

Istnieje także zgoda co do tego, że za bezterminowe w rozumieniu art. 878 § 2 k.c. należy uważać poręczenie tylko wtedy, gdy w umowie poręczenia nie określono czasu, przez który poręczyciel ma być związany „przed powstaniem długu głównego”.

Z regulacji tej wynika kilka konsekwencji.

¹¹⁷ Tak **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 439; **A. Szpunar**, *Poręczenie za dług przyszły*, PPH 1996, nr 11, s. 12. W tym duchu także **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 746.

¹¹⁸ Tak **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 439; **A. Szpunar**, *Poręczenie za dług przyszły*, PPH 1996, nr 11, s. 12; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 878, pkt 4.

Przede wszystkim wynika z niej to, że bezterminowe poręczenie za dług przyszły jest w ogóle dopuszczalne. Ponadto, że poręczenie takie może być odwołane w każdym czasie przed powstaniem długu, co oznacza także, iż z punktu widzenia możliwości odwołania decydujące znaczenie ma powstanie długu a nie jego wymagalność. Z art. 878 § 2 k.c. wynika również pośrednio, że jeżeli w umowie poręczenia globalnego albo rodzajowego nie oznaczono terminu, poręczyciel odpowiada tylko za te zobowiązania, które powstały przed odwołaniem poręczenia.

Odzwierciedlone w art. 878 § 2 k.c. dążenie ustawodawcy do ograniczenia czasowego zakresu związania poręczyciela nie nasuwa zastrzeżeń. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że potrzeba ta nie jest ograniczona do długów przyszłych.

Dowodzi tego już sam art. 882 k.c., zgodnie z którym: „Jeżeli termin płatności długu nie jest oznaczony albo jeżeli płatność długu zależy od wypowiedzenia, poręczyciel może po upływie sześciu miesięcy od daty poręczenia, a jeżeli poręczył za dług przyszły - od daty powstania długu żądać, aby wierzyciel wezwał dłużnika do zapłaty albo z najbliższym terminem dokonał wypowiedzenia. Jeżeli wierzyciel nie uczyni zadość powyższemu żądaniu, zobowiązanie poręczyciela wygasa”.

Z powyższych regulacji wynika, że ustawodawca dąży do zapobieżenia przedłużającemu się okresowi związania poręczyciela zarówno przed jak i po powstaniu zobowiązania.

W niektórych sytuacjach rozstrzygnięcie ustawodawcy może budzić wątpliwości.

Dotyczą one np. poręczenia za zobowiązanie pożyczkobiorcy z już zawartej umowy pożyczki. Z poczynionych dotychczas ustaleń wynika, że art. 878 § 2 k.c. ma zastosowanie również do długów warunkowych, których skuteczność uzależniona jest od warunku zawieszającego, a w ten sposób można kwalifikować właśnie zobowiązanie pożyczkobiorcy do zwrotu pożyczki przed wydaniem jej przedmiotu¹¹⁹.

¹¹⁹ W doktrynie zobowiązanie takie określa się jako warunkowe – zob. **S. Grzybowski**, [w:] S. Grzybowski (red.), *System prawa cywilnego, t. III, cz. 2, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Ossolineum 1976, s. 708 (autor wskazuje, że zobowiązanie biorącego pożyczkę, jest uzależnione od uprzedniego wydania mu przedmiotu pożyczki: „Uzależnienie to odgrywa rolę warunku: dodatniego, zawieszającego i zależnego od woli strony (dającego pożyczkę). Toteż w doktrynie mówi się niejednokrotnie, że obowiązek zwrotu pożyczki powstaje pod warunkiem wydania jej przedmiotu lub że wykonania zobowiązania przez dającego pożyczkę jest warunkiem skuteczności obowiązku zwrotu”); por. też **W. Pyziół**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 297 (autor wskazuje, że jest oczywiste, iż

Taka kwalifikacja jest istotna dla poręczyciela, który – do czasu wydania przedmiotu pożyczki – nie może skorzystać z dobrodziejstwa art. 882 k.c. i pozostaje w niepewności co do losów swego zobowiązania. Ryzyku przedłużającej się niepewności poręczyciela nie zapobiega przewidziane w art. 722 k.c. przedawnienie roszczenia biorącego pożyczkę o wydanie przedmiotu pożyczki, skoro nie skutkuje ono wygaśnięciem stosunku pożyczki, a dający pożyczkę może nadal wydać jej przedmiot pożyczkobiorcy. Tym niemniej zastosowanie w omawianym przypadku art. 878 § 2 k.c. *prima facie* nie wydaje się rozwiązaniem satysfakcjonującym, ponieważ może być zaskakujące i krzywdzące dla wierzyciela, który nie mógłby przecież odmówić wydania przedmiotu pożyczki tylko z tego powodu, że poręczenie zostało odwołane. Dylemat ten można jednak rozwiązać *de lege lata*, przyjmując – w zgodzie z istniejącą standardowo dorozumianą wolą stron - że do czasu przedawnienia roszczenia o wydanie przedmiotu pożyczki poręczenie ma charakter terminowy i nie może być odwołane; natomiast z chwilą przedawnienia roszczenia staje się bezterminowe ze skutkiem określonym w art. 878 § 2 k.c. Przy takiej interpretacji przewidziana w tym przepisie możliwość odwołania poręczenia nie będzie dotkliwa dla wierzyciela, skoro po upływie terminu przedawnienia może on odmówić wydania przedmiotu pożyczki.

Pewne wątpliwości mogą powstać także w przypadku poręczenia za dług wynikający z już istniejącego stosunku prawnego o charakterze ciągłym zawartego **na czas nieoznaczony**, np. poręczenia zobowiązania do zapłaty czynszu najmu zawartego na czas nieoznaczony. Nawet bowiem jeżeli w chwili poręczenia umowa najmu już jest zawarta i określa wysokość świadczenia okresowego, zakres zobowiązania poręczyciela nie jest tu ograniczony pod względem czasowym.

Pod rządem kodeksu zobowiązań wątek ten dostrzegł w doktrynie L. Domański, zdaniem którego poręczenie za dług z bezterminowego zobowiązania o charakterze ciągłym (np. z najmu, dzierżawy) ma – w braku oznaczenia terminu w umowie poręczenia - charakter bezterminowy i z mocy art. 272 k.z. wygasa po

zobowiązanie do „zwrotu” przedmiotu pożyczki jest uzależnione od uprzedniego wykonania zobowiązania przez pożyczkodawcę).

wypowiedzeniu przez poręczyciela¹²⁰. Według autora, na podstawie art. 635 k.z. należy uznać, że poręczyciel może wypowiedzieć poręczenie z zachowaniem terminu wypowiedzenia, obowiązującego dłużnika w razie wypowiedzenia zobowiązania o charakterze ciągłym¹²¹.

I rzeczywiście wydaje się jasne, że pozbawienie poręczyciela w tego rodzaju sytuacji możliwości zakończenia stosunku poręczenia kłóciłoby się z ogólną zasadą prawa zobowiązań, która nie pozwala na zaciąganie zobowiązań nieograniczonych czasowo. W rachubę wchodzi dwa rozwiązania. Po pierwsze, można twierdzić, że w takim przypadku mamy do czynienia z bezterminowym poręczeniem za dług przyszły (długiem przyszłym byłyby np. zobowiązania do zapłaty czynszu najmu za przyszłe okresy płatności), co stwarza możliwość odwołania poręczenia w każdym czasie zgodnie z art. 878 § 2 k.c. Interpretacja taka zakłada jednak, że zobowiązanie do zapłaty czynszu z już zawartej umowy najmu powstaje dopiero z upływem terminu określonego w umowie, a więc zwykle okresowo w cyklu comiesięcznym. Po drugie, można twierdzić, że w rozpatrywanej sytuacji mamy do czynienia z bezterminowym poręczeniem za dług istniejący, które to poręczenie rodzi zobowiązanie ciągłe w rozumieniu art. 365¹ k.c. i może być wypowiedziane ze skutkiem „niezwłocznym”.

Żadne ze wskazanych rozwiązań nie jest satysfakcjonujące w perspektywie *de lege ferenda*. Prowadzi bowiem do sytuacji, w której wierzyciel może zostać zaskoczony utratą zabezpieczenia także w stosunku do zobowiązań, których powstanie jest nieuchronne (tzn. takich, które staną się wymagalne, choćby wierzyciel, wobec upadku zabezpieczenia, podjął natychmiastową decyzję o wycofaniu się z zobowiązania). Wydaje się dlatego, że czasowa skuteczność wypowiedzenia poręczenia bezterminowego powinna być powiązana – w przypadku poręczenia za już istniejące bezterminowe zobowiązania ciągłe albo warunkowe - z prawem wypowiedzenia stosunku, które przysługuje wierzycielowi. Rozwiązanie takie miałyby tę zaletę, że w razie wypowiedzenia stosunku przez poręczyciela właściciel miałby szansę rozważyć, czy w jego interesie leży utrzymanie niezabezpieczonego stosunku z dłużnikiem czy też jego wypowiedzenie.

¹²⁰ Przepis ten stanowił, że: „Zobowiązanie bezterminowe o charakterze ciągłym wygasa po wypowiedzeniu przez dłużnika lub wierzyciela z zachowaniem terminów umownych, ustawowych lub zwyczajowych, a w braku tychże, niezwłocznie po wypowiedzeniu”.

Przyznanie poręczycielowi możliwości wypowiedzenia stosunku prawnego o charakterze ciągłym może być wyjątkowo uzasadnione także w przypadku stosunku zawartego na czas oznaczony. Wydaje się, że z taką sytuacją mamy do czynienia wówczas, gdy wskutek niewykonania zobowiązania przez dłużnika głównego wierzyciel uzyskał prawo wypowiedzenia stosunku ze skutkiem natychmiastowym, lecz tego nie czyni, przerzucając w ten sposób na poręczyciela pełne ryzyko przedłużającej się i trudnej do apriorycznego przewidzenia niewypłacalności dłużnika głównego.

Możliwość wypowiedzenia wydaje się rozwiązaniem prawidłowym także w przypadku bezterminowego poręczenia za dług przyszły. Jest to rozwiązanie bardziej wyważone niż przewidziane *de lege lata* w art. 878 § 2 k.c. prawo odwołania poręczenia, ponieważ – z jednej strony – zapewnia poręczycielowi możliwość zakończenia przedłużającego się stanu niepewności, a z drugiej – zabezpiecza interes stron potencjalnej umowy głównej: skutki wypowiedzenia następują dopiero po pewnym czasie, co daje tym stronom szansę na doprowadzenie do powstania długu przed upływem terminu wypowiedzenia. Dla potrzeb tego rodzaju przypadków niezbędne wydaje się również określenie terminu wypowiedzenia, przy czym termin 3-miesięczny wydaje się wystarczający.

W przypadku poręczenia za wiele długów przyszłych należy również dookreślić skutki wypowiedzenia w stosunku do długów, które powstały przed upływem okresu wypowiedzenia.

Warto zwrócić uwagę, że do pewnego stopnia kwestię beteterminowego poręczenia za dług przyszły uregulowano w podobny sposób w DCFR¹²².

Przyjęto tam, że jeżeli zakres zabezpieczenia nie jest ograniczony do zobowiązań, które powstaną lub które staną się wymagalne w ciągu określonego czasu, każda ze stron (oczywiście w praktyce dotyczy to zabezpieczającego) może ograniczyć zakres zabezpieczenia przez wypowiedzenie z co najmniej trzymiesięcznym wyprzedzeniem. Nie dotyczy to jednak przypadków, w których

¹²¹ L. Domański, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 744-745.

¹²² Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2651.

zabezpieczenie pokrywa określone zobowiązania albo zobowiązania powstające z określonej umowy (art. IV.G. – 2:109 (1)¹²³).

Z regulacji tej wynika, że możliwość wypowiedzenia zabezpieczenia przewidziano tylko w odniesieniu do zabezpieczenia zobowiązań przyszłych oznaczonych rodzajowo albo zabezpieczenia globalnego, a więc nie dotyczy ona zobowiązań oznaczonych co do tożsamości albo wynikających ze stosunków oznaczonych co do tożsamości.

W odniesieniu do pierwszej grupy przypadków przyjęto, że na mocy wypowiedzenia zakres zabezpieczenia ulega ograniczeniu do zabezpieczanych zobowiązań głównych, które stały się wymagalne w czasie, w którym wypowiedzenie stało się skuteczne, wraz z wszelkimi zabezpieczonymi zobowiązaniami ubocznymi określonymi w art. IV.G. – 2:104 § 1 i 2 ((art. IV.G. – 2:109 (2)¹²⁴), także tymi które powstały albo stały się wymagalne po tym czasie¹²⁵.

Powiązanie zakresu odpowiedzialności z wymagalnością zobowiązania (a nie np. ich powstaniem) zostało przyjęte jako najbardziej korzystne dla poręczyciela¹²⁶. Zakładano przy tym, że wypowiedzenie zabezpieczenia będzie w typowych przypadkach skutkować możliwością przyspieszenia przez wierzyciela wymagalności zabezpieczonych zobowiązań (np. żądanie wcześniejszej spłaty już udzielonego kredytu)¹²⁷.

To ostatnie rozwiązanie może jednak budzić wątpliwości. Dopuszczenie do sytuacji, w której wskutek wypowiedzenia poręczyciel może się uchylić od

¹²³ „Where the scope of a security is not limited to obligations arising, or obligations performance of which falls due, within an agreed time limit, the scope of the security may be limited by any party giving notice of at least three months to the other party. The preceding sentence does not apply if the security is restricted to cover specific obligations or obligations arising from specific contracts”.

¹²⁴ „By virtue of the notice, the scope of the security is limited to the secured principal obligations performance of which is due at the date at which the limitation becomes effective and any secured ancillary obligations as defined in IV.G.– 2:104 (Coverage of security) paragraphs (1) and (2)”.

¹²⁵ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2653.

¹²⁶ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2653.

¹²⁷ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2653.

odpowiedzialności za dług, który już powstał między wierzycielem a dłużnikiem, lecz nie stał się wymagalny, godzi w interes wierzyciela, który kreując zobowiązanie z dłużnikiem, liczy przecież na to, że będzie ono objęte zabezpieczeniem. Nie jest przy tym jasne, na jakiej podstawie w prawie polskim wierzyciel mógłby przyspieszyć wymagalność długu, tak by uniknąć utraty zabezpieczenia. Podstawą taką nie byłby art. 458 k.c., zgodnie z którym: „Jeżeli dłużnik stał się niewypłacalny albo jeżeli wskutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność, zabezpieczenie wierzytelności uległo znacznemu zmniejszeniu, wierzyciel może żądać spełnienia świadczenia bez względu na zastrzeżony termin”. Wypowiedzenie poręczenia przez poręczyciela nie jest z pewnością okolicznością, za którą dłużnik ponosi odpowiedzialność.

Z tego względu bardziej uzasadnione wydaje się powiązanie prospektywnych skutków wypowiedzenia w relacji do momentu powstania zobowiązania a nie jego wymagalności, tak jak to przyjęto w art. 878 § 2 k.c.

(ii) Zastrzeżenie terminu wyznaczającego zakres poręczenia

Przeciwieństwem bezterminowego poręczenia za dług przyszły jest poręczenie terminowe. W doktrynie wskazuje się zgodnie, że termin nie musi być oznaczony datą kalendarzową¹²⁸. I tak np. poręczenie na czas trwania stosunku prawnego (np. pracy) uznaje się za poręczenie terminowe¹²⁹ (jest więc nieodwołalne – zob. art. 878

¹²⁸ **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 746; **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 215; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 439; **A. Szpunar**, *Poręczenie za dług przyszły*, PPH 1996, nr 11, s. 12; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 878, pkt 3.

¹²⁹ **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 215 (autor dopuszcza również możliwość oznaczenia terminu „na czas życia pewnej osoby”); **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 439; **A. Szpunar**, *Poręczenie za dług przyszły*, PPH 1996, nr 11, s. 12.

§ 2 k.c.), chyba że byłoby to stosunek zawarty na czas nieoznaczony (wówczas poręczenie może być odwołane)¹³⁰.

Znaczenie zastrzeżenia w umowie poręczenia terminu końcowego jest różnie ujmowane w obcych systemach prawnych¹³¹.

W rodzimej doktrynie wyrażono niejednoznaczny pogląd, że „Jeżeli dług przyszły powstanie po terminie określonym w poręczeniu, poręczyciel nie odpowiada za niewykonanie zobowiązania przez dłużnika. Natomiast jeżeli dług ten powstanie zanim termin ten upłynie, poręczenie trwa; gaśnie jednak zawsze z upływem terminu, chociażby zobowiązanie główne istniało nadal¹³².

Wyjaśniając tę kwestię należy starannie odróżniać przypadki, w których termin zastrzeżono w umowie poręczenia za dług przyszły oraz przypadki, w których przedmiotem zabezpieczenia był dług już istniejący.

Oznaczenie terminu poręczenia za dług przyszły oznacza – w braku odmiennych uzgodnień między stronami - że poręczyciel będzie odpowiadał za ten dług tylko wtedy, gdy powstanie on przed upływem terminu¹³³. Na takie znaczenie zastrzeżenia terminu wskazuje już sam art. 878 § 2 k.c., przypisujący – z punktu widzenia możliwości odwołania poręczenia bezterminowego za dług przyszły - decydujące znaczenie powstaniu długu (a nie np. jego wymagalności). Jeżeli dług powstał przed upływem terminu, jego późniejszy upływ nie ma żadnego znaczenia dla zobowiązania poręczyciela, choćby dług nie był jeszcze wymagalny.

W rozpatrywanym przypadku oznaczenie w umowie terminu wytycza zatem zakres zobowiązania poręczyciela.

¹³⁰ Tak **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1718.

¹³¹ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2647-2648.

¹³² **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 439; podobnie **A. Szpunar**, *Poręczenie za dług przyszły*, PPH 1996, nr 11, s. 12 („Jeżeli dług przyszły powstanie po terminie określonym w poręczeniu, poręczyciel w ogóle nie będzie odpowiadał za niewykonanie tego zobowiązania przez dłużnika głównego. Natomiast poręczenie wygaśnie z upływem terminu, choćby ważnie powstałe zobowiązanie główne istniało nadal”).

¹³³ Podobnie *implicite* **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczegółowa*, Warszawa 1938, s. 745.

Analogicznie należy ocenić zastrzeżenie terminu w umowie poręczenia za długi przyszłe oznaczone rodzajowo albo za wszystkie przyszłe zobowiązania dłużnika względem wierzyciela (poręczenie globalne). W takim przypadku poręczyciel odpowiada za te zobowiązania, które powstały przed upływem terminu.

Mniej jednoznacznie prezentuje się znaczenie ograniczenia terminem poręczenia za dług istniejący (długi istniejące), które zgodnie uznaje się za dopuszczalne¹³⁴.

Pod rządem kodeksu zobowiązań L. Domański wskazywał, że uzgodnienie w umowie, iż poręczyciel będzie odpowiedzialny wobec wierzyciela, o ile dłużnik w ciągu oznaczonego czasu długu nie uiszczy, ma takie znaczenie, iż wierzyciel zobowiązany jest w ciągu tego oznaczonego czasu domagać się od dłużnika spełnienia świadczenia, a gdyby dłużnik opóźnił się ze spełnieniem świadczenia, powinien zawiadomić o tym poręczyciela i zażądać od niego, żeby w ciągu tygodnia spełnił świadczenie za dłużnika. Jeżeli poręczenie było solidarne albo za wynagrodzeniem, wierzyciel zobowiązany jest w ciągu oznaczonego czasu żądać wykonania zobowiązania przez poręczyciela. Zdaniem autora, termin poręczenia powinien liczyć się od dnia wymagalności długu, a w razie zaniechania przez wierzyciela czynności przewidzianych w art. 633 k.z. poręczenie wygasa, o ile nie umówiono się inaczej¹³⁵.

Obecnie w doktrynie znaczenie zastrzeżenia terminu w umowie poręczenia za dług istniejący nie jest wyjaśniane w sposób wyczerpujący. Przeważnie wskazuje się ogólnie¹³⁶, że przy poręczeniu terminowym poręczyciel odpowiada tylko na wypadek, gdyby dłużnik w ciągu oznaczonego czasu nie wykonał zobowiązania¹³⁷. Niektórzy

¹³⁴ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 150; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 878, pkt 3; **L. Ogiegło**, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II, Komentarz do artykułów 450-1088*, Warszawa 2009, kom. do art. 878, pkt. 3; w orzecznictwie zob. Tak uchwałę z dnia 31 stycznia 1986 r., III CZP 69/85, OSNCP 1987, nr 1, poz. 3.

¹³⁵ **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 745-746, 768.

¹³⁶ Interpretując te stwierdzenia dosłownie należałoby przyjąć, że dotyczą one zarówno poręczenia za dłu przyszły, jak i za dług istniejący.

¹³⁷ Tak Tak **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1717; **L. Stecki**, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 790; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 878, pkt 3 (autor wskazuje, że przy poręczeniu terminowym poręczyciel odpowiada tylko na wypadek, gdy dłużnik w terminie określonym w umowie poręczenia nie wykonał zobowiązania).

autorzy wskazują zaś – nawiązując zapewne do § 777 § 2 k.c.n. - że poręczyciel jest zobowiązany do spełnienia świadczenia w wysokości odpowiadającej stanowi zobowiązania głównego w chwili nadejścia terminu (nie wiążą go późniejsze zmiany)¹³⁸.

Terminowości poręczenia poświęcono odrębną uwagę w ramach DCFR. Przewidziana tam regulacja dotyczy tylko tych przypadków, w których zgodnie z wolą stron zastrzeżony w umowie termin ogranicza jedynie możliwość skorzystania z zabezpieczenia (np. zastrzeżono, że „Wierzyciel może skorzystać z tego zabezpieczenia do dnia 31 maja” albo „Zabezpieczenie wygasa po upływie 6 miesięcy od terminu płatności zabezpieczonego zobowiązania”). Poza zakresem regulacji pozostawiono zaś przypadki, w których termin zabezpieczenia ogranicza jego zakres np. w ten sposób, że obejmuje ono tylko zobowiązania, które powstały albo stały się wymagalne albo spełniły inne przesłanki, do nadejścia terminu oznaczonego w umowie¹³⁹.

Zgodnie z regulacją DCFR, jeżeli bezpośrednio lub pośrednio uzgodniono termin, w którym można skorzystać z zabezpieczenia¹⁴⁰ ustanawiającego solidarną odpowiedzialność udzielającego zabezpieczenia (zabezpieczenie solidarne), po upływie tego terminu nie ponosi on już odpowiedzialności. Jednakże, udzielający zabezpieczenia pozostaje odpowiedzialny, jeżeli wierzyciel zażądał świadczenia od udzielającego zabezpieczenia po tym, jak zabezpieczane świadczenie stało się

¹³⁸ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 150 (autor pisze w odniesieniu do poręczenia terminowego: „Poręczenie takie służyć może co najmniej dwóm zasadniczym celom. Po pierwsze, może ono zmierzać do ścisłego określenia okresu, w ciągu którego wierzyciel mógłby dochodzić swej należności od poręczyciela. Niedochowanie tej zapobiegliwości zwłania poręczyciela w ogóle z zobowiązania. Po drugie, poręczenie terminowe oznacza niekiedy, iż poręczyciel przyjmuje wobec wierzyciela odpowiedzialność na wypadek, gdyby dłużnik w ciągu oznaczonego czasu nie wykonał zobowiązania. Zakreślony termin ogranicza tu zasięg odpowiedzialności poręczyciela. Obowiązany jest on do spełnienia świadczenia w wysokości odpowiadającej stanowi zobowiązania głównego w chwili nadejścia terminu. Nie wiążą go późniejsze zmiany zwiększające dług główny”).

¹³⁹ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2641-2642.

¹⁴⁰ Przepis ten dotyczy tylko tych przypadków, w których termin ogranicza możliwość skorzystania z zabezpieczenia (np. „Wierzyciel może skorzystać z tego zabezpieczenia do dnia 31 maja” albo „Zabezpieczenie wygasa po upływie 6 miesięcy od terminu płatności zabezpieczonego zobowiązania”) i które służą ograniczeniu ryzyka niewypłacalności dłużnika. Nie dotyczy zatem przypadków, w których termin zabezpieczenia ogranicza jego zakres np. dotyczy ono tylko zobowiązań, które powstały albo stały się wymagalne albo spełniły inne przesłanki, do nadejścia terminu oznaczonego w umowie – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2641-2642.

wymagalne, a przed upływem terminu zabezpieczenia (art. IV.G. – 2:108 (1)¹⁴¹). Wystarczające jest samo żądanie, wytoczenie powództwa nie jest konieczne¹⁴².

Z kolei jeżeli bezpośrednio lub pośrednio uzgodniono termin, w którym można skorzystać z zabezpieczenia ustanawiającego subsydiarną odpowiedzialność udzielającego zabezpieczenia, po upływie tego terminu nie ponosi on już odpowiedzialności. Jednakże, udzielający zabezpieczenia pozostaje odpowiedzialny, jeżeli wierzyciel:

- po tym, jak zabezpieczane świadczenie stało się wymagalne, a przed upływem terminu zabezpieczenia powiadomił udzielającego zabezpieczenia o zamiarze zażądania wykonania zabezpieczenia i o rozpoczęciu stosownych prób uzyskania zaspokojenia zgodnie z art. IV.G. – 2:106 (1) i (2); oraz
- powiadamia udzielającego zabezpieczenia co sześć miesięcy o stanie tych prób, jeżeli zażądał tego udzielający zabezpieczenia (art. IV.G. – 2:108 (2)¹⁴³).

Jeżeli zabezpieczane zobowiązanie staje się wymagalne w chwili upływu terminu albo w ciągu 14 dni przed upływem terminu wygaśnięcia zabezpieczenia, żądanie wykonania albo wskazane wyżej powiadomienie może być uczynione wcześniej niż to wskazano wyżej (a więc jeszcze przed wymagalnością zobowiązania), lecz nie wcześniej niż 14 dni przed upływem terminu wygaśnięcia zabezpieczenia (art. IV.G.

¹⁴¹ „If a time limit has been agreed, directly or indirectly, for resort to a security establishing solidary liability for the security provider, the latter is no longer liable after expiration of the agreed time limit. However, the security provider remains liable if the creditor had requested performance from the security provider after maturity of the secured obligation but before expiration of the time limit for the security”.

¹⁴² **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2644.

¹⁴³ „If a time limit has been agreed, directly or indirectly, for resort to a security establishing subsidiary liability for the security provider, the latter is no longer liable after the expiration of the agreed time limit. However, the security provider remains liable if the creditor: (a) after maturity of the secured obligation, but before expiration of the time limit, has informed the security provider of an intention to demand performance of the security and of the commencement of appropriate attempts to obtain satisfaction as required according to IV.G.– 2:106 (Subsidiary liability of security provider) paragraphs (2) and (3); and (b) informs the security provider every six months about the status of these attempts, if so demanded by the security provider”.

– 2:108 (3)¹⁴⁴). W razie gdy wierzyciel uczynił zadość wskazanym wyżej wymaganiom, maksymalna odpowiedzialność zabezpieczającego jest ograniczona do kwoty zabezpieczanego zobowiązania (wraz ze świadczeniami dodatkowymi) istniejącej w chwili upływu terminu (art. IV.G – 2:108 (4)). Nie ulega zatem zwiększeniu o zobowiązania, które stały się wymagalne po wygaśnięciu terminu¹⁴⁵.

Z przywołanej regulacji wynika, że wyznaczenie terminu ograniczające możliwość skorzystania z zabezpieczenia wpływa także pośrednio na wytyczenie jego zakresu¹⁴⁶: poręczyciel nie może tu odpowiadać za zobowiązania, które stały się wymagalne po upływie terminu.

Z zaproponowanej wyżej reguły dotyczącej bezterminowego poręczenia za dług przyszły wynika *a contrario*, że w razie zastrzeżenia terminu w umowie poręczenia za dług przyszły, zakresem zobowiązania poręczyciela objęte zostaną tylko długi, które powstały przed upływem terminu. Strony mogą oczywiście postanowić, że decydujące znaczenie będzie miała wymagalność długu albo spełnienie innych przesłanek. Kwestie te zależne są ściśle od woli stron i nie wymagają dodatkowej regulacji.

Podobnie z zaproponowanej wyżej reguły dotyczącej bezterminowego poręczenia za bezterminowe zobowiązanie o charakterze ciągłym wynika *a contrario*, że oznaczenie w takiej umowie terminu skutkuje ograniczeniem zakresu zobowiązania poręczyciela do długów, które stały się wymagalne przed upływem terminu.

W pozostałych przypadkach ograniczenia terminem poręczenia za dług już istniejący brak jest wyraźnych wskazówek co do jego skutków. *De lege lata* znaczenie zastrzeżenia musi być ustalane w świetle wykładni oświadczeń woli stron. Może to nastroczać szczególnych trudności wówczas, gdy z umowy wynika, że wierzyciel może skorzystać z zabezpieczenia tylko w określonym czasie. Ze względu

¹⁴⁴ „If performance of the secured obligations falls due upon, or within 14 days before, expiration of the time limit of the security, the request for performance or the information according to paragraphs (1) and (2) may be given earlier than provided for in paragraphs (1) and (2), but no more than 14 days before expiration of the time limit of the security”.

¹⁴⁵ Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2643.

¹⁴⁶ Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2646.

na wątpliwości mogące się pojawić w tej kwestii, uzasadnione wydaje się jej rozstrzygnięcie *de lege ferenda*.

Jest jasne, że zamieszczenie w umowie poręczenia terminu do skorzystania z zabezpieczenia wyraża wolę ograniczenia odpowiedzialności poręczyciela. Ograniczenie to nie może być jednak polegać na prostym wygaśnięciu zobowiązania poręczyciela z chwilą upływu terminu niezależnie od innych okoliczności, ponieważ w ten sposób – odwołując się na wszelkie możliwe sposoby zaspokojenie wierzyciela – poręczyciel mógłby doprowadzić do uwolnienia się od odpowiedzialności. W ten sposób czerpałby korzyść ze swego niewłaściwego postępowania. Wynikające z terminowości poręczenia ograniczenie możliwości dochodzenia zaspokojenia od poręczyciela musi polegać na konieczności podjęcia pewnych działań przez wierzyciela. Nie byłoby tu jednak uzasadnione wprowadzenie wymagania wszczęcia postępowania sądowego, skoro w obliczu możliwości dobrowolnego spełnienia świadczenia przez poręczyciela mogłoby to prowadzić do zbędnego mnożenia kosztów. W tej sytuacji staje się jasne, że znaczenie zastrzeżenia terminu musi odnosić się do zażądania przez wierzyciela spełnienia świadczenia od poręczyciela ew. do zawiadomienia go o opóźnieniu dłużnika, które także stanowi wyraźną sygnalizację woli skorzystania z zabezpieczenia. Rozwiązanie takie wydaje się prawidłowe także w przypadku poręczenia posiłkowego; przewidziane w DCFR dodatkowe wymaganie podjęcia stosownych prób uzyskania zaspokojenia od dłużnika głównego wydaje się zbyt uciążliwe dla wierzyciela, a jest zupełnie nieadekwatne w przypadku, w którym zawiadomienie ma być wysłane przed wymagalnością długu.

Ograniczenie możliwości skorzystania z zabezpieczenia wyraża także *a fortiori* wolę wyłączenia z zabezpieczenia zobowiązań, które stały się wymagalne dopiero po upływie terminu. Ze względu na mogące wyłaniać się wątpliwości i ta reguła powinna zostać wyrażona wprost.

2. Zgoda dłużnika

W doktrynie nie budzi wątpliwości, że do skutecznego zawarcia umowy poręczenia nie jest potrzebna zgoda ani powiadomienie dłużnika głównego¹⁴⁷. Wprawdzie kodeks cywilny nie zawiera wyraźnej wzmianki normatywnej potwierdzającej takie rozwiązanie, jednakże wynika ono już z zasad ogólnych. W ramach stosunku poręczenia dłużnik główny jest wszak osobą trzecią¹⁴⁸ i wyraźnej wzmianki normatywnej wymagałoby właśnie uzależnienie skuteczności poręczenia od jego zgody.

Nie oznacza to jednak, że kwestia zgody dłużnika na zawarcie umowy poręczenia nie budzi żadnych wątpliwości. Otóż mogą one powstać wtedy, gdy wierzytelność zabezpieczana poręczeniem nie może być przedmiotem przelewu bez zgody dłużnika ze względu na *pactum de non cedendo* albo właściwość zobowiązania. W tego typu sytuacjach nie jest jasne, czy zastosowanie znajduje art. 518 § 1 pkt 1 k.c., co jest kwestią kluczową dla stosunku poręczenia, ponieważ odpowiedź negatywna w istotny sposób osłabiałaby pozycję poręczyciela.

Problem nie przykuwał dotychczas szczególnej uwagi doktryny. Dostrzegł go A. Szpunar, jednakże jego stanowisko w tej kwestii nie jest wyraziste: zdaniem autora art. 518 § 1 pkt 1 k.c. ma zastosowanie także w tym przypadku¹⁴⁹, ale zaznacza on zarazem, że nie da się tu udzielić jednolitej odpowiedzi¹⁵⁰.

Należy zaznaczyć, że w wyroku z dnia 24 kwietnia 2008 r. Sąd Najwyższy przyjął, iż w takiej sytuacji zawarcie umowy poręczenia jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego¹⁵¹.

¹⁴⁷ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 405.

¹⁴⁸ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 405.

¹⁴⁹ Autor powołuje tu wątpliwy argument, że większość zakazów przelewu została wprowadzona w interesie wierzyciela, a interes ten odpada w razie zaspokojenia wierzyciela - **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 330.

¹⁵⁰ **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 330.

¹⁵¹ Zob. wyrok z dnia 24 kwietnia 2008 r., IV CSK 39/08, LEX nr 424361 („Takie działanie wierzyciela było wprawdzie formalnie zgodne z treścią zobowiązania, ale nie da się pogodzić z zasadą rzetelności

Kwestia nie jest zatem błaha. Jest jasne, że zawarcie i wykonanie umowy poręczenia ze skutkiem z art. 518 § 1 pkt 1 k.c. byłoby stosunkowo łatwym sposobem na obejście zakazu przelewu wierzytelności i naruszenie interesów dłużnika, co nie wydaje się rozwiązaniem pożądanym i powinno być wyłączone. Z punktu widzenia interesów dłużnika wystarczające jest jednak przyjęcie, że w takich sytuacjach zastosowanie art. 518 § 1 pkt 1 k.c. jest w ogóle wyłączone. Wydaje się to tym bardziej uzasadnione, że regulacja art. 518 k.c. ma charakter względnie wiążący¹⁵².

Rozwiązanie takie wydaje się bardziej poprawne niż uznanie nieważności umowy poręczenia. Ochronie interesów poręczyciela służyć może obowiązek informacyjny wierzyciela, który – jako strona lepiej zorientowana co do stosunku między wierzycielem a dłużnikiem - powinien uprzedzić poręczyciela o zakazie przelewu wierzytelności. Naruszenie tego obowiązku skutkowałoby możliwością uchylenia się od skutków oświadczenia woli ze względu na błąd.

Także zatem w rozpatrywanych przypadkach wprowadzenie wymogu zgody dłużnika na zawarcie umowy poręczenia nie wydaje się uzasadnione.

3. Formalizm kontraktowy

Zgodnie z art. 876 § 2 k.c. „Oświadczenie poręczyciela powinno być pod rygorem nieważności złożone na piśmie”¹⁵³. Rygoru takiego nie przewidywał art. 631 k.z., stanowiący jedynie, że „Zobowiązanie poręczyciela powinno być pismem stwierdzone”.

Istnieje zgoda co do tego, że oświadczenie wierzyciela może nastąpić w formie dowolnej, a więc także *per facta concludentia*¹⁵⁴. Po wprowadzeniu wyraźnej

i lojalności w wykonaniu zobowiązania względem kontrahenta, bowiem naruszało jego uzasadniony interes”).

¹⁵² Tak **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 332; wyraźnie **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 455.

¹⁵³ Aprobując co do takiego rozwiązania **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 211.

¹⁵⁴ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 411; por. też **A. Szpunar**, *Forma umowy poręczenia*, Rejent 1994, nr 7-8, s. 11.

regulacji dotyczącej formy do prawa bankowego (art. 77a) nie budzi już wątpliwości forma zlecenia udzielenia kredytu¹⁵⁵.

Pewne wątpliwości dotyczą natomiast formy zmiany umowy. Zdaniem niektórych autorów, muszą być one zawsze dokonywane w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Zdaniem innych, forma pisemna nie jest wymagana w przypadku porozumień, które ograniczają odpowiedzialność poręczyciela¹⁵⁶. To ostatnie stwierdzenie – funkcjonalnie w zasadzie przekonywujące - jest jednak trudne do uzgodnienia z art. 77 § 1 k.c..

Forma pisemna nie jest wymagana dla zgody poręczyciela na dalsze trwanie zabezpieczenia w przypadku odnowienia (art. 506 k.c.) i przejęcia długu (art. 525 k.c.)¹⁵⁷.

Sankcją niezachowania formy jest nieważność umowy, przy czym w doktrynie wskazuje się, iż wykonanie umowy poręczenia nie sanuje skutków braku formy pisemnej¹⁵⁸. Zwraca się jednak zarazem uwagę, że żądanie zwrotu świadczenia spełnionego w wykonaniu nieważnej umowy będzie wyłączone w sytuacjach określonych w art. 411 k.c.¹⁵⁹.

W doktrynie przeważnie przyjmuje się, że intencją zastrzeżenia formy pisemnej dla oświadczenia poręczyciela jest jego ochrona przed pochopnym zaciągnięciem surowej odpowiedzialności¹⁶⁰, choć niektórzy autorzy na pierwszym miejscu wymieniają względy dowodowe¹⁶¹.

¹⁵⁵ Przed jej wprowadzeniem niektórzy autorzy przyjmowali, że nie jest wówczas wymagana forma pisemna - tak **A. Szpunar**, *Forma umowy poręczenia*, Rejent 1994, nr 7-8, s. 20.

¹⁵⁶ Tak **A. Szpunar**, *Forma umowy poręczenia*, Rejent 1994, nr 7-8, s. 18-19.

¹⁵⁷ **A. Szpunar**, *Forma umowy poręczenia*, Rejent 1994, nr 7-8, s. 19.

¹⁵⁸ **A. Szpunar**, *Forma umowy poręczenia*, Rejent 1994, nr 7-8, s. 19.

¹⁵⁹ **A. Szpunar**, *Forma umowy poręczenia*, Rejent 1994, nr 7-8, s. 19.

¹⁶⁰ Tak ujmuje *ratio legis* przepisu np. **A. Szpunar**, *Forma umowy poręczenia*, Rejent 1994, nr 7-8, s. 10; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 410-411.

¹⁶¹ Tak np. **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 211 (także i ten autor wskazuje jednak, że forma pisemna zmusza poręczyciela do dojrzałego namysłu); por. **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wiarytelności*, Sopot 1997, s. 39 (zdaniem autora, znaczenie dowodowe dokumentu usuwa się na plan dalszy).

Przechodząc do uwag *de lege ferenda* warto zwrócić uwagę, że podobne wymaganie co do formy znane jest także niektórym obcym systemom prawnym (występuje np. w Austrii także - począwszy od 2007 r. - w odniesieniu do poręczeń niekonsumenckich (z wyjątkiem udzielanych przez banki), w Niemczech i Grecji - w odniesieniu do poręczeń innych niż udzielane przez przedsiębiorców), przy czym wykonanie zobowiązania przez poręczyciela sanuje zwykle brak formy¹⁶². We Francji szczególne wymagania przewidziane są dla poręczenia konsumenckiego¹⁶³. W Holandii oświadczenie poręczyciela-konsumenta musi być dla celów dowodowych złożone na piśmie; rygory dowodowe upadają w sytuacji, w której poręczyciel choćby w części spełnił świadczenie¹⁶⁴.

Daleko idące rygory formalne przewiduje art. 493 szwajcarski kodeks zobowiązań. Przepis ten wymaga dla ważności poręczenia zachowania formy pisemnej oświadczenia poręczyciela i kwotowego wskazania w umowie maksymalnego pułapu jego zobowiązania. Dodatkowo rygory przewidziano dla poręczeń udzielanych przez osoby fizyczne. Otóż, jeżeli maksymalna kwota poręczenia nie przekracza 2000 franków – wymagane jest własnoręczne pisemne oznaczenie przez poręczyciela maksymalnej kwoty poręczenia, a jeżeli kwota ta przekracza 2000 franków – publiczne poświadczenie.

Z kolei DCFR przewiduje wymagania formalne wyłącznie w przypadku zabezpieczenia konsumenckiego: umowa zabezpieczenia konsumenckiego musi być pod rygorem nieważności zawarta w formie tekstowej na trwałym nośniku i musi być podpisana przez udzielającego zabezpieczenia (art. IV.G. – 4:104¹⁶⁵). Forma ta służyć ma ostrzeżeniu poręczyciela¹⁶⁶.

¹⁶² Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2780, 2783.

¹⁶³ Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2782.

¹⁶⁴ Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2782.

¹⁶⁵ "The contract of security must be in textual form on a durable medium and must be signed by the security provider. A contract of security which does not comply with the requirements of the preceding sentence is void".

¹⁶⁶ Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2778.

W komentarzu do przepisu wyjaśnia się, że forma tekstowa to tekst w postaci alfabetu albo innych zrozumiałych znaków wyrażony za pomocą środka, który pozwala na odczytanie, zapisanie informacji zawartych w tekście i jego powielenie w namacalnej postaci¹⁶⁷. Z kolei trwałą nośnik to każdy materiał, na którym przechowywana jest informacja w taki sposób, który czyni ją dostępną przez czas odpowiedni do celów, którym informacja służy oraz umożliwia powielenie tej informacji¹⁶⁸.

Wymaganiom tym czyni zadość np. elektroniczna wersja zabezpieczenia zapisana na dysku albo urządzeniu podobnym¹⁶⁹.

Podpis udzielającego zabezpieczenia może być podpisem ręcznym albo elektronicznym¹⁷⁰.

Należy podkreślić, że ochronne oddziaływanie wymagań co do formy DCFR uzupełnia o rozbudowane obowiązki przedkontraktowe wierzyciela w stosunku do poręczyciela-konsumenta. Wprowadzenie tych obowiązków wynika z obserwacji praktyki, która wskazuje na to, że w wielu przypadkach konsumenci – powodowani dobroczynnością (nieodpłatność poręczenia) albo więzią z dłużnikiem - nie biorą pod uwagę ryzyk związanych z udzieleniem zabezpieczenia¹⁷¹.

I tak, przed udzieleniem zabezpieczenia, wierzyciel ma obowiązek wyjaśnienia przyszłemu udzielającemu zabezpieczenia, ogólnych skutków zamierzonego zabezpieczenia oraz szczególnych ryzyk, na które – w świetle informacji dostępnych

¹⁶⁷ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2779.

¹⁶⁸ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2779.

¹⁶⁹ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2779.

¹⁷⁰ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2779.

¹⁷¹ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2765-2766.

dla wierzyciela –udzielający zabezpieczenia może być narażony ze względu na sytuację finansową dłużnika (art. IV.G. – 4:103 (1)¹⁷².

Jeżeli wierzyciel wie albo ma podstawy, by sądzić, że ze względu na stosunek zaufania istniejący między dłużnikiem a udzielającym zabezpieczenia, zachodzi znaczne ryzyko, że udzielający zabezpieczenia nie działa swobodnie albo że nie jest należycie poinformowany, wierzyciel ma obowiązek upewnić się, że udzielający zabezpieczenia uzyskał niezależną poradę (art. IV.G. – 4:103 (2)¹⁷³).

W razie, gdy wymagana informacja albo niezależna porada nie została udzielona najpóźniej na pięć dni przed podpisaniem przez udzielającego zabezpieczenia oferty albo umowy kreującej zabezpieczenie, udzielający zabezpieczenia może odwołać ofertę albo uchylić się od umowy w rozsądnym czasie od uzyskania informacji albo niezależnej porady. Jeżeli z okoliczności nie wynika nic innego, 5 dni uważa się za rozsądny termin (art. IV.G. – 4:103 (3)¹⁷⁴). Przepis dotyczy sytuacji, w których informacja albo niezależna porada zostały udzielone¹⁷⁵.

Jeżeli wymagana informacja albo niezależna porada nie została udzielona, udzielający zabezpieczenie może odwołać ofertę albo uchylić się od umowy w dowolnym czasie (art. IV.G. – 4:103 (4)¹⁷⁶).

¹⁷² „Before a security is granted, the creditor has a duty to explain to the intending security provider: (a) the general effect of the intended security; and (b) the special risks to which the security provider may according to the information accessible to the creditor be exposed in view of the financial situation of the debtor”.

¹⁷³ „If the creditor knows or has reason to know that due to a relationship of trust and confidence between the debtor and the security provider there is a significant risk that the security provider is not acting freely or with adequate information, the creditor has a duty to ascertain that the security provider has received independent advice”.

¹⁷⁴ „If the information or independent advice required by the preceding paragraphs is not given at least five days before the security provider signs the offer of security or the contract creating the security, the offer can be revoked or the contract avoided by the security provider within a reasonable time after receipt of the information or the independent advice. For this purpose five days is regarded as a reasonable time unless the circumstances suggest otherwise”.

¹⁷⁵ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2768.

¹⁷⁶ „If contrary to paragraph (1) or (2) no information or independent advice is given, the offer can be revoked or the contract avoided by the security provider at any time”.

Jeżeli udzielający zabezpieczenia odwoła ofertę albo uchyli się od umowy zgodnie z przywołanymi regulacjami, zwrot korzyści uzyskanych przez strony podlega przepisom o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. IV.G. – 4:103 (5)¹⁷⁷).

Także w niektórych obcych ustawodawstwach krajowych przewidziane są przedkontraktowe obowiązki informacyjne wierzyciela, zmierzające do zapewnienia, że konsument podejmuje świadome ryzyko związane z udzieleniem poręczenia¹⁷⁸ (dotyczą one np. zakresu zobowiązania dłużnika¹⁷⁹). W niektórych państwach obowiązek udzielenia informacji jest niezależny od zapytania poręczyciela (tak np. w Finlandii, Włoszech), w innych – jest obowiązkiem udzielenia odpowiedzi na zadane pytanie (Anglia)¹⁸⁰. Sankcją naruszenia obowiązków przedkontraktowych może być nieważność umowy, niezwiązanie poręczyciela, możliwość powołania się na błąd albo odpowiedzialność z tytułu *culpa in contrahendo*¹⁸¹.

Przywołane wyżej rozwiązania normatywne unaoczniają, że regulacja dotycząca formy poręczenia stanowi element systemu chroniącego poręczyciela przed nierozważnym zaciągnięciem poważnego ryzyka związanego z tą umową. Poza rozstrzygnięciami co do formy na system ten składają się także regulacje wytyczające granice swobody umów, a mogą się nań składać także obowiązki kontraktowe i przedkontraktowe stron. Istotne znaczenie ma tu także model solidarnej albo subsydiarnej odpowiedzialności poręczyciela.

Rozwiązania tradycyjne ogniskowały się zazwyczaj właśnie wokół problematyki formy, przy czym w prawie polskim były to rozwiązania stosunkowo liberalne. Można mieć poważne wątpliwości co do tego, czy realizowały one swoje zadanie w wystarczającym stopniu, zwłaszcza w przypadku poręczenia udzielanego przez

¹⁷⁷ „If the security provider revokes the offer or avoids the contract according to the preceding paragraphs, the return of benefits received by the parties is governed by Book VII (Unjustified enrichment)”.

¹⁷⁸ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2769 i n.

¹⁷⁹ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2793.

¹⁸⁰ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2793-2794.

¹⁸¹ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2777-2778.

konsumentów. Jest okolicznością notoryjną, że poręczenia takie udzielane są z lekkością nieadekwatną do ryzyk związanych z tą umową. Poręczyciel jest bardzo często związany osobiście z dłużnikiem, co zawsze utrudnia swobodne podjęcie decyzji o poręczeniu. Miary trudności dopełnia tu charakter poręczenia, w którym odpowiedzialność poręczyciela aktualizuje się dopiero w razie niewykonania go przez dłużnika, co sprawia, że poręczyciel może zakładać korzystny przebieg wypadków, w czym niebagatelną rolę odgrywa zaufanie do dłużnika. W takiej sytuacji odmowa zgody na poręczenie może być odczytywana jako wyraz braku zaufania do dłużnika, co stwarza dodatkową, naturalną presję na potencjalnego poręczyciela. Można mieć także poważne wątpliwości co do tego, w jakim stopniu poręczyciel-konsument uświadamia sobie, że jego zobowiązanie nie ma charakteru subsydiarnego i że może być pociągnięty do odpowiedzialności zanim wierzyciel podejmie próbę zaspokojenia z majątku dłużnika.

O ile zatem w przypadku poręczeń udzielanych przez przedsiębiorców wymaganie formy pisemnej *ad solemnitatem* wydaje się wystarczające, o tyle w przypadku poręczeń konsumenckich, których udzielenie jest zwykle aktem dobroczynności, mechanizm ochronny potrzebuje wyraźnego wzmocnienia.

Wzmocnienie to musi uwzględniać ogólny kierunek rozwiązań chroniących konsumenta wytyczany przez prawo europejskie. Szczególnie charakterystyczny jest tu rozbudowany formalizm kontraktowy ordynowany przez ustawę z dnia 20 lipca 2001 r. o kredycie konsumenckim¹⁸², który dotyczy także częściowo przypadków przystąpienia przez konsumenta do długu wynikającego z umowy, na podstawie której został udzielony kredyt konsumencki innej osobie. Wymaganie spójności aksjologicznej nakazuje skorelowanie rozwiązań dotyczących kredytu konsumenckiego i poręczenia konsumenckiego, gdyż trudno doszukać się racji przemawiających za bardziej liberalnym potraktowaniem poręczenia.

Istotne wydaje się wprowadzenie szczególnych wymagań dotyczących obligatoryjnej treści umowy poręczenia (bardzo rozbudowanych w przypadku kredytu konsumenckiego), które mają znaczenie nie tylko materialne, ale także informacyjne

¹⁸² Dz. U. nr 2001, nr 100, poz. 1081 ze zm.

i w tym zakresie przejmują poniekąd funkcję przedkontraktowych obowiązków informacyjnych, mając nad nimi przewagę w aspekcie prostoty i zapewnienia pożądanego standardu. O jednym z tych wymagań – mającym w istocie charakter ograniczenia swobody kształtowania treści umowy - była już mowa w ramach dotychczasowych rozważań (obligatoryjne określenie maksymalnego pułapu zobowiązania konsumenta-poręczyciela). Wymaganie to może być wyartykułowane także za pośrednictwem przepisów określających obligatoryjną treść umowy poręczenia, co nada mu materialno-formalny charakter.

Uzasadnione wydaje się ponadto przyjęcie reguły, nakazującej – w przypadku poręczenia solidarnego – zamieszczenie w umowie wzmianki o tym, że wierzyciel może dochodzić od poręczyciela wykonania zobowiązania bez potrzeby uprzedniego dochodzenia należności od dłużnika głównego¹⁸³. W braku takiej wzmianki należy uznać, że poręczenie udzielone przez konsumenta miało charakter posiłkowy (właściwym miejscem dla tej regulacji będzie przepis, będący odpowiednikiem art. 881 k.c.).

Zbliżoną regułą w odniesieniu do poręczenia konsumenckiego przewiduje art. IV.G. – 4:105 (b) DCFR, zgodnie z którym odpowiedzialność udzielającego zabezpieczenia jest subsydiarna w rozumieniu art. IV.G. – 2:106, chyba że wyraźnie postanowiono inaczej.

Rozważyć można ponadto – wzorem szwajcarskiego kodeksu zobowiązań oraz prawa francuskiego¹⁸⁴ - wprowadzenie nakazu własnoręcznego poczynienia przez poręczyciela wzmianki o maksymalnym pułapie zobowiązania poręczyciela.

Rozwiązania te powinny przykuć uwagę poręczającego do zasadniczych elementów umowy poręczenia i uświadomić mu ryzyko związane z zaciąganiem przezeń zobowiązaniem.

¹⁸³ W prawie angielskim informacja wierzyciela musi zawierać ostrzeżenie drukowanymi literami: „YOU MAY HAVE TO PAY INSTEAD” - **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2771.

¹⁸⁴ Tak np. we Francji **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2788.

Sankcją naruszenia nakazów formalnych powinna być nieważność umowy. Wykonanie umowy przez poręczyciela nie powinno skutkować konwalidacją umowy, ponieważ nie dezaktualizuje ono racji przemawiających za zastrzeżeniem formy pisemnej pod rygorem nieważności: jeżeli intencją przepisu jest ochrona poręczyciela przez pochopnym zaciągnięciem surowej odpowiedzialności, to należy stwierdzić, że powinien być on również chroniony przed sytuacją, w której spełnia świadczenie, błędnie sądząc, że jest do tego świadczenia zobowiązany na podstawie nieformalnej umowy.

4. **Dodatkowa ochrona konsumenta**

a) Poręczenie niewspółmierne do majątku i dochodów poręczyciela

Wynikająca z reguł ogólnych albo przepisów szczególnych ochrona konsumenta dotyczy nie tylko wymagań formalnych oraz obowiązków przedkontraktowych, ale także treści umowy.

W niektórych ustawodawstwach obcych poręczenie konsumenckie (tak np. we Francji, Holandii) albo zabezpieczenie konsumenckie w ogólności (np. w Austrii, Belgii, Finlandii) jest przedmiotem szczególnej regulacji¹⁸⁵ o charakterze semiimperatywnym¹⁸⁶ (we Francji – imperatywnym¹⁸⁷). Częstym wymaganiem szczególnym jest zwłaszcza wskazanie maksymalnej kwoty poręczenia (tak w Belgii,

¹⁸⁵ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2751-2752.

¹⁸⁶ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2760 i n.

¹⁸⁷ Tzn. odstępstwa od nich nie są dopuszczalne nawet na korzyść konsumenta – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2765.

Holandii i Francji)¹⁸⁸. W niektórych systemach prawnych odpowiedzialność poręczyciela-konsumenta może być tylko subsydiarna¹⁸⁹.

W innych krajach konsument-poręczyciel podlega ochronie tylko w ramach ogólnych regulacji semiimperatywnych chroniących konsumenta (tak np. w Niemczech, we Włoszech, Portugalii, Hiszpanii)¹⁹⁰ oraz ogólnych przepisów ochronnych (dotyczących np. granic swobody umów czy też wad oświadczenia woli).

I tak np. w doktrynie i orzecznictwie niemieckim przyjmuje się, że sprzeczne z dobrymi obyczajami może być poręczenie, które rażąco przekracza możliwości majątkowe i jest wyrazem strukturalnego podporządkowania poręczyciela, co odgrywa istotną rolę zwłaszcza w przypadku poręczeń udzielnych przez osoby bliskie¹⁹¹. Podobne rozwiązanie przyjęte jest w prawie austriackim¹⁹².

Zbliżoną regułę wyraża wprost art. L 313-10 francuskiego Kodeksu konsumenckiego, stanowiący, że kredytodawca nie może powołać się na umowę poręczenia kredytu zawartą przez osobą fizyczną, której zobowiązanie było w czasie zawarcia umowy oczywiście niewspółmierne do jej majątku i dochodów, chyba że w chwili wezwania czysta wartość majątku poręczyciela wystarcza na wywiązanie się z zobowiązania.

Problem sprzecznych z normami moralnymi poręczeń został dostrzeżony także w rodzimym piśmiennictwie¹⁹³.

¹⁸⁸ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2788-2789.

¹⁸⁹ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2789.

¹⁹⁰ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2752-2753.

¹⁹¹ **H. Heinrichs**, [w:] *Palandt...*, s. 128; **U. Knobel**, *Wandlungen...*, s. 80-95; **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2755. Zob. też **M. Frańczuk**, *Specyfika prawna poręczeń bliskich krewnych*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2001, nr 3, s. 109 i n.; **R. Trzaskowski**, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych (art. 353¹ k.c.)*, Zakamycze 2005, s. 120-122.

¹⁹² Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2753-2754.

¹⁹³ Zob. już **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 775; *de lege lata* zob. **M. Frańczuk**, *Specyfika prawna poręczeń bliskich krewnych*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2001, nr 3, s. 105 i n.; **R. Trzaskowski**, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych (art. 353¹ k.c.)*, Zakamycze 2005, s. 456.

W perspektywie *de lege ferenda* potrzeba wprowadzenia tego rodzaju regulacji szczególnej nie rysuje się jednoznacznie. Z jednej strony można twierdzić, że wystarczającą ochronę interesów konsumenta można zapewnić z odwołaniem do ogólnych granic swobody umów, a z drugiej – że oddziaływanie regulacji szczególnej jest znacznie silniejsze, a ponadto regulacja taka umożliwia zastosowanie bardziej zniuansowanej sankcji naruszenia zakazu, czego dowodzi np. art. L 313-10 francuskiego Kodeksu konsumenckiego. Racje przemawiające za drugim rozwiązaniem wydają się bardziej doniosłe.

b) Poręczenie długotrwałe

W nielicznych systemach prawnych szczególna ochrona konsumenta wyraża się także w tym, że po upływie określonego czasu może on wypowiedzieć udzielone przez siebie poręczenie za dług przysły także w przypadku, gdy zobowiązanie zostało zawarte na czas oznaczony. W prawie holenderskim i belgijskim okres ten wynosi 5 lat¹⁹⁴.

Analogiczne rozwiązanie przyjęte zostało w DCFR. Udzielający zabezpieczenia, który udzielił zabezpieczenia w zakresie ograniczonym do zobowiązań powstających albo zobowiązań, które stały się wymagalne w ciągu uzgodnionego czasu, może - po upływie trzech lat od kiedy zabezpieczenie stało się skuteczne – ograniczyć jego skutki przez wypowiedzenie dokonane co najmniej z trzymiesięcznym wypowiedzeniem. Reguła ta nie ma zastosowania w przypadku, w którym zabezpieczenie jest ograniczone go określonych zobowiązań albo zobowiązań wynikających z określonych umów. Wierzyciel ma obowiązek natychmiastowego powiadomienia dłużnika o otrzymaniu wypowiedzenia.

Na mocy wypowiedzenia, zakres zabezpieczenia jest ograniczony zgodnie z art. IV.G. – 2:109 § 2 (IV.G. – 4:107¹⁹⁵).

¹⁹⁴ Zob. art. 7:861 ust. 1 holenderskiego kodeksu cywilnego. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2798.

¹⁹⁵ „(1) A security provider who has provided a security whose scope is limited to obligations arising, or obligations performance of which falls due, within an agreed time limit may three years after the

W przypadku zabezpieczenia konsumenckiego prawo do wypowiedzenia zabezpieczenia powstaje zatem także wtedy, gdy zabezpieczenie jest terminowe i zostało udzielone na okres dłuższy niż 3 lata¹⁹⁶.

Przyjęcie analogicznej reguły w prawie polskim nie wydaje się jednak niezbędne. Z jednej strony na straży interesów konsumenta-poręczyciela stoi tu szczególnie reguła nakazująca wyznaczenie w umowie maksymalnego pułapu jego zobowiązania, z drugiej – ogólne granice swobody umów, które powinny zapobiegać nadmiernemu czasowemu skrępowaniu konsumenta. W perspektywie ogólnouuropejskiej rozwiązanie takie jest nadal rozwiązaniem mniejszościowym.

5. Tzw. konwersja ustawowa

Z zasady akcesoryjności wynika między innymi ten skutek, że nieważność zobowiązania głównego albo jego wzruszenie powoduje nieważność zobowiązania poręczyciela¹⁹⁷.

Zarówno twórcy kodeksu zobowiązań, jak i kodeksu cywilnego, wzorując się na obcych systemach prawnych¹⁹⁸, uznali za słusne złagodzenie konsekwencji tej

security became effective limit its effects by giving notice of at least three months to the creditor. The preceding sentence does not apply if the security is restricted to cover specific obligations or obligations arising from specific contracts. The creditor has to inform the debtor immediately on receipt of a notice of limitation of the security by the security provider. (2) By virtue of the notice, the scope of the security is limited according to IV.G.– 2:109 (Limiting security without time limit) paragraph (2)".

¹⁹⁶ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2796.

¹⁹⁷ **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 742; **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 212; **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 24; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 429; **P. Miłkaszewicz**, *Zobowiązanie del credere a umowa o świadczenie przez osobę trzecią i poręczenie – problematyka kauzalności i akcesoryjności czynności prawnych*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2005, z. 4, s. 1024-1025. Podobnie w obcych systemach prawnych – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2602-2603 (co do nieważności *ab initio*), 2607 (co do unieważnienia).

¹⁹⁸ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 88; **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 110 wraz z przypisem 8 na s. 113. Co do uwag prawnoporównawczych zob. także **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2603.

zasady w szczególnym przypadku, w którym nieważność umowy głównej wynika z braku zdolności dłużnika do działań prawnych.

Mianowicie art. 626 k.z. wprowadził regułę, że: „Kto poręczy za dług nieważny z powodu braku zdolności dłużnika do działań prawnych, powinien wykonać zobowiązanie jako dłużnik główny, jeżeli w chwili poręczenia wiedział lub powinien był wiedzieć o braku zdolności dłużnika”. Sens tego przepisu w motywach do projektu tłumaczono, wskazując: „Zdarza się (...), że poręczyciel zapewnić pragnie wierzycielowi spełnienie zobowiązania z powodu, że co do zdolności dłużnika głównego do działania nasuwają się wątpliwości. Licząc się z tym zamiarem stron uzasadnioną jest konwersja zobowiązania ręczyciela na zobowiązanie dłużnika głównego”¹⁹⁹.

Regulacja ta została przejęta do kodeksu cywilnego, który stanowi obecnie w art. 877 k.c., że: „W razie poręczenia za dług osoby, która nie mogła się zobowiązać z powodu braku zdolności do czynności prawnych, poręczyciel powinien spełnić świadczenie jako dłużnik główny, jeżeli w chwili poręczenia o braku zdolności tej osoby wiedział lub z łatwością mógł się dowiedzieć”. Tłumacząc *ratio legis* przepisu wskazuje się już jednak raczej na dążenie do ochrony wierzyciela i pewności obrotu prawnego²⁰⁰.

W ocenie większości autorów omawiane przepisy nie przełamują zasady akcesoryjności, ponieważ w razie spełnienia przesłanek z art. 877 k.c. (art. 626 k.z.) poręczający nie występuje jako poręczyciel, a jego zobowiązanie (zobowiązanie „gwaranta”) nie podlega przepisom o poręczeniu²⁰¹. Następuje tu tzw. konwersja ustawowa²⁰² nieważnego poręczenia na zobowiązanie o charakterze samoistnym²⁰³.

¹⁹⁹ Zob. motywy do projektu części szczegółowej (art. 323), które przywołuje **J. Korzonek**, [w:] J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz. Tom I*, Kraków 1936, s. 1363. Por. też **R. Longchamps de Berier**, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 610-611 („Możliwe jest (...), że wolą stron było zapewnić wierzycielowi spełnienie świadczenia na wszelki wypadek, nawet na wypadek nieważności zobowiązania dłużnika głównego. W tym przypadku zobowiązanie poręczyciela przestaje być zobowiązaniem zawisłym i staje się zobowiązaniem samoistnym. Taka konwersja zobowiązania zawisłego na zobowiązanie samoistne następuje z mocy samego prawa w przypadku, gdy kto poręcza za dług nieważny z powodu zdolności dłużnika do działań prawnych, jeżeli tylko poręczający w chwili poręczenia wiedział lub powinien był wiedzieć o braku zdolności dłużnika”).

²⁰⁰ Tak **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 110.

²⁰¹ Zob. motywy do projektu części szczegółowej (art. 323), które przywołuje **J. Korzonek**, [w:] J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz. Tom I*, Kraków 1936, s. 1363. Tak też **J. Korzonek**, [w:] J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz. Tom I*, Kraków 1936, s.

Między wskazanymi przepisami zachodzą pewne różnice, które są źródłem pewnych niejasności.

Po pierwsze, zgodnie z art. 877 k.c. niedoszły poręczyciel, który nie wie o braku zdolności do czynności prawnych, odpowiada tylko wtedy, gdy mógł się o tym braku „z łatwością” dowiedzieć, podczas gdy na gruncie art. 626 k.z. odpowiadał wtedy, gdy „powinien był wiedzieć” o braku zdolności dłużnika. Nowe sformułowanie uznawane jest za niejasne przez niektórych autorów²⁰⁴, trzeba jednak zwrócić uwagę, że zastosowana formuła nie ma charakteru wyjątkowego (zob. np. art. 84 § 1, art. 105, art. 221 zd. 1, art. 384 § 2, art. 721 zd. 2, art. 770 k.c. oraz art. 6 § 2 ustawy

1361-1362; **J. Namitkiewicz**, *Kodeks zobowiązań. Komentarz dla praktyki*, t. II, Łódź 1949, s. 475; **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 25; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 430. Niektórzy autorzy dopatrują się tu jednak wyjątku od zasady akcesoryjności – zob. **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 742 (zdaniem autora, art. 626 k.z. nie oznacza, że „w tym przypadku poręczyciel podstawia się w miejsce dłużnika, jak gdyby sam był zaciągnął dług, lecz znaczy, że poręczyciel odpowiada za dług zaciągnięty przez dłużnika, nie mającego zdolności do działań prawnych tak, jak gdyby dług był zaciągnięty przez dłużnika zdolnego do działań prawnych, w przeciwnym bowiem razie ustawodawca nie mówiłby o poręczeniu za cudzy dług, lecz o podstawieniu osoby trzeciej w miejsce dłużnika niezdolnego do zaciągania długów. Wobec tego do poręczenia za dług osoby niezdolnej do działań prawnych mają zastosowanie przepisy o obowiązkach poręczyciela, wyłożone w art. 632-637. Kod. Zob.”); **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 212; **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1714; **W. Czachórski**, **A. Brzozowski**, **M. Safjan**, **E. Skowrońska-Bocian**, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 602; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 876, pkt 5; **J. Gołaczyński**, [w:] E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2008, kom. do art. 877, pkt 1.

²⁰² Tak **R. Longchamps de Berier**, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 610; **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1714; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 112; **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 25 („Nieważna umowa poręczenia staje się czynnością prawną typu gwarancyjnego, skoro dana osoba powinna spełnić świadczenie jako dłużnik główny”); **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 430; **L. Ogiegło**, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II, Komentarz do artykułów 450-1088*, Warszawa 2009, kom. do art. 877, pkt. 2; o konwersji nieważnej umowy poręczenia na ważną umowę gwarancyjną pisze także **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 213.

²⁰³ Zob. **R. Longchamps de Berier**, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 610; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 112; **L. Ogiegło**, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II, Komentarz do artykułów 450-1088*, Warszawa 2009, kom. do art. 877, pkt. 2; por. też **A. Ohanowicz**, [w:] A. Ohanowicz, J. Górski, *Zobowiązania. Część szczegółowa*, Warszawa-Poznań 1964, s. 313 (zdaniem autora, poręczyciel nie odpowiada w tym przypadku z tytułu poręczenia, „lecz raczej tak jak z umowy gwarancyjnej”).

²⁰⁴ Zob. **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 430 (zdaniem autora, należy interpretować art. 877 k.c. w sposób zbliżony do art. 626 k.z.: poręczyciel mógł się z łatwością dowiedzieć o braku zdolności do czynności prawnych, gdy wskazywał na to jego obraz zewnętrzny lub poziom intelektualny dostępny poręczycielowi).

o księgach wieczystych i hipotece). Wydaje się, że zmiana ta miała na celu pewne złagodzenie reżimu odpowiedzialności niedosłego poręczyciela, co oczywiście może być dyskusyjne, jest jednakże kwestią polityki prawa.

Po drugie, art. 877 k.c. – inaczej niż art. 627 k.z. – wśród przesłanek zastosowania nie wskazuje „nieważności” długu i można bronić poglądu, że różnica ta nie jest pozbawiona znaczenia. Otóż w doktrynie przyjmuje się zgodnie, że przepis ten dotyczy zarówno sytuacji, w których dłużnik główny był całkowicie pozbawiony zdolności do czynności prawnych, jak i tych, w których osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych zawarła umowę poręczenia bez wymaganej zgody przedstawiciela ustawowego²⁰⁵. Jak wiadomo, w tym drugim przypadku, umowa może być następnie potwierdzona i do czasu potwierdzenia albo jego odmowy znajduje się w stanie bezskuteczności zawieszony, przy czym wierzyciel może podjąć działania zmierzające do skrócenia okresu niepewności (por. art. 18 § 3 zd. 2 k.c.). Stan bezskuteczności zawieszony odróżnia się obecnie powszechnie od stanu nieważności²⁰⁶.

W tej sytuacji nie jest jasne, czy skutek określony w art. 877 k.c. następuje już z chwilą, w której udzielono poręczenia za czynność (i dług) znajdującą się w stanie bezskuteczności zawieszony czy też dopiero wtedy, gdy czynność ta stała się ostatecznie bezskuteczna. Za pierwszym rozwiązaniem przemawiałby oczywiście interes wierzyciela i poniekąd argument *a fortiori*: skoro poręczyciel ma obowiązek wykonać zobowiązanie nawet wtedy, gdy dług główny jest nieważny, to tym bardziej powinien je wykonać, kiedy losy długu głównego są jeszcze nieprzesądzone.

²⁰⁵ Tak **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 429-430; tak też **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wiarytelności*, Sopot 1997, s. 85.

²⁰⁶ Pod rządem kodeksu zobowiązań sytuacja nie jawiła się tak jednoznacznie. Np. pod rządem art. 130 k.z. („Nieważność zobowiązania pociąga za sobą obowiązek zwrotu otrzymanego świadczenia, chyba że zobowiązanie po spełnieniu świadczenia stało się ważnym”) przyjmowano, że przepis ten dotyczył nie tylko przypadków, w których czynność prawna była nieważna z samego prawa, ale także czynności niezupełnych, tj. zależnych jeszcze od potwierdzenia przedstawiciela ustawowego lub osoby, w której imieniu działano bez pełnomocnictwa – zob. w szczególności **R. Longchamps de Berier**, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 223-224. W takim ujęciu „zobowiązaniem nieważnym” była także czynność niezupełna, a zobowiązanie mogło „stać się ważnym” np. w sytuacji, w której opiekun potwierdził umowę, zawartą przez małoletniego - zob. w szczególności **R. Longchamps de Berier**, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 223-224; **I. Rosenblüth**, [w:] J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz. Tom 1*, Kraków 1935, s. 314. Sytuacje, w których umowa staje się ważna po spełnieniu świadczenia niektórzy autorzy kojarzyli właśnie z przypadkami potwierdzenia umowy – zob. **J. Namitkiewicz**, *Kodeks zobowiązań. Komentarz dla praktyki*, t. I, Łódź 1949, s. 191.

Z drugiej strony przyjęcie takiego rozwiązania wydaje się przedwczesne, skoro umowa może być jeszcze potwierdzona, a w razie potwierdzenia uznanie zobowiązania poręczającego za samodzielne byłoby niezrozumiałe i rodziłoby konieczność przeprowadzania rozliczeń między dłużnikiem a poręczycielem poza reżimem poręczenia.

Z tego punktu widzenia bardziej neutralna wydaje się reguła przyjęta w DCFR, która sytuuje omawianą kwestię na płaszczyźnie zarzutów poręczyciela. W świetle tej reguły, udzielający zabezpieczenia, który co do zasady może w stosunku do wierzyciela podnieść wszelkie zarzuty dłużnika dotyczące zabezpieczanego zobowiązania (np. zarzut nieważności umowy, jej unieważnienia, zarzut częściowej zapłaty), nie może powołać się na niezdolność do czynności prawnych dłużnika (osoby fizycznej albo prawnej) albo nieistnienie dłużnika-osoby prawnej, jeżeli wiedział o tych faktach w chwili, w której zabezpieczenie stało się skuteczne (art. IV.G. – 2:103 (3)²⁰⁷). W takiej sytuacji – zgodnie z art. IV.G. – 2:113 (4)²⁰⁸ - prawo udzielającego zabezpieczenia do żądania zwrotu świadczenia od dłużnika jest ograniczone do wysokości wzbogacenia dłużnika wynikającej z transakcji z wierzycielem.

Przyjęcie analogicznego rozwiązania w kontekście omawianego problemu poręczenia za dług znajdujący się w stanie bezskuteczności zawieszony oznaczałoby, że poręczyciel musiałby spełnić świadczenie bez możliwości powołania się na niepewność losów umowy, nadal jednak zachowywałby status poręczyciela, co miałyby istotne znaczenie w razie potwierdzenia umowy głównej: rozliczenie między poręczycielem a dłużnikiem głównym następowałoby w ramach reżimu prawnego poręczenia.

Na tle art. 626 k.z. i art. 877 k.c. pojawiają się jednak wątpliwości znacznie poważniejszej natury.

²⁰⁷ “The security provider may not invoke the lack of capacity of the debtor, whether a natural person or a legal entity, or the non-existence of the debtor, if a legal entity, if the relevant facts were known to the security provider at the time when the security became effective”.

²⁰⁸ „Where the debtor due to incapacity is not liable to the creditor but the security provider is nonetheless bound by, and performs, the security obligation, the security provider's right to reimbursement from the debtor is limited to the extent of the debtor's enrichment by the transaction with the creditor. This rule applies also if a debtor legal entity has not come into existence”.

Sens tych przepisów nie jest w pełni jasny²⁰⁹. W szczególności przywołane wyżej motywy leżące u podstaw art. 626 k.z. i akcentujące znaczenie woli stron, wydają się być aktualne tylko w razie, gdy poręczyciel wiedział o braku zdolności do czynności prawnych dłużnika głównego albo miał co do niej wątpliwości. O poszanowaniu rzeczywistej woli stron trudno mówić w przypadku, w którym poręczyciel jedynie „powinien był wiedzieć” o braku zdolności, skoro może być wówczas całkowicie zaskoczony skutkami takiej konwersji. Istotniejszy wydaje się tu motyw ochrony wierzyciela, który wszakże powinien tracić na znaczeniu w sytuacji, w której także wierzyciel wiedział albo powinien wiedzieć o braku zdolności dłużnika do czynności prawnych.

W prawie polskim, w którym brak zdolności do czynności prawnych skutkuje w zasadzie nieważnością bezwzględną umowy, trudno ponadto wyjaśnić skutki zastosowania przepisu w przypadku poręczenia za zobowiązanie z umowy wzajemnej. Artykuł 877 k.c. przyznaje wierzycielowi prawo żądania świadczenia od poręczającego jako dłużnika głównego, nie interesując się obowiązkiem świadczenia wzajemnego ze strony wierzyciela. Tymczasem jeżeli to ostatnie świadczenie zostało już spełnione, wierzyciel może żądać jego zwrotu od dłużnika głównego (ew. jego wartości), jeżeli nie zostało spełnione, dłużnik główny (ani poręczający) nie może żądać jego spełnienia z racji nieważności zobowiązania. W tej ostatniej sytuacji przyznanie wierzycielowi prawa żądania spełnienia świadczenia przez poręczającego wydaje się trudne do zaakceptowania, skoro poręczający nie mógłby wówczas żądać zwrotu swego świadczenia od niedoszłego dłużnika głównego jako bezpodstawnie wzbogaconego (niedoszły dłużnik główny nie byłby wzbogacony). Czy zatem art. 877 k.c. powinien być odczytywany jako konwersja nieważnego zobowiązania głównego ze względu na brak zdolności do czynności prawnych dłużnika głównego na ważne zobowiązanie z poręczającym jako dłużnikiem głównym? Tego rodzaju podstawienie poręczającego w miejsce dłużnika głównego do ważnego zobowiązania głównego wydaje się rozwiązaniem bardzo daleko idącym i nie jest nawet jasne, czy odpowiada ono interesom wierzyciela, który nieoczekiwanie odnajduje się w stosunku umownym

²⁰⁹ Zbliżone konstrukcje wywołują wiele wątpliwości w obcych systemach prawnych – zob. **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 111-112.

z inną stroną niż objęta jego wolą²¹⁰. A może art. 877 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że poręczyciel powinien spełnić świadczenie jako dłużnik główny tylko wtedy, gdy wierzyciel spełnił uprzednio swe świadczenie? Nawet jednak wówczas nie jest jasne, co będzie wówczas, gdy poręczający spełni świadczenie, a wierzyciel zażąda następnie zwrotu świadczenia od niedosłego dłużnika głównego. Czy, od kogo i na jakiej podstawie poręczający mógłby żądać zwrotu spełnionego świadczenia? Kwestie te są trudne do jednoznacznego rozstrzygnięcia. Jest rzeczą charakterystyczną, że podobne rozwiązanie nie zostało przyjęte w prawie niemieckim i holenderskim.

Wiele wskazuje na to, że wprowadzając art. 626 k.z. czy art. 877 k.c. ustawodawca miał przed oczami zobowiązanie do zwrotu pożyczki, której przedmiot został już wydany niedosłemu dłużnikowi głównemu. Sytuacja taka jest rzeczywiście niebezpieczna dla wierzyciela, ponieważ przysługuje mu wówczas jedynie roszczenie o zwrot nienależnego świadczenia, wyjątkowo niepewne w przypadku, gdy przyjmującym świadczenie jest osoba pozbawiona zdolności do czynności prawnych (por. art. 409 k.c.). Zapewnienie w takiej sytuacji ochrony wierzycielowi nie wymaga jednak przyjęcia sztucznej konstrukcji z art. 626 k.z. czy art. 877 k.c. Wystarczające wydaje się wprowadzenie reguły, że poręczyciel odpowiada za zwrot nienależnego świadczenia niezależnie od tego, czy dłużnik jest nadal wzbogacony²¹¹.

Wprowadzając tego rodzaju regułę należy rozważyć rozszerzenie jej zastosowania na wszystkie przypadki, w których poręczający wiedział o przyczynach nieważności zobowiązania, związanych z osobą dłużnika głównego. Artykuł 877 k.c. nie obejmuje obecnie np. sytuacji, w której oświadczenie dłużnika głównego dotknięte było

²¹⁰ Przy takiej interpretacji należałoby uznać prawo wierzyciela do uchylenia się od skutków oświadczenia woli ze względu na błąd co do tożsamości drugiej strony wywołany przez poręczającego.

²¹¹ W Niemczech przyjmuje się, że jeżeli w chwili udzielania poręczenia poręczyciel wiedział o nieważności długu głównego, a wierzyciel spełnił swe świadczenie, poręczenie zabezpiecza zobowiązanie z nienależnego świadczenia – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2603 (podobnie we Francji – zob. s. 2619-2620). Rozwiązanie to nie zostało przyjęte w ramach DCFR – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2612-2613 (umowa może oczywiście stanowić inaczej).

nieważnością na podstawie art. 82 k.c. (wada oświadczenia woli)²¹², a także innych przypadków, w których dłużnik główny uchylił się od skutków oświadczenia woli z powodu wady tego oświadczenia.

Szerszą formułę przyjęto np. w art. 492 ust. 3 szwajcarskiego kodeksu zobowiązań, obejmując nią przypadek poręczenia za dług zaciągnięty przez dłużnika głównego pod wpływem błędu oraz poręczenia za dług już przedawniony.

Poszerzenie zakresu ochrony na przypadki nieobjęte art. 877 k.c. wydaje się uzasadnione, ponieważ te same racje, które uzasadniają tę ochronę w przypadku braku zdolności do czynności prawnych, wydają się w znacznej mierze aktualne także w innych sytuacjach.

C. Zagadnienia związane z zawarciem umowy poręczenia

1. Szczególne regulacje dotyczące sposobu zawarcia umowy poręczenia

a) Tryb zawarcia umowy

Kodeks cywilny nie reguluje w szczególny sposób trybu zawarcia umowy poręczenia, w związku z czym pełne zastosowanie znajdują tu zasady ogólne. Oznacza to m. in., że tylko w stosunkach między przedsiębiorcami pozostającymi ze sobą w stałych stosunkach brak odpowiedzi na ofertę zawarcia umowy poręczenia uważa się za jej przyjęcie²¹³.

W tym kontekście warto jednak zwrócić uwagę na przewidziane w DCFR odstępstwo od zasad ogólnych, dotyczących zawarcia umowy. Otóż zgodnie z art. IV.G. – 1:103 (1), zamieszczonego w rozdziale I, zawierającym reguły wspólne dla zależnych i niezależnych zabezpieczeń wierzytelności, wynika, że jeżeli źródłem

²¹² Tak **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 429.

²¹³ Zob. **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 412.

zabezpieczenia zgodnie z wolą stron ma być umowa, uważa się, że wierzyciel przyjął ofertę zabezpieczenia z chwilą, w której oferta dotarła do wierzyciela, chyba że z oferty wynika wymaganie wyraźnego przyjęcia albo wierzyciel niezwłocznie odrzucił ofertę lub zastrzeże sobie czas do namysłu²¹⁴.

W komentarzu do przepisu podkreśla się, że stanowi on odstępstwo od ogólnych reguł dotyczących zawarcia umowy w drodze oferty i jej przyjęcia, ponieważ milczenie zasadniczo nie stanowi przyjęcia oferty, a działanie potwierdzające przyjęcie wywołuje ten skutek dopiero z chwilą, w której dowie się o nim oferent²¹⁵. Odstępstwo to jest uzasadniane przez fakt, że ustanowienie zabezpieczenia kreuje zobowiązanie tylko po stronie udzielającego zabezpieczenia z korzyścią dla wierzyciela²¹⁶.

Zaletą tego rozwiązania jest uniknięcie sytuacji, w której poręczyciel, po złożeniu wierzycielowi oświadczenia woli – stanowiącego ofertę poręczenia – w związku z milczeniem wierzyciela mógłby tę ofertę odwołać. Ze względu na mogące się z tym wiązać wątpliwości rozwiązanie przewidziane w DCFR zasługuje *de lege ferenda* na aprobatę.

b) Poręczenia dorozumiane (ustawowe) - zlecenie udzielenia kredytu

Artykuł 629 k.z. stanowił, że: „Jeżeli kto dał drugiemu zlecenie udzielenia kredytu osobie trzeciej, to zlecenie takie, w braku odmiennej umowy, znaczy tyle, co poręczenie za dług przyszły”. Przepis ten nie został przejęty do kodeksu cywilnego

²¹⁴ „If the parties intend to create the security by contract, the creditor is regarded as accepting an offer of security as soon as the offer reaches the creditor, unless the offer requires express acceptance, or the creditor without undue delay rejects it or reserves time for consideration”.

²¹⁵ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2530 i uwagi prawnoporównawcze na s. 2532-2536.

²¹⁶ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2531.

i tym samym brak było podstaw prawnych dla przyjmowania tego rodzaju konstrukcji poręczenia dorozumianego²¹⁷.

Podstawę tę przywrócił dopiero art. 44 prawa bankowego z 1989 r., który stanowił, że: „Bank może przyjąć zlecenie udzielenia kredytu osobie trzeciej. W takim wypadku, jeżeli umowa nie stanowi inaczej, dający zlecenie staje się poręczycielem za dług przyszły”. Po wejściu w życie prawa bankowego z 1997 r. podstawa ta została ponownie wyeliminowana, a przywróciła ją dopiero nowelizacja prawa bankowego, którą wprowadzono obowiązujący obecnie art. 77a, stanowiący, że: „Bank może przyjąć zlecenie udzielenia kredytu osobie trzeciej. Zlecenie powinno być złożone w formie pisemnej pod rygorem nieważności. W takim przypadku, jeśli umowa nie stanowi inaczej, dający zlecenie staje się poręczycielem za dług przyszły”. Z punktu widzenia praktycznego rozwiązanie takie wydaje się wystarczające i jego przenoszenie do kodeksu cywilnego nie jest konieczne.

Prawo bankowe nie zawiera natomiast nadal odpowiednika art. 630 k.z., który stanowił, że w takim przypadku „poręczyciel zostaje zwolniony, jeżeli w chwili powstania długu, za który poręczył, wierzyciel wiedział lub wiedzieć był powinien, że położenie dłużnika uległo znacznemu pogorszeniu, a nie otrzymał potwierdzenia zlecenia ze strony poręczyciela”²¹⁸.

Regulacja powyższa zasługuje na uwagę. Wprawdzie wynikający z niej pośrednio obowiązek lojalności wierzyciela względem poręczyciela można byłoby wyprowadzić już z zasad ogólnych, jednakże wyznaczenie sankcji naruszenia tego obowiązku w oparciu o zasady ogólne (art. 471 k.c.) nie przedstawiałaby się jasno. Wyraźne określenie tej sankcji niewątpliwie wzmacnia walor ochronny przepisu i z tego względu jest pożądane.

Przywrócenie regulacji będącej odpowiednikiem art. 630 k.z. do kodeksu cywilnego wydaje się zatem uzasadnione. Ze względu jednak na to, że racje przemawiające za jej wprowadzeniem wydają się aktualne w każdym przypadku poręczenia za dług

²¹⁷ Tak też **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 215 (zdaniem autora, jeżeli ktoś udzielił zlecenia udzielenia kredytu, wówczas stosunek ten oceniać będzie trzeba według przepisów o zleceniu). Por. jednak **A. Szpunar**, *Glosa do wyroku SN z dnia 24 czerwca 1999 r. (III CKN 268/98)*, PS 2000, nr 6, s. 144.

²¹⁸ Co do znaczenia tego przepisu zob. szerzej **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 750-751.

przyszły (tzn. taki, który powstanie dopiero po zawarciu umowy poręczenia), jego zakres powinien zostać poszerzony²¹⁹. Dotyczy to także sytuacji, w której wierzyciel wydał przedmiot pożyczki, mimo że wiedział, iż zwrot pożyczki jest wątpliwy z powodu złego stanu majątkowego drugiej strony i z tego powodu mógł odstąpić od umowy (por. art. 721 k.c.).

2. Umowa poręczenia na rzecz osoby trzeciej

W doktrynie i judykaturze polskiej przeważa pogląd, że zobowiązanie poręczyciela może powstać także przez zastosowanie konstrukcji umowy na rzecz osoby trzeciej (art. 393 k.c.), której stronami będą dłużnik (główny) i poręczyciel, a osobą trzecią wierzyciel (główny)²²⁰. Konstrukcja taka jest jednak mniej korzystna dla wierzyciela, ponieważ – inaczej niż na podstawie umowy poręczenia - w jej ramach poręczyciel może podnieść przeciwko wierzycielowi wszystkie zarzuty wynikające z umowy zawartej z dłużnikiem głównym²²¹. Kwestia ta – jak się wydaje - nie wymaga regulacji normatywnej, ponieważ związane z nią problemy mogą być rozwikłane w drodze interpretacji.

²¹⁹ Podobnie szeroką formułę przewiduje art. 7:861 ust. 4 holenderskiego kodeksu cywilnego.

²²⁰ Tak pod rządem kodeksu zobowiązań **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 738; *de lege lata* **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 210; **A. Ohanowicz**, [w:] A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970, s. 494; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 167; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 412-413 (z odwołaniem do zasady swobody umów); **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 36. W orzecznictwie zob. uchwałę SN z dnia 15 grudnia 1987 r., III CZP 67/87, LEX nr 8854 (teza). Odmiennie **L. Stecki**, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 786 (autor wskazuje, że nie rodzi stosunku poręczenia umowa zawarta między dłużnikiem a osobą trzecią, w której zobowiązuje się ona do wykonania świadczenia za dłużnika czy obok niego).

²²¹ Tak **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 167-168; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 413; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 36-37.

D. Stosunek między poręczycielem a wierzycielem (stosunek poręczenia)

1. Obowiązki poręczyciela względem wierzyciela

a) Zakres akcesoryjnego zobowiązania poręczyciela

W rozważaniach związanych z *essentiale negotii* umowy poręczenia wyjaśniono, że zobowiązanie poręczyciela ma charakter akcesoryjny względem zobowiązania dłużnika głównego. Akcesoryjność ta wyraża się w kilku aspektach.

Zasada akcesoryjności przesądza przede wszystkim o tym, że nieważność zobowiązania głównego albo jego wzruszenie powoduje nieważność zobowiązania poręczyciela. Z akcesoryjności wynika także to, że zobowiązanie poręczyciela wygasa w takim zakresie, w jakim wygasło zobowiązanie główne²²².

Te ogólne ustalenia można wyprowadzić już w oparciu o *essentiale negotii* umowy poręczenia i w tym zakresie wprowadzenie wyraźnych regulacji wydaje się zbędne, co zresztą odpowiada rodzimej tradycji rozwiązań legislacyjnych.

Inaczej przedstawia się natomiast kwestia zakresu poręczenia, która – choć także zakotwiczona w zasadzie akcesoryjności – jest przedmiotem szczególnej uwagi ustawodawcy.

Otóż zgodnie z zasadą akcesoryjności ustawodawca postanowił, że o zakresie zobowiązania poręczyciela rozstrzyga co do zasady każdorazowy zakres zobowiązania dłużnika głównego (art. 879 § 1 k.c.)²²³. Jest to zatem wysokość

²²² **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 212 (autor wskazuje na *datio in solutum*, odnowienie, złożenie do depozytu oraz inne przyczyny umorzenia długu głównego, które nie wiążą się z zaspokojeniem wierzyciela); **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 24 (zdaniem autora, wygaśnięcie zobowiązania głównego powoduje wygaśnięcie zobowiązania poręczyciela – tak np. ocenia on zwolnienie z długu czy potrącenie); **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 445; **P. Mikłaszewicz**, *Zobowiązanie del credere a umowa o świadczenie przez osobę trzecią i poręczenie – problematyka kauzalności i akcesoryjności czynności prawnych*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2005, z. 4, s. 1025.

²²³ **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 212; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo*

zmienna²²⁴, a o ostatecznym zakresie zobowiązania poręczyciela decyduje chwila wykonania przezeń swego obowiązku²²⁵.

Rozumie się to w ten sposób, że rozmiar świadczenia należnego wierzycielowi od poręczyciela odpowiada wysokości świadczenia głównego (związek ilościowy), co nie wyklucza – wyłączanych przez niektóre ustawodawstwa (np. prawo francuskie) - różnic jakościowych (np. poręczyciel jest zobowiązany świadczyć co innego niż dłużnik albo w innym miejscu)²²⁶.

W ten sam sposób interpretowano art. 632 § 1 k.z., który stanowił, że: „O rozciągłości zobowiązania poręczyciela rozstrzyga każdoczesny stan zobowiązania dłużnika”.

Zdaniem niektórych autorów, ma to m. in. ten skutek, że jeżeli obowiązek poręczyciela został określony szerzej niż wynikałoby to z art. 879 § 1 k.c., podlegałby on redukcji do wysokości długu głównego (art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 879 § 1 k.c.²²⁷; redukcję taką przewiduje art. 2290 k.c.f. – uprzednio art. 2013 k.c.f.). Strony umowy poręczenia mogą natomiast uzgodnić, że poręczyciel będzie odpowiadał do oznaczonej wysokości²²⁸ (poręczenie za część długu²²⁹).

Mimo braku wyraźnej wskazówki ustawowej²³⁰ na tle art. 879 § 1 k.c. w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się zgodnie, że poręczyciel odpowiada nie tylko za

zobowiązań – część szczegółowa, Warszawa 2004, s. 435. Jest to reguła powszechnie przyjmowana także w obcych europejskich systemach prawnych – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2591.

²²⁴ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 136; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 435.

²²⁵ **L. Stecki**, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 790; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 136; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 435; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzycielności*, Sopot 1997, s. 91.

²²⁶ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 134-135.

²²⁷ Tak **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 137.

²²⁸ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 438.

²²⁹ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 149.

²³⁰ W obcych systemach prawnych kwestia ta jest rozstrzygana różnie. W niektórych systemach przyjmuje się w oparciu o przepisy szczególne, że – w braku odmiennego zastrzeżenia umownego – zabezpieczenie wierzycielności głównej obejmuje również zobowiązania uboczne (tak np. w prawie

zobowiązanie podstawowe, ale także za należności uboczne z nim związane²³¹, a więc także za odsetki umowne²³².

Podobnie jak w wielu obcych systemach prawnych²³³ przyjmuje się, że poręczyciel odpowiada także za wszelkie skutki (szkodę) niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika głównego, jeżeli nastąpiło to z przyczyn, za które dłużnik odpowiada²³⁴, a w szczególności poręczyciel ma obowiązek zapłaty odsetek za opóźnienie²³⁵. Nie budzi także wątpliwości objęcie odpowiedzialnością

włoskim i portugalskim oraz francuskim, hiszpańskim, belgijskim – te ostatnie w odniesieniu to tzw. poręczenia nieokreślonego, które ma miejsce wówczas, gdy w umowie poręczenia wymienione jest jedynie zobowiązanie główne) – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2614-2615. W innych systemach (w których kwestia nie jest uregulowana, np. angielskim, niemieckim i greckim) przyjmuje się, że udzielający zabezpieczenia odpowiada za odsetki umowne tylko wtedy, gdy tego rodzaju postanowienie zostało uzgodnione w umowie, choćby w sposób dorozumiany - **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2615 (np. w prawie niemieckim uznaje się, że wystarczy, iż poręczyciel wie o zastrzeżeniu odsetek umownych).

²³¹ **R. Longchamps de Berier**, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 611; **L. Stecki**, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 790; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 135-136.

²³² **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 212; **A. Ohanowicz**, [w:] A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970, s. 496; **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1719; **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 26; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 436; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 879, pkt 2.

²³³ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2617 (standardem jest nie tylko odpowiedzialność za niewykonanie zobowiązania oraz odsetki za opóźnienie, ale także za roszczenia odszkodowawcze związane z zabezpieczonym zobowiązaniem, wynikające z działań dłużnika po udzieleniu poręczenia, choćby po rozwiązaniu albo unieważnieniu umowy; inaczej jednak w państwach skandynawskich i częściowo w Holandii).

²³⁴ **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczegółowa*, Warszawa 1938, s. 754; **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 212; **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1719; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 137; **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 26; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 435; podobnie **R. Longchamps de Berier**, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 611; w orzecznictwie zob. uchwałę składu siedmiu sędziów SN z dnia 30 września 1996 r., III CZP 85/96, OSNC 1996, nr 12, poz. 153.

²³⁵ **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczegółowa*, Warszawa 1938, s. 754; **R. Longchamps de Berier**, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 611; **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 212; **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1719; **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 26; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 436; **M.**

kary umownej²³⁶ (poręczyciel może żądać jej zmniejszenia zgodnie z art. 484 § 2 k.c., przy czym wskazane tam kryteria odnoszą się do sytuacji dłużnika głównego²³⁷), choć kwestia ta jest różnie rozstrzygana w obcych porządkach prawnych²³⁸. Zdaniem niektórych autorów w przypadku następczej niemożności świadczenia, za którą dłużnik nie odpowiada, poręczyciel odpowiada za zwrot surogatów niemożliwego świadczenia (art. 475 § 2 k.c.)²³⁹; silnie reprezentowany jest jednak również pogląd przeciwny²⁴⁰.

Przyjmuje się, że poręczyciel odpowiada ponadto za poniesione przez wierzyciela koszty niezbędne dla zabezpieczenia lub dochodzenia roszczenia²⁴¹, które obciążają dłużnika²⁴², choć kwestia ta – inaczej niż w wielu obcych porządkach prawnych²⁴³ – nie jest w prawie polskim uregulowana.

Sychowicz, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 879, pkt 2.

²³⁶ **R. Longchamps de Berier**, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 611; **A. Ohanowicz**, [w:] A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970, s. 496; **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1719; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 137; **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, Palestra 1992, nr 11-12, s. 26.

²³⁷ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 137; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 435-436.

²³⁸ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2618 (w Belgii, Niemczech, Grecji, Włoszech i Holandii poręczenie obejmuje obowiązek zapłaty kary umownej tylko wtedy, gdy tak się umówiono; natomiast w Austrii, Francji, Portugalii i Hiszpanii odpowiedzialność poręczyciela obejmuje obowiązek zapłaty kary umownej, chyba że inaczej postanowiono w umowie).

²³⁹ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 435; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 876, pkt 21; por. też **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 138.

²⁴⁰ **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 754; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 90; **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, Palestra 1992, nr 11-12, s. 24 (autor uznaje, że w sytuacji, w której zobowiązanie główne stało się niemożliwe do wykonania z przyczyny, za którą dłużnik główny nie ponosi odpowiedzialności, zobowiązanie poręczyciela wygasa).

²⁴¹ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 138; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 436; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 879, pkt 2; **J. Gołaczyński**, [w:] E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2008, kom. do art. 879, pkt 2; podobnie **A. Ohanowicz**, [w:] A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970, s. 496; **L. Stecki**, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 790.

²⁴² **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 138.

Z zasady akcesoryjności wynika także to, że przesłanką wymagalności zobowiązania poręczyciela jest wymagalność długu głównego²⁴⁴. Termin płatności długu zależy jednak niekiedy od woli wierzyciela (art. 365¹ k.c., 455 k.c., art. 458 k.c., art. 723 k.c.), co kreuje uciążliwy dla poręczyciela stan niepewności²⁴⁵. Zapobiega mu art. 882 k.c. (wzorowany na art. 634 k.z.), zgodnie z którym „Jeżeli termin płatności długu nie jest oznaczony albo jeżeli płatność długu zależy od wypowiedzenia, poręczyciel może po upływie sześciu miesięcy od daty poręczenia, a jeżeli poręczył za dług przyszły - od daty powstania długu żądać, aby wierzyciel wezwał dłużnika do zapłaty albo z najbliższym terminem dokonał wypowiedzenia. Jeżeli wierzyciel nie uczyni zadość powyższemu żądaniu, zobowiązanie poręczyciela wygasa”.

²⁴³ Zob. **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 138 wraz z przypisem 14 na s. 152. Zob. też **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2616, 2618-2619 (w wielu obcych porządkach prawnych przyjmuje się np, że poręczyciel odpowiada także za koszty pozasądowego wezwania do zapłaty, które musi pokryć dłużnik; w Niemczech (§ 767 ust. 2 k.c.n.), Włoszech i Portugalii poręczyciel odpowiada także za koszty sądowe; natomiast w Anglii, Francji, Belgii i Holandii poręczyciel odpowiada za koszty sądowe tylko jeżeli wierzyciel powiadomił o zamiarze pozwania dłużnika).

²⁴⁴ **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 27; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 441; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 876, pkt 18 (zdaniem autora, zobowiązanie poręczyciela staje się wymagalne z chwilą wymagalności długu głównego); **B. Lewaszkiwicz-Petrykowska**, *Glosa do uchwały SN z dnia 30 września 1996 r., III CZP 85/96*, *OSP* 1997, z. 7-8, poz. 139 (autorka wskazuje, że poręczyciel ma wykonać zobowiązanie, jeżeli „dłużnik zobowiązania nie wykonał” i stwierdza, że „Jest zupełnie obojętne, z jakich przyczyn niewykonanie miało miejsce. Nie ma przeto znaczenia, czy dłużnik główny nie spełnia świadczenia dlatego, że nie chce, czy też dlatego, że nie może”). Por. jednak **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 47, 52-53 (autor nie wiąże wymagalności zobowiązania poręczyciela z samą wymagalnością długu głównego; jego zdaniem, termin spełnienia świadczenia poręczyciela może być oznaczony w umowie poręczenia albo w zawiadomieniu poręczyciela o niespełnieniu świadczenia przez dłużnika; w braku oznaczenia, zobowiązanie poręczyciela będzie miało charakter bezterminowy i wymagalność należy wówczas wiązać z zawiadomieniem, w którym „należałoby doszukiwać się w zasadzie również wezwania poręczyciela do spełnienia świadczenia (art. 455 k.c.)”; możliwość oznaczenia terminu w zawiadomieniu autor uznaje za jedną z zalet koncepcji dopatrującej się w zawiadomieniu przesłanki powstania odpowiedzialności poręczyciela). Por. też **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczegółowa*, Warszawa 1938, s. 760 (zdaniem autora, poręczenie „z istoty swej jest zobowiązaniem zaciąganym przez poręczyciela wobec wierzyciela pod warunkiem zawieszającym, gdy dłużnik zobowiązania swego nie wykona”). W orzecnictwie zob. wyrok SN z dnia 5 lipca 2007 r., II CSK 136/07, LEX nr 287717 („Statuowana w art. 879 § 1 k.c. zasada, że zakres odpowiedzialności poręczyciela jest taki, jak dłużnika głównego, dotyczy także ustalenia chwili, od jakiej świadczenie poręczyciela staje się wymagalne; jest bowiem oczywiste, że odpowiedzialność poręczyciela nie może powstać wcześniej aniżeli odpowiedzialność tego, za czyj dług on poręcza (por. m.in. wyroki SN: z dnia 11 lipca 2000 r., V CKN 365/00, niepubl.; z dnia 12 kwietnia 2000 r., IV CKN 17/00, niepubl.)”).

²⁴⁵ **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 27.

Poręczyciel może być zainteresowany w przyspieszeniu terminu płatności zobowiązania głównego, np. wówczas, gdy sytuacja dłużnika się pogarsza i tym samym zmniejsza się szansa na wykonanie przezeń zobowiązania oraz maleje efektywność roszczenia zwrotnego poręczyciela do dłużnika głównego na podstawie art. 518 k.c.²⁴⁶

Z zasady akcesoryjności wynika również, że przelew wierzytelności głównej pociąga za sobą przejście zabezpieczenia na nabywcę (art. 509 § 2 k.c.)²⁴⁷, a także to, że niedopuszczalny jest przelew samej wierzytelności przeciwko poręczycielowi, bez jednoczesnego przelewu wierzytelności głównej²⁴⁸. Natomiast zgodnie z wyraźną regułą zobowiązanie poręczyciela wygasa w razie przejęcia długu (art. 525 k.c.) albo odnowienia (art. 507 k.c.), chyba że poręczyciel wyraził zgodę na dalsze trwanie zabezpieczenia²⁴⁹.

Z zasady zawisłości poręczenia wyprowadzany jest także wniosek, że opóźnienie wierzyciela w przyjęciu świadczenia ofiarowanego mu przez dłużnika głównego ma skutek także w stosunku do poręczyciela solidarnego²⁵⁰.

Przyjmuje się również, że wyrok zapadły na korzyść dłużnika głównego zwalnia poręczyciela²⁵¹; z drugiej strony przyjmuje się, że wyrok zasądający nie ma powagi rzeczy osądzonej w stosunku do poręczyciela²⁵².

²⁴⁶ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 442.

²⁴⁷ **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 89. Tak też przyjmuje się w wielu obcych systemach prawnych, w tym także – po zasadniczej zmianie linii orzeczniczej Sądu Kasacyjnego w 2004 r. – we Francji – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2591-2592.

²⁴⁸ **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 28.

²⁴⁹ **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 28; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 445.

²⁵⁰ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 87.

²⁵¹ **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 767; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 88 (nie rodzi on jednak skutków powagi rzeczy osądzonej względem poręczyciela); podobnie w wielu obcych porządkach prawnych – zob. uwagi prawoporównawcze **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2605. Z kolei zdaniem niektórych autorów - prawomocne oddalenie roszczenia wierzyciela przeciwko poręczycielowi na skutek zarzutów wspólnych z dłużnikiem, nie biorącym udziału w sporze, nie

Wszystkie przywołane wyżej ustalenia doktryny w zasadzie nie nasuwają zastrzeżeń, mimo że ich podstawą jest syntetyczna formuła art. 879 § 1 k.c.

Poważniejszych zastrzeżeń nie nasuwa również art. 879 § 2 k.c. wzorowany na art. 632 § 2 k.c.

Zgodnie z art. 879 § 2 k.c. „czynność prawna dokonana przez dłużnika z wierzycielem po udzieleniu poręczenia nie może zwiększyć zobowiązania poręczyciela”. W doktrynie i judykaturze przyjmuje się jendolicie – w zgodzie z rozwiązaniami przyjmowanymi w obcych systemach prawnych²⁵³ - że ogólna formuła „zwiększenia zobowiązania poręczyciela” obejmuje nie tylko zwiększenie bezpośrednie (np. podwyższenie ceny, zwiększenie odsetek), ale także pośrednie, np. wynikające z przedłużenia terminu zobowiązania i tym samym zwiększenia zakresu świadczeń okresowych²⁵⁴ albo ze zmiany przesłanek odpowiedzialności dłużnika głównego²⁵⁵.

zwalnia dłużnika od zobowiązania względem wierzyciela – zob. **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 773-774.

²⁵² **A. Ohanowicz**, [w:] A. Ohanowicz, J. Górski, *Zobowiązania. Część szczegółowa*, Warszawa-Poznań 1964, s. 314; **A. Ohanowicz**, [w:] A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970, s. 497; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 88; **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 29. Podobnie w prawie niemieckim i włoskim – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2605.

²⁵³ Co do uwag prawnowprowódniczych zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2595-2596 (szczególne rozwiązanie przyjmowane jest w prawie angielskim: jakkolwiek zmiana postanowień umowy, z której wynika zabezpieczone zobowiązanie, zwalnia poręczyciela; w Hiszpanii podobny skutek wywołuje odroczenie terminu zapłaty, co nie dotyczy jednak poręczeń za zobowiązania przyszłe i warunkowe).

²⁵⁴ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 437; podobnie **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 140. W orzecnictwie zob. wyrok z dnia 28 października 1999 r., II CKN 547/98, niepubl. („...zakresem zastosowania art. 879 § 2 k.c. są objęte również te czynności dłużnika i wierzyciela, które jedynie pośrednio, jak np. przesunięcie w czasie terminu zapłaty poręczonego długu, pogarszają położenie prawne poręczyciela”); wyrok SN z dnia 9 stycznia 2008 r., II CSK 407/07, LEX nr 462284 („...dyspozycja art. 879 § 2 k.c. obejmuje wszystkie czynności prawne dokonane przez dłużnika i wierzyciela po udzieleniu poręczenia, które zarówno bezpośrednio zwiększają zobowiązanie dłużnika głównego (jak np. podwyższenie wysokości świadczenia podstawowego, podwyższenie oprocentowania kredytu), jak i te, które zwiększają tę odpowiedzialność pośrednio. Chodzić tu może także o odroczenie terminu płatności długu, o ile istotnie prowadzi to do zwiększenia odpowiedzialności dłużnika głównego, a w konsekwencji także poręczyciela”). Jeżeli czynność prawna dłużnika z wierzycielem polega na odroczeniu jego zobowiązania, w doktrynie wskazuje się, że poręczyciela nie odpowiada za skutki opóźnienia dłużnika głównego i niemożliwość świadczenia głównego powstałych po okresie odroczenia albo w jego trakcie – zob. **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 140 („ w okresie odroczenia i po jego ustaniu”); **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo*

Przyjmuje się także, że art. 879 § 2 k.c. nie dotyczy poszerzenia zakresu odpowiedzialności poręczyciela wynikającego z przepisów ustawy (zmiany „wewnętrzne”, „organiczne”)²⁵⁶ albo z podwyższenia przez sąd wysokości świadczenia dłużnika głównego²⁵⁷.

Istnieje ponadto zgoda co do tego, że do poszerzenia odpowiedzialności poręczyciela może także dojść za jego zgodą; oznaczać to będzie zmianę umowy poręczenia, która pod rygorem nieważności musi być dokonana na piśmie²⁵⁸.

Reguła z art. 879 § 2 k.c. nie ogranicza swobody dłużnika, który może dokonać wyboru przy zobowiązaniach przemiannych, wiążącego poręczyciela, albo umorzyć przez potrącenie dług inny niż zabezpieczony poręczeniem (przez co pozbawia poręczyciela możliwości dokonania potrącenia z art. 883 § 1 zd. 2 k.c.)²⁵⁹.

Istnieje jednomyślność również w tym względzie, że art. 879 § 2 k.c. w ogóle nie dotyczy czynności zmniejszających zobowiązanie poręczyciela i w tym zakresie zasada akcesoryjności znajduje pełne zastosowanie: zmniejszenie zobowiązania dłużnika głównego, w tym wynikające z czynności prawnej między dłużnikiem głównym (częściowe zwolnienie z długu, obniżenie odsetek) a wierzycielem powoduje zatem redukcję zobowiązania poręczyciela²⁶⁰.

Wnioski wyprowadzane na gruncie art. 879 k.c. odpowiadają co do zasady współczesnym standardom prawodawczym odzwierciedlonym w DCFR.

zobowiązań – część szczegółowa, Warszawa 2004, s. 437; podobnie **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 27 (autor wskazuje, że prolongata długu głównego jest z reguły korzystna dla poręczyciela, jednak jest inaczej, jeżeli dłużnik stał się niewypłacalny dopiero po udzieleniu mu prolongaty).

²⁵⁵ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 437-438.

²⁵⁶ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 139.

²⁵⁷ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 437; III CZP 69/85.

²⁵⁸ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 437.

²⁵⁹ **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 27.

²⁶⁰ **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 755; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 140; **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 26, 27; **A. Szpunar**, *Uwagi o realizacji odpowiedzialności poręczyciela*, *Rejent* 1996, nr 11, s. 17; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 436-437.

Zgodnie z art. IV.G. – 2:102 (1) DCFR o tym, czy i w jakim zakresie wykonanie zobowiązania udzielającego zabezpieczenia jest wymagalne, decyduje to czy i w jakim zakresie wymagalne jest wykonanie zobowiązania dłużnika względem wierzyciela²⁶¹.

W rezultacie zobowiązanie udzielającego zabezpieczenie w zasadzie nie przekracza zobowiązania dłużnika, a inaczej jest tylko wtedy, gdy zobowiązania dłużnika zostały ograniczone albo wyłączone w związku z jego niewypłacalnością albo na mocy prawa, wskutek zdarzeń dotyczących osoby dłużnika (art. IV.G. – 2:102 (2)²⁶²).

Z wyjątkiem zabezpieczenia globalnego, umowa między wierzycielem a dłużnikiem, na mocy której dłużnik jest zobowiązany spełnić świadczenie wcześniej albo na korzystniejszych warunkach, albo w większym rozmiarze, nie wpływa na zobowiązanie udzielającego zabezpieczenia, jeżeli umowa ta została zawarta po tym, jak zobowiązanie udzielającego zabezpieczenia stało się skuteczne (art. IV.G. – 2:102 (4)²⁶³).

Również z wyjątkiem zabezpieczenia globalnego, jeżeli wysokość zabezpieczenia nie została określona w porozumieniu stron, zobowiązanie udzielającego zabezpieczenia jest ograniczone do wartości zabezpieczonego prawa w chwili, w której zabezpieczenie „stało się skuteczne” (art. IV.G. – 2:102 (3)²⁶⁴). W przypadku

²⁶¹ „Whether and to what extent performance of the obligation of the provider of a dependent personal security is due, depends upon whether and to what extent performance of the debtor's obligation to the creditor is due”.

²⁶² „The security provider's obligation does not exceed the debtor's obligation. This rule does not apply if the debtor's obligations are reduced or discharged: (a) in an insolvency proceeding; (b) in any other way caused by the debtor's inability to perform because of insolvency; or (c) by virtue of law due to events affecting the person of the debtor”.

²⁶³ „Except in the case of a global security, any agreement between the creditor and the debtor to make performance of the secured obligation due earlier, or to make the obligation more onerous by changing the conditions on which performance is due, or to increase its amount, does not affect the security provider's obligation if the agreement was concluded after the security provider's obligation became effective”

²⁶⁴ „Except in the case of a global security, if an amount has not been fixed for the security and cannot be determined from the agreement of the parties, the security provider's obligation is limited to the value of the secured right at the time the security became effective”.

zabezpieczenia zobowiązań przyszłych ma to miejsce z chwilą powstania tego zobowiązania²⁶⁵.

Zabezpieczenie to pokrywa jednak – ewentualnie w granicach jego maksymalnej wysokości, jeżeli została określona – nie tylko zabezpieczony dług główny, ale także zobowiązania pomocnicze względem wierzyciel, a w szczególności:

- odsetki umowne i odsetki należne z mocy prawa w razie opóźnienia w płatności;
- odszkodowanie oraz karę umowną;
- rozsądne koszty pozasądowego uzyskania tych składników (art. IV.G. – 2:104 (1)²⁶⁶).

Zabezpieczeniem objęte są również koszty postępowania rozpoznawczego i egzekucyjnego, jednakże tylko pod warunkiem, że udzielający zabezpieczenia został poinformowany o zamiarze przedsięwzięcia takich działań przez wierzyciela, w czasie umożliwiającym udzielającemu zabezpieczenia uniknięcia tych kosztów (art. IV.G. – 2:104 (2)²⁶⁷).

Co do zasady można zatem uznać, że syntetyczna formuła art. 879 k.c. przetrwała próbę czasu.

Kilka kwestii zasługuje jednak na dodatkowe wyjaśnienie.

Przede wszystkim trzeba zwrócić uwagę, że doktryna polska nie wyjaśnia, jakie znaczenie w kontekście art. 879 § 1 k.c. ma określenie maksymalnej kwoty odpowiedzialności poręczyciela (np. w razie długu przyszłego a w proponowanej regulacji – także w przypadku długu konsumenckiego). W tej kwestii, podobnie, jak

²⁶⁵ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2585-2586.

²⁶⁶ “The security covers, within its maximum amount, if any, not only the principal secured obligation, but also the debtor's ancillary obligations towards the creditor, especially: (a) contractual interest and interest due by law on delay in payment; (b) damages, a penalty or an agreed payment for non-performance by the debtor; and (c) the reasonable costs of extra-judicial recovery of those items”.

²⁶⁷ “The costs of legal proceedings and enforcement proceedings against the debtor are covered, provided the security provider had been informed about the creditor's intention to undertake such proceedings in sufficient time to enable the security provider to avert those costs”.

w niektórych obcych systemach prawnych, należy przyjąć, iż poręczyciel nie jest zobowiązany do spełnienia jakiegokolwiek świadczenia (także ubocznego) w zakresie, które przekracza kwotę maksymalną (tak przyjmuje się np. w Austrii, Włoszech i Hiszpanii²⁶⁸). Kwestia ta zasługuje na wyraźną regulację.

Z kolei w kontekście art. 879 § 2 k.c. pewne wątpliwości może budzić znaczenie jednostronnych oświadczeń woli wierzyciela, które muszą być złożone dłużnikowi, a które skutkują zwiększeniem zobowiązania dłużnika. Tytułem przykładu można tu wskazać na zastrzeżone w umowie prawo do jednostronnej zmiany odsetek kapitałowych w razie ziszczenia się okoliczności wskazanych w umowie albo ustawową możliwość wypowiedzenia wysokości czynszu (por. art. 685¹ k.c.). Ścisła interpretacja art. 879 § 2 k.c. powinna prowadzić do wniosku, że tego rodzaju zmiany zakresu zobowiązania nie są objętem zakresem zastosowania przepisu i mogą prowadzić do zwiększenia zobowiązania poręczyciela. Na straży jego interesów stoją w takich sytuacjach ogólne i szczególne granice swobody umów. Kwestia może jednak budzić wątpliwości, ponieważ w doktrynie wśród przykładów zastosowania art. 879 § 2 k.c. wymienia się m.in. właśnie podwyższenie oprocentowania kredytu lub pożyczki, bez zastrzeżenia, że dotyczy to tylko zmian umownych²⁶⁹.

Pewne wątpliwości mogą dotyczyć także sytuacji, w której dokonana przez jednostronną czynność wierzyciela zmiana treści zobowiązania staje się skuteczna tylko wtedy, gdy dłużnik nie wypowiedział umowy w określonym czasie (por. art. 8a ust. 5 pkt 1 ustawy z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego). Można twierdzić, że zmiana taka powinna być traktowana na równi ze zmianą umowną objętą niewątpliwie art. 879 § 2 k.c. Podobnie możnaby ocenić sytuację, w której poręczyciel poręczył za dług o treści jeszcze całkowicie niedookreślonej, gdy dookreślenie tej treści wymaga czynności wierzyciela, a równowagę kontraktową zapewnia prawo dłużnika do odstąpienia od umowy (por. art. 385³ pkt 20 k.c.).

²⁶⁸ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2616.

²⁶⁹ Tak np. **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 437. Por. jednak **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 140 (jako przykład zastosowania art. 879 § 2 k.c. autor podaje „podniesienie umownie stopy oprocentowania długu głównego”).

Wydaje się jednak, że tego rodzaju rozwiązanie prowadziłyby do nadmiernego uprzywilejowania sytuacji poręczyciela kosztem wierzyciela. W sytuacjach, w których potrzeba ochrony poręczyciela jest najbardziej intensywna (poręczenia konsumenckie), ochrona ta wynika z obowiązku zastrzeżenia maksymalnego pułapu zobowiązania poręczyciela.

b) Niekacesoryjna odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez poręczyciela?

Przewidziana w art. 879 § 2 k.c. akcesoryjność dotyczy związku między długiem głównym a zakresem odpowiedzialności poręczyciela. Zdaniem niektórych autorów, poręczyciela obarczają ponadto skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego z umowy poręczenia²⁷⁰.

W związku z tym w literaturze wskazuje się na „dwuczłonową” strukturę świadczenia należnego od poręczyciela, którą określa wysokość długu głównego oraz należności z tytułu naruszenia obowiązku wynikającego z poręczenia (art. 471 k.c.)²⁷¹. Te ostatnie obejmować mają np. odsetki za opóźnienie (art. 481 k.c.) czy też koszty dochodzenia roszczenia przeciwko poręczycielowi²⁷². Mają one cechy szczególne: nie podlegają rekompensacie od dłużnika głównego na podstawie art. 518 k.c.²⁷³ i mają charakter samoistny w tym sensie, że mogą pozostawać w mocy, mimo że zobowiązanie główne zostało już wykonane²⁷⁴.

Kwestia wydaje się jednak dyskusyjna. Jak już wspomniano, obowiązek poręczyciela nie może być określony szerzej niż obowiązek dłużnika głównego. Wprawdzie niektórzy autorzy dopuszczają np. możliwość zastrzeżenia, że poręczyciel odpowiada bez względu na to, czy świadczenie jest możliwe do wykonania przez dłużnika, jednakże przyznają zarazem, że zobowiązanie takie ma

²⁷⁰ M. Bączyk, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 142.

²⁷¹ M. Bączyk, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 143.

²⁷² M. Bączyk, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 143.

²⁷³ M. Bączyk, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 143.

²⁷⁴ M. Bączyk, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 143.

charakter samoistnego zobowiązania poręczyciela wobec wierzyciela²⁷⁵. Uwaga ta jest odnoszona także do innych zastrzeżeń, uczynionych w umowie poręczenia, a pominiętych w umowie z dłużnikiem, jak np. zastrzeżeń co do płacenia przez poręczyciela umownych odsetek za zwłokę dłużnika, umownego odszkodowania itp.²⁷⁶.

W braku tego rodzaju szczególnych zastrzeżeń, których dopuszczalność musi być oceniana w świetle granic swobody umów, zobowiązanie poręczyciela jest w zasadzie kopią zobowiązania głównego (art. 879 § 1 k.c.), co oznacza m.in., że obowiązek zapłaty odsetek obciąża poręczyciela o tyle, o ile obciąża on dłużnika głównego. Jeżeli zatem dłużnik główny opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, poręczyciel będzie zobowiązany do zapłaty odsetek za opóźnienie. Nie wydaje się natomiast, by dopuszczalne było obciążenie poręczyciela dodatkowo obowiązkiem zapłaty odsetek za opóźnienie z tego tytułu, że także on opóźnia się z wykonaniem własnego zobowiązania. Byłoby to równoznaczne z pobieraniem odsetek od odsetek za opóźnienie należnych od dłużnika głównego, co prowadzi do skutku, któremu ustawodawca usiłuje zapobiec przez zakaz anatocyzmu.

Dlatego należy raczej uznać, że wyrażona w art. 879 § 1 k.c. zasada modyfikuje ogólne reguły dotyczące odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania przez poręczyciela.

c) Zarzuty poręczyciela

(1) *Zarzuty „akcesoryjne” poręczyciela i ich ograniczenia*

Realizując konsekwentnie zasadę akcesoryjności poręczenia i wzorując się na art. 635 § 1 k.z. ustawodawca postanowił w art. 883 § 1 k.c., że poręczyciel może

²⁷⁵ L. Domański, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 753.

²⁷⁶ L. Domański, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 753.

podnieść przeciwko wierzycielowi „wszelkie zarzuty”, które przysługują dłużnikowi głównemu²⁷⁷.

(i) **Problem potrącenia**

Na odrębną uwagę zasługuje wyraźne rozstrzygnięcie (wzorowane na art. 260 k.z.), zgodnie z którym poręczyciel może („w szczególności”) potrącić wierzytelność przysługującą dłużnikowi względem wierzyciela. To ostatnie zastrzeżenie wskazuje, że poręczyciel może podnieść nie tylko zarzuty przysługujące dłużnikowi z samej umowy głównej²⁷⁸ (np. zarzut przyczynienia się wierzyciela do powstania szkody²⁷⁹) – określane jako *exceptiones ex iure debitoris* - ale także zarzuty z innych stosunków²⁸⁰.

W doktrynie zwraca się uwagę, że zarzut potrącenia może spełniać wyłącznie funkcję obrony wobec wierzyciela, który zgłosił żądanie spełnienia świadczenia wobec poręczyciela²⁸¹. Nie jest natomiast dopuszczalne wcześniejsze dokonanie

²⁷⁷ **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 212; **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 29; **A. Szpunar**, *Odpowiedzialność kilku poręczycieli*, *Rejent* 1993, nr 12, s. 10; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 445-446. Także w obcych systemach prawnych możliwość podniesienia zarzutów wiąże się z ich akcesoryjnością – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2601-2602 (w prawie holdenderskim reguła ta ma charakter imperatywny w przypadku poręczyciela – nieprofesjonalisty – s. 2610).

²⁷⁸ **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 29; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 447.

²⁷⁹ **L. Stecki**, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 794; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 169; **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 30; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 447; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 883, pkt. 1.

²⁸⁰ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 447.

²⁸¹ Tak **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 162 (zdaniem autora, żądanie takie może być zgłoszone najwcześniej w chwili zawiadomienia poręczyciela – por. art. 880 k.c.); **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 883, pkt. 2.

potrącenia, ponieważ ingerowałoby ono nadmiernie w sferę prawną dłużnika głównego²⁸².

Istnienie zgoda co do tego, że podniesienie zarzutu potrącenia przez poręczyciela wywołuje takie same skutki prawne, jakie powstają, gdy potrącenia dokonuje dłużnik główny²⁸³ (wygasa zobowiązanie główne, poręczyciel nie odpowiada za skutki opóźnienia dłużnika głównego ze względu na wsteczną skuteczność potrącenia – art. 499 k.c.²⁸⁴).

Wyraźna regulacja dotycząca możliwości podniesienia zarzutu potrącenia ma istotny walor, ponieważ kwestia ta jest różnie rozstrzygana w obcych systemach prawnych. Podobne rozwiązanie przyjmowane jest w wielu obcych systemach prawnych (np. francuskim, belgijskim, greckim²⁸⁵), ale liczne są również systemy, w których poręczyciel może jedynie wstrzymać się ze spełnieniem świadczenia do czasu, w którym dłużnikowi przysługuje zarzut poręczenia (np. niemiecki § 770 ust. 2 k.c.n.²⁸⁶, prawo włoskie, holenderskie²⁸⁷, art. 121 szwajcarskiego kodeksu zobowiązań).

To ostatnie rozwiązanie przyjęte zostało także w ramach DCFR: udzielający zabezpieczenia może odmówić wykonania zabezpieczonego zobowiązania tak długo, jak dłużnik ma prawo potrącenia zabezpieczanego zobowiązania i prawa tego

²⁸² **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 162.

²⁸³ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 448; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 108-109.

²⁸⁴ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 448; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 109.

²⁸⁵ ZOb. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2608, 2609 (poręczyciel może dokonać potrącenia nawet jeżeli dłużnik zrzekł się tego zarzutu).

²⁸⁶ “§ 770 Einreden der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit (1) Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten. (2) Die gleiche Befugnis hat der Bürge, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann“.

²⁸⁷ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2608.

nie wykonał ((art. IV.G. – 2:103 (4)²⁸⁸ w zw. z art. IV.G. – 2:103 (5)²⁸⁹). Twórcy tej regulacji wychodzili z założenia, że z jednej strony poręczyciel nie może wykonać prawa potrącenia ze względu na jego osobisty charakter, a z drugiej - że nie powinien ponosić konsekwencji pasywności dłużnika²⁹⁰.

Zasadność rozwiązania przyjętego w prawie polskim może być dyskusyjna, przemawiają jednak za nim mocne argumenty, abstrahujące od kwestionowanego obecnie w doktrynie²⁹¹ uzasadnienia art. 260 k.z., będącego w omawianym zakresie pierwowzorem art. 883 § 1 k.c., które odwoływało się do okoliczności, że: „dług poręczyciela jest materialnie długiem dłużnika głównego”²⁹². Istnieją inne ważkie racje, które przemawiają za przyznaniem poręczycielowi ochrony w omawianej sytuacji. Wśród nich na czoło wysuwane jest zazwyczaj stwierdzenie, że nie jest słuszne odmówienie poręczycielowi zarzutu poręczenia dlatego, iż dłużnik nie chce z niego skorzystać, dążąc do przerzucenia ciężaru świadczenia na poręczyciela²⁹³.

Nie bez znaczenia jest tu także okoliczność, że możliwość dokonania potrącenia przysługuje zazwyczaj nie tylko dłużnikowi, ale także wierzycielowi. Wydaje się, że poręczyciel powinien być chroniony przed sytuacją, w której wierzyciel żąda od niego spełnienia świadczenia, zamiast zaspokoić się w prosty sposób przez potrącenie.

²⁸⁸ „As long as the debtor is entitled to avoid the contract from which the secured obligation arises on a ground other than those mentioned in the preceding paragraph and has not exercised that right, the security provider is entitled to refuse performance”.

²⁸⁹ „The preceding paragraph applies with appropriate adaptations if the secured obligation is subject to set-off”.

²⁹⁰ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2599-2600.

²⁹¹ **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 108 (zdaniem autora, możliwość potrącenia nie jest też wyrazem akcesoryjności).

²⁹² **R. Longchamps de Berier**, *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań*, Tom I, Warszawa 1936, s. 407 (autor zauważał, że wprowadzenie w ten sposób poręczyciel rozporządza cudzym prawem, jednakże jest to rozwiązanie „podyktowane słuszością” oraz wskazywał, że system odmienny „niemiecko-szwajcarski” doprowadza w sposób skomplikowany do tego samego rezultatu).

²⁹³ Tak **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 447-448; uzasadnienie to akceptuje **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 108-109. Por. **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 161-162 (zdaniem autora, za takim rozwiązaniem przemawia zarówno akcesoryjny charakter poręczenia, jak i wyłączenie możliwości nakazania poręczycielowi wykonania swego obowiązku, gdy dłużnik nie korzysta z tego łatwego i skutecznego środka obrony).

Warto ponadto zauważyć, że przyznanie poręczycielowi możliwości potrącenia wierzytelności przysługującej dłużnikowi może zapobiec sytuacji, w której poręczyciel żądający subrogacyjnie od dłużnika spełnionego świadczenia narazi się na zarzut potrącenia (co do zasady dłużnik może podnieść przeciwko poręczycielowi zarzuty, które przysługiwały mu przeciwko wierzycielowi).

Dyskusyjność rozwiązania przyjętego w art. 883 § 1 k.c. polega jednak na tym, że wszystkie wskazane argumenty uwzględniane są również w ramach koncepcji alternatywnej, która w miejsce możliwości dokonania przez poręczyciela potrącenia przyznaje mu prawo wstrzymania się ze spełnieniem świadczenia.

Zaletą tej drugiej koncepcji jest to, że wyłącza ona ingerencję poręczyciela w autonomię decyzyjną wierzyciela lub dłużnika głównego. Skorzystanie z poręczenia jest wszak ich prawem a nie obowiązkiem. Ponadto możliwa jest sytuacja, w której w relacji między dłużnikiem głównym a wierzycielem istnieją różne wierzytelności mogące być przedmiotem potrącenia. W takiej sytuacji w obrębie autonomii decyzyjnej wierzyciela oraz dłużnika pozostaje także wybór wierzytelności, która ma być umorzona przez potrącenie. Za wyborem tym kryć się mogą istotne racje, które zniweczyć może potrącenie dokonane przez osobę trzecią.

Z tego względu uzasadnione wydaje się odstąpienie od tradycyjnego rozwiązania znanego prawu polskiemu na rzecz koncepcji odmiennej, która przyznaje poręczycielowi prawo odmowy wykonania zobowiązania tak długo, jak dłużnik ma prawo potrącenia zabezpieczonego zobowiązania i prawa tego nie wykonał.

(ii) Problem uprawnień prawokształtujących przysługujących dłużnikowi

Wyrażone w art. 883 § 1 k.c. rozstrzygnięcie ustawodawcy dotyczące prawa potrącenia – uznawanego zwykle za prawo osobiste dłużnika - wywołało poważne wątpliwości co do możliwości powołania się przez poręczyciela na inne „zarzuty” o charakterze ściśle osobistym, takie jak np. uchylenie się od skutków oświadczenia woli złożonego pod wpływem błędu lub groźby.

Tego rodzaju zarzutów nie wymieniano w komentarzach do art. 635 k.z.²⁹⁴. L. Domański wyjaśniał zaś, że poręczyciel nie może podnieść zarzutów, które są ściśle związane z osobą dłużnika i wymieniał tu zarzut zaciągnięcia zobowiązania w stanie nieprzytomności umysłu (skutkującego nieważnością zobowiązania zgodnie z art. 31 k.z.²⁹⁵), prawo uchylenia się od skutków prawnych swego oświadczenia woli ze względu na wadę oświadczenia woli, prawo odwołania darowizny, prawo odstąpienia od umowy ze względu na zwłokę w wykonaniu zobowiązania wzajemnego albo wadę rzeczy. Autor wskazywał, że poręczyciel może powołać się na na takie zarzuty dopiero wówczas, gdy skorzysta z nich dłużnik²⁹⁶.

Pogląd taki jest reprezentowany również *de lege lata*: zdaniem niektórych autorów, poręczyciel może się powołać na taki „zarzut” wadliwości oświadczenia woli tylko wtedy, gdy dłużnik główny uchylił się od swego oświadczenia woli²⁹⁷. Reprezentowane jest jednak również stanowisko odmienne, w myśl którego z art. 883 § 1 k.c. wynika możliwość powołania się na wszelkie zarzuty, a więc także na owe „zarzuty” osobiste²⁹⁸, a wśród nich również „zarzut” odstąpienia od umowy²⁹⁹.

²⁹⁴ Zob. **J. Korzonek**, [w:] **J. Korzonek**, [w:] J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz. Tom I*, Kraków 1936, s. 87; **J. Namitkiewicz**, *Kodeks zobowiązań. Komentarz dla praktyki*, t. II, Łódź 1949, s. 486.

²⁹⁵ Z uwag autora wynika, że nieważność tę autor interpretował jako wzruszalność – zob. **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 772.

²⁹⁶ **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 772.

²⁹⁷ Tak **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1726-1727 (autor wskazuje, że sama możliwość uchylenia się od skutków oświadczenia woli przysługująca dłużnikowi, nie stanowi zarzutu przeciwko wierzycielowi dopóty, dopóki uchylenie się od skutków prawnych nie nastąpi); **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 159-160 (autor wskazuje, że nie można poprzestać na literalnej wykładni art. 883 § 1 k.c. i wzmiance o potrąceniu, ponieważ w przypadku zarzutu potrącenia przeważają elementy majątkowe nad osobistymi; dopuszczenie możliwości podniesienia tego rodzaju „zarzutów” osobistych oznaczałoby możliwość ingerencji w sferę uprawnień dłużnika głównego, tym bardziej że udzielenie poręczenia może nastąpić bez zgody dłużnika); tak też – jak się wydaje – **R. Zimmermann**, *Poręczenie cywilne*, Sopot 1998, s. 35.

²⁹⁸ Tak **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 212; **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 29-30; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 447; **L. Ogiegło**, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II, Komentarz do artykułów 450-1088*, Warszawa 2009, kom. do art. 883, pkt. 2.

²⁹⁹ Tak **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 106 (autor przytacza następujące argumenty: „Pierwsza i najważniejsza na pewno sprawa została rozstrzygnięta w samej ustawie. Poręczyciel może potrącić wierzytelność przysługującą dłużnikowi przeciw wierzycielowi (...). To rozwiązanie ustawowe wiąże nas przy rozstrzyganiu podobnych problemów. Po drugie, przemawia za tym kategorię brzmienie art. 833 § 1 k.c., który mówi o „wszelkich zarzutach”. Wiemy, że nawet zrzeczenie się ich przez dłużnika nie wiąże poręczyciela (art. 883 § 2 k.c.). Po trzecie, akcesoryjny

Reprezentowany jest również pogląd, że jak długo dłużnikowi przysługuje uprawnienie do uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia woli, tak długo poręczycielowi przysługuje dylatoryjny zarzut wadliwości oświadczenia dłużnika³⁰⁰.

W wyroku z dnia 4 grudnia 2008 r.³⁰¹ Sąd Najwyższy przychylił się do pierwszej z koncepcji³⁰².

Kwestia ta jest różnie rozstrzygana w obcych systemach prawnych. W systemach romańskich (Francja, Belgia, Włochy, Hiszpania)³⁰³ przyjmowana jest możliwość powołania się przez poręczyciela na nieważność względną umowy, z której wynika zobowiązanie główne (np. ze względu na wady oświadczenia woli).

W większości systemów prawnych możliwość taka jest jednak odrzucana (prawo niemieckie, austriackie, angielskie, holenderskie, greckie)³⁰⁴. W niektórych z nich jej ekwiwalentem jest prawo powstrzymania się ze spełnieniem świadczenia przez poręczyciela tak długo, jak dłużnikowi przysługuje tego rodzaju prawo osobiste.

charakter poręczenia skłania do szerokiego rozumienia zarzutów. Po czwarte, wierzyciel nie może wykorzystywać bierności dłużnika głównego i domagać się zapłaty od poręczyciela (np. za rzecz wadliwą)”; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 447.

³⁰⁰ Tak **L. Stecki**, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 794.

³⁰¹ I CSK 212/08, LEX nr 484727.

³⁰² W uzasadnieniu Sąd stwierdził: „...w piśmiennictwie wskazuje się (...) na pewne uprawnienia i ograniczenia o charakterze osobistym, z których mógłby skorzystać dłużnik główny, ale które nie powinny być podstawą obrony poręczyciela. Jako przykład podawane jest uprawnienie kształtujące do uchylenia się od skutków oświadczenia woli, którego poręczyciel nie może złożyć za dłużnika (mógłby natomiast powołać się na nie, jeżeli dłużnik główny je złożył). Podobnie traktowane są zarzuty dotyczące okoliczności niewpływających na istnienie, charakter i wielkość długu, lecz jedynie ograniczające odpowiedzialność osobistą dłużnika. Takie cechy ma ograniczenie wymienione w art. 883 § 3 k.c., miało je także przewidziane w art. 41 § 3 k.r.o. (w brzmieniu sprzed nowelizacji wprowadzonej od 20 stycznia 2005 r.) uprawnienie do żądania ograniczenia, a nawet wyłączenia możliwości zaspokojenia się przez wierzyciela jednego z małżonków z majątku wspólnego, podobne jest ograniczenie odpowiedzialności przewidzianej w art. 55⁴ zd. drugie k.c. (poprzednio art. 526 k.c.). Przychylając się do koncepcji, że tego rodzaju zarzuty nie mogą być przez poręczyciela skutecznie podniesione, rozważyć należy, czy zasadne jest zaliczenia do tej kategorii zarzutu przedawnienia roszczenia głównego”.

³⁰³ Co do uwag prawnoporównawczych – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2607 (w prawie francuskim jest ona przyjmowana także w razie solidarnej odpowiedzialności poręczyciela – zob. s. 2608-2609). Por. też **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 158.

³⁰⁴ Co do uwag prawnoporównawczych – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2607.

I tak np. zgodnie z § 770 k.c.n. poręczyciel nie może wykonywać uprawnień kształtujących przysługujących dłużnikowi, może jednak powstrzymać się z wypełnieniem świadczenia do czasu, gdy dłużnikowi przysługuje prawo do wzruszenia umowy. Podobne rozwiązanie przyjmuje się w prawie austriackim z tym, że możliwość dokonania potrącenia przez poręczyciela wierzytelności wzajemnej dłużnika głównego z wierzytelnością główną jest dyskusyjna³⁰⁵.

Także w Holandii poręczyciel może wyznaczyć dłużnikowi rozsądny czas w celu skorzystania z prawa unieważnienia umowy i w tym czasie może powstrzymać się od spełnienia świadczenia³⁰⁶.

Rozwiązanie takie przyjęto również w ramach DCFR. Zgodnie z regułą ogólną udzielający zabezpieczenia może w stosunku do wierzyciela podnieść wszelkie zarzuty dłużnika dotyczące zabezpieczanego zobowiązania (np. nieważność umowy, jej unieważnienie, zarzut częściowej zapłaty) (art. IV.G. – 2:103 (1)³⁰⁷). Udzielający zabezpieczenia może ponadto odmówić wykonania zabezpieczonego zobowiązania, jeżeli:

- dłużnik ma prawo odstąpienia od umowy z wierzycielem albo
- dłużnik ma prawo wstrzymania się ze spełnieniem świadczenia wzajemnego albo
- dłużnik ma prawo zakończenia stosunku umownego na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania ((art. IV.G. – 2:103 (2)³⁰⁸).

³⁰⁵ Przeważa obecnie pogląd wyłączający taką możliwość – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2608; por. jednak **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 158.

³⁰⁶ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2607.

³⁰⁷ „As against the creditor, the security provider may invoke any defence of the debtor with respect to the secured obligation, even if the defence is no longer available to the debtor due to acts or omissions of the debtor occurring after the security became effective”.

³⁰⁸ „The security provider is entitled to refuse to perform the security obligation if: (a) the debtor is entitled to withdraw from the contract with the creditor under Book II, Chapter 5 (Right of withdrawal). (b) the debtor has a right to withhold performance under III.– 3:401 (Right to withhold performance of

Może odmówić wykonania zobowiązania także tak długo, jak dłużnik ma z innych przyczyn prawo uchylenia się od umowy (np. ze względu na wadę oświadczenia woli), z której wynika zabezpieczone zobowiązanie, i prawa tego nie wykonał ((art. IV.G. – 2:103 (4)³⁰⁹); jak już wspomniano, reguła ta ma także – z odpowiednimi zmianami – zastosowanie, jeżeli zabezpieczone zobowiązanie podlega potrąceniu ((art. IV.G. – 2:103 (5)³¹⁰). W komentarzu do omawianej regulacji wskazuje się, że reguły te są wynikiem kompromisu: z jednej strony wynikają z założenia, że ze względu na osobisty charakter tych uprawnień, udzielający zabezpieczenia nie może ich wykonać osobiście, z drugiej zaś strony – uwzględniają zasadę akcesoryjności³¹¹.

Omawiane zagadnienie może być rozważane zarówno na płaszczyźnie *de lege lata* jak i *de lege ferenda*.

Co do pierwszej kwestii należy przychylić się do poglądu, że omawiane tzw. zarzuty osobiste, nie są objęte zakresem zastosowania art. 883 § 1 k.c. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że ściśle rzecz biorąc nie są to w ogóle zarzuty, lecz uprawnienia prawokształtujące, które przysługują osobiście dłużnikowi. Tak długo, jak dłużnik nie uczyni z nich użytku, jest zobowiązany do wykonania zobowiązania, a pochodną tego stanu jest sytuacja poręczyciela. Przyznanie poręczycielowi prawa do wykonania prawa kształtującego dłużnika byłoby rozwiązaniem wadliwym, ponieważ w niedopuszczalny sposób ingerowałoby w sferę autonomii dłużnika głównego. Jeżeli ustawodawca pozostawia dłużnikowi wybór np. co do uchylenia się od skutków oświadczenia woli czy też skorzystania z ustawowego prawa odstąpienia, to nie sposób uznać, że tego rodzaju decyzję podjąć może poręczyciel doprowadzając do zniwelowania stosunku między wierzycielem a dłużnikiem głównym³¹². Nie można także przyjąć, że poręczyciel

reciprocal obligation); or (c) the debtor is entitled to terminate the debtor's contractual relationship with the creditor under Book III, Chapter 3, Section 5 (Termination)".

³⁰⁹ „As long as the debtor is entitled to avoid the contract from which the secured obligation arises on a ground other than those mentioned in the preceding paragraph and has not exercised that right, the security provider is entitled to refuse performance”.

³¹⁰ „The preceding paragraph applies with appropriate adaptations if the secured obligation is subject to set-off”.

³¹¹ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2599-2560.

³¹² Na wątpliwości te trafnie zwraca uwagę **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 159.

może uchylić się od skutków oświadczenia woli albo odstąpić od umowy tylko ze skutkiem w relacji poręczyciel-wierzyciel. Omawiane uprawnienia kształtujące nie występują w ramach tego stosunku, tego rodzaju rozwiązanie wymagałoby wyraźnej podstawy ustawowej.

Wyraźna regulacja dotycząca możliwości dokonania potrącenia – bynajmniej nie przemawia za poglądem odmiennym. Należy przypomnieć, że pod rządem k.z. przyjmowano, iż „zarzut” potrącenia nie mieści się w zasadzie ogólnej z art. 635 § 1 k.z. (odpowiednik art. 883 § 1 k.z.), ponieważ dopóki potrącenie nie nastąpi, dopóty dług główny istnieje³¹³. Dlatego właśnie kwestia ta została uregulowana w sposób odrębny w art. 260 k.z. w ramach przepisów o poręczeniu. Sytuacja uległa pewnemu skomplikowaniu w kodeksie cywilnym, gdzie omawianą regułę sztucznie przeniesiono do art. 883 § 1 k.c. opatrując ją wprowadzającym „w szczególności”, co sugeruje, że potrącenie jest jednym z zarzutów. Jest to jednak rozwiązanie błędne, które nie może zmieniać istoty zagadnienia. W każdym razie argument z „potrącenia” jest argumentem zawodnym, ponieważ – na co trafnie zwraca się uwagę w doktrynie³¹⁴ – omawiane uprawnienie prawokształtujące wykazuje cechę specyficzną, polegającą na wyraźnej przewadze elementów majątkowych. Możliwość skorzystania przez poręczyciela z tego prawa ma charakter wyjątku, który nie może być rozszerzany na inne, wyraźnie od niego odbiegające uprawnienia.

Proponowana wyżej interpretacja prowadzi do wniosku, że *de lege lata* poręczyciel nie może w żaden sposób „skorzystać” z przysługującym dłużnikowi uprawnienia kształtującego do wzruszenia umowy. Nie jest to rozwiązanie prawidłowe z punktu widzenia zasady akcesoryjności i może prowadzić do niepotrzebnych komplikacji w razie skorzystania przez dłużnika z prawa do zniwelowania umowy głównej po

³¹³ Zob. motywy do art. 328 projektu części szczegółowej (E. Tilla i R. Longchamps de Berier), które przywołuje **J. Korzonek**, [w:] J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz. Tom I*, Kraków 1936, s. 1378.

³¹⁴ Tak **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1726-1727 (możliwość potrącenia wierzytelności dłużnika autor tłumaczy tym, że uprawnienie do skorzystania z zarzutu potrącenia ma charakter majątkowy, który przeważa nad osobistym charakterem tego uprawnienia; to samo autor odnosi do zarzutów z art. 566 i n. k.c.); **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 159-160 (autor wskazuje, że w przypadku zarzutu potrącenia przeważają elementy majątkowe nad osobistymi).

wykonaniu zobowiązania przez poręczyciela (poręczyciel musiałby dochodzić od wierzyciela spełnionego przezeń świadczenia jako nienależnego³¹⁵).

De lege ferenda należy zatem zaproponować przeważające w europejskich porządkach prawnych rozwiązanie, które polega na przyznaniu poręczycielowi prawa do odmowy wykonania zobowiązania tak długo, jak dłużnik ma prawo do wzruszenia umowy lub odstąpienia od niej. Potrzeba wprowadzenia tego rodzaju regulacji została już dawno temu dostrzeżona w doktrynie³¹⁶.

(iii) Problem przedawnienia

W doktrynie nie budzi wątpliwości, że poręczyciel może powołać się na zarzut przedawnienia roszczenia objętego poręczeniem³¹⁷. Jest także jasne, że przerwa biegu przedawnienia roszczenia głównego wskutek wniesienia powództwa przeciwko dłużnikowi sprawia, że roszczenie to nie ulega przedawnieniu i poręczyciel nie może się powołać na jego przedawnienie niezależnie od tego, czy powództwo zostało wniesione także przeciwko niemu³¹⁸. Nie dotyczy to oczywiście przerwy biegu wynikającej z uznania długu ze względu na art. 883 § 2 k.c.³¹⁹

³¹⁵ Tak pod rządem kodeksu zobowiązań **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 773.

³¹⁶ Zob. **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 159.

³¹⁷ **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 765; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 156; **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Paestra* 1992, nr 11-12, s. 29; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 445-446; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania. Tom II*, Warszawa 2009, kom. do art. 876, pkt 23. W orzecznictwie zob. wyrok SN z dnia 4 grudnia 2008 r., I CSK 212/08, LEX nr 484727. Podobne rozwiązanie jest przyjmowane w obcych systemach prawnych – zob. uwagi prawnoporównawcze **Ch. v. Bar**, **E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2604.

³¹⁸ Tak **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 765; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzyciela*, Sopot 1997, s. 109. Por. **L. Stecki**, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 792 (autor wskazuje, że przerwanie lub zawieszenie biegu przedawnienia w stosunku do dłużnika głównego wywiera wpływ względem poręczyciela). Podobnie w niektórych obcych systemach prawnych (m.in. francuskim i niemieckim) – zob. **Ch. v. Bar**, **E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2605.

³¹⁹ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 92.

Trzeba mieć jednak na względzie, że zobowiązanie poręczyciela jest jego własnym zobowiązaniem, co sprawia, iż roszczenie o jego wykonanie podlega własnemu przedawnieniu. Odrębność ta wyraża się m.in. w tym, że przerwanie albo zawieszenie biegu przedawnienia wierzytelności przeciwko poręczycielowi nie przerywa biegu przedawnienia roszczenia przeciwko dłużnikowi głównemu³²⁰. W rezultacie może dojść do przedawnienia roszczenia głównego, na które będzie mógł się powołać również poręczyciel³²¹.

Odrębność ta ma także skutek odwrotny: przerwanie albo zawieszenie biegu przedawnienia wierzytelności głównej nie przerywa (zawiesza) biegu przedawnienia roszczenia przeciwko poręczycielowi³²² (inaczej w prawie francuskim, szwajcarskim i włoskim³²³); to ostatnie roszczenie przedawnia się na zasadach ogólnych³²⁴. Nieco odmienne rozwiązanie przewidywał art. 637 k.z., który stanowił, że „Zobowiązanie poręczyciela przedawnia się z upływem roku od dnia wymagalności długu, za który poręczył. Przepis ten nie dotyczy poręczyciela, który zobowiązał się odpowiadać jako poręczyciel solidarny lub udzielił poręczenia za wynagrodzeniem”. Rozwiązania tego nie przejęto do kodeksu cywilnego zapewne dlatego, że według kodeksu cywilnego odpowiedzialność „jak dłużnik solidarny” ma charakter modelowy.

Wydaje się, że przywrócenie krótkiego terminu przedawnienia z art. 637 k.z. nie jest uzasadnione. Uzasadniano go tym, że zwlekając z korzystaniem z poręczenia

³²⁰ Pod rządem kodeksu zobowiązań zob. **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 765; *de lege lata* zob. wyrok SN z dnia 4 grudnia 2008 r., I CSK 212/08, LEX nr 484727 („Nie może (...) budzić wątpliwości, że wytoczenie powództwa przeciwko poręczycielowi nie przerywa biegu przedawnienia roszczenia przeciwko dłużnikowi wierzytelności zabezpieczonej poręczeniem”). Podobnie przyjęto w orzecznictwie niemieckim – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2604.

³²¹ Tak np. przyjmuje się w orzecznictwie niemieckim – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2604.

³²² Tak **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 93; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek (red.), *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 876, pkt 23.

³²³ Zob. **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 93 wraz z przypisem 94 na s. 106.

³²⁴ Zob. **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 110; **W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian**, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 604; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek (red.), *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 876, pkt 23.

wierzyciel narażałby poręczyciela na utratę praw regresowych od dłużnika głównego³²⁵. Trzeba mieć jednak na względzie, że w przypadku poręczenia solidarnego poręczyciel może zaspokoić wymagalne roszczenie wierzyciela bez potrzeby oczekiwania na jego aktywność i w ten sposób uniknąć negatywnych konsekwencji jej braku.

(2) Ograniczenia akcesoryjności w zakresie zarzutów

(i) Korzystne dla poręczyciela

W interesie poręczyciela ustawodawca ogranicza zastosowanie zasady akcesoryjności stanowiąc, że zrzeczenie się zarzutów lub uznanie roszczenia wierzyciela dokonane przez dłużnika jest bezskuteczne względem wierzyciela (art. 883 § 2 k.c., uprzednio art. 635 § 2 k.z.)³²⁶. Jest to reguła szeroko uznawana także w obcych systemach prawnych, przy czym dotyczy sytuacji, które nastąpiły po tym, jak zabezpieczenie stało się skuteczne³²⁷.

³²⁵ Zob. motywy do art. 330 projektu części szczegółowej (E. Tilla i R. Longchamps de Berier) przywoływane przez **J. Korzonek**, [w:] **J. Korzonek**, [w:] J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz. Tom I*, Kraków 1936, s. 1378; **J. Namitkiewicz**, *Kodeks zobowiązań. Komentarz dla praktyki*, t. II, Łódź 1949, s. 488; **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 777.

³²⁶ **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, Palestra 1992, nr 11-12, s. 29; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 449. Niektórzy autorzy uznają art. 883 § 1 k.c. za przejaw akcesoryjności poręczenia – pozbawienie poręczyciela w takich sytuacjach zarzutów prowadziłoby do rozszerzenia jego odpowiedzialności ponad granice zobowiązania się „poręczyciela” - **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1727; **P. Miłkaszewicz**, *Zobowiązanie del credere a umowa o świadczenie przez osobę trzecią i poręczenie – problematyka kausalności i akcesoryjności czynności prawnych*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2005, z. 4, s. 1027. Wzmianka o poręczycielu jest tu zapewne omyłką, i chodzi tu o granice zobowiązania się „dłużnika głównego”; por. też **R. Longchamps de Berier**, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 615 (autor wiązał art. 635 § 2 k.z. z zasadą wyrażoną w art. 632 § 2 k.z.).

³²⁷ Co do uwag prawnoporównawczych zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2602, 2609.

Podobną regułę przyjęto w ramach DCFR. Zgodnie z art. IV.G. – 2:103 (1)³²⁸ udzielający zabezpieczenia może w stosunku do wierzyciela podnieść wszelkie zarzuty dłużnika dotyczące zabezpieczanego zobowiązania, nawet jeżeli zarzut nie przysługuje już dłużnikowi na skutek jego działań lub zaniechań, które miały miejsce po tym, jak zabezpieczenie stało się skuteczne (np. zrzeczenie się zarzutu albo zaniechanie jego podniesienia we właściwym czasie³²⁹).

Omawiana regulacja nie nasuwa zastrzeżeń, podobnie jak wnioski wyprowadzane na jej podstawie w doktrynie. W szczególności trafny wydaje się pogląd, że niekorzystny dla dłużnika głównego wyrok co do przysługujących mu zarzutów nie uchyla dopuszczalności powołania ich przez poręczyciela względem wierzyciela³³⁰ (wynika to już z art. 371 k.c. i 375 § 2 k.c. interpretowanych *a contrario*).

(ii) Niekorzystne dla poręczyciela

Z kolei artykuł 883 § 3 k.c. (wzorowany na art. 635 § 3 k.z.) przewiduje odstępstwo od zasady akcesoryjności na niekorzyść poręczyciela³³¹, stanowiąc, że „W razie śmierci dłużnika poręczyciel nie może powoływać się na ograniczenie odpowiedzialności spadkobiercy wynikające z przepisów prawa spadkowego”.

³²⁸ „As against the creditor, the security provider may invoke any defence of the debtor with respect to the secured obligation, even if the defence is no longer available to the debtor due to acts or omissions of the debtor occurring after the security became effective”.

³²⁹ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2597.

³³⁰ **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 773; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 163 (autor wskazuje, że zgodnie z ogólnym celem normy art. 883 § 2 k.c. poręczyciel nie powinien ponosić ryzyka nieskutecznej obrony prawnej podjętej przez dłużnika); **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 449; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 883, pkt. 5.

³³¹ Tak **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 212 (choć autor stwierdza: „Dobrodziejstwo inwentarza (...) jest (...) osobistą ulgą spadkobiercy, która służy mu z mocy własnego prawa i na to dobrodziejstwo poręczyciel powoływać się nie może, gdyż dług nie uległ tu zmianie, zmienił się tylko przedmiot długu”); **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 31. Odmiennie **J. Namitkiewicz**, *Kodeks zobowiązań. Komentarz dla praktyki*, t. II, Łódź 1949, s. 474, 486 (zdaniem autora, art. 635 § 3 k.z. wynikał z zależności poręczenia od zobowiązania głównego). Odstępstwo to jest znane również prawu greckiemu i holenderskiemu – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2610.

Niekorzystne dla poręczyciela odstępstwa od zasady akcesoryjności są przewidziane – podobnie jak w wielu obcych systemach prawnych³³² - również w prawie upadłościowym i naprawczym³³³ (art. 291 ust. 1, art. 491⁷ ust. 5)³³⁴.

W literaturze sporne jest, czy poręczyciel może powołać się na inne niż wskazane w art. 883 § 3 k.c. ograniczenia odpowiedzialności osobistej dłużnika (*cum* albo *pro viribus patrimonii*)³³⁵. Stan prawny sugeruje odpowiedź pozytywną, która kłóci się jednak z funkcją poręczenia.

Kwestia jest praktycznie istotna i zasługuje na wyraźne rozstrzygnięcie *de lege ferenda*. Należy mieć przy tym na względzie, że sens poręczenia wyraża się przede wszystkim w przejęciu przez poręczyciela ryzyka związanego z niewypłacalnością dłużnika, a także innymi zdarzeniami dotyczącymi jego osoby, które mogłyby skutkować niezyskaniem przez wierzyciela pełnego zaspokojenia wierzytelności. Te racje leżą u podstaw art. 883 § 3 k.c., przepis ten został jednak ujęty zbyt wąsko.

Te same racje legły u podstaw rozwiązania przyjętego w DCFR. Zgodnie z art. IV.G. – 2:102 (1) o tym, czy i w jakim zakresie wykonanie zobowiązania udzielającego zabezpieczenia jest wymagalne w zasadzie decyduje to czy i w jakim zakresie wymagalne jest wykonanie zobowiązania dłużnika względem wierzyciela. Oznacza to, że zobowiązanie udzielającego zabezpieczenie w zasadzie nie

³³² Co do uwag prawno-porównawczych – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2592-2593.

³³³ Co do dawnego stanu prawnego zob. **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 141; wyrok SN z dnia 6 sierpnia 1998 r., I CKN 324/98, niepubl. („...art. 194 § 2 pr. upadłościowego jest przepisem szczególnym w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego, w szczególności do art. 879 § 1 oraz art. 883 kc. Ogranicza on zatem zasadę akcesoryjności poręczenia wynikającą z przepisów kodeksu cywilnego”).

³³⁴ Zob. **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 260; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 879, pkt 5; w orzecznictwie zob. wyrok SN z dnia 5 listopada 2008 r., I CSK 204/08, LEX nr 484664.

³³⁵ Pozytywnej odpowiedzi udziela **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 144-145 (autor wskazuje, że co do zasady ekonomiczne skutki niewypłacenia przez dłużnika wierzytelności głównej nie powinny w ostatecznym rozrachunku obciążać poręczyciela, lecz dłużnika w zw. z art. 518 § 1 pkt 1 k.c.). Negatywnej **Z. Radwański**, *Poręczenie. Komentarz do przepisów kodeksu cywilnego*, Warszawa 1996, s. 68-69 (autor wskazuje, że odmienne stanowisko prowadziłoby do istotnego osłabienia celu gospodarczego poręczenia; pogląd ten odnosi do dawnego art. 41 k.r.o. oraz art. 526 k.c.); co do ograniczenia z art. 55⁴ k.c. także **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 883, pkt. 7; do tego drugiego poglądu przychylił się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 grudnia 2008 r., I CSK 212/08, LEX nr 484727.

przekracza zobowiązania dłużnika, jednakże inaczej jest wtedy, gdy zobowiązania dłużnika zostały ograniczone albo wyłączone w związku z jego niewypłacalnością albo na mocy prawa, wskutek zdarzeń dotyczących osoby dłużnika (art. IV.G. – 2:102 (2)³³⁶).

Przywołane racje uzasadniają rozszerzenie formuły z art. 883 § 3 k.c. także na inne przypadki, w których zobowiązanie główne wygasa albo ulega ograniczeniu z przyczyn dotyczących osoby dłużnika głównego (por. np. art. 440 k.c.).

(iii) Zarzuty własne poręczyciela

W doktrynie nie budzi wątpliwości, że poręczyciel może powołać się również na zarzuty, które służą mu przeciwko wierzycielowi osobiście³³⁷, zarówno te wynikające z umowy poręczenia (np., może uchylić się od skutków prawnych oświadczenia woli³³⁸, powołać na zarzut przedawnienia), jak i z innych stosunków (zarzut potrącenia)³³⁹.

Warto zaznaczyć w tym kontekście, że w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, iż poręczyciel nie może uchylić się od skutków prawnych swego oświadczenia woli z powodu błędu wywołanego podstępnie przez dłużnika co do jego wypłacalności w dacie poręczenia³⁴⁰; dotyczy to także sytuacji, w której poręczenie było nieodpłatne, co wynikać ma z gwarancyjnego charakteru poręczenia³⁴¹.

³³⁶ „The security provider's obligation does not exceed the debtor's obligation. This rule does not apply if the debtor's obligations are reduced or discharged: (a) in an insolvency proceeding; (b) in any other way caused by the debtor's inability to perform because of insolvency; or (c) by virtue of law due to events affecting the person of the debtor”.

³³⁷ **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 774; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 166; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 448.

³³⁸ Zdaniem niektórych autorów może tu znaleźć zastosowanie także regulacja wyzysku (argument *a fortiori*) – zob. **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 775.

³³⁹ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 166-167; **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 29-31; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 448.

³⁴⁰ **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 30; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część*

Pogląd ten jest trafny, wydaje się jednak, że wynika to nie tyle z gwarancyjnego charakteru poręczenia, lecz z tego, że – jak już wyjaśniono - z punktu widzenia drugiej strony stosunku (wierzyciela), którego interesy bierze pod uwagę regulacja wad oświadczenia woli, poręczenie nie jest zwykle czynnością nieodpłatną, skoro wpływa na decyzję wierzyciela o zawarciu albo treści umowy z dłużnikiem³⁴², a więc decyzję o zaciągnięciu zobowiązania.

W doktrynie nie budzi też wątpliwości, że poręczyciel nie może się powołać na zarzuty ze stosunku wewnętrznego z dłużnikiem³⁴³.

Kwestie te mogą być w zadowalający sposób rozstrzygnięte w drodze wykładni i nie wymagają wyraźnej regulacji.

d) Zależność między poręczeniem a długiem głównym

(1) *Problem subsydiarności poręczenia modelowego*

Jak już wspomiano, jedną z konsekwencji zasady akcesoryjności jest to, że zobowiązanie poręczyciela staje się wymagalne z chwilą, w której wymagalny staje się dług główny.

szczegółowa, Warszawa 2004, s. 447. W orzecznictwie zob. uchwałę składu siedmiu sędziów SN z dnia 30 września 1996 r., III CZP 85/96, OSNC 1996, nr 12, poz. 153 oraz wyrok SN z dnia 18 lutego 2005 r., V CK 474/04, LEX nr 147223.

³⁴¹ **R. Kasprzyk**, *Głosa do uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 30 września 1996 r., III CZP 85/96*, Palestra 1997, nr 5-6, s. 259, 262 (zdaniem autora wynika to z istoty poręczenia jako zobowiązania gwarancyjnego); w istocie podobnie **B. Lewaszkiewicz-Petrykowska**, *Głosa do uchwały SN z dnia 30 września 1996 r., III CZP 85/96*, OSP 1997, z. 7-8, poz. 139 (zdaniem autorki, brak możliwości powołania się na podstęp dłużnika co do jego wypłacalności wynika z natury poręczenia: poręczyciel ponosi ryzyko niezapłacenia przez dłużnika, a nie tylko niemożności wykonania zobowiązania przez niego).

³⁴² Por. **B. Lewaszkiewicz-Petrykowska**, *Głosa do uchwały SN z dnia 30 września 1996 r., III CZP 85/96*, OSP 1997, z. 7-8, poz. 139 (zdaniem autorki, poręczenia nie można zakwalifikować do czynności prawnych nieodpłatnych: „Jest to specyficzna czynność prawna, która nie mieści się w wyżej wymienionej kategorii”).

³⁴³ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 167; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 449.

Większość europejskich systemów prawnych (tak np. w prawie francuskim, austriackim, holenderskim, niemieckim, greckim, portugalskim, hiszpańskim³⁴⁴) zna jednak istotne odstępstwo od tej reguły, objęte pojęciem subsydiarności (posiłkowości) poręczenia. Najogólniej rzecz ujmując, owa subsydiarność wyraża się w tym, że wierzyciel nie może zażądać wykonania zobowiązania od poręczyciela już z chwilą, w której nadszedł termin spełnienia świadczenia, lecz dopiero po spełnieniu dodatkowej przesłanki (przesłanek). Przesłanki te są ujmowane w różny sposób, co wpływa na mniejszą lub większą intensywność subsydiarności poręczenia³⁴⁵.

W niektórych krajach wierzyciel ma jedynie obowiązek zażądania wykonania zobowiązania w pierwszej kolejności od dłużnika (Austria, Holandia, Szkocja, w odniesieniu do kredytów konsumenckich także Belgia)³⁴⁶. I tak np. zgodnie z art. 7:855 § 1 kodeksu cywilnego holenderskiego poręczyciel ma obowiązek wykonania zobowiązania dopiero wtedy, gdy dłużnik go nie wykonał, co oznacza, że wierzyciel musi w pierwszej kolejności zażądać wykonania zobowiązania od dłużnika; rozwiązanie to uznawane jest za przejaw subsydiarności³⁴⁷.

W większości krajów członkowskich UE subsydiarność jest znacznie bardziej wyrazista, co wyraża się w tym, że - na zarzut poręczyciela (tzw. *beneficium excussionis* albo *discussionis*) - wierzyciel musi w pierwszej kolejności podjąć próbę uzyskania zaspokojenia w drodze powództwa i egzekucji przeciwko dłużnikowi³⁴⁸ (tak np. w prawie francuskim, niemieckim³⁴⁹, greckim, portugalskim, hiszpańskim)³⁵⁰.

³⁴⁴ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2626.

³⁴⁵ Co do uwag prawnoporównawczych zob. **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 60 i n.; **A. Szpunar**, *Uwagi o realizacji odpowiedzialności poręczyciela*, Rejent 1996, nr 11, s. 10-11.

³⁴⁶ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2628. Por. też **M. Chlamtacz**, *Problem posiłkowości (subsydiarności) poręki w polskim kodeksie zobowiązań*, RPEiS 1937, nr 1, s. 3, 5 (jest to posiłkowość bezpośrednia, ponieważ upomnienie dłużnika stanowi „fundament”, przesłankę skargi przeciwko poręczycielowi).

³⁴⁷ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2628.

³⁴⁸ Zob. **M. Chlamtacz**, *Problem posiłkowości (subsydiarności) poręki w polskim kodeksie zobowiązań*, RPEiS 1937, nr 1, s. 2; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 65 wraz z przypisem 20 na s. 99.

³⁴⁹ W większości przypadków, w których zabezpieczana jest wierzytelność pieniężna, wymagana jest jedynie próba zaspokojenia z ruchomości położonych w miejscu zamieszkania dłużnika albo prowadzenie działalności gospodarczej – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and*

W Belgii, Francji i Hiszpanii poręczyciel, który podniósł *exceptio discussionis* ma obowiązek wskazania wierzycielowi majątku dłużnika, do którego może być skierowana egzekucja³⁵¹. Poręczyciel jest zwolniony z odpowiedzialności w zakresie, w jakim wskutek niedbalstwa wierzyciel nie zaspokoił się ze wskazanego majątku³⁵².

W krajach przewidujących tego rodzaju zobowiązanie konieczność dochodzenia zaspokojenia w pierwszej kolejności od dłużnika jest wyłączona w przypadku stanu niewypłacalności dłużnika (Francja), a także gdy jest jasne, że skierowana przeciwko niemu egzekucja będzie bezskuteczna (Włochy, Niemcy, podobnie Hiszpania) albo gdy po udzieleniu zabezpieczenia dłużnik zmienił miejsce zamieszkania, pobytu albo miejsce prowadzenia działalności gospodarczej (Niemcy, Grecja) lub jego miejsce pobytu jest nieznane (Austria), jak również w razie wszczęcia postępowania upadłościowego (albo podobnego postępowania) względem dłużnika (Niemcy, Grecja, Francja, Belgia)³⁵³. W niektórych krajach (Francja, Dania) *beneficium discussionis* nie przysługuje, gdy do ogłoszenia upadłości nie doszło ze względu na to, że majątek dłużnika nie wystarcza na pokrycie kosztów postępowania³⁵⁴. Poręczyciel może się również zrzec z góry *beneficium discussionis*³⁵⁵.

W nielicznych ustawodawstwach europejskich zrezygnowano z subsydiarności poręczenia, przyjmując jako modelową zasadę solidarnej odpowiedzialności poręczyciela (tak np. we Włoszech³⁵⁶, podobnie w Anglii³⁵⁷); w niektórych systemach

Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Munich 2009, s. 2629.

³⁵⁰ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2628.

³⁵¹ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2629.

³⁵² **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2629.

³⁵³ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2630, 2631; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 73 wraz z przypisem 43 na s. 101.

³⁵⁴ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2631-2632.

³⁵⁵ Zob. **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 107 i n.

³⁵⁶ W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że zobowiązanie poręczyciela staje się wymagalne równocześnie z zobowiązaniem zabezpieczonym – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2621.

prawnych rozwiązanie takie jest przyjmowane w odniesieniu do poręczeń handlowych (Austria, Niemcy, Francja, Belgia, Portugalia³⁵⁸). Jest jednak charakterystyczne, że w systemach hołdujących zasadzie subsydiarności, praktyka kontraktowa odstępuje od tej zasady³⁵⁹.

Na to, że legislacyjna przyszłość należy raczej do poręczeń solidarnych, wskazuje regulacja DCFR. Zgodnie przyjętą tam zasadą podstawową („w braku odmiennego postanowienia”), odpowiedzialność dłużnika i udzielającego zabezpieczenia ma charakter solidarny, w związku z czym wierzyciel może wybrać, czy żąda wykonania zobowiązania od dłużnika albo - w granicach zabezpieczenia – od udzielającego zabezpieczenia (art. IV.G. – 2:105³⁶⁰). W uzasadnieniu takiego rozwiązania wskazano, że jest ono przyjmowane przez większość nowoczesnych prawodawstw, a w starszych ustawodawstwach - przez praktykę obrotu³⁶¹.

Poręczenie subsydiarne nie zeszło jednak całkowicie z pola widzenia twórców DCFR. Strony mogą postanowić, że udzielający zabezpieczenia może powołać się względem wierzyciela na subsydiarny charakter swej odpowiedzialności; taki charakter jest domniemywany w przypadku tzw. deklaracji wsparcia, a ma charakter bezwzględny w przypadku poręczenia konsumenckiego. Subsydiarność polega na tym, że przed żądaniem wykonania zobowiązania przez udzielającego zabezpieczenia, wierzyciel musi podjąć stosowne próby uzyskania zaspokojenia od dłużnika³⁶² i – ewentualnie - innych udzielających zabezpieczenia w stosunku do tego samego zobowiązania. Jednakże wierzyciel nie ma tego obowiązku o tyle, o ile uzyskanie zaspokojenia od tych osób jest „oczywiście niemożliwe”, co

³⁵⁷ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2621-2622.

³⁵⁸ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2622.

³⁵⁹ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2627.

³⁶⁰ „Unless otherwise agreed, the liability of the debtor and the security provider is solidary and, accordingly, the creditor has the choice of claiming solidary performance from the debtor or, within the limits of the security, from the security provider”.

³⁶¹ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2620.

³⁶² W komentarzu wskazuje się, że obejmuje to postępowanie egzekucyjne - **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2624.

w szczególności ma miejsce wówczas, gdy w stosunku do takiej osoby otwarto postępowanie upadłościowe (albo podobne) albo nie doszło do otwarcia takiego postępowania wskutek braku wystarczającego majątku, chyba że osoba taka udzieliła za to samo zobowiązanie zabezpieczenia rzeczowego (art. IV.G. – 2:106³⁶³). Inne przypadki, to np. sytuacja, w której przedmiot zabezpieczenia rzeczowego znajduje się poza terenem UE albo zasadniczo obniżyła się jego wartość³⁶⁴.

W świetle uwag prawnoporównawczych można z satysfakcją odnotować, że twórcy rodzimych kodyfikacji zdecydowanie wyprzedzili ducha czasu.

Kierując się krytyką oparcia subsydiarności poręczenia o uprzednią skargę przeciw dłużnikowi³⁶⁵ oraz obserwacją, że w praktyce obrotu tzw. poręczenie solidarne całkowicie wyparło poręczenie zwykłe³⁶⁶, twórcy kodeksu zobowiązań odrzucili subsydiarność poręczenia w jej najbardziej wyrazistej postaci.

Kluczowy w tej kwestii art. 633 § 2 k.z. przewidywał, że „Poręczyciel obowiązany jest wykonać zobowiązanie, za które poręczył, w ciągu tygodnia od chwili, gdy wierzyciel zawiadomił go o opóźnieniu dłużnika”. Stosownie do art. 633 § 1 k.z. zawiadomienie to powinno nastąpić niezwłocznie, a w myśl § 3 w razie spóźnionego

³⁶³ „(1) If so agreed, the security provider may invoke as against the creditor the subsidiary character of the security provider's liability. A binding comfort letter is presumed to establish only subsidiary liability. (2) Subject to paragraph (3), before demanding performance from the security provider, the creditor must have undertaken appropriate attempts to obtain satisfaction from the debtor and other security providers, if any, securing the same obligation under a personal or proprietary security establishing solidary liability. (3) The creditor is not required to attempt to obtain satisfaction from the debtor and any other security provider according to the preceding paragraph if and in so far as it is obviously impossible or exceedingly difficult to obtain satisfaction from the person concerned. This exception applies, in particular, if and in so far as an insolvency or equivalent proceeding has been opened against the person concerned or opening of such a proceeding has failed due to insufficient assets, unless a proprietary security provided by that person and for the same obligation is available”.

³⁶⁴ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2625.

³⁶⁵ Co do tej krytyki zob. np. **M. Chlamtacz**, Problem posiłkowości (subsydiarności) poręki w polskim kodeksie zobowiązań, RPEiS 1937, nr 1, s. 2 (zdaniem autora, koncepcja ta podważa cel i znaczenie poręczenia i nie odpowiada wyobrażeniom obrotu, ponieważ „Ręczyciel bierze na się obług, o ile zajdzie brak gotowości lub niemożność spełnienia obliżu przez dłużnika, lecz ani wierzyciel ani ręczyciel nie liczy na ewentualność zaspokojenia dopiero po przeprowadzeniu procesu i bezskutecznej egzekucji przeciw dłużnikowi”).

³⁶⁶ Zob. motywy do projektu części szczegółowej (art. 322), które przywołuje **J. Korzonek**, [w:] J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz. Tom I*, Kraków 1936, s. 1360.

zawiadomienia poręczyciel mógł żądać od wierzyciela naprawienia szkody, jaką wskutek tego poniósł (w doktrynie wymieniano tu np. dodatkowe odsetki zwłoki³⁶⁷).

W założeniu projektodawców w ten sposób poręczenie miało zabezpieczać nie tylko wykonanie zobowiązania, ale także terminowe wykonanie zobowiązania³⁶⁸.

Zdaniem niektórych autorów, było to równoznaczne z przyjęciem „w pewnej mierze” zasady posiłkowości poręki³⁶⁹. Ową ograniczoną posiłkowość dostrzegano w tym, że poręczyciel obowiązany jest wykonać zobowiązanie dłużnika dopiero wówczas, gdy dłużnik główny popadł w opóźnienie z zapłatą długu³⁷⁰: „Ze względów praktycznych oraz zgodnie z domniemaną wolą stron zobowiązanie poręczyciela staje się wymagalnym nie z chwilą opóźnienia dłużnika głównego lecz dopiero po upływie tygodnia od chwili, gdy wierzyciel zawiadomił poręczyciela o opóźnieniu dłużnika”³⁷¹. Uzależnienie obowiązku poręczyciela od otrzymania zawiadomienia tłumaczono tym, że nie można wymagać od poręczyciela, aby się dowiadywał, czy dłużnik nie popadł w opóźnienie, natomiast tygodniowe respiro uzasadniano wskazując, że strony przy objęciu poręczenia wychodzą normalnie z założenia, że

³⁶⁷ Zob. **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 761-762 (autor wskazywał, że szkoda z art. 633 § 3 k.z. obejmuje nie tylko szkodę pozytywną poniesioną przez poręczyciela (np. wynikającą z niewypłacalności dłużnika, która nastąpiła po czasie, w którym poręczyciel powinien był otrzymać zawiadomienie), ale także szkodę negatywną, którą poręczyciel poniósłby, gdyby był zmuszony zapłacić wierzycielowi to, czego nie byłby obowiązany zapłacić w razie zawiadomienia go o opóźnieniu się dłużnika w czasie właściwym; wymieniał tu m.in. odsetki zwłoki, gdyż w razie zawiadomienia poręczyciela o opóźnieniu się dłużnika, poręczyciel mógłby wykonać zobowiązanie dłużnika bez dalszych odsetek zwłoki. „Chociażby więc wierzyciel uzyskał wyrok przeciwko dłużnikowi i przeprowadził bezskuteczną egzekucję, poręczyciel obowiązany jest wykonać zobowiązanie tylko w takim stanie, w jakim było ono, gdyby w czasie właściwym (...), poręczyciel był zawiadomiony o opóźnieniu się dłużnika z zapłatą długu, z odsetkami zwłoki od dnia rzeczywistego zawiadomienia poręczyciela o opóźnieniu się dłużnika. Wszystko to, czegoby żądał wierzyciel od poręczyciela ponad stan zobowiązania dłużnika w chwili, w której poręczyciel powinien był otrzymać zawiadomienie o opóźnieniu się dłużnika, byłoby ze szkodą dla poręczyciela, której on, w myśl § 3 art. 633 Kod. Zob. z winy wierzyciela ponosić nie może (...) Nie może (...) powód żądać od pozwanego zasądzenia tego, co musiałby sam zwrócić pozwanemu z tytułu poniesionej przez niego szkody”).

³⁶⁸ Zob. motywy do projektu części szczegółowej (art. 322), które przywołuje **J. Korzonek**, [w:] J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz. Tom I*, Kraków 1936, s. 1361.

³⁶⁹ **E. Drozd**, *Z problematyki wielości poręczycieli w świetle kodeksu cywilnego*, NP 1971, nr 1, s. 22; por. też **A. Szpunar**, *Uwagi o realizacji odpowiedzialności poręczyciela*, Rejent 1996, nr 11, s. 11; por. także **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 213 (zdaniem autora, unormowanie art. 633 k.z. pozbawione jest cechy subsydiarności w rozumieniu odpowiedzialności poręczyciela w drugim rzędzie).

³⁷⁰ **R. Longchamps de Berier**, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 613. Opóźnienie obejmowało – zgodnie z art. 243 k.z. – także przypadek niedochowania terminu, będący następstwem okoliczności, za które dłużnik nie odpowiada – zob. **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 760.

dłużnik dług spłaci i że zobowiązanie poręczyciela jest tylko ewentualne; w razie opóźnienia należy dać szansę poręczycielowi bądź do skłonienia dłużnika do zapłaty, bądź do przygotowania sobie środków, potrzebnych do spełnienia świadczenia³⁷².

Już wkrótce po wejściu w życie kodeksu zobowiązań kwestia stała się jednak sporna, gdyż w doktrynie wyrażono pogląd, że kodeks ten nie przewiduje w ogóle posiłkowości poręczenia zwykłego³⁷³. Zwolennicy tego zapatrywania wyjaśniali, że tygodniowe odroczenie obowiązku zapłaty poręczyciela przewidziane w art. 633 § 2 k.c. nie stanowi wyrazu posiłkowości poręczenia, gdyż w niczym nie zmienia wymagalności długu z poręczenia, który – jako dług akcesoryjny – jest wymagalny z chwilą zwłoki dłużnika³⁷⁴. W ich ocenie także sankcja odszkodowawcza związana z brakiem zawiadomienia nie wiązała się z zagadnieniem posiłkowości poręczenia, lecz stanowiła zagadnienie tzw. *diligentia in exigendo* wierzyciela: odpowiedzialność ta wchodziła w rachubę także w przypadku poręczenia solidarnego³⁷⁵.

Zasada wyrażona w art. 633 § 2 k.z. nie miała charakteru bezwzględnie wiążącego; art. 633 § 4 k.z. przewidywał, że jeżeli poręczyciel zobowiązał się jako poręczyciel solidarny lub udzielił poręczenia za wynagrodzeniem, winien był „na żądanie wierzyciela wykonać zobowiązanie, za które poręczył, z chwilą gdy stało się wymagalne”. W świetle przeważającego poglądu oznaczało to, że obowiązek świadczenia poręczyciela pojawiał się wraz z samym nastaniem wymagalności długu

³⁷¹ R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 613.

³⁷² R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 613; podobnie L. Domański, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 761.

³⁷³ M. Chlamtacz, Problem posiłkowości (subsydiarności) poręki w polskim kodeksie zobowiązań, RPEiS 1937, nr 1, s. 5-6, 11 (zdaniem autora, zaniechanie obowiązku zawiadomienia poręczyciela nie krępowało wierzyciela w sądowym wystąpieniu przeciwko poręczycielowi z pominięciem dłużnika, „zwłaszcza że doręczenie skargi ręczycielowi jest chyba bardzo dosadnym zawiadomieniem ręczyciela o opóźnieniu się dłużnika, wskutek czego, ręczyciel, w braku zawiadomienia (...) na oddalenie wierzyciela liczyć nie może a przecież celem posiłkowości jest oddalić na razie od ręczyciela grożące mu sądowe dochodzenie roszczenia, podczas gdy sankcja Kodeksu zobowiązań w ten moment nie trafia i groźby procesu przeciwko ręczycielowi nie uchyla”; autor wskazywał też, że także jeżeli sprawa rozgrywa się poza sądem, zawiadomienie poręczyciela o opóźnienia może mieć tylko tę wartość, iż poręczyciel starać się będzie skłonić dłużnika do zapłaty lub sam przygotuje się do tej zapłaty: te względy mają jednak znaczenie uboczne i mogą być zrealizowane także po wytoczeniu powództwa przeciwko poręczycielowi).

³⁷⁴ M. Chlamtacz, Problem posiłkowości (subsydiarności) poręki w polskim kodeksie zobowiązań, RPEiS 1937, nr 1, s. 11-12 (zdaniem autora, „tygodnione respiro wymagalności nie ogranicza i obowiązku zapłaty nie wstrzymuje, a wskazuje jedynie na tygodniowy czasokres wykonania” – s. 7).

³⁷⁵ M. Chlamtacz, Problem posiłkowości (subsydiarności) poręki w polskim kodeksie zobowiązań, RPEiS 1937, nr 1, s. 7, 12.

głównego³⁷⁶. Niektórzy autorzy, interpretując literalnie art. 633 § 4 k.z., wskazywali, że niezbędne było ponadto skierowanie przez wierzyciela do poręczyciela żądania wykonania zobowiązania³⁷⁷, uznając jednak takie wymaganie za dyspozytywne³⁷⁸. Konsekwencją tego poglądu było m.in. stwierdzenie, że zwłoka dłużnika ma skutek względem poręczyciela solidarnego dopiero od chwili zażądania od niego przez wierzyciela wykonania zobowiązania za dłużnika³⁷⁹.

Z drugiej strony przyjmowano, że w razie zaniechania przez wierzyciela czynności z art. 633 k.z., poręczyciel może zażądać od dłużnika, żeby uiścił dług już wymagalny, a gdyby tego nie uczynił dłużnik, może dokonać zapłaty za dłużnika, jeżeli chce zwolnić się z poręczenia; w razie odmowy przyjęcia długu przez wierzyciela, poręczyciel może złożyć dług do depozytu sądowego i w ten sposób zwolnić siebie i dłużnika od odpowiedzialności³⁸⁰.

Na podstawie art. 633 k.z. na gruncie kodeksu zobowiązań odróżniano poręczenie zwykłe (posiłkowe) i poręczenie solidarne³⁸¹.

Sytuacja uległa zmianie z chwilą wejścia w życie kodeksu cywilnego. W doktrynie wskazuje się, że twórcom kodeksu cywilnego miał przyświecać cel w postaci uproszczenia „niepotrzebnie skomplikowanych” rozwiązań kodeksu zobowiązań³⁸², co także współcześnie uznaje się za wybór trafny³⁸³. Zgodnie z art. 881 k.c. „W braku

³⁷⁶ Tak **R. Longchamps de Berier**, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 614; **J. Korzonek**, [w:] J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz. Tom I*, Kraków 1936, s. 1374.

³⁷⁷ **J. Namitkiewicz**, *Kodeks zobowiązań. Komentarz dla praktyki*, t. II, Łódź 1949, s. 484; **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 762 (zdaniem autora „Gdyby wierzyciel bez uprzedniego żądania wykonania zobowiązania zapozwał poręczyciela, a ten, po otrzymaniu odpisu pozwu, wykonał niezwłocznie zobowiązanie głównego dłużnika, w takim razie poręczyciel mógłby domagać się oddalenia pozwu, jako przedwcześnie wniesionego).

³⁷⁸ **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 763 (zdaniem autora, wymaganie takie nie ma zastosowania, jeżeli poręczyciel zwolnił wierzyciela od obowiązku uprzedniego żądania od niego wykonania zobowiązania dłużnika, albo jeżeli poręczyciel solidarny zobowiązał się wykonać to zobowiązanie niezwłocznie po nastąpieniu jego wykonalności).

³⁷⁹ **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 764.

³⁸⁰ **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 768.

³⁸¹ Zob. motywy do projektu części szczegółowej (art. 322), które przywołuje **J. Korzonek**, [w:] J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz. Tom I*, Kraków 1936, s. 1360; **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 760; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 76.

³⁸² Tak **A. Szpunar**, *Uwagi o realizacji odpowiedzialności poręczyciela*, Rejent 1996, nr 11, s. 12.

³⁸³ Tak **A. Szpunar**, *Uwagi o realizacji odpowiedzialności poręczyciela*, Rejent 1996, nr 11, s. 14 (zdaniem autora, usunięcie dualizmu między poręczeniem zwykłym i solidarnym było słuszne).

odmiennego zastrzeżenia poręczyciel jest odpowiedzialny jak współdłużnik solidarny”.

Formułowane na tle tego przepisu poglądy są dalekie od zgodności. Wprawdzie przeważnie wskazuje się, że art. 881 k.c. wyraża zasadę solidarnej odpowiedzialności poręczyciela, co oznacza, że poręczenie nie ma obecnie charakteru subsydiarnego, lecz równorzędny³⁸⁴, ze skutkiem wynikającym z art. 366 § 1 k.c.³⁸⁵, nadal jednak napotkać można poglądy, iż w k.c. nie doszło do całkowitego zerwania z zasadą posiłkowości³⁸⁶; zdaniem niektórych autorów w ustawodawstwie polskim posiłkowość poręczenia stanowi wręcz normatywną cechę tej instytucji³⁸⁷. Elementów posiłkowości zwolennicy tego poglądu dopatrują się przede wszystkim w art. 880 k.c., który stanowi, że „Jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia, wierzyciel powinien zawiadomić o tym niezwłocznie poręczyciela”. W ich ocenie, zawiadomienie to stanowi dodatkową przesłankę wymagalności zobowiązania poręczyciela³⁸⁸ (ma ono wyrażać wolę wierzyciela, iż zamierza on

³⁸⁴ **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1708; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 441; **W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian**, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 604; **G. Tracz**, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2001, s. 198-199.

³⁸⁵ **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 881, pkt 2. Por. **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 85-86 (autor zastrzega, że reguła ta doznaje modyfikacji w związku z art. 880 k.c.: „Wymóg uprzedniego zawiadomienia ma ten skutek, że przysługujące wierzycielowi prawo wyboru między dłużnikiem głównym i poręczycielem solidarnym zostaje tu niejako „przesunięte w czasie”, ale raz powstałe – rodzi skutki prawne przewidziane normą art. 366 § 1 k.c.”).

³⁸⁶ **A. Szpunar**, *Uwagi o realizacji odpowiedzialności poręczyciela*, Rejent 1996, nr 11, s. 14.

³⁸⁷ Zob. **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 68-69 (zdaniem autora, samo bardzo ogólne „aby nie powiedzieć ogólnikowe” odesłanie do reguł solidarności biernej w art. 881 k.c. nie przesądza eliminacji subsydiarności; autor przyjmuje, że obowiązek świadczenia dłużnika i poręczyciela powstaje w dwóch różnych momentach „Przedziela je przecież okres opóźnienia dłużnika głównego. (...) Dystans czasowy wyznaczony okresem opieszałości dłużnika, oddzielający powstanie obowiązku głównego i obowiązku z poręczenia, zdaje się dostatecznie przesądzać o posiłkowym charakterze odpowiedzialności poręczyciela solidarnego”; ponadto autor uznaje, że powinność poręczycielska staie się aktualna dopiero po zawiadomieniu go o opóźnieniu dłużnika; posiłkowość poręczenia dopatruje się także w przyznaniu poręczycielowi prawa dokonania potrącenia *ex iure debitoris*).

³⁸⁸ Tak np. **L. Stecki**, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 787-788, 791, 792 (autor wskazuje, że „Obowiązek poręczyciela co do spełnienia świadczenia aktualizuje się już z chwilą wystąpienia opóźnienia dłużnika i zawiadomienia go o tym przez wierzyciela”; „Opóźnienie poręczyciela występuje więc dopiero wówczas, gdy nie spełni on świadczenia niezwłocznie po otrzymaniu zawiadomienia o niespełnieniu zobowiązania we właściwym czasie przez dłużnika głównego”; „Obowiązek poręczyciela aktualizuje się dopiero z chwilą powiadomienia go przez wierzyciela o wystąpieniu opóźnienia dłużnika”); **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 45-46, 68 i n.; **A. Szpunar**, *Uwagi o realizacji odpowiedzialności poręczyciela*, Rejent

uzyskać odpowiednie świadczenie od poręczyciela³⁸⁹). Uzależnienie dochodzenia roszczenia wierzyciela w stosunku do poręczyciela od stosownego zawiadomienia go o opóźnieniu dłużnika głównego - właściwe tylko prawu polskiemu³⁹⁰ - stanowić ma „oryginalną próbę legislacyjną w dziedzinie urzeczywistnienia idei posiłkowości poręczenia”³⁹¹.

Argument z art. 880 k.c. jest odzucany przez zwolenników poglądu odmiennego, którzy uznają, że naruszenie obowiązku z art. 880 k.c. powoduje jedynie odpowiedzialność odszkodowawczą wierzyciela wobec poręczyciela za niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku³⁹².

Kwestia jest sporna również w judykaturze³⁹³.

1996, nr 11, s. 15; **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 28; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wiarygodności*, *KPP* 1992, z. 1-4, s. 169; **L. Ogiełto**, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II, Komentarz do artykułów 450-1088*, Warszawa 2009, kom. do art. 881, pkt. 2; tak też – jak się wydaje – **J. Gołaczyński**, [w:] E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2008, kom. do art. 881, pkt 3.

³⁸⁹ **L. Stecki**, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 791; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 47.

³⁹⁰ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 70.

³⁹¹ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 70.

³⁹² Tak np. **A. St. Waźbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, *PUG* 1964, nr 8-9, s. 213; **A. Ohanowicz**, [w:] A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970, s. 497, 498; **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1722; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 444; **W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian**, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 604; **G. Tracz**, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2001, s. 198-199 (jednakże w innym miejscu wśród zarzutów osobistych poręczyciela autor wymienia zarzut niepoinformowania poręczyciela zgodnie z art. 880 k.c. – s. 202).

³⁹³ **W niektórych orzeczeniach Sąd Najwyższy ujmuje zawiadomienie poręczyciela, jako dodatkową przesłankę wymagalności jego zobowiązania** - zob. wyrok SN z dnia 5 lipca 2007 r., II CSK 136/07, LEX nr 287717 („Odpowiedzialność poręczyciela jest (...) akcesoryjna, lecz nie subsydiarna; innymi słowy, wierzyciel nie musi oczekiwać na możliwość skutecznego zaspokojenia jego roszczeń w całości lub w części przez dłużnika głównego i dopiero w razie nieuzyskania takiego zaspokojenia, występować z roszczeniem przeciwko poręczycielowi. Przeciwnie, skoro według art. 881 k.c. odpowiedzialność poręczyciela kształtuje się, w braku odmiennego zastrzeżenia, jak odpowiedzialność współdłużnika solidarnego, to wierzyciel może, w razie niewykonania zobowiązania przez dłużnika głównego, skierować roszczenie przeciwko poręczycielowi. Aby odpowiedzialność poręczyciela stała się aktualna, konieczne jest zatem łączne nastąpienie dwóch przesłanek: niespełnienie świadczenia przez dłużnika głównego w terminie, a także niezwłoczne zawiadomienie poręczyciela przez wierzyciela o tym fakcie (art. 880 k.c.)”). Tak też *implicite* SN w wyroku z dnia 15 lutego 2007 r., II CSK 372/06, OSP 2009, z. 3, poz. 35 („W rozpatrywanej sprawie należało przyjąć, że w dniu wykonania zobowiązania poręczycielskiego roszczenie wierzyciela (Banku) wobec poręczyciela z pewnością było już wymagalne. Dłużnik główny (SP ZOZ) nie wykonał zobowiązania (art. 876 § 1 k.c.) i wierzyciel zawiadomił poręczyciela o opóźnieniu dłużnika głównego (art. 880 k.c.)”). **Przeważa jednak stanowisko przeciwne** – zob. wyrok SN z dnia 3 marca 1971 r., II CR 8/71, OSN

Wyjaśnienie omawianej kwestii jest niezbędne dla oczyszczenia pola dla sformułowania właściwych uwag *de lege ferenda*.

Z góry należy zaznaczyć, że istniejące w doktrynie i orzecznictwie wątpliwości są w znacznej mierze wynikiem zbyt lakonicznego sformułowania obowiązujących przepisów.

Warto także wspomnieć, że w rozważaniach dotyczących omawianej kwestii istotne jest nie tyle to, czy regulacja kodeksu cywilnego zawiera elementy posiłkowości poręczenia (pojęcie to może być wszak różnie rozumiane), lecz to, jakie są przesłanki odpowiedzialności poręczyciela.

Podstawowej wskazówki w tym zakresie rzeczywiście dostarcza już sam art. 876 § 1 k.c., który wskazuje, że przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał. Wynika stąd jasno, że odpowiedzialność poręczyciela aktualizować się może najwcześniej z chwilą opóźnienia dłużnika w wykonaniu

1971, nr 11, poz. 183 („Zaniedbanie przez wierzyciela obowiązku zawiadomienia poręczyciela o opóźnieniu się dłużnika ze spełnieniem świadczenia nie przekreśla obowiązku poręczyciela w spełnieniu tego świadczenia, równocześnie jednak zobowiązuje wierzyciela do wyrównania poręczycielowi szkody, która może polegać na tym, że wskutek spóźnionego zawiadomienia o opóźnieniu się dłużnika z zapłatą długu zwrotne roszczenie poręczyciela do dłużnika zostało udaremnione z przyczyny jego niewypłacalności, zaszłej po czasie, w którym poręczyciel powinien był otrzymać zawiadomienie”); wyrok SN z dnia 9 czerwca 1997 r., I CKN 108/97, niepubl.; wyrok SN z dnia 12 grudnia 2001 r., III CKN 28/01, LEX nr 358775 („Zobowiązanie poręczyciela staje się wymagalne z chwilą wymagalności długu głównego, to jest z chwilą opóźnienia się dłużnika głównego ze spełnieniem świadczenia. Według przeważającego w piśmiennictwie przedmiotu zapatrywania, które należy podzielić, zawiadomienie poręczyciela o opóźnieniu się dłużnika (art. 880 k.c.) nie stanowi przesłanki wymagalności zobowiązania poręczyciela chyba, że strony postanowiły inaczej, uzależniając w umowie, (która w sprawie niniejszej nie była przedmiotem oceny sądu w tym aspekcie) powstanie wymagalności długu z poręczenia od zawiadomienia poręczyciela o opóźnieniu dłużnika lub od innych zdarzeń”); wyrok SN z dnia 21 października 2004 r., V CK 124/04, LEX nr 146394 („Z przepisu art. 880 k.c. nie wynika (...), aby opóźnienie wierzyciela w zawiadomieniu poręczyciela o opóźnieniu się dłużnika głównego ze spełnieniem świadczenia wyłączało wprost obowiązek wykonania zobowiązania przez poręczyciela”); wyrok z dnia 11 grudnia 2009 r., V CSK 215/09, niepubl. („Nawet więc gdyby uznać, że brak zawiadomienia poręczyciela o niespłaceniu długu przez dłużnika jest warunkiem powstania jego odpowiedzialności, do czego treść art. 880 k.c. nie daje podstaw, to i tak w rozpoznawanej sprawie nie istnieją związek przyczynowy pomiędzy brakiem zawiadomienia pozwanego a niespłaceniem przez niego należności, za które poręczył”); zob. także wyrok SA w Katowicach z dnia 29 stycznia 2004 r., I ACa 401/03, LEX nr 175232 („W braku (...) przeciwnego zastrzeżenia poręczenie ma charakter akcesoryjny, a nie subsydiarny, co oznacza to, że poręczyciel odpowiada jak współdłużnik solidarny (art. 881 k.c.), a zatem jego dług staje się wymagalny z chwilą, gdy dłużnik główny opóźni się ze spełnieniem swego świadczenia. Z tego wynika, że niezawiadomienie poręczyciela o opóźnieniu dłużnika głównego pozostaje bez wpływu na wymagalność roszczenia”).

zobowiązania. Wniosek taki potwierdza pośrednio art. 880 k.c., wiążący obowiązek zawiadomienia poręczyciela z opóźnieniem dłużnika.

Rozwiązanie takie wyklucza pełną równorzędność zobowiązania dłużnika głównego i poręczyciela. Wyraża się to przede wszystkim w tym, że w razie poręczenia za dług, którego termin płatności nie został oznaczony albo jeżeli płatność długu zależy od wypowiedzenia, wierzyciel nie może wezwać do spełnienia świadczenia tylko poręczyciela (por. art. 455 k.c.) albo skierować do niego wypowiedzenia (por. np. art. 723 k.c.). Zobowiązanie poręczyciela staje się wymagalne dopiero z chwilą opóźnienia dłużnika, co potwierdza pośrednio także art. 882 k.c.

Rozwiązanie wyrażone w art. 876 § 1 k.c. jest zatem równoznaczne z pewnym wyłomem w zasadzie, że zobowiązanie poręczyciela staje się wymagalne z chwilą wymagalności zobowiązania dłużnika (pod warunkiem, że wymagalność utożsamia się z chwilą, w której wierzyciel może wezwać dłużnika do spełnienia świadczenia w myśl art. 455 k.c., a nie z terminem spełnienia świadczenia). Nie przekłada się to jednak na istotne różnice jeżeli chodzi o chwilę opóźnienia dłużnika głównego i poręczyciela. Otóż, z art. 476 k.c. wynika m.in., że o opóźnieniu się dłużnika można mówić wówczas, gdy nie spełnia on świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Różnica między terminem wykonania zobowiązania przez dłużnika głównego oraz wymagalnością długu poręczyciela jest w istocie śladowa i sprowadza się do tzw. logicznej sekundy: jeżeli np. termin spełnienia świadczenia oznaczono na określony dzień na chwilę wybicia godziny 12.00, wierzyciel może żądać spełnienia świadczenia od dłużnika z chwilą wybicia tej godziny, a o od poręczyciela – po upływie sekundy.

W tej sytuacji można mówić jedynie o bardzo ograniczonej subsydiarności poręczenia³⁹⁴. Inaczej byłoby natomiast wówczas, gdyby uznać, że dodatkową przesłanką wymagalności zobowiązania poręczyciela jest wymagane przez ustawodawcę zawiadomienie (art. 880 k.c.).

³⁹⁴ Por. jednak **Z. Radwański**, *Recenzja pracy M. Bączyka pt. „Odpowiedzialność cywilna poręczyciela”*, PiP 1983, z. 12, s. 113 (zdaniem autora, o subsydiarności poręczenia świadczyłby dopiero wymóg uprzedniego dochodzenia roszczenia od dłużnika głównego).

Wydaje się jednak, że kształt obowiązującej regulacji nie dostarcza wystarczających argumentów na rzecz tej ostatniej interpretacji. Przeciwno niej przemawia wyraźnie wykładnia historyczna: kodeks cywilny nie przejął – choćby w zmodyfikowanej postaci - art. 633 § 2 k.z., który wyraźnie uzależniał obowiązek wykonania świadczenia przez poręczyciela od zawiadomienia o opóźnieniu.

Uznanie zawiadomienia z art. 880 k.c. za dodatkową przesłankę samo przez się nie zapewnia istotnej ochrony interesów poręczyciela³⁹⁵, nawet jeżeli między chwilą wymagalności zobowiązania dłużnika głównego a zawiadomieniem może upłynąć dłuższy czas³⁹⁶. Jest wszak jasne, że z chwilą wystąpienia z żądaniem wykonania zobowiązania przeciwko poręczycielowi dodatkowa przesłanka z art. 880 k.c. byłaby zawsze spełniona³⁹⁷ (żądanie zawiera w sobie zawiadomienie, co dotyczy także doręczenia pozwu³⁹⁸). O zakresie odpowiedzialności poręczyciela – zgodnie z zasadą ogólną z art. 879 § 1 k.c. – decydowałby wówczas tak czy inaczej zakres zobowiązania dłużnika, co oznacza *prima facie* także obowiązek zapłaty przez

³⁹⁵ Trafnie zwracał na to uwagę już pod rządem art. 633 § 2 k.z. M. Chlamtacz, *Problem posiłkowości*, s. 4-10; zob. też orzeczenie SN z dnia 5 marca 1954 r., I C 855/53, OSN 1955, nr 1, poz. 27; podobnie **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 261 (autor wskazuje, że w praktyce oba stanowiska prowadzą do zbliżonych skutków; uznanie, że zawiadomienie stanowi przesłankę odpowiedzialności poręczyciela nie chroni poręczyciela w przypadku, gdy pozwie go wierzyciel bez uprzedniego żądania zapłaty, ponieważ najprawdopodobniej sąd zinterpretuje fakt doręczenia pozwu poręczycielowi jako żądanie od niego zapłaty).

³⁹⁶ Zob. **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 71 (autor wskazuje, że „Obowiązek spełnienia świadczenia przez poręczyciela powstaje dopiero w dalszej kolejności, gdyż chwilę wymagalności długu głównego i świadczenia poręczyciela przedziela zawsze (...) dystans czasowy. Zostaje on określony okresem opóźnienia dłużnika, okresem niezbędnym do wystosowania zawiadomienia do adresata, a ponadto – ewentualnym oznaczeniem przez wierzyciela terminu wypełnienia powinności poręczycielskiej. W poszczególnych wypadkach mógłby to być wcale niekrótki okres, na co złożyć mogłyby się okoliczności obiektywne, jak i subiektywne, tj. zależne od woli wierzyciela (np. miejsce zamieszkania poręczyciela, sposób, czas i forma wystosowania zawiadomienia”).

³⁹⁷ Zwraca na to uwagę **Z. Radwański**, *Recenzja pracy M. Bączyka pt. „Odpowiedzialność cywilna poręczyciela”*, PiP 1983, z. 12, s. 113 (wobec tego autor zgłasza wątpliwość co do tego, jak w praktyce miałby być realizowany zarzut przedwczesnego wniesienia pozwu).

³⁹⁸ Tak pod rządem art. 633 k.z. **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 761 (autor wskazywał, że wręczenie odpisu pozwu jest równoznaczne z zawiadomieniem poręczyciela o opóźnieniu dłużnika); *de lege lata* zob. **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 53 (autor wskazuje, że każde definitywnie sformułowane żądanie wykonania zobowiązania skierowane do poręczyciela musi być zawsze traktowane jako zawiadomienie z art. 880 k.c.; odnosi się to także do doręzonego poręczycielowi pozwu wierzyciela). W orzecnictwie zob. wyrok SN z 10 października 2003 r., II CK 84/02, LEX nr 84406 („...zawiadomienie poręczyciela z art. 880 k.c. niewątpliwie dochodzi również do skutku, gdy wierzyciel żąda zapłaty w postaci pozwu. W takim przypadku przyjąć należy, że poręczyciel został zawiadomiony w chwili, gdy doręczono mu odpis pozwu”).

poręczyciela odsetek narosłych w czasie między rozpoczęciem opóźnienia dłużnika a zawiadomieniem poręczyciela.

Sytuacja przedstawiałaby się inaczej, gdyby przychylić się do poglądu³⁹⁹, że niezależnie od konsekwencji opóźnienia dłużnika obciążających poręczyciela na podstawie art. 879 § 1 k.c., poręczyciel ponosi konsekwencje własnego opóźnienia na podstawie art. 471 i n., tzn. np. oprócz odsetek za opóźnienie należnych od dłużnika głównego (art. 879 § 1 k.c.) ma obowiązek zapłaty odsetek za opóźnienie w wykonaniu własnego zobowiązania (art. 481 k.c.). W takim przypadku stwierdzenie, że o opóźnieniu poręczyciela można mówić dopiero z chwilą zawiadomienia go o opóźnieniu dłużnika zgodnie z art. 880 k.c., miałoby istotne znaczenie, ponieważ poręczyciel nie byłby zobowiązany do zapłaty odsetek za własne opóźnienie do chwili zawiadomienia (byłby natomiast nadal zobowiązany do zapłaty odsetek za opóźnienie należnych od dłużnika). Pogląd ten wydaje się jednak nieuprawniony w świetle art. 879 § 1 k.c. i został odrzucony w toku wcześniejszych rozważań.

Do podobnego rezultatu może prowadzić zresztą zapatrywanie, w myśl którego zawiadomienie z art. 880 k.c. nie stanowi przesłanki wymagalności zobowiązania poręczyciela. Także bowiem zwolennicy tego zapatrywania przyjmują, że naruszenie obowiązku zawiadomienia pociąga za sobą odpowiedzialność odszkodowawczą wierzyciela wobec poręczyciela⁴⁰⁰. Wprawdzie art. 880 k.c. – inaczej niż art. 633 § 3 k.z. - nie wspomina o takiej odpowiedzialności odszkodowawczej, jednakże takie rozwiązanie uznaje się za prawidłowe, ponieważ odpowiedzialność odszkodowawcza wynika z zasad ogólnych⁴⁰¹. W doktrynie wskazuje się, że odpowiedzialnością tą

³⁹⁹ Por. **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 142-143.

⁴⁰⁰ Tak np. **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 213; **A. Ohanowicz**, [w:] A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970, s. 497, 498; **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1722; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 444; **W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian**, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 604; **G. Tracz**, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2001, s. 198-199 (jednakże w innym miejscu wśród zarzutów osobistych poręczyciela autor wymienia zarzut niepoinformowania poręczyciela zgodnie z art. 880 k.c. – s. 202).

⁴⁰¹ **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 213; odpowiedzialność taką dopuszcza się powszechnie w doktrynie – zob. **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1721; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 148.

może być objęta np. szkoda wynikająca z narastania odsetek albo z tego, że dłużnik stał się w międzyczasie niewypłacalny, co ma znaczenie w kontekście art. 518 k.c.⁴⁰².

Pogląd ten jest prawidłowy. W razie niedopełnienia przez wierzyciela obowiązku zawiadomienia – równoznacznego ze zwolnieniem poręczyciela z konieczności czuwania nad tym, czy dłużnik spełnił świadczenie w terminie⁴⁰³ - poręczyciel będzie mógł dowodzić, że gdyby został należycie zawiadomiony, wykonałby niezwłocznie zobowiązanie i w ten sposób niedopuszczył do narastania objętych odpowiedzialnością poręczyciela odsetek za opóźnienie oraz innych kosztów (np. kosztów sądowego dochodzenia świadczenia); powiększenie zobowiązania poręczyciela, wynikające z naruszenia przez wierzyciela obowiązku z art. 880 k.c., stanowiłyby wówczas szkodę poręczyciela objętą odpowiedzialnością wierzyciela.

Prima facie mogłoby się wydawać, że w takiej sytuacji poręczyciel powinien najpierw uiścić owe świadczenia dodatkowe, po to by następnie żądać ich zwrotu od wierzyciela.

Rozwiązanie takie trudno jednak uznać za zadowalające. W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że w literaturze prezentowany jest ostrożny pogląd, iż nienależyte zawiadomienie z art. 880 k.c. – za które wierzyciel odpowiada – w ogóle nie może doprowadzić do powiększenia świadczenia poręczyciela o te należności, jakie powstały po dacie, w której wierzyciel mógłby w czasie właściwym wykonać swój obowiązek zawiadomienia⁴⁰⁴. W takim ujęciu data miałaby znaczenie stabilizujące

⁴⁰² **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 444; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 148 (zdaniem autora, jeżeli wskutek opóźnienia w zawiadomieniu roszczenie zwrotne poręczyciela okaże się daremne z powodu niewypłacalności dłużnika, poręczyciel nie będzie w ogóle zobowiązany do spełnienia świadczenia w rozmiarze jego ewentualnej szkody); **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność wierzyciela za opóźnione zawiadomienie poręczyciela. Glosa do wyroku SN z 4 listopada 2005 r. (V CK 301/05)*, *Prawo Bankowe* 2007, s. 38-39; podobnie **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1721.

⁴⁰³ Zob. **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 777; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 72 (autor wskazuje, że nałożenie na wierzyciela obowiązku z art. 880 k.c. „zdaje się zwalniać poręczyciela od obowiązku stałego czuwania, czy dłużnik spełnił świadczenie w chwili wymagalności długu głównego”).

⁴⁰⁴ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 147.

odpowiedzialność poręczyciela: o zakresie jego zobowiązania winien rozstrzygać zakres zobowiązania dłużnika istniejący w tej dacie⁴⁰⁵.

Zbliżonego poglądu bronił pod rządem art. 633 § 3 k.z. R. Longchamps de Berier, twierdząc, że z przepisu tego wynika „w drodze argumentu a maiore ad minus, że poręczyciel wolny będzie od takich następstw zwłoki dłużnika, które zaistniały po chwili, w której poręczyciel mógłby być spełnić świadczenie, gdyby zawiadomienie prawidłowo otrzymał, np. od dalszych odsetek zwłoki”⁴⁰⁶.

Podobnie L. Domański wyjaśniał, że „Wszystko to, czego by żądał wierzyciel od poręczyciela ponad stan zobowiązania dłużnika w chwili, w której poręczyciel powinien był otrzymać zawiadomienie o opóźnieniu się dłużnika, byłoby ze szkodą dla poręczyciela, której on, w myśl § 3 art. 633 Kod. Zob. z winy wierzyciela ponosić nie może (...) Nie może (...) powód żądać od pozwanego zasądzenia tego, co musiałby sam zwrócić pozwanemu z tytułu poniesionej przez niego szkody”⁴⁰⁷.

Stanowisko judykatury w omawianej kwestii nie jest jednolite. Można tu odnaleźć zarówno pogląd, w myśl którego ciężący na poręczycielu obowiązek zapłaty odsetek za opóźnienie narosłych po czasie, w którym poręczyciel powinien zostać zawiadomiony, stanowi podlegającą naprawieniu szkodę⁴⁰⁸, jak i zapatrywanie, że

⁴⁰⁵ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 147; por. **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 880, pkt 6 (zdaniem autora, jeżeli wierzyciel bez uprzedniego zawiadomienia poręczyciela zażąda wykonania poręczonego zobowiązania, to - przyjmując, że zawiadomienie to nie stanowi przesłanki wymagalności zobowiązania poręczyciela - wierzyciel nie będzie mógł domagać się odsetek ustawowych za opóźnienie za czas poprzedzający to żądanie); odmiennie **G. Tracz**, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2001, s. 199 (zdaniem autora, nie ma wystarczających podstaw do twierdzenia, że brak zawiadomienia powoduje, iż wierzyciel nie będzie mógł od poręczyciela żądać odsetek za opóźnienie).

⁴⁰⁶ **R. Longchamps de Berier**, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 617.

⁴⁰⁷ **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 761-762.

⁴⁰⁸ Zob. wyrok SN z dnia 9 czerwca 1997 r., I CKN 108/97, niepubl. (zdaniem Sadu, roszczenie odszkodowawcze poręczyciela może być potrącone z roszczeniem wierzyciela, jednakże „...bezskuteczność roszczeń wierzyciela wobec poręczyciela nie następuje z mocy ustawy, gdyż nie zachodzi przypadek wygaśnięcia zobowiązania ex lege lecz z jednostronnej czynności poręczyciela przewidzianej w art. 499 kc, przy spełnieniu pozostałych warunków potrącenia”); wyrok SN z dnia 4 listopada 2005 r., V CK 301/05, LEX nr 159692 („...odsetki, których ciężar musiała ponieść powódka wzajemna za okres od chwili, w której powodowy Bank powinien dokonać zawiadomienia, do chwili, którym zawiadomienia tego dokonał, stanowią szkodę powódki wzajemnej”).

wierzyciel nie może żądać od poręczyciela tego, co musiałby mu zwrócić z tytułu poniesionej przez niego szkody⁴⁰⁹.

Zbliżone rozwiązanie przyjmowane jest w tych krajach europejskich, które nakładają na wierzyciela obowiązek powiadomienia poręczyciela-konsumenta o niewykonaniu zobowiązania przez dłużnika. W razie naruszenia tego obowiązku w Austrii, Finlandii i Francji poręczyciel-konsument jest zwolniony z niektórych zobowiązań ubocznych, np. kary umownej albo odsetek za opóźnienie, przy czym we Francji i Finlandii zwolnienie obejmuje tylko okres do czasu powiadomienia⁴¹⁰.

Takie też rozwiązanie przyjęto w ramach DCFR. Zgodnie z art. IV.G. – 2:107 (1), niezależnie od charakteru odpowiedzialności udzielającego zabezpieczenie, wierzyciel ma obowiązek niezwłocznego zawiadomienia go o niewykonaniu zobowiązania przez dłużnika, jego niewypłacalności, jak również o odroczeniu terminu płatności. Jeżeli wbrew obowiązkowi wierzyciel nie dokona zawiadomienia albo opóźni się z zawiadomieniem, jego roszczenia przeciwko udzielającemu zabezpieczenia ulegają zmniejszeniu w zakresie niezbędnym dla zapobieżenia powstaniu – w wyniku zaniechania albo opóźnienia - szkody udzielającego zabezpieczenia (art. IV.G. – 2:107 (4)⁴¹¹). W komentarzu wyjaśniono, że szkoda

⁴⁰⁹ Zob. wyrok SN z dnia 3 marca 1971 r., II CR 8/71, OSN 1971, nr 11, poz. 183 („Zaniechanie przez wierzyciela obowiązku zawiadomienia poręczyciela o opóźnieniu się dłużnika ze spełnieniem świadczenia nie przekreśla obowiązku poręczyciela w spełnieniu tego świadczenia, równocześnie jednak zobowiązuje wierzyciela do wyrównania poręczycielowi szkody, która może polegać na tym, że wskutek spóźnionego zawiadomienia o opóźnieniu się dłużnika z zapłatą długu zwrotne roszczenie poręczyciela do dłużnika zostało udaremnione z przyczyny jego niewypłacalności, zasądzonej po czasie, w którym poręczyciel powinien był otrzymać zawiadomienie. W takim też wypadku poręczyciel w postępowaniu rozpoznawczym mógłby skutecznie domagać się oddalenia powództwa w całości lub w części. W postępowaniu bowiem rozpoznawczym powód (wierzyciel) nie mógłby żądać od pozwanego (poręczyciela) tego, co musiałby mu zwrócić z tytułu poniesionej przez niego szkody. Dlatego też błędny jest pogląd Sądu Wojewódzkiego, że powódka powinna najpierw uregulować pozwanemu Bankowi należność z tytułu pożyczki, za którą poręczyła, a dopiero potem dochodzić od pozwanego wyrównania szkody spowodowanej przez pozwanego wskutek niespełnienia obowiązku z art. 880 k.c. Ciężar dowodu, że powódka poniosła z winy pozwanego szkodę i wykazanie wysokości tej szkody, obciąża powódkę”); wyrok SN z 10 października 2003 r., II CK 84/02, LEX nr 84406 („Nieuprawniony (...) byłby pogląd, że poręczyciel powinien najpierw uregulować wierzycielowi należność (z tytułu leasingu), za którą poręczył, a dopiero potem dochodzić od wierzyciela wyrównania szkody spowodowanej przez niego wskutek nienależytego spełnienia obowiązku z art. 880 k.c.”).

⁴¹⁰ Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2638.

⁴¹¹ „If the creditor omits or delays any notification required by this Article the creditor's rights against the security provider are reduced by the extent necessary to prevent the latter from suffering any loss as a result of the omission or delay”.

wynikać może np. z tego, że udzielający zabezpieczenia nie uzyskał zaspokojenia od dłużnika, ponieważ w międzyczasie stał on się niewypłacalny⁴¹².

Sygnalizowane wyżej dyskusyjne kwestie związane z problemem subsydiarności modelowego poręczenia i znaczenia obowiązku zawiadomienia z art. 880 k.c., są trudne do rozstrzygnięcia *de lege lata* i powinny zostać rozstrzygnięte *de lege ferenda*.

Respektując dotychczasową tradycję kodyfikacyjną należy przyjąć, że wierzyciel może żądać do poręczyciela wykonania zobowiązania dopiero z chwilą, w której dłużnik dopuścił się opóźnienia (rozwiązanie takie przyjęte jest również w art. 7:855 § 1 kodeksu cywilnego holenderskiego oraz w art. 496 ust. 1 kodeksu cywilnego szwajcarskiego, który jednakże wymaga dodatkowo wezwania dłużnika do spełnienia świadczenia, chyba że jego niewypłacalność jest oczywista⁴¹³). Reguła ta powinna zostać wyraźnie odzwierciedlona w przepisie.

Uzasadnione wydaje się utrzymanie obowiązku informacyjnego z art. 880 k.c., który należy jednak uzupełnić wyraźną regulacją dotyczącą sankcji jego naruszenia. W tej kwestii, zgodnie z propozycjami od dawna zgłaszanymi w doktrynie, należy przyjąć, że roszczenie wierzyciela ulega redukcji niezbędnej dla zapobieżenia szkodzi wynikającej z naruszenia obowiązku.

(2) Odpowiedzialność „jak dłużnik solidarny”

Wypada również zaznaczyć, że zdaniem większości autorów sformułowanie art. 881 k.c., iż poręczyciel jest odpowiedzialny „jak” współdłużnik solidarny⁴¹⁴, oznacza, że nie jest to właściwa odpowiedzialność solidarna i przepisy o tej solidarności

⁴¹² Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2634.

⁴¹³ „Wer sich als Bürge unter Beifügung des Wortes «solidarisch» oder mit andern gleichbedeutenden Ausdrücken verpflichtet, kann vor dem Hauptschuldner und vor der Verwertung der Grundpfänder belangt werden, sofern der Hauptschuldner mit seiner Leistung im Rückstand und erfolglos gemahnt worden oder seine Zahlungsunfähigkeit offenkundig ist“.

⁴¹⁴ Nawiązania to solidarności biernej znane są także obcym systemom prawnym i wszędzie wywołują wątpliwości – zob. **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 77-78.

znajdują tu zastosowanie tylko o tyle, o ile nie są sprzeczne z przepisami k.c. normującymi poręczenie⁴¹⁵ i z akcesoryjnym charakterem zobowiązania⁴¹⁶. Powoduje to nie tylko wyłączenie przepisów o roszczeniach regresowych, ale także sprawia, że wiele innych przepisów dotyczących zobowiązań solidarnych nie ma tu zastosowania⁴¹⁷. Ogólnie wskazuje się, że tylko odpowiedzialność poręczyciela

⁴¹⁵ Pod rządem kodeksu zobowiązań zob. **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 763 i n.; *de lege lata* zob. **A. St. Ważbiński**, Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL, PUG 1964, nr 8-9, s. 215; **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2, Warszawa 1972, s. 1722; **E. Drozd**, Z problematyki wielości poręczycieli w świetle kodeksu cywilnego, NP 1971, nr 1, s. 25; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 881, pkt 1 (autor wskazuje, że zastosowanie znajdują tu art. 374 § 2 i art. 375 § 2, natomiast nie znajdują zastosowania art. 371, 372, 373 i 374 § 1); w istocie podobnie także **A. Szpunar**, O zasadzie akcesoryjności poręczenia, Palestra 1992, nr 11-12, s. 31-32 (autor wskazuje na liczne różnice między poręczeniem a długiem solidarnym wynikające z akcesoryjności poręczenia); **A. Szpunar**, Uwagi o realizacji odpowiedzialności poręczyciela, Rejent 1996, nr 11, s. 19-20 (autor wskazuje, że przepis art. 881 k.c. nie oznacza, że sytuacja prawna poręczyciela jest taka sama jak dłużnika solidarnego, co wiąże z ubocznym charakterem zobowiązania poręczyciela; stwierdza również, że „przepisy o solidarności bierniej mają zastosowanie tylko o tyle, o ile nie są sprzeczne z zasadami rządzącymi poręczeniem”); por. też **M. Bączyk**, Odpowiedzialność cywilna poręczyciela, Toruń 1982, s. 78-79 (autor wskazuje, że poręczyciel solidarny nie został usytuowany w pełni w pozycji prawnej samodzielnego dłużnika solidarnego; poręczyciel solidarny jest zawsze dłużnikiem ubocznym); podobnie **L. Ogiegło**, [w:] K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny, t. II, Komentarz do artykułów 450-1088, Warszawa 2009, kom. do art. 881, pkt. 1 (autor wskazuje, że poręczyciel odpowiada na zasadach odpowiedzialności odnoszących się do współdłużnika solidarnego, ale z respektowaniem faktu, że na pozycję poręczyciela mają wpływ reguły określające powinne zachowanie tej osoby w ramach zobowiązania poręczenia); **G. Tracz**, [w:] S. Włodyka (red.), Prawo umów w obrocie gospodarczym, Warszawa 2001, s. 200-201; w orzecnictwie zob. zwłaszcza wyrok SN z dnia 4 grudnia 2008 r., I CSK 212/08, LEX nr 484727 („W literaturze przedmiotu podkreśla się, że sytuacja prawna poręczyciela przewidziana w konstrukcji ustawowej zawartej w art. 876 i nast. k.c. (a zatem bez dopuszczalnych modyfikacji wprowadzonych przez strony na podstawie art. 881 k.c.) nie może być całkowicie utożsamiana z sytuacją dłużnika solidarnego, co wynika już ze sformułowania, że poręczyciel odpowiada jak dłużnik solidarny, nie zaś, że jest dłużnikiem solidarnym. Jest to konsekwencja akcesoryjnej roli poręczenia, którego los w zasadzie zależy od bytu zabezpieczanego zobowiązania głównego (art. 879 § 1 k.c.) i które obejmuje odpowiedzialność poręczyciela za dług cudzy, a nie za dług własny (art. 876 § 1 k.c.). (...) Sytuacja prawna poręczyciela i dłużnika głównego nie jest więc symetryczna”). Niektórzy autorzy piszą o odpowiednim stosowaniu przepisów o solidarności dłużników zob. **A. Ohanowicz**, *Glosa do wyroku SN z dnia 26 sierpnia 1969 r., II CR 429/69*, OSPiKA 1971, z. 1, s. 12-13; **P. Drapała**, *Glosa do wyroku z dnia 12 października 2001 r. (V CKN 500/00)*, PS 2002, nr 10, s. 119.

⁴¹⁶ Zob. **L. Stecki**, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 792; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 82 i n. (autor wskazuje, że aktualność zachowuje tu głównie art. 366 § 1 k.c., a także art. 368 k.c. i reguła, że wyrok zasadzający należność wierzyciela od jednego z dłużników solidarnych nie odnosi skutku wobec pozostałych współzobowiązanych; poręczyciel odpowiada za działania i zaniechania dłużnika głównego, które stanowią przejaw niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania głównego, w pozostałym zakresie aktualny pozostaje art. 371 k.c.). Por. **C. Zieliński**, *Jeszcze w kwestii odpowiedzialności kilku poręczycieli*, NP 1971, nr 12, s. 1799-1800 (zdaniem autora, brak solidarności między dłużnikiem a poręczycielem nie wynika z akcesoryjności zobowiązania poręczyciela, lecz z braku identyczności ich więzi względem wierzyciela).

⁴¹⁷ Zob. **A. Ohanowicz**, *Glosa do wyroku SN z dnia 26 sierpnia 1969 r., II CR 429/69*, OSPiKA 1971, z. 1, s. 12-13 (autor zwraca uwagę, że dłużnik solidarny odpowiada za dług własny, a poręczyciel za dług cudzy; w rezultacie, jeżeli wierzyciel wezwie bezskutecznie dłużnika głównego do zapłaty,

względem wierzyciela ukształtowana została na wzór odpowiedzialności dłużnika solidarnego⁴¹⁸.

Poglądy te nie nasuwają zastrzeżeń i znajdują wystarczające oparcie w obowiązujących przepisach.

(3) *Subsydiarność umowna*

Treść art. 881 k.c. wskazuje wyraźnie, że wyrażona w nim zasada ma charakter względnie wiążący⁴¹⁹ i strony mogą uzależnić odpowiedzialność poręczyciela od podjęcia przez wierzyciela określonych działań wobec dłużnika głównego (np. podjęcie bezskutecznej egzekucji z majątku dłużnika, bezskuteczne wezwanie do zapłaty z wyznaczeniem terminu dodatkowego) albo poręczyciela (np. wezwanie poręczyciela do zapłaty, uzależnienie wymagalności długu poręczyciela od upływu określonego czasu od zawiadomienia poręczyciela, tzw. *respiro* – jak w art. 633 k.z.)⁴²⁰. W doktrynie wskazuje się, że możliwe jest również nadanie

a następnie zawiadomi poręczyciela o biernym zachowaniu się dłużnika, to poręczyciel będzie zobowiązany do zapłaty odsetek za opóźnienie od chwili opóźnienia ze strony dłużnika głównego; w ten sposób nie obowiązuje jedna z głównych zasad solidarności, w myśl której zaniechanie jednego z dłużników solidarnych nie może pogorszyć położenia prawnego współdłużników; autor podkreśla ponadto, że najistotniejszą konsekwencją odpowiedzialności za cudzy dług jest powstanie regresu poręczyciela, który zaspokoił wierzyciela, do dłużnika głównego, obejmującego całość wierzytelności, a nie tylko część, jak przy zobowiązaniach solidarnych); **E. Drozd**, *Z problematyki wielości poręczycieli w świetle kodeksu cywilnego*, NP 1971, nr 1, s. 25; **A. Szpunar**, *Uwagi o realizacji odpowiedzialności poręczyciela*, Rejent 1996, nr 11, s. 20 (autor wskazuje, że przy poręczeniu nie mają zastosowania art. 371 i 372 k.c.; przerwanie lub zawieszenie biegu przedawnienia w stosunku do dłużnika głównego odnosi skutek względem poręczyciela; nie ma też zastosowania art. 373 k.c., ponieważ zwolnienie dłużnika głównego zwalnia poręczyciela; inaczej uregulowane są również skutki odnowienia – zob. art. 374 § 1 i 507 k.c.; do najważniejszej różnicy prowadzi zastosowanie art. 518 § 1 pkt 1 k.c.); por. też **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 215 (autor wskazuje, że przerwanie lub zawieszenie biegu przedawnienia w stosunku do poręczyciela nie powinno mieć skutku do dłużnika, ale odwrotnie tak; z kolei zwolnienie z długu dłużnika głównego będzie miało pełen skutek w stosunku do poręczyciela wbrew art. 372 k.c.).

⁴¹⁸ **E. Drozd**, *Z problematyki wielości poręczycieli w świetle kodeksu cywilnego*, NP 1971, nr 1, s. 25; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 78 (autor wskazuje, że przepis art. 881 k.c. poddaje samą tylko odpowiedzialność poręczyciela reżimowi właściwemu dla zobowiązań solidarnych, nie uznaje natomiast poręczyciela za samoistnego współdłużnika zobowiązania solidarnego).

⁴¹⁹ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 82, 107 i n.; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 441.

⁴²⁰ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 441.

odpowiedzialności poręczyciela i dłużnika konstrukcji odpowiedzialności *in solidum*⁴²¹.

Możliwe jest zatem uzgodnienie subsydiarnego charakteru zobowiązania poręczyciela.

Zasadę subsydiarności przyjęto wyraźnie w art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 8 maja 1997 r. o poręczeniach i gwarancjach udzielanych przez Skarb Państwa oraz niektóre osoby prawne⁴²², zgodnie z którym: „Wykonanie zobowiązań z tytułu poręczenia następuje na wniosek kredytodawcy w przypadku utraty przez kredytobiorcę zdolności kredytowej, po przedstawieniu przez kredytodawcę dokumentów i informacji potwierdzających brak tej zdolności”.

Wydaje się, że *de lege ferenda* warto zaproponować modelowy kształt poręczenia posiłkowego na wypadek, gdyby strony zastrzegły posiłkowość poręczenia, nie regulując bliżej jego konstrukcji. Unormowanie to jest niezbędne w razie zaakceptowania sformułowanej wyżej propozycji, zgodnie z którą poręczenie konsumenckie jest – w braku odmiennego zastrzeżenia – poręczeniem posiłkowym.

Projektując modelowy kształt poręczenia posiłkowego można skorzystać z wzorca zaproponowanego w ramach DCFR.

e) Zależność między poręczeniem a zabezpieczeniem rzeczowym

Jeżeli dług zabezpieczony poręczeniem jest zabezpieczony również rzeczowo przez osobę trzecią, w orzecznictwie i doktrynie przyjmuje się, że – w braku odmiennej umowy – wierzyciel ma swobodę w wyborze zabezpieczenia, z którego uzyska zaspokojenie⁴²³ (potwierdza to poniekąd art. 887 k.c.).

⁴²¹ M. Bączyk, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 109.

⁴²² Dz. U. nr 79, poz. 484 ze zm.

⁴²³ Zob. uchwałę SN z dnia 5 maja 1993 r., III CZP 54/93, OSNC 1993, nr 12, poz. 219 („Jeżeli przy ustanawianiu podwójnego zabezpieczenia kredytu przez przewłaszczenie na zabezpieczenie oraz przez umowę poręczenia - nie uzgodniono inaczej, to zarówno w kolejności, jak i zakresie realizacji zabezpieczeń decyduje kredytodawca”) z glosami M. Bączyka, *Prawo Bankowe* 1994, nr 4, s. 79 i J. Gołaczyńskiego, *OSP* 1994, z. 10, poz. 176 (zdaniem autora, „...każda z umów stanowiących zabezpieczenie wierzytelności winna być traktowana niezależnie, mimo iż służą one zabezpieczeniu jednej wierzytelności. Realizacja jakiegokolwiek formy zabezpieczenia wierzytelności, jeśli powoduje jej zaspokojenie, prowadzi jednak do wygaśnięcia innych form zabezpieczenia”); uchwałę składu siedmiu

Nie oznacza to jednak, że odpowiedzialność dłużnika rzeczowego i poręczyciela jest w pełni równorzędna. Z art. 887 k.c. – *lege non distinguente* dotyczącego zabezpieczeń ustanowionych przez dłużnika oraz przez osoby trzecie – zdaje się wynikać, że poręczyciel, który zaspokoił wierzyciela, może skorzystać z zabezpieczeń rzeczowych ustanowionych przez osobę trzecią, co wskazuje na to, iż jego odpowiedzialność ma charakter drugoplanowy. Kwestia ta nie jest jednak przedmiotem szerszych rozważań w doktrynie polskiej, choć można napotkać pogląd, że poręczyciel może zaspokoić się z rzeczy zabezpieczonej zastawem⁴²⁴, natomiast zastawcy, który spłaca dług, nie przysługuje roszczenie przeciwko poręczycielowi⁴²⁵.

Z kolei w wyroku z dnia 13 sierpnia 2008 r.⁴²⁶ Sąd Najwyższy przyjął, że poręczyciel, który zaspokoił wierzyciela hipotecznego, jest dłużnikiem osobistym w rozumieniu art. 97 u.k.w.h. Zgodnie z tym przepisem: „Art. 97. Jeżeli dłużnikowi osobistemu, który zaspokoił wierzyciela hipotecznego, przysługuje roszczenie zwrotne względem właściciela nieruchomości obciążonej albo względem jego poprzednika prawnego, hipoteka przechodzi na dłużnika aż do wysokości przysługującego mu roszczenia. Jednakże gdy wierzyciel został zaspokojony tylko w części, przysługuje mu co do pozostałej części pierwszeństwo przed hipoteką dłużnika osobistego”.

sędziów SN z dnia 30 września 1996 r., III CZP 85/96, OSNC 1996, nr 12, poz. 153 („W razie zatem ustanowienia dwu lub więcej zabezpieczeń różnego lub tego samego rodzaju strony mogą - uwzględniając różnice i swoistości w rozkładzie ryzyk, związanych z zastosowanymi rodzajami zabezpieczeń (i ewentualnie z innymi jeszcze okolicznościami) - wprowadzać do umów postanowienie co do kolejności, uwarunkowania, zakresu, itp. realizacji danego zabezpieczenia. Jeżeli jednak postanowienie takie do umowy nie zostało wprowadzone, każda umowa o zabezpieczeniu musi być traktowana samodzielnie i odrębnie, nie ma więc podstaw do narzucania korzystającemu z tych zabezpieczeń jakichś ograniczeń w tym względzie. Może on zatem korzystać ze swych uprawnień w sposób, jaki uzna za właściwy, również przez egzekwowanie zapłaty nie spłaconej należności kredytowej od poręczyciela - przed realizacją innego zabezpieczenia”). W doktrynie zob. **M. Bączyk**, *Glosa do uchwały SN z 5 maja 1993 r. (III CZP 54/94)*, Prawo Bankowe 1994, nr 4, s. 81 (zdaniem autora w razie zbiegu zabezpieczeń o kolejności ich realizacji – w braku odmiennej umowy – decyduje sam wierzyciel).

⁴²⁴ Tak **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 332.

⁴²⁵ **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 332.

⁴²⁶ I CSK 50/08, niepubl.

W obcych systemach prawnych zależność między poręczeniem a zabezpieczeniem rzeczowym jest niekiedy regulowana w sposób wyraźny. I tak np. w prawie szwajcarskim rzeczowa odpowiedzialność wyprzedza *ex lege* obowiązek poręczyciela zwykłego, czyniąc go posiłkowym wobec odpowiedzialności głównej (art. 495 ust. 2 szwajcarskiego kodeksu zobowiązań⁴²⁷); w przypadku poręczenia solidarnego odnosi się to do zastawu na rzeczach ruchomych i prawach, ale już nie hipoteki (art. 496 szwajcarskiego kodeksu zobowiązań⁴²⁸)⁴²⁹.

Z kolei regulacja DCFR, nakazuje odpowiednie stosowanie przepisów o wielości poręczycieli do sytuacji, w której dłużnik albo osoba trzecia udzieliła zabezpieczenia rzeczowego dodatkowego względem zabezpieczenia osobistego (art. IV.G. – 1:105 (2)⁴³⁰). Oznacza to, że także i w tym przypadku – wzorem rozwiązań przyjmowanych w niektórych państwach⁴³¹ - odpowiedzialność zabezpieczających jest solidarna.

Oznacza to także, że DCFR wychodzi z założenia, iż wierzyciel może swobodnie wybierać między zabezpieczeniami osobistymi i rzeczowymi⁴³², podobnie jak w większości krajowych porządków prawnych⁴³³, w których jednakże pewne ograniczenia mogą wynikać z subsydiarnego charakteru poręczenia⁴³⁴.

⁴²⁷ „Bestehen für die verbürgte Forderung Pfandrechte, so kann der einfache Bürge, solange der Hauptschuldner nicht in Konkurs geraten ist oder Nachlassstundung erhalten hat, verlangen, dass der Gläubiger sich vorerst an diese halte“.

⁴²⁸ „1 Wer sich als Bürge unter Beifügung des Wortes «solidarisch» oder mit andern gleichbedeutenden Ausdrücken verpflichtet, kann vor dem Hauptschuldner und vor der Verwertung der Grundpfänder belangt werden, sofern der Hauptschuldner mit seiner Leistung im Rückstand und erfolglos gemahnt worden oder seine Zahlungsunfähigkeit offenkundig ist. 2 Vor der Verwertung der Faustpfand- und Forderungspfandrechte kann er nur belangt werden, soweit diese nach dem Ermessen des Richters voraussichtlich keine Deckung bieten, oder wenn dies so vereinbart worden oder der Hauptschuldner in Konkurs geraten ist oder Nachlassstundung erhalten hat“.

⁴²⁹ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 61.

⁴³⁰ „Paragraph (1) applies with appropriate adaptations if proprietary security has been provided by the debtor or a third person in addition to the personal security“.

⁴³¹ Tak np. we Francji; w innych krajach przyjmuje się *quasi-solidarność* (np. Niemcy, Hiszpania) – zob. uwagi prawoporównawcze **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2555-2556.

⁴³² Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2552.

⁴³³ Zob. uwagi prawoporównawcze - **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2556.

⁴³⁴ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2556-2557.

I rzeczywiście, w przypadku poręczenia subsydiarnego rozwiązaniem naturalnym wydaje się pierwszoplanowy (względem poręczyciela subsydiarnego) charakter odpowiedzialności dłużnika rzeczowego i takie też rozwiązanie zostało wyżej zaproponowane. Natomiast w przypadku poręczenia solidarnego, w którym odpowiedzialność poręczyciela ma charakter równorzędny względem odpowiedzialności dłużnika, zabezpieczenie osobiste i zabezpieczenie rzeczowe sytuują się na tej samej płaszczyźnie, co przemawia za poddaniem relacji między nimi regułom właściwym dla wielości poręczycieli.

2. **Obowiązki wierzyciela**

a) Obowiązki informacyjne

Prawo polskie ogranicza obowiązki informacyjne wierzyciela do przewidzianego w art. 880 k.c. zawiadomienia poręczyciela o opóźnieniu dłużnika.

Przepis ten był już przedmiotem rozważań, które w tym miejscu wymagają jedynie kilku uzupełnień.

Wyjaśniając sens przepisu w doktrynie wskazuje się, że chroni on uzasadnione interesy poręczyciela, ponieważ trudno wymagać od niego, aby dowiadywał się, czy dłużnik główny spełnił świadczenie, tym bardziej, że często albo wymagalność długu głównego albo opóźnienie dłużnika zależy od wypowiedzenia lub wezwania ze strony wierzyciela⁴³⁵. Wskazuje się także, że zawiadomienie służy realizacji uprawnień wierzyciela, gdyż dokonując niezwłocznie zawiadomienia może on dzięki ingerencji zawiadomionego poręczyciela skłonić dłużnika do spełnienia objętego poręczeniem świadczenia, bez potrzeby wytaczania procesu o wykonanie zobowiązania objętego poręczeniem⁴³⁶.

⁴³⁵ Tak odnośnie do art. 633 k.z. **R. Longchamps de Berier**, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 613. Por. też **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 72 (autor wskazuje, że nałożenie na wierzyciela obowiązku z art. 880 k.c. „zdaje się zwalniać poręczyciela od obowiązku stałego czuwania, czy dłużnik spełnił świadczenie w chwili wymagalności długu głównego”).

⁴³⁶ **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, Warszawa 1972, s. 1721.

Stwierdzenia te nie wzbudzają wątpliwości. Sporny jest natomiast charakter prawny zawiadomienia. Zdaniem niektórych autorów – zaliczających się do zwolenników poglądu, że zawiadomienie stanowi dodatkową przesłankę odpowiedzialności poręczyciela - zawiadomienie jest oświadczeniem woli wierzyciela, które wyraża wolę wierzyciela „że zamierza dochodzić swego roszczenia przeciwko poręczycielowi”⁴³⁷; zdaniem innych zawiadomienie jest oświadczeniem wiedzy i wywołuje skutki prawne określone w przepisach (a nie w zawiadomieniu)⁴³⁸. Wydaje się jednak, że kwestia ta – będąca w znacznej mierze pochodną wątpliwości co do znaczenia zawiadomienia w kontekście możliwości żądania wykonania zobowiązania od poręczyciela – nie musi być rozstrzygana wyraźnie przez zmiany legislacyjne.

W ten sam sposób należy ocenić spór co do tego, czy przepis art. 880 k.c. ma charakter względnie wiążący⁴³⁹ czy też semiimperatywny, co oznacza, że strony mogą zastrzyć obowiązek zawiadomienia (np. określając jego formę albo przewidując konieczność dołączenia stosownych dokumentów), ale nie mogą zwolnić wierzyciela od obowiązku niezwłocznego zawiadomienia, ponieważ obowiązek ten ma cel ochronny⁴⁴⁰. Trafne wydaje się pierwsze zapatrywanie, wniosek ten może być jednak wyprowadzony w drodze wykładni obowiązujących przepisów i nie wymaga wsparcia legislacyjnego.

Poważniejszą kwestią *de lege ferenda* jest rozważenie potrzeby poszerzenia obowiązków informacyjnych wierzyciela.

⁴³⁷ **A. Szpunar**, *Uwagi o realizacji odpowiedzialności poręczyciela*, Rejent 1996, nr 11, s. 15 (autor dodaje: „z tych czy innych powodów wierzyciel może przecież zrezygnować z dochodzenia tego roszczenia”). Por. też **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 50 (zdaniem autora, zawiadomienie nie stanowi czynności prawnej, „aczkolwiek tkwią w nim elementy aktu woli”: „Zmierza ono (...) do wywołania skutku w postaci kreowania wymagalności roszczenia wierzyciela wobec poręczyciela. Pozwala to na zaliczenie go do grupy czynności podobnych do czynności prawnych z możliwością analogicznego stosowania przepisów odnoszących się do czynności prawnych”; autor przyznaje jednak, że zagadnienie może być sporne).

⁴³⁸ Tak **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 443; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 880, pkt 2.

⁴³⁹ Tak **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 51; wyrok SN z 10 października 2003 r., II CK 84/02, LEX nr 84406.

⁴⁴⁰ **A. Szpunar**, *Uwagi o realizacji odpowiedzialności poręczyciela*, Rejent 1996, nr 11, s. 17 (zdaniem autora, „Przerzucenie na poręczyciela obowiązku ustalenia, czy dłużnik opóźnił się ze spełnieniem świadczenia, pozostaje w sprzeczności z całokształtem unormowania umowy poręczenia.

Rozwiązania obce dotyczące obowiązków informacyjnych wierzyciela są różne.

Niektóre obce ustawodawstwa w ogóle nie nakładają na wierzyciela tego rodzaju obowiązków (np. Niemcy), uznając je za sprzeczne z jednostronnie zobowiązującym charakterem poręczenia⁴⁴¹. Tym niemniej nałożenie obowiązku informacyjnego jest uznawane za dopuszczalne (np. w Belgii, Francji, Włoszech i Holandii)⁴⁴².

Ustawowy obowiązek informacyjny jest z kolei przewidziany np. w Finlandii, a także – w odniesieniu do zabezpieczenia długu konsumenckiego – we Francji, a kredytu konsumenckiego – w Belgii⁴⁴³.

W niektórych krajach w szczególny sposób regulowane są obowiązki informacyjne w przypadku poręczenia globalnego⁴⁴⁴.

Bardzo rozbudowaną regulację dotyczącą obowiązków informacyjnych wierzyciela zamieszczono w DCFR.

Przede wszystkim, niezależnie od charakteru odpowiedzialności udzielającego zabezpieczenie (subsidiarnego czy też solidarnego), wierzyciel ma obowiązek niezwłocznego zawiadomienia go o niewykonaniu zobowiązania przez dłużnika, jego niewypłacalności, jak również o odroczeniu terminu płatności (art. IV.G. – 2:107 (1)).

Treść tego zawiadomienia została szczegółowo uregulowana. Postanowiono, że ma ono zawierać informację o rozmiarach zabezpieczonego zobowiązania głównego, odsetek i innych zobowiązań ubocznych dłużnika w chwili zawiadomienia. W ciągu trzech miesięcy od tego zawiadomienia nie jest konieczne ponowne zawiadomienie o nowych zdarzeniach w zakresie niewykonania umowy.

Odpowiedzialność poręczyciela jest tak surowa, że niepodobna się zgodzić z możliwością dalszego jej zaostżenia”).

⁴⁴¹ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2634.

⁴⁴² **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2634.

⁴⁴³ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2635, 2636.

⁴⁴⁴ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2638-2639.

Zawiadomienie nie jest wymagane, jeżeli zdarzenie z zakresu niewykonania umowy dotyczy jedynie ubocznych zobowiązań dłużnika, chyba że ogólny rozmiar niewykonanych zabezpieczonych zobowiązań osiągnął pięć procent zaległej kwoty zabezpieczonego zobowiązania (art. IV.G. – 2:107 (1)⁴⁴⁵).

Ponadto, w przypadku zabezpieczenia globalnego, wierzyciel ma obowiązek zawiadomienia udzielającego zabezpieczenia o każdym wzroście zobowiązania, ilekroć:

- licząc od chwili powstania zabezpieczenia, wzrost osiągnął 20% zabezpieczonej wówczas kwoty,
- zabezpieczona kwota wzrosła ponownie o 20% w stosunku do chwili, w której zostało lub powinno być wysłane ostatnie zawiadomienie (art. IV.G. – 2:107 (2)⁴⁴⁶).

Wskazane wyżej obowiązki nie powstają o tyle, o ile udzielający zabezpieczenia wiedział lub można było rozsądnie oczekiwać, że posiadał wymagane informacje (art. IV.G. – 2:107 (3)⁴⁴⁷).

Jeżeli wbrew obowiązkowi wierzyciel nie dokona zawiadomienia albo opóźni się z zawiadomieniem, jego roszczenia przeciwko udzielającemu zabezpieczenia ulegają zmniejszeniu w zakresie niezbędnym dla zapobieżenia powstaniu – w wyniku zaniechania albo opóźnienia - szkody udzielającego zabezpieczenia (art. IV.G. –

⁴⁴⁵ „The creditor is required to notify the security provider without undue delay in case of a non-performance by, or inability to pay of, the debtor as well as of an extension of maturity; this notification must include information about the secured amounts of the principal obligation, interest and other ancillary obligations owed by the debtor on the date of the notification. An additional notification of a new event of non-performance need not be given before three months have expired since the previous notification. No notification is required if an event of non-performance merely relates to ancillary obligations of the debtor, unless the total amount of all non-performed secured obligations has reached five percent of the outstanding amount of the secured obligation”.

⁴⁴⁶ „In addition, in the case of a global security, the creditor is required to notify the security provider of any agreed increase: (a) whenever such increase, starting from the creation of the security, reaches 20 percent of the amount that was so secured at that time; and (b) whenever the secured amount is further increased by 20 percent compared with the secured amount at the date when the last information according to this paragraph was or should have been given”.

⁴⁴⁷ „Paragraphs (1) and (2) do not apply, if and in so far as the security provider knows or could reasonably be expected to know the required information”.

2:107 (4)⁴⁴⁸). Szkoda wynikać może np. z tego, że udzielający zabezpieczenia nie uzyskał zaspokojenia od dłużnika, ponieważ w międzyczasie stał on się niewypłacalny⁴⁴⁹.

Dodatkowe obowiązki informacyjne przewidziano w przypadku poręczenia konsumenckiego, postanawiając, że pod warunkiem udzielenia zgody przez dłużnika (jest ona nieodwołalna), wierzyciel ma obowiązek corocznego informowania udzielającego zabezpieczenia o zabezpieczonych rozmiarach zobowiązania głównego, odsetek i innych ubocznych zobowiązań należnych od dłużnika w dacie poinformowania (art. IV.G. – 4:106 (1)⁴⁵⁰).

Na skutek odesłania do art. IV.G. – 2:107 (3) i (4) obowiązek udzielenia informacji nie powstaje o tyle, o ile udzielający zabezpieczenia znał wskazane informacje (art. IV.G. – 4:106 (2)). W razie naruszenia obowiązku zastosowanie ma sankcja z art. IV.G. – 2:107 (4), tzn. roszczenia wierzyciela przeciwko udzielającemu zabezpieczenia ulegają zmniejszeniu w zakresie niezbędnym dla zapobieżenia powstaniu – w wyniku zaniechania albo opóźnienia - szkody udzielającego zabezpieczenia.

Rozważając rozbudowanie obowiązków informacyjnych z art. 880 k.c. należy mieć na względzie podstawowe założenie ustawodawcy wyrażone w art. 880 k.c., polegające na tym, że poręczyciel nie musi zasięgać informacji o wykonaniu zobowiązania przez dłużnika. Konsekwentne respektowanie tego założenia pozwala na sformułowanie dalszych ustaleń.

Przede wszystkim można stwierdzić, że poręczyciel powinien być informowany nie tylko o pierwszym opóźnieniu, ale także o zdarzeniach nowych z tego zakresu,

⁴⁴⁸ „If the creditor omits or delays any notification required by this Article the creditor's rights against the security provider are reduced by the extent necessary to prevent the latter from suffering any loss as a result of the omission or delay”.

⁴⁴⁹ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2634.

⁴⁵⁰ „(1) Subject to the debtor's consent, the creditor has to inform the security provider annually about the secured amounts of the principal obligation, interest and other ancillary obligations owed by the debtor on the date of the information. The debtor's consent, once given, is irrevocable.

(2) IV.G.– 2:107 (Requirement of notification by creditor) paragraphs (3) and (4) apply with appropriate adaptations”.

a więc o każdym nowym opóźnieniu dłużnika, z którym poręczyciel – zgodnie z założeniem podstawowym - nie musi się liczyć (np. o opóźnieniach związanych z zapłatą kolejnych świadczeń czynszowych albo rat czy też okresowo płatnych odsetek kapitałowych, a także o opóźnieniu w wykonaniu obowiązku naprawienia szkody). Nie ma natomiast wystarczających podstaw do obciążania wierzyciela samoistnym obowiązkiem zawiadamiania o narastaniu świadczeń ubocznych związanych z opóźnieniem (odsetki za opóźnienie), skoro świadczenia te narastają zgodnie z umową lub ustawą. Poinformowany o opóźnieniu poręczyciel musi się liczyć z narastaniem świadczeń dodatkowych związanych z przedłużającym się opóźnieniem (które jest również jego własnym opóźnieniem).

De lege lata kwestie te mogą być ustalone w drodze wykładni art. 880 k.c. Tym niemniej można rozważyć pewne uzupełnienie przepisu. Po pierwsze, przynajmniej w przypadku poręczenia konsumenckiego, uzasadnione wydaje się nałożenie na wierzyciela obowiązku zamieszczenia w zawiadomieniu informacji o stanie zaległości dłużnika na dzień wysłania zawiadomienia, a więc o wszystkich świadczeniach, ze spełnieniem których dłużnik się opóźnia (a więc także z odsetkami za opóźnienie).

Po drugie, w przypadku poręczenia za wiele długów przyszłych uzasadnione wydaje się nałożenie na wierzyciela obowiązku informowania poręczyciela o powstaniu nowych zobowiązań objętych zabezpieczeniem. W tej kwestii przekonywającego wzorca dostarcza regulacja DCFR dotycząca poręczenia globalnego.

b) Obowiązek lojalności wierzyciela

Zarówno kodeks zobowiązań, jak i kodeks cywilny nałożyły na wierzyciela dodatkowe obowiązki, zmierzające do respektowania w pewnym minimalnym zakresie wymagań lojalności kontraktowej.

Obowiązek wierzyciela przewidywał art. 642 k.z. postanawiając w § 1, że „Jeżeli wierzyciel wyzbył się zabezpieczenia wierzytelności albo środków dowodowych, odpowiada za szkodę, jaką poręczyciel przez to ponosi”, a w § 2, że § 1 „stosuje się również w przypadku, gdy zabezpieczenie lub środki dowodowe, których się wierzyciel wyzbył, powstały dopiero po udzieleniu poręczenia”.

Regulacja ta została częściowo przejęta do art. 887 k.c. – skorelowanego z art. 518 § 1 pkt 1 k.c. – który stanowi, że „Jeżeli wierzyciel wyzbył się zabezpieczenia wierzytelności albo środków dowodowych, ponosi on względem poręczyciela odpowiedzialność za wynikłą stąd szkodę”.

W doktrynie wskazuje się, że przepis dotyczy zarówno zabezpieczeń rzeczowych, jak i osobistych, a „wyzbycie” obejmuje wszelkie działania pozytywne (prawne i faktyczne, np. zniszczenie) – a więc już nie zaniechania (np. dopuszczenie do przedawnienia)⁴⁵¹ - skutkujące wygaśnięciem zabezpieczeń⁴⁵².

Z kolei „środki dowodowe” w rozumieniu przepisu to przede wszystkim dokumenty stwierdzające bezpośrednio lub pośrednio istnienie lub rozmiar wierzytelności głównej albo zabezpieczeń⁴⁵³. Z przepisu wynika *implicite*, że wierzyciel obowiązany jest oddać środki dowodowe do dyspozycji poręczyciela⁴⁵⁴.

Artykuł 887 k.c. wskazuje wyraźnie, że sankcją naruszenia obowiązków przez wierzyciela nie jest możliwość odmowy spełnienia świadczenia przez poręczyciela⁴⁵⁵, lecz kontraktowa odpowiedzialność wierzyciela⁴⁵⁶.

⁴⁵¹ **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, Warszawa 1972, s. 1730; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 453. Tak też SN w wyroku z dnia 25 stycznia 1982 r., IV CR 528/81, OSNCP 1982, nr 8-9, poz. 126.

⁴⁵² **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, Warszawa 1972, s. 1730; **L. Stecki**, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 797; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 453.

⁴⁵³ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 453-454.

⁴⁵⁴ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 454.

⁴⁵⁵ **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 335; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 887, pkt. 8. Co do uzasadnienia tego rozwiązania wzorowanego na art. 509 sz.k.z. Zob. motywy do art. 332 projektu części szczegółowej (E. Tilla i R. Longchamps de Berier) przywoływane przez **J. Korzonek**, [w:] J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz. Tom I*, Kraków 1936, s. 1387 (inne rozwiązanie przyjęto w § 776 k.c.n. i art. 2037 k.c.f.).

⁴⁵⁶ **M. Bączyk**, *Poręczenie przyjmowane wobec banków za zobowiązania jednostek gospodarki uspołecznionej*, PiP 1986, z. 11, s. 100; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 454; **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 335; odmiennie (odpowiedzialność z art. 415 k.c.) Sąd Najwyższy przyjął w wyroku z dnia 25 stycznia 1982 r., IV CR 528/81, OSNCP 1982, nr 8-9, poz. 126.

Tym niemniej, zdaniem niektórych autorów, poręczyciel może odmówić wobec wierzyciela wypełnienia zobowiązania w rozmiarze odpowiadającym poniesionej przez poręczyciela szkodzie⁴⁵⁷. Nie jest to jednak pogląd powszechnie podzielany: w ocenie zwolenników odmiennego zapatrywania o szkodzie poręczyciela można mówić dopiero wtedy, gdy zaspokoi on wierzyciela i uzyska wierzytelność do dłużnika głównego, której nie może zrealizować⁴⁵⁸.

Wątpliwość ta powinna być rozstrzygnięta *de lege ferenda* w ten sam sposób, jaki zaproponowano uprzednio, określając sankcję naruszenia przez wierzyciela obowiązku zawiadomienia poręczyciela o opóźnieniu dłużnika w wykonaniu zobowiązania.

Należy ponadto zwrócić uwagę, że do kodeksu cywilnego nie przejęto art. 643 k.z., zgodnie z którym: „Wierzyciel odpowiada za szkodę, którą poręczycielowi wyrządził przez to, że nie zgłosił swej wierzytelności do masy upadłości dłużnika”. Wprawdzie zdaniem niektórych autorów nie oznacza to merytorycznej zmiany⁴⁵⁹, lecz stwierdzenie to jawi się jako mocno dyskusyjne i w razie uznania rozwiązania z art. 643 k.z. za uzasadnione niezbędne wydaje się przywrócenie wyraźnej regulacji w tym względzie.

⁴⁵⁷ **L. Stecki**, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 798 (zdaniem autora, jeżeli poręczyciel wykaże, że spełnienie świadczenia łączyłoby się ze szkodą obejmującą wartość przedmiotu tego świadczenia, mógłby skutecznie odmówić wykonania zobowiązania wynikającego z umowy poręczenia); **M. Bączyk**, *Poręczenie przyjmowane wobec banków za zobowiązania jednostek gospodarki uspołecznionej*, PiP 1986, z. 11, s. 101; por. **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1730 (zdaniem autora, poręczyciel może korzystać z odpowiedzialności z art. 887 k.c. także prewencyjnie, jeszcze przed wykonaniem zobowiązania, za które poręczył). Pod rządem kodeksu zobowiązań zob. **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 787-788 (zdaniem autora, jeżeli poręczyciel może udowodnić, że dłużnik jest niewypłacalny, albo że ogłoszono jego upadłość, w takim razie poręczyciel może uchylić się od wykonania zobowiązania dłużnika względem wierzyciela, który nie może domagać się od poręczyciela zapłaty tego, co musiałby mu sam niezwłocznie zwrócić tytułem odszkodowania, a to w myśl zasady prawa rzymskiego „Dolo facit, quipetit, quod redditurus est”).

⁴⁵⁸ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 455; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 887, pkt. 8.

⁴⁵⁹ Tak **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 114, przypis 145; odmiennie jednak **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1730 (zdaniem autora, po zmianie ustawodawczej nie ma już podstawy do obciążenia wierzyciela odpowiedzialnością względem poręczyciela przewidzianą w art. 643 k.z.).

Rozważyć należy również dalsze poszerzenie zakresu obowiązków wierzyciela, rozwiązania bowiem przyjmowane w obcych systemach prawnych są w tym zakresie bardzo różne. Przede wszystkim różny jest zakres odpowiedzialności. I tak np. w Niemczech nie istnieje ogólny obowiązek staranności wierzyciela względem poręczyciela, a wierzyciel odpowiada co do zasady tylko za utratę zabezpieczeń (w pozostałym zakresie tylko w oparciu o ogólną klauzulę nadużycia prawa, np. wtedy, gdy wierzyciel narusza interesy poręczyciela przez rażące niedbalstwo albo w złej wierze)⁴⁶⁰.

W wielu systemach prawnych odpowiedzialność obejmuje sytuację, w której wierzyciel opóźnia uzyskanie zaspokojenia od dłużnika, który w międzyczasie staje się niewypłacalny albo jego sytuacja majątkowa ulega pogorszeniu (tak np. w Austrii, podobnie we Francji i Belgii; inaczej np. we Włoszech, gdzie proste opóźnienie nie jest objęte odpowiedzialnością)⁴⁶¹. Obejmuje tam także sytuację wyzbycia się zabezpieczenia rzeczowego⁴⁶².

W niektórych systemach odpowiedzialnością wierzyciela objęte są zarówno działania, jak i zaniechania (Hiszpania, Portugalia), w innych tylko działania umyślne (Niemcy; nie wystarczy tam, że wartość zabezpieczenia uległa zmniejszeniu, czemu wierzyciel nie zaradził)⁴⁶³.

Jeżeli chodzi o sankcje, przeważa rozwiązanie, w ramach którego niestaranność wierzyciela skutkuje zwolnieniem poręczyciela z zobowiązania w całości lub części (Belgia, Francja, Dania, Anglia, Niemcy- § 776 k.c.n.⁴⁶⁴, Grecja, Włochy, Portugalia, Hiszpania). Nieliczne systemy przyznają poręczycielowi roszczenie o naprawienie

⁴⁶⁰ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2662, 2664.

⁴⁶¹ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2663.

⁴⁶² **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2665-2666.

⁴⁶³ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2666-2667.

⁴⁶⁴ „Gibt der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek oder Schiffshypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen auf, so wird der Bürge insoweit frei, als er aus dem aufgegebenen Recht nach § 774 hätte Ersatz erlangen können. Dies gilt auch dann, wenn das aufgegebene Recht erst nach der Übernahme der Bürgschaft entstanden ist“.

szkody (Austria, Holandia), przy czym zakłada się wówczas, że poręczyciel może potrącić swe roszczenie z roszczeniem wierzyciela⁴⁶⁵.

W niektórych systemach prawnych (Belgia, Francja, Holandia, Anglia) całkowite zwolnienie poręczyciela ma miejsce wtedy, gdy wierzyciel zwolnił z zobowiązania współporęczyciela solidarnego (wspólne poręczenie); w innych krajach (np. w Niemczech, w Portugalii) ma wówczas miejsce zwolnienie częściowe (proporcjonalne)⁴⁶⁶. W Austrii zwolnienie nie jest skuteczne względem współporęczycieli⁴⁶⁷.

W DCFR obowiązek lojalności wierzyciela ujęto w sposób znacznie bardziej ogólny. Postanowiono tam, że jeżeli – lub w zakresie w jakim – na skutek zachowania wierzyciela, które nie czyni zadość staranności, jakiej można oczekiwać od osób dbających o swe sprawy z należytą roztropnością⁴⁶⁸, udzielający zabezpieczenia nie może wstąpić w prawa wierzyciela przeciwko dłużnikowi lub zabezpieczenia udzielone przez osoby trzecie, albo nie może być w pełni zaspokojony przez dłużnika albo osobę trzecią, roszczenia wierzyciela przeciwko udzielającemu zabezpieczenia ulegają zmniejszeniu w zakresie niezbędnym dla zapobieżenia powstaniu – w wyniku zachowania wierzyciela - szkody udzielającego zabezpieczenia. Udzielający zabezpieczenia, który już spełnił swe świadczenie, może odpowiednio żądać zwrotu od wierzyciela (art. IV.G. – 2:110 (1)⁴⁶⁹).

W komentarzu do przepisu wyjaśniono, że chodzi tu o takie sytuacje jak zwlekanie przez wierzyciela z zaspokojeniem do czasu, w którym dłużnik stał się

⁴⁶⁵ Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2661-2662.

⁴⁶⁶ Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2665.

⁴⁶⁷ Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2665.

⁴⁶⁸ Zob. art. IV.G. – 2:109 (2): „Paragraph (1) applies only if the creditor's conduct falls short of the standard of care which could be expected of persons managing their affairs with reasonable prudence”.

⁴⁶⁹ „If and in so far as due to the creditor's conduct the security provider cannot be subrogated to the creditor's rights against the debtor and to the creditor's personal and proprietary security rights granted by third persons, or cannot be fully reimbursed from the debtor or from third party security providers, if any, the creditor's rights against the security provider are reduced by the extent necessary to prevent the latter from suffering any loss as a result of the creditor's conduct. The security provider has a corresponding right to recover from the creditor if the security provider has already performed”.

niewypłacalny, wyzbycie się przezeń zabezpieczeń albo dopuszczenie do zmniejszenia wartości zabezpieczenia, które pozostaje w rękach dłużnika⁴⁷⁰.

Uogólnienie szczegółowego obowiązku lojalności przewidzianego w art. 887 k.c. według wzoru przewidzianego w DCFR wydaje się uzasadnione. Nie widać bowiem przekonujących podstaw do ograniczenia tego obowiązku do ściśle określonych przypadków, skoro ich podstawą jest zawsze założenie o ciężącym na wierzycielu obowiązku lojalności. Za szczegółową regulacją może oczywiście przemawiać bezpieczeństwo obrotu, jednakże argument ten nie powinien być przeceniany. Należy mieć na względzie, że stawką jest tu jedynie odpowiedzialność odszkodowawcza wierzyciela, a ciężar wykazania ewentualnej szkody i przesłanek odpowiedzialności będzie zawsze obciążał poręczyciela.

E. Stosunek między poręczycielem a dłużnikiem

1. Prawa i obowiązki poręczyciela

a) Roszczenia poręczyciela po zaspokojeniu wierzyciela

Jednym z istotnych zagadnień legislacyjnych związanych z umową poręczenia, jest uregulowanie praw przysługujących poręczycielowi względem dłużnika, w razie zaspokojenia wierzyciela.

Artykuł 638 § 1 k. z. przewidywał w tej kwestii wyraźnie, że „O ile poręczyciel zaspokoi wierzyciela, wierzytelność przechodzi na poręczyciela”. Tego rodzaju regulacja nie znalazła się w kodeksie cywilnym (co jest oceniane negatywnie⁴⁷¹). Do takich samych konsekwencji prowadzi jednak art. 518 § 1 pkt 1 k.c., w myśl którego

⁴⁷⁰ Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2660.

⁴⁷¹ Zob. M. Bączyk, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 31 (zdaniem autora rozwiązanie z kodeksu zobowiązań było „właściwsze”).

osoba trzecia, która spłaca wierzyciela, nabywa spłaconą wierzytelność do wysokości dokonanej zapłaty, jeżeli płaci cudzy dług, za który jest odpowiedzialna osobiście.

W doktrynie wyjaśnia się, że spłatą w rozumieniu art. 518 § 1 pkt 1 k.c. jest tylko zaspokojenie wierzyciela z własnego majątku⁴⁷²; nie jest nią zatem zaspokojenie z majątku dłużnika⁴⁷³ (np. potrącenie wierzytelności przysługującej dłużnikowi głównemu przeciwko wierzycielowi⁴⁷⁴ albo zapłata pieniędzmi wręczonymi przez dłużnika⁴⁷⁵).

De lege lata istnieje zgoda co do tego, że regulacja art. 518 k.c. ma charakter względnie wiążący⁴⁷⁶. Roszczenie zwrotne jest np. wyłączone, gdy poręczyciel działa *cum animo donandi* (co wiąże się ze zrzeczeniem z góry roszczenia subrogacyjnego)⁴⁷⁷. Podobnie jeżeli dług został zaciągnięty na korzyść poręczyciela⁴⁷⁸.

W doktrynie nie budzi także wątpliwości, że wraz z wierzytelnością główną przechodzą na poręczyciela wszelkie uprawnienia uboczne (w tym zwłaszcza

⁴⁷² Tak **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 328-329; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 452-453.

⁴⁷³ Tak **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 452-453.

⁴⁷⁴ Tak **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 778; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 452-453; **A. Szpunar**, *Odpowiedzialność kilku poręczycieli*, Rejent 1993, nr 12, s. 17.

⁴⁷⁵ **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 332.

⁴⁷⁶ Tak **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 332; wyraźnie **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 455. Odmienne pod rządem kodeksu zobowiązań **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 780-781 (zdaniem autora, wyłączenie z góry roszczenia zwrotnego byłoby przeciwnie dobrem obyczajom, gdyż byłoby zachętą dla dłużnika do przełożenia obowiązku wykonania zobowiązania na poręczyciela).

⁴⁷⁷ **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 332. Tak też przyjmuje się w Niemczech – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2687 (podobnie w innych krajach – zob. s. 2693).

⁴⁷⁸ **A. Szpunar**, *Odpowiedzialność kilku poręczycieli*, Rejent 1993, nr 12, s. 17; **A. Szpunar**, *Uwagi o realizacji odpowiedzialności poręczyciela*, Rejent 1996, nr 11, s. 21.

zabezpieczenia)⁴⁷⁹, co w przypadku zabezpieczeń rzeczowych wymaga współdziałania wierzyciela (np. wydania przedmiotu zastawu poręczycielowi albo przeniesienia własności rzeczy przewłaszczonej na zabezpieczenie wierzytelności głównej)⁴⁸⁰; jako podstawę tego poglądu wskazuje się niekiedy analogię do art. 509 § 2 k.c.⁴⁸¹)⁴⁸². Teza ta jest trafna i znajduje wystarczające potwierdzenie w art. 887 k.c.⁴⁸³.

Znajduje także potwierdzenie w art. 97 ustawy o księgach wieczystych i hipotece, zgodnie z którym: „Jeżeli dłużnikowi osobistemu, który zaspokoił wierzyciela hipotecznego, przysługuje roszczenie zwrotne względem właściciela nieruchomości obciążonej albo względem jego poprzednika prawnego, hipoteka przechodzi na dłużnika aż do wysokości przysługującego mu roszczenia. Jednakże gdy wierzyciel został zaspokojony tylko w części, przysługuje mu co do pozostałej części pierwszeństwo przed hipoteką dłużnika osobistego”. W wyroku z dnia 13 sierpnia 2008 r.⁴⁸⁴ Sąd Najwyższy wyjaśnił, że poręczyciel, który zaspokoił wierzyciela hipotecznego, jest dłużnikiem osobistym w rozumieniu art. 97 u.k.w.h.

De lege ferenda uzasadnione wydaje się uregulowanie tej istotnej kwestii w sposób ogólny i wyraźny, tym bardziej, że uprzednio zaproponowano zmianę obecnego art. 887 k.c. Rozwiązanie to musi zostać skorelowane z regulacją

⁴⁷⁹ Tak *implicite* **A. Ohanowicz**, Glosa do wyroku SN z dnia 26 sierpnia 1969 r., II CR 429/69, OSPiKA 1971, z. 1, s. 12-13; *explicite* **E. Drozd**, Z problematyki wielości poręczycieli w świetle kodeksu cywilnego, NP 1971, nr 1, s. 27; **A. Szpunar**, O roszczeniu zwrotnym poręczyciela, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 325. Co do hipoteki zob. wyrok SN z dnia 13 sierpnia 2008 r., I CSK 50/08, niepubl. („...dłużnik osobisty zaspokajający wierzyciela hipotecznego i uzyskujący roszczenie regresowe względem dłużnika rzeczowego, uzyskuje rzeczowe zabezpieczenie przysługującej mu należności (przechodzi na niego hipoteka zabezpieczająca dotychczas roszczenie wierzyciela). W okolicznościach rozpoznawanej sprawy po stronie wnioskodawcy jako poręczyciela spełniającego świadczenie w miejsce dłużnika, za którego poręczono, powstaje roszczenie regresowe kierowane przeciwko dłużnikowi (art. 518 § 1 pkt 1 w związku z art. 881 k.c.). Jeżeli wierzytelność, za którą poręczono, została zabezpieczona hipoteką, zastosowanie znajdzie art. 97 u.k.w.h.”).

⁴⁸⁰ Zob. **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 331-332.

⁴⁸¹ Tak **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 325.

⁴⁸² Pod rządem kodeksu zobowiązań pogląd ten opierano na art. 180 k.z., który nie został przejęty do kodeksu cywilnego – zob. **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 778.

⁴⁸³ Por. **A. Szpunar**, *Odpowiedzialność kilku poręczycieli*, Rejent 1993, nr 12, s. 22.

dotyczącą wielości zabezpieczeń, ponieważ solidarna odpowiedzialność zabezpieczających pozostaje w kolizji z prostym nabyciem zabezpieczeń przez poręczyciela wstępującego w prawa zaspokojonego wierzyciela (szerzej w tej kwestii w dalszej części opracowania).

Mechanizm subrogacji sprawia, że poręczyciel nabywa spłaconą wierzytelność w takim kształcie, w jakim przysługiwała ona wierzycielowi. Potwierdza to uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 lipca 2003 r.⁴⁸⁵, w której przyjęto, że roszczenie nabyte przez poręczyciela na podstawie art. 518 § 1 pkt 1 przedawnia się w terminie przewidzianym dla przedawnienia roszczenia wierzyciela wobec dłużnika głównego⁴⁸⁶.

Oznacza to również, że co do zasady dłużnik może podnieść przeciwko poręczycielowi zarzuty, które przysługiwały mu przeciwko wierzycielowi. W szczególności dłużnik może przeciwstawić poręczycielowi zarzut przedawnienia roszczenia, choćby nastąpiło ono po zaspokojeniu wierzyciela i przejściu wierzytelności na poręczyciela⁴⁸⁷.

Wyraźną regulację w tym względzie zawierał art. 638 § 2 k.z., stanowiąc, że „Dłużnik może przeciwstawić poręczycielowi także te zarzuty, które mu służą przeciwko niemu osobiście”. Na tej podstawie (słowo „także”) przyjmowano, że dłużnik może również przeciwstawić poręczycielowi zarzuty, które mu służyły przeciwko wierzycielowi⁴⁸⁸.

Mimo braku analogicznej regulacji także pod rządem k.c. w doktrynie wskazuje się zgodnie, że dłużnik może przeciwstawić poręczycielowi wszelkie zarzuty, które przysługiwały mu przeciwko wierzycielowi oraz zarzuty przysługujące mu osobiście

⁴⁸⁴ I CSK 50/08, niepubl.

⁴⁸⁵ III CZP 43/03, OSNC 2004, nr 10, poz. 151.

⁴⁸⁶ Pod rządem kodeksu zobowiązań odmiennego poglądu bronił **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 778-779 (autor wskazywał, że z chwilą przejścia wierzytelności na poręczyciela bieg przedawnienia wierzytelności, rozpoczęty przeciwko dłużnikowi, ulega przerwaniu; w konsekwencji autor przyjmował też, że dłużnik nie może bronić się tym, iż poręczenie było udzielone bez jego wiedzy i uważać siebie za zwolnionego od odpowiedzialności przed poręczycielem z chwilą upływu terminu przedawnienia swego długu względem wierzyciela).

⁴⁸⁷ **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 333.

⁴⁸⁸ **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 779.

względem poręczyciela⁴⁸⁹, a podstawą tego poglądu ma być analogia do art. 513 k.c.⁴⁹⁰.

Zapatrywanie to jest trafne i znajduje potwierdzenie w art. 884 k.c.; z przepisu tego – interpretowanego *a contrario* - wynika wszak, że w razie niedopełnienia przez poręczyciela obowiązku zawiadomienia przewidzianego w art. 884 § 1 k.c. dłużnik może podnieść przeciwko poręczycielowi zarzuty, które przysługiwały mu przeciwko wierzycielowi, a których poręczyciel nie podniósł. *Lege non distinguente* dotyczy to także zarzutów osobistych dłużnika. Tym niemniej – ze względu na wagę zagadnienia oraz okoliczność, że stosowanie analogii zakłada istnienie luki w prawie – uzasadnione wydaje się przywrócenie wyraźnej regulacji.

Rodzime rozwiązania nie odstają co do zasady od rozwiązań przyjmowanych w obcych systemach prawnych. Wiele z nich przyznaje poręczycielowi roszczenie subrogacyjne⁴⁹¹, przyjmując przy tym, że wraz ze spłacaną wierzytelnością poręczyciel nabywa także wszelkie zabezpieczenia przysługujące wierzycielowi⁴⁹².

Także w systemach obcych przyjmuje się zwykle, że dłużnik może podnieść przeciwko poręczycielowi występującemu z roszczeniem subrogacyjnym zarzuty, które przysługiwały mu przeciwko wierzycielowi; w niektórych systemach jest w ogóle zwolniony, jeżeli poręczyciel nie poinformował go o zamiarze zapłaty⁴⁹³.

Na szczególną uwagę zasługuje to, że w wielu obcych porządkach prawnych oprócz roszczenia subrogacyjnego poręczycielowi przyznaje się roszczenie o zwrot spełnionego świadczenia wynikające z osobistych stosunków z dłużnikiem. Źródłem tego ostatniego jest szczególny przepis ustawy (tak we Francji, Belgii, Holandii,

⁴⁸⁹ **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 214; **A. Ohanowicz**, [w:] A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970, s. 498-499; **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 332-333 (zdaniem autora, nie nastąpiła tu merytoryczna zmiana względem k.z.).

⁴⁹⁰ **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 333.

⁴⁹¹ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2690-2691.

⁴⁹² **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2695.

⁴⁹³ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2692.

Włoszech, Hiszpanii), stosunek wewnętrzny (np. zlecenia) albo – w razie nieważności zlecenia – prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia (tak w Niemczech, Grecji i Portugalii)⁴⁹⁴.

Roszczenie to obejmuje wszystko, co poręczyciel zapłacił: zobowiązanie główne, odsetki i koszty poniesione po poinformowaniu dłużnika o postępowaniu prowadzonym przeciwko poręczycielowi, a także odsetki od kwoty zapłaconej wierzycielowi (od momentu spłacenia wierzyciela) (tak np. w Belgii, Francji, Grecji, Włoszech, Hiszpanii)⁴⁹⁵. Roszczenie obejmuje również naprawienie szkód poniesionych przez poręczyciela (Francja, Belgia, Włochy, Hiszpania, Portugalia)⁴⁹⁶. W Holandii poręczyciel może żądać zwrotu wszystkiego, co zapłacił wierzycielowi, z wyjątkiem odsetek, które powstały w okresie osobistego opóźnienia poręczyciela w zapłacie (art. 7:866 ust. 1 k.c.h.)⁴⁹⁷.

We wszystkich przywołanych krajach roszczenie subrogacyjne jest niezależne od roszczenia osobistego i roszczenia te podlegają odrębnym reżimom prawnym, np. co do przedawnienia⁴⁹⁸. W większości krajów roszczenia mogą być kumulowane (co oczywiście nie może jednak prowadzić do podwójnej rekompensaty); odmienny pogląd, zakładający konieczność wyboru, jest tradycyjnie reprezentowany w Belgii i Francji⁴⁹⁹.

W razie częściowej zapłaty przyjmuje się, że roszczenie wierzyciela nie ma pierwszeństwa względem roszczenia osobistego poręczyciela (tak we Francji

⁴⁹⁴ Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2686.

⁴⁹⁵ Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2688.

⁴⁹⁶ Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2689.

⁴⁹⁷ Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2688-2689.

⁴⁹⁸ Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2691.

⁴⁹⁹ Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2691-2692.

i Belgii); ma natomiast pierwszeństwo względem roszczenia subrogacyjnego (Francja, Belgia, Niemcy, Włochy, Hiszpania, Portugalia)⁵⁰⁰.

Podobne rozwiązanie zaproponowano w DCFR. Przyjęto tam, że udzielający zabezpieczenia może żądać od dłużnika zwrotu spełnionego świadczenia zabezpieczającego. W tym samym zakresie wstępuje ponadto w prawa zaspokojonego wierzyciela. Prawa te pozostają w zbiegu (art. IV.G. – 2:113 (1)⁵⁰¹).

W razie częściowego spełnienia świadczenia, przysługujące wierzycielowi prawo przeciwko dłużnikowi ma pierwszeństwo względem części, w którą wstąpił udzielający zabezpieczenia (art. IV.G. – 2:113 (2)⁵⁰²).

W DCFR postanowiono także, że na mocy wstąpienia w prawa wierzyciela udzielający zabezpieczenia nabywa z mocy prawa wszelkie zabezpieczenia, niezależnie od jakichkolwiek ograniczeń umownych albo wyłączeń dotyczących przeniesienia tych zabezpieczeń uzgodnionych z dłużnikiem. Prawa przeciwko innym udzielającym zabezpieczenia mogą być wykonywane tylko w granicach wskazanych w art. IV.G. – 1:106 (art. IV.G. – 2:113 (3)⁵⁰³). Wstąpienie obejmuje tu zatem w istocie tylko prawa przysługujące przeciwko dłużnikowi.

Jeżeli ze względu na niezdolność do czynności prawnych dłużnik nie odpowiada względem wierzyciela, ale udzielający zabezpieczenia jest mimo to związany i wykona zabezpieczone zobowiązanie, prawo udzielającego zabezpieczenia do

⁵⁰⁰ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2694.

⁵⁰¹ „The security provider has a right to reimbursement from the debtor if and in so far as the security provider has performed the security obligation. In addition the security provider is subrogated to the extent indicated in the preceding sentence to the creditor's rights against the debtor. The right to reimbursement and rights acquired by subrogation are concurrent”.

⁵⁰² „In case of part performance, the creditor's remaining partial rights against the debtor have priority over the rights to which the security provider has been subrogated”.

⁵⁰³ „By virtue of the subrogation under paragraph (1), dependent and independent personal and proprietary security rights are transferred by operation of law to the security provider notwithstanding any contractual restriction or exclusion of transferability agreed by the debtor. Rights against other security providers can be exercised only within the limits of IV.G.– 1:106 (Several security providers: internal recourse)”.

żądania zwrotu świadczenia od dłużnika jest ograniczone do wysokości wzbogacenia dłużnika wynikającej z transakcji z wierzycielem (art. IV.G. – 2:113 (4)⁵⁰⁴).

Idea osobistego roszczenia przysługującego poręczycielowi obok wierzytelności nabytej przez subrogację nie jest całkowicie obca polskiej doktrynie. Zwraca się w niej uwagę, że między poręczycielem a dłużnikiem istnieć może samoistny stosunek (określany mianem stosunku wewnętrznego⁵⁰⁵ ze względu na to, że nie wpływa on na treść stosunku poręczenia⁵⁰⁶). Jeżeli jest to zlecenie, poręczycielowi, który zaspokoił wierzyciela, przysługiwać będzie roszczenie z art. 735 § 1 i 742 k.c.⁵⁰⁷, które podlega przedawnieniu na zasadach ogólnych⁵⁰⁸. Przyjmuje się, że przysługiwać ono może obok roszczenia subrogacyjnego, a poręczyciel może oprzeć swe żądanie na obu podstawach⁵⁰⁹.

W doktrynie wskazuje się ponadto, że jeżeli poręczenie zostało udzielone bez wiedzy dłużnika, mamy do czynienia z prowadzeniem cudzych spraw bez zlecenia⁵¹⁰, a poręczyciel, który zaspokoił wierzyciela może żądać zwrotu wydatku⁵¹¹ (na podstawie art. 753 § 2 zd. 2 k.c.).

⁵⁰⁴ „Where the debtor due to incapacity is not liable to the creditor but the security provider is nonetheless bound by, and performs, the security obligation, the security provider's right to reimbursement from the debtor is limited to the extent of the debtor's enrichment by the transaction with the creditor. This rule applies also if a debtor legal entity has not come into existence”.

⁵⁰⁵ **R. Longchamps de Berier**, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 617; **A. Szpunar**, *Odpowiedzialność kilku poręczycieli*, Rejent 1993, nr 12, s. 17; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 408.

⁵⁰⁶ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 408.

⁵⁰⁷ **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1725; **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 336; podobnie **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 214.

⁵⁰⁸ **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 336.

⁵⁰⁹ **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 336.

⁵¹⁰ Tak **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 213; **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1712; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 36.

⁵¹¹ **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 214.

Dostrzega się jednak zarazem, że poręczyciel może zawrzeć z wierzycielem umowę poręczenia nawet wbrew woli dłużnika głównego⁵¹², a w takiej sytuacji trudno dopatrzeć się podstawy dla omawianego roszczenia osobistego (por. art. 754 k.c.).

Wydaje się, że idea roszczenia osobistego przysługującego poręczycielowi w razie zaspokojenia wierzyciela warta jest przeszczepienia na rodzimy grunt. Roszczenie to powinno przysługiwać równolegle z wierzytelnością nabytą przez subrogację.

Zaletą nabycia wierzytelności przez subrogację jest to, że poręczyciel może skorzystać z zabezpieczeń akcesoryjnych względem tej wierzytelności. Z kolei zaletą roszczenia osobistego jest to, że zabezpiecza ono poręczyciela przed niebezpieczeństwem sparaliżowania wierzytelności nabytej w drodze subrogacji przez powołanie się przez dłużnika na jej przedawnienie, które nastąpiło po zaspokojeniu wierzyciela albo umorzenie tej wierzytelności przez dokonanie przez dłużnika potrącenia z inną wierzytelnością przysługującą przeciwko wierzycielowi⁵¹³.

Przed niebezpieczeństwami tymi poręczyciel nie jest *de lege lata* zabezpieczony. Jak już wspomniano, z art. 884 § 2 k.c., interpretowanego *a contrario*, wynika bowiem, że dłużnik może podnieść przeciwko poręczycielowi zarzuty, które przysługiwały mu przeciwko wierzycielowi⁵¹⁴.

⁵¹² **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 213.

⁵¹³ W kontekście wstecznego skutku potrącenia należałoby wówczas uznać, że skutek potrącenia bezpodstawnie wzbogacony względem poręczyciela staje się splecony wierzyciel.

⁵¹⁴ Zob. też uchwałę SN z dnia 17 lipca 2003 r., III CZP 43/03, OSNC 2004, nr 10, poz. 151, w której Sąd Najwyższy orzekł, że roszczenie nabyte przez poręczyciela na podstawie art. 518 § 1 pkt 1 przedawnia się w terminie przewidzianym dla przedawnienia roszczenia wierzyciela wobec dłużnika głównego. Sąd wskazał, że „Instytucja subrogacji ustawowej została uregulowana jedynie fragmentarycznie w przepisach kodeksu cywilnego i przepisach szczególnych, przewidujących przypadki subrogacji, dlatego w literaturze nie kwestionuje się potrzeby i możliwości stosowania do niej odpowiednio przepisów o cesji (art. 505 i nast. k.c.). W grupie przepisów, które można zastosować odpowiednio znajdują się także przepisy dotyczące zarzutów przysługujących dłużnikowi. Zgodnie z art. 513 § 1 k.c., dłużnikowi przelanej wierzytelności przysługują wobec nabywcy wierzytelności wszelkie zarzuty, które miał on przeciwko zbywcy w chwili powzięcia wiadomości o przelewie. W zakresie subrogacji odpowiednie zastosowanie omawianego przepisu oznacza, że dłużnik główny może skutecznie zgłaszać przeciwko subrogowanemu m.in. zarzut przedawnienia roszczenia subrogacyjnego, jeżeli zarzut taki mógł być zgłoszony w odniesieniu do roszczenia głównego”.

b) Obowiązek poręczyciela zawiadomienia dłużnika i skutki jego naruszenia

Zgodnie z art. 885 k.c. – wzorowanym na art. 640 k.z. - „Poręczyciel powinien niezwłocznie zawiadomić dłużnika o dokonanej przez siebie zapłacie długu, za który poręczył. Gdyby tego nie uczynił, a dłużnik zobowiązanie wykonał, nie może żądać od dłużnika zwrotu tego, co sam wierzycielowi zapłacił, chyba że dłużnik działał w złej wierze”.

Pojęcie „zapłaty” jest tu rozumiane szeroko, jako każdy sposób zaspokojenia wierzyciela, który powoduje zgaśnięcie zobowiązania głównego w całości lub w części⁵¹⁵.

W doktrynie wskazuje się, że jeżeli poręczyciel uchybił obowiązkowi zawiadomienia, a wierzyciel otrzymał podwójną zapłatę, mechanizm z art. 518 § 1 pkt 1 k.c. znajduje zastosowanie tylko wtedy, gdy dłużnik był w złej wierze; w przeciwnym razie poręczycielowi przysługuje jedynie roszczenie z nienależnego świadczenia (art. 410 k.c. - *causa finita*) przeciwko wierzycielowi⁵¹⁶.

Dłużnik, który wykonał zobowiązanie w złej wierze nie może uchylić się od roszczenia poręczyciela; jeżeli dłużnik wiedział o zapłacie przez poręczyciela, nie może także żądać zwrotu świadczenia od wierzyciela jako nienależnego, ponieważ w takiej sytuacji wiedział także, że nie był do świadczenia zobowiązany, co zgodnie z art. 411 pkt 1 k.c. wyłącza roszczenie o zwrot nienależnego świadczenia⁵¹⁷.

⁵¹⁵ **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 334; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 455.

⁵¹⁶ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 456; **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 334; **L. Ogiegło**, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II, Komentarz do artykułów 450-1088*, Warszawa 2009, kom. do art. 885, pkt. 5. Podobnie **L. Stecki**, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 796. Por. **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1729 (autor wskazuje, że w takiej sytuacji poręczyciel może żądać od dłużnika przelania na niego roszczenia przysługującego dłużnikowi przeciwko wierzycielowi o zwrot nienależnego świadczenia).

⁵¹⁷ Tak też pod rządem kodeksu zobowiązań **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczegółowa*, Warszawa 1938, s. 784-785.

Podobne do art. 885 k.c. rozwiązania znane są ustawodawstwom obcym (Belgia, Francja, Holandia, Włochy, Portugalia, Hiszpania)⁵¹⁸ i regulacja ta nie nasuwa zastrzeżeń.

Dopełnieniem tej regulacji jest – wzorowany na art. 639 k.z. - art. 884 k.c., zgodnie z którym: „§ 1. Poręczyciel, przeciwko któremu wierzyciel dochodzi roszczenia, powinien zawiadomić niezwłocznie dłużnika wzywając go do wzięcia udziału w sprawie. § 2. Jeżeli dłużnik nie weźmie udziału w sprawie, nie może on podnieść przeciwko poręczycielowi zarzutów, które mu przysługiwały przeciwko wierzycielowi, a których poręczyciel nie podniósł z tego powodu, że o nich nie wiedział”.

Przywołane rozwiązanie może budzić wątpliwości, należy bowiem zwrócić uwagę, że w wielu ustawodawstwach europejskich tego rodzaju obowiązek poręczyciela nie jest ograniczony do przypadku pozwania go przez wierzyciela.

W wielu obcych porządkach prawnych poręczyciel jest generalnie odpowiedzialny, jeżeli spłacił wierzyciela, nie informując o takim zamiarze dłużnika, a dłużnikowi przysługiwały zarzuty, które mógł podnieść względem wierzyciela (Austria, Grecja, Włochy, Holandia, Portugalia, Hiszpania)⁵¹⁹.

We Francji i Belgii poręczyciel ma obowiązek podniesienia wszelkich przysługujących dłużnikowi zarzutów, co pośrednio nakłada nań obowiązek powiadomienia dłużnika o zamiarze zapłaty i dowiedzenia się o przysługujących zarzutach⁵²⁰ (obowiązek taki istnieje również w Grecji i Włoszech⁵²¹).

W Niemczech obowiązek poręczyciela poszanowania interesów dłużnika wyprowadzany jest z istniejącego zwykle między nimi stosunku zlecenia. W rezultacie poręczyciel ma obowiązek niezwłocznego powiadomienia dłużnika

⁵¹⁸ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2676-2677.

⁵¹⁹ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2677.

⁵²⁰ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2677.

⁵²¹ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2680.

o żądaniu zapłaty ze strony wierzyciela i zasięgnięcia informacji o przysługujących dłużnikowi zarzutach⁵²².

Sankcją naruszenia tych obowiązków jest albo wyłączenie roszczenia zwrotnego przeciwko dłużnikowi (tak np. w Grecji, Niemczech – § 670 k.c.n., Francji – art. 2308 ust. 2 k.c.f.) albo możliwość podniesienia przeciwko poręczycielowi zarzutów, które przysługiwały dłużnikowi w momencie zapłaty (Austria, Holandia – art. 7:868 k.c.h., Włochy, Hiszpania)⁵²³. Poręczyciel zachowuje natomiast swe prawa przeciwko wierzycielowi (tak we Francji, Belgii, Holandii, Włoszech, Portugalii, Hiszpanii)⁵²⁴.

Inaczej jest jednak wówczas, gdy dłużnik – właściwie powiadomiony przez poręczyciela – nie poinformował go o przysługujących mu zarzutach. W takiej sytuacji dłużnik nie może podnieść względem poręczyciela tych zarzutów, które przysługiwały mu przeciwko wierzycielowi (Austria, Grecja, Portugalia⁵²⁵).

Podobne rozwiązania przyjęto w ramach DCFR. Przyjęto tam, że przed spełnieniem świadczenia na rzecz wierzyciela, udzielający zabezpieczenia ma obowiązek powiadomienia dłużnika i zasięgnięcia informacji o rozmiarze zabezpieczonego zobowiązania, z którym dłużnik zalega oraz wszelkich zarzutach i roszczeniach wzajemnych (art. IV.G. – 2:112 (1)⁵²⁶).

Jeżeli udzielający zabezpieczenia nie uczyni zadość powyższemu obowiązkowi albo nie podniesie zarzutów, o których został poinformowany albo o których wiedział z innych źródeł, roszczenie udzielającego zabezpieczenia względem dłużnika ulega zmniejszeniu w zakresie niezbędnym dla zapobieżenia powstaniu – w wyniku tego

⁵²² **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2678.

⁵²³ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2678-2679.

⁵²⁴ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2680.

⁵²⁵ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2679.

⁵²⁶ „Before performance to the creditor, the security provider is required to notify the debtor and request information about the outstanding amount of the secured obligation and any defences or counterclaims against it”.

zaniedbania – szkody dłużnika (art. IV.G. – 2:112 (2)⁵²⁷). Nie narusza to praw udzielającego zabezpieczenia względem wierzyciela (art. IV.G. – 2:112 (2)⁵²⁸).

Omawiany problem jest w rodzimej doktrynie dostrzegany bardzo rzadko. Generalnie wychodzi się zapewne z założenia, że płacąc dług dobrowolnie, bez poinformowania dłużnika o zamiarze zapłaty, poręczyciel naraża się na zarzuty w razie wystąpienia z roszczeniem regresowym⁵²⁹.

Nawet jednak przyjęcie tego słusznego założenia nie pozwala na proste rozstrzygnięcie przypadku, w którym dłużnik poinformowany przez poręczyciela o zamiarze zapłaty nie informuje go o przysługujących mu zarzutach. Wprawdzie można twierdzić, że narusza w ten sposób obowiązek lojalności i naraża się na odpowiedzialność odszkodowawczą, jednakże rozumowanie to napotyka na pewne przeszkody. Po pierwsze, może się zdarzyć, że dłużnika i poręczyciela nie wiąże żaden dodatkowy stosunek prawny, co sprawia, iż trudno wówczas wskazać podstawę dla tego rodzaju obowiązku lojalności. Po drugie, istnieniu takiego obowiązku zdaje się przeczyć wąsko ujęty art. 884 k.c.; przepis ten byłby zbędny, gdyby uznać, że do tych samych rezultatów może prowadzić ewentualna odpowiedzialność odszkodowawcza dłużnika.

Przemawia to za wyraźnym uregulowaniem omawianej kwestii. Stosowny przepis powinien zastąpić obecny art. 884 k.c. i stanowić uzupełnienie regulacji dotyczącej roszczenia poręczyciela przeciwko dłużnikowi głównemu.

⁵²⁷ „If the security provider fails to comply with the requirements in paragraph (1) or neglects to raise defences communicated by the debtor or known to the security provider from other sources, the security provider's rights to recover from the debtor under IV.G.– 2:113 (Security provider's rights after performance) are reduced by the extent necessary to prevent loss to the debtor as a result of such failure or neglect”.

⁵²⁸ „The security provider's rights against the creditor remain unaffected”.

⁵²⁹ Zob. motywy do art. 332 projektu części szczegółowej (E. Tilla i R. Longchamps de Berier) przywoływane przez **J. Korzonek**, [w:] J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz. Tom I*, Kraków 1936, s. 1383 (wskazuje się tam: „O ile chodzi o zapłatę dobrowolną można wymagać od poręczyciela, ażeby nie płacił wierzycielowi nie porozumiawszy się poprzednio z dłużnikiem, w przeciwnym razie słusznie poniesie szkodę”); por. też **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczegółowa*, Warszawa 1938, s. 779-780.

2. **Obowiązki dłużnika**

a) Obowiązek zawiadomienia o zapłacie

Zgodnie z art. 886 k.c. – wzorowanym na art. 641 k.z. - „Jeżeli poręczenie udzielone zostało za wiedzą dłużnika, dłużnik powinien niezwłocznie zawiadomić poręczyciela o wykonaniu zobowiązania. Gdyby tego nie uczynił, poręczyciel, który zaspokoił wierzyciela, może żądać od dłużnika zwrotu tego, co wierzycielowi zapłacił, chyba że działał w złej wierze”.

Dłużnikowi głównemu, który zwrócił poręczycielowi spełnione przezeń świadczenie na podstawie art. 886 k.c., przysługuje roszczenie o zwrot nienależnego świadczenia względem wierzyciela (art. 410 k.c.).

W doktrynie wskazuje się także, że zarówno co do wiedzy dłużnika, jak i złej wiary poręczyciela (wiedział on, że dłużnik spełnił już świadczenie⁵³⁰) miarodajna jest świadomość w chwili spełniania świadczenia⁵³¹.

Przeważnie przyjmuje się również, że jeżeli poręczyciel był w złej wierze, przysługuje mu jedynie roszczenie o zwrot świadczenia względem wierzyciela na podstawie art. 410 k.c.⁵³². Pogląd ten może jednak budzić wątpliwości w sytuacji, w której poręczyciel wiedział o wcześniejszej zapłacie przez dłużnika, ponieważ w takiej sytuacji wiedział także, że nie był do świadczenia zobowiązany, co zgodnie z art. 411 pkt 1 k.c. wyłącza roszczenie o zwrot nienależnego świadczenia.

Wskazane kwestie mogą być w zadowalający sposób wyjaśnione na podstawie reguł ogólnych i ich wyraźne uregulowanie wydaje się zbędne. Formuła art. 886 k.c. może być pozostawiona bez zmian.

⁵³⁰ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 457.

⁵³¹ Tak co do wiedzy dłużnika **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 456.

⁵³² **L. Stecki**, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 797; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 457; **L. Ogiełło**, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II, Komentarz do artykułów 450-1088*, Warszawa 2009, kom. do art. 886, pkt. 2.

b) Obowiązek zwolnienia poręczyciela z zobowiązania?

W ramach rozważań dotyczących obowiązków dłużnika względem wierzyciela na uwagę zasługuje przewidziana w DCFR regulacja, w myśl której w określonych przypadkach dłużnik jest zobowiązany do zwolnienia poręczyciela z zabezpieczenia.

Zgodnie z tą regulacją, udzielający zabezpieczenia, który udzielił zabezpieczenia na prośbę dłużnika lub za jego wyraźną albo dorozumianą zgodą, może żądać zwolnienia przez dłużnika:

- jeżeli dłużnik nie wykonał zabezpieczonego zaobowiązania po tym, jak stało się ono wymagalne,
- jeżeli dłużnik jest niewypłacalny albo jego majątek zmniejszył się znacznie albo
- jeżeli wierzyciel wytoczył powództwo na podstawie zabezpieczenia przeciwko udzielającemu zabezpieczenia (art. IV.G. – 2:111 (1)⁵³³).

Zwolnienie może przybrać przede wszystkim postać dostarczenia stosownego zabezpieczenia (art. IV.G. – 2:111 (2)⁵³⁴). Zabezpieczenie może być dostarczone przez dłużnika albo – co jest częstsze – przez osobę trzecią⁵³⁵.

Regulacja powyższa przewiduje – w typowych sytuacjach - możliwość żądania zwolnienia z zabezpieczenia jeszcze przed spełnieniem świadczenia przez poręczyciela⁵³⁶.

⁵³³ „A security provider who has provided a security at the debtor's request or with the debtor's express or presumed consent may request relief by the debtor: (a) if the debtor has not performed the secured obligation when performance became due; (b) if the debtor is unable to pay or has suffered a substantial diminution of assets; or (c) if the creditor has brought an action on the security against the security provider”.

⁵³⁴ „Relief may be granted by furnishing adequate security”.

⁵³⁵ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2669.

⁵³⁶ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2668.

Podobne rozwiązanie jest znane większości europejskich systemów prawnych (tak np. prawo francuskie, austriackie, belgijskie, angielskie, fińskie, niemieckie, greckie, włoskie, portugalskie, szkockie, hiszpańskie)⁵³⁷. Przeważnie uznaje się, że ma ono zabezpieczać poręczyciela przed dodatkowymi ryzykami, które ujawniły się po zaciągnięciu zobowiązania⁵³⁸. Jest ono jednak rzadko stosowane (we Francji), a jego skuteczność jest poddawana w wątpliwość przez autorów hiszpańskich⁵³⁹. Zrezygnowano z niego w kodeksie holenderskim⁵⁴⁰.

We Francji i Belgii sankcją naruszenia tego obowiązku jest roszczenie odszkodowawcze, choć wielu autorów zwraca uwagę, że przed zapłatą zobowiązania poręczyciel nie doznaje szkody a ponadto zapłata jest zwykle niemożliwa ze względu na niewypłacalność dłużnika⁵⁴¹. W rezultacie uznaje się, że realną korzyść zapewnia jedynie uzyskanie zabezpieczenia rzeczowego albo osobistego (tak we Francji, Belgii, Portugalii i Hiszpanii)⁵⁴².

Zasadność wprowadzenia analogicznej regulacji do prawa polskiego wydaje się wątpliwa. Przyznanie poręczycielowi możliwości żądania zwolnienia z zobowiązania w sytuacji, w której dłużnik opóźnia się z wykonaniem zobowiązania albo gdy poręczyciel został pozwany przez wierzyciela, wydaje się nieuzasadnione już z tego względu, że także poręczyciel ma wówczas obowiązek spełnienia świadczenia, a spełniając świadczenie i tak nabędzie roszczenia przeciwko dłużnikowi.

Z kolei w przypadku niewypłacalności dłużnika praktyczna skuteczność omawianej możliwości jest mocno wątpliwa.

⁵³⁷ Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2669.

⁵³⁸ Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2670.

⁵³⁹ Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2669-2670.

⁵⁴⁰ Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2670.

⁵⁴¹ Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2673.

⁵⁴² Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2674.

W tej sytuacji wystarczające wydaje się pozostawienie dłużnikowi i poręczycielowi możliwości wprowadzenia analogicznego rozwiązania w drodze umowy.

F. Wielość poręczycieli

1. Uwagi ogólne

W doktrynie nie budzi wątpliwości, że po stronie poręczyciela może występować więcej podmiotów⁵⁴³, sytuacja taka rodzi jednak znaczne komplikacje prawne i dlatego kwestii tej obce ustawodawstwa poświęcają wzmożoną uwagę⁵⁴⁴, wykazując skądinąd znaczną różnorodność⁵⁴⁵.

Kodeks zobowiązań regulował tę kwestię w art. 636, natomiast kodeks cywilny pomija ją milczeniem, co jest przez niektórych autorów uznawane za przeoczenie⁵⁴⁶ i stanowi podstawę uwag *de lege ferenda*⁵⁴⁷.

Z góry warto zaznaczyć, że brak wyraźnej regulacji w omawianej kwestii jest bodajże największym mankamentem obecnej regulacji.

⁵⁴³ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 115; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 457.

⁵⁴⁴ Uwagi prawnoporównawcze co do prawa niemieckiego, szwajcarskiego i francuskiego omawia **A. Ohanowicz**, *Glosa do wyroku SN z dnia 26 sierpnia 1969 r., II CR 429/69*, OSPiKA 1971, z. 1, s. 12; zob. też **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 115 i n.

⁵⁴⁵ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 115.

⁵⁴⁶ Zob. **A. Ohanowicz**, *Glosa do wyroku SN z dnia 26 sierpnia 1969 r., II CR 429/69*, OSPiKA 1971, z. 1, s. 12 (autor pisze o luce w ustawie); na trudności związane z brakiem odpowiednika art. 636 k.z. wskazuje również **E. Drozd**, *Z problematyki wielości poręczycieli w świetle kodeksu cywilnego*, NP 1971, nr 1, s. 23-24; por. też **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 116 (autor pisze o „regresie konstrukcyjnym” względem kodeksu zobowiązań).

⁵⁴⁷ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 120 (autor postuluje przywrócenie normy odpowiadającej *in principio* art. 636 k.z.); por. też **E. Drozd**, *Z problematyki wielości poręczycieli w świetle kodeksu cywilnego*, NP 1971, nr 1, s. 28. Zob. jednak **A. Szpunar**, *Odpowiedzialność kilku poręczycieli*, Rejent 1993, nr 12, s. 12-13 (autor uznaje, że „nie należy przeceniać skutków niezamieszczenia w kodeksie cywilnym przepisu podobnej treści” oraz wskazuje, że „*de lege ferenda* nie należy postulować zamieszczenia w kodeksie cywilnym normy powtarzającej wyrażoną w art. 636 k.z. zasadę”).

W celu wypełnienia tej luki przeważnie przyjmuje się, że w przypadku, w którym w roli poręczyciela występuje więcej podmiotów, sytuację ich regulują przepisy ogólne dotyczące wielości dłużników (art. 366-383 k.c.)⁵⁴⁸. W szczególnie istotnej praktyce bankowej częste są nawiązania do regulacji kodeksu zobowiązań⁵⁴⁹.

2. Stosunek poręczycieli do wierzyciela

Regulacja zagadnienia wielości poręczycieli uwzględniać musi dwa aspekty: stosunek poręczycieli względem wierzyciela oraz stosunki między poręczycielami w sytuacji, w której jeden z nich w całości lub części zaspokoił wierzyciela.

Rozwiązania dotyczące pierwszej kwestii mogą być - najogólniej rzecz biorąc - oparte na dwu modelach: modelu repartycji bezpośredniej, w której odpowiedzialność każdego poręczyciela jest redukowana (*ex lege* albo na żądanie jednego z nich⁵⁵⁰) do pewnej części⁵⁵¹ albo modelu repartycji pośredniej (wobec wierzyciela każdy z poręczycieli odpowiada za wypełnienie całości świadczenia, a repartycja jest przesunięta na plan dalszy stosunków między poręczycielami)⁵⁵².

Model podzielonej odpowiedzialności kilku poręczycieli jest znany np. prawu francuskiemu: każdy z poręczycieli odpowiada tu za całość długu, ale w sytuacji, w której wierzyciel zażąda od poręczyciela zapłaty przekraczającej jego udział ten ostatni dysponuje prawem domagania się od wierzyciela rozdzielenia jego pretensji między wszystkich wypłacalnych poręczycieli stosownie do ich udziałów⁵⁵³ (*exceptio divisionis*). Rozdzielenie to powoduje zredukowanie odpowiedzialności wszystkich poręczycieli do wysokości przypadających na nich części i eliminuje ich

⁵⁴⁸ Tak **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 452.

⁵⁴⁹ **M. Bączyk**, *Poręczenie przyjmowane wobec banków za zobowiązania jednostek gospodarki uspołecznionej*, PiP 1986, z. 11, s. 101.

⁵⁵⁰ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 122.

⁵⁵¹ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 121.

⁵⁵² **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 122.

⁵⁵³ Zob. **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 122.

odpowiedzialność za tych poręczycieli, którzy stali się niewypłacalni po dokonaniu rozdzielenia⁵⁵⁴.

Model odpowiedzialności podzielonej znany jest również prawu szwajcarskiemu w sytuacji, w której poręczyciele zobowiązali się wspólnie. W takim przypadku, jeżeli dług jest podzielny, każdy z poręczycieli staje się odpowiedzialny jedynie do wysokości przypadającego nań udziału, choć równocześnie odpowiada jako podporęczyciel za część obarczającą pozostałych poręczycieli (art. 497 ust. 1 sz.k.z.)⁵⁵⁵. Jeżeli współporęczyciele zobowiązali się solidarnie z dłużnikiem głównym lub między sobą, zobowiązanie każdego z nich odnosi się do całości długu głównego, z tym że każdy z poręczycieli może odmówić spełnienia świadczenia przewyższającego jego udział tak długo, jak długo wierzyciel nie wystąpi z żądaniem zapłaty wobec wszystkich pozostałych; możliwość ta przysługuje mu także wtedy, gdy inni poręczyciele spełnili już świadczenie wobec wierzyciela w wysokości odpowiadającej ich udziałom lub ustanowili dla wierzyciela stosowne zabezpieczenie rzeczowe (art. 497 ust. 2 sz.k.z.)⁵⁵⁶.

W ustawodawstwach obcych przeważa jednak tendencja do odstępowania od konstrukcji podzielonej odpowiedzialności kilku poręczycieli⁵⁵⁷. Także w tych systemach prawnych, które ją przewidują, jest ona odrzucana w praktyce przez odpowiednie uzgodnienia umowne⁵⁵⁸.

Jak już wspomniano, kodeks zobowiązań postanawiał w art. 636, że w razie, gdy kilka osób udzieliło poręczenia, odpowiadają względem wierzyciela według przepisów o solidarności. W doktrynie wskazywano, że w odróżnieniu od poręczenia solidarnego, jest to solidarność we właściwym znaczeniu⁵⁵⁹.

Mimo braku odpowiednika ww. przepisu także na gruncie kodeksu cywilnego uznaje się przeważnie, że poręczyciele odpowiadają względem wierzyciela

⁵⁵⁴ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 123.

⁵⁵⁵ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 123.

⁵⁵⁶ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 123.

⁵⁵⁷ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 124.

⁵⁵⁸ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 124.

⁵⁵⁹ **R. Longchamps de Berier**, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 615.

solidarnie⁵⁶⁰, a podstawą tego zapatrywania jest reguła z art. 881 k.c.⁵⁶¹ albo analogia do odpowiedzialności solidarnej⁵⁶²; pominięcie art. 636 k.z. niektórzy autorzy usiłują przy tym tłumaczyć przyjęciem w k.c. koncepcji bezpośredniej i równorzędnej odpowiedzialności poręczyciela⁵⁶³.

⁵⁶⁰ **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, Warszawa 1972, s. 1723 (zdaniem autora, z mocy art. 881 k.c. poręczyciele ponoszą wobec wierzyciela taką odpowiedzialność jak współdłużnicy solidarni); **L. Stecki**, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 787; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 116 i n. (autor wskazuje, że dla oceny położenia prawnego poręczycieli wobec wierzyciela będą miały zastosowanie wszystkie reguły solidarności biernej –s. 121); **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 881, pkt 4 (autor wskazuje, że zasada odpowiedzialności poręczyciela jako dłużnika solidarnego odnosi się także do przypadku, gdy poręczenie zostało udzielone przez kilka osób); **L. Ogiegło**, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II, Komentarz do artykułów 450-1088*, Warszawa 2009, kom. do art. 881, pkt. 4 (autor wskazuje, że w przypadku braku odmiennej umowy odpowiedzialność kilku poręczycieli „jest taka jak współdłużników solidarnych”); **A. Szpunar**, *Odpowiedzialność kilku poręczycieli*, Rejent 1993, nr 12, s. 13; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 457; **E. Drozd**, *Z problematyki wielości poręczycieli w świetle kodeksu cywilnego*, NP 1971, nr 1, s. 26 (autor wskazuje, że odpowiadają oni „jak dłużnicy solidarni”); w orzecznictwie zob. wyrok SN z dnia 26 sierpnia 1969 r., II CR 429/69, OSNCP 1970, nr 5, poz. 93 („Jeżeli jest kilku poręczycieli, to na podstawie art. 881 k.c. wierzyciel może żądać spełnienia całości lub części świadczenia zarówno od dłużnika głównego oraz wszystkich poręczycieli łącznie albo też od niektórych lub od każdego z nich z osobna. Ponieważ sytuacja prawna współporęczycieli jest taka sama, jak to dla współdłużników solidarnych przewidywał art. 366 k.c., przeto należy uznać, że w braku odmiennej umowy odpowiedzialność kilku poręczycieli jest taka jak współdłużników solidarnych, a zatem również stosunki pomiędzy poręczycielami są normowane przez przepisy o solidarności”); wyrok SN z dnia 22 grudnia 1997 r., III CKU 87/97, LEX nr 33242 („Zgodnie z art. 881 k.c. poręczyciele ponoszą wobec wierzyciela taką odpowiedzialność, jak współdłużnicy solidarni, bez względu na to, czy poręczyli wspólnie, czy każdy z osobna”).

⁵⁶¹ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 117 („z braku innych rozwiązań” autor opowiada się za wykładnią art. 881 k.c., która obejmuje także stosunek między współporęczycielami; w ostateczności można się na ten przepis powołać *per analogiam*); **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 457-458; **A. Szpunar**, *Odpowiedzialność kilku poręczycieli*, Rejent 1993, nr 12, s. 13; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 881, pkt 4; tak też – co do odpowiedzialności „jak współdłużnicy solidarni” - **E. Drozd**, *Z problematyki wielości poręczycieli w świetle kodeksu cywilnego*, NP 1971, nr 1, s. 26.

⁵⁶² Por. **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 117. Por. **A. Ohanowicz**, *Glosa do wyroku SN z dnia 26 sierpnia 1969 r., II CR 429/69*, OSPiKA 1971, z. 1, s. 13 (zdaniem autora, odpowiedzialność poręczycieli w stosunku wewnętrznym „ma znamiona solidarności dłużników, a więc przepisy o tej solidarności znajdują – dla braku specjalnych – w tym przypadku zastosowanie”; jest to – jak się wydaje- wyrazem zastosowania zasad ogólnych a nie analogii).

⁵⁶³ **A. Szpunar**, *Odpowiedzialność kilku poręczycieli*, Rejent 1993, nr 12, s. 12 (zdaniem autora, „Ponieważ odrzucona została subsydiarność (posiłkowość) poręczenia, twórcy k.c. wychodzili z założenia, że tym bardziej solidarnie powinny odpowiadać wszystkie osoby, które są współporęczycielami”; zwraca on ponadto na tendencję do wzmożenia funkcji zabezpieczającej poręczenia, pominięcie art. 11 k.z., który stanowił, że solidarności dłużników się nie domniemywa oraz liczne przypadki solidarności ustawowej); **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 457.

Interpretację tę potwierdza poniekąd art. 83 ust. 2 prawa bankowego, zgodnie z którym przy potwierdzaniu przez bank zobowiązań wynikających z poręczenia udzielonego przez inny bank stosuje się odpowiednio art. 83 ust. 1, stanowiący, iż „Bank może potwierdzić zobowiązanie innego banku wynikające z gwarancji bankowej; w przypadku tym roszczenia z gwarancji można kierować do banku, który jej udzielił, lub do banku, który ją potwierdził, albo do obu tych banków łącznie, aż do zupełnego zaspokojenia roszczeń wierzyciela”⁵⁶⁴.

W doktrynie przyjmuje się przy tym, że nie ma znaczenia, czy poręczyciele zaciągnęli zobowiązania wspólnie, czy każdy odrębnie⁵⁶⁵ (okoliczność ta była bez

⁵⁶⁴ Charakter prawny potwierdzenia jest sporny. Przeważa pogląd, że owo potwierdzenie jest szczególnym rodzajem przystąpienia do długu wynikającego z istniejącego już stosunku poręczenia, a więc jest umową i wymaga zgody wierzyciela oraz choćby dorozumianej zgody dotychczasowego dłużnika (pierwotnego poręczyciela) i które skutkuje powstaniem zobowiązania solidarnego obu banków - tak **A. Szpunar**, *Poręczenie w nowym prawie bankowym*, Rejent 1998, nr 6, s. 96-97; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 414. Zobowiązanie banku potwierdzającego ma – podobnie jak zobowiązanie pierwotnego poręczyciela - charakter akcesoryjny - **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 415; por. jednak **A. Szpunar**, *Poręczenie w nowym prawie bankowym*, Rejent 1998, nr 6, s. 97 (zdaniem autora, bankowi potwierdzającemu nie przysługuje roszczenie regresowe przeciw dłużnikowi głównemu). Według odmiennej koncepcji, potwierdzenie jest jednostronnym oświadczeniem woli banku potwierdzającego składanym wierzycielowi, które nie wymaga nawet powiadomienia poręczyciela pierwotnego i które skutkuje powstaniem odrębnego zobowiązania i odpowiedzialnością *in solidum* obu banków (art. 83 ust. 1) - tak **M. Bączyk**, *Poręczenie w świetle przepisów prawa bankowego z 1997 r.*, *Prawo Bankowe* 1998, nr 2, s. 59-60; krytycznie **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 414 (zdaniem autora, nie ma żadnych racji, by uznać, że potwierdzenie nie skutkuje powstaniem zobowiązania solidarnego, lecz „niejasną” konstrukcją odpowiedzialności *in solidum*; koncepcja jednostronnego oświadczenia woli koliduje z kolei z umownym charakterem poręczenia i ogólną zasadą kodeksu cywilnego, że także nabycie prawa wymaga zgody beneficjenta; według autora, nie jest także przekonujący pogląd, że poręczyciela pierwotnego nie trzeba zawiadamiać, ponieważ nie uwzględnia on, iż powstaje nowy stosunek prawny między poręczycielem pierwotnym a „potwierdzającym” – jako współdłużnikami solidarnymi, o czym „oczywiście” pierwotny poręczyciel musi wiedzieć). Stosownie do jeszcze innego poglądu potwierdzenie jest kolejnym poręczeniem, którego udzielenie oznacza, że bank potwierdzający staje się odpowiedzialny jak współdłużnik solidarny, a między poręczycielem pierwotnym oraz bankiem potwierdzającym powstaje odpowiedzialność *in solidum* (w razie spełnienia świadczenia bank potwierdzający poręczenie mógłby się domagać od banku, który udzielił pierwszego poręczenia, zwrotu części kwoty wydatkowanej w celu zaspokojenia wierzyciela – analogia do art. 376 k.c.) - tak **J. Pisuliński**, [w:] F. Fojcik-Mastalska (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 360-362.

⁵⁶⁵ **E. Drozd**, *Z problematyki wielości poręczycieli w świetle kodeksu cywilnego*, NP 1971, nr 1, s. 28; **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1723; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 458; **A. Szpunar**, *Odpowiedzialność kilku poręczycieli*, Rejent 1993, nr 12, s. 11; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 881, pkt 4.

znaczenia również pod rządem art. 636 k.z.⁵⁶⁶, podobnie jest w obcych systemach prawnych⁵⁶⁷, choć odnaleźć można również rozwiązania odmienne jak np. w prawie szwajcarskim⁵⁶⁸).

Nie budzi także wątpliwości, że reguła z art. 881 k.c. ma charakter względnie wiążący i strony mogą np. postanowić, że każdy z poręczycieli odpowiada tylko do określonej części zobowiązania głównego (tzw. *exceptio divisionis*)⁵⁶⁹ albo mogą określić kolejność dochodzenia roszczeń od poszczególnych współporęczycieli (odpowiedzialność subsydiarna – tzw. *beneficium excusionis*)⁵⁷⁰.

3. Stosunki między poręczycielami

Więcej wątpliwości dotyczy sytuacji, w której jeden z poręczycieli spłacił wierzyciela. Jest wprawdzie stosunkowo jasne, że poręczyciel, który zaspokoił wierzyciela wstępuje na podstawie art. 518 § 1 pkt 1 k.c. w jego prawa i z tej racji może żądać od dłużnika głównego zwrotu tego, co sam świadczył wierzycielowi⁵⁷¹, jednakże problem dotyczy stosunków między poręczycielami.

Kodeks zobowiązań postanawiał w art. 636, że w razie, gdy kilka osób udzieliło poręczenia, odpowiadają zarówno względem wierzyciela, jak i między sobą według przepisów o solidarności. Zdaniem niektórych autorów, przepis ten należało stosować łącznie z art. 179 pkt 2 k.z. (subrogacja ustawowa), a w rezultacie na płacącego poręczyciela przechodziła wierzytelność główna częściowo w stosunku do każdego poręczyciela stosownie do przepisów o regresie między dłużnikami

⁵⁶⁶ Zob. np. **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 776; **A. Szpunar**, *Odpowiedzialność kilku poręczycieli*, Rejent 1993, nr 12, s. 11-12.

⁵⁶⁷ Zob. **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 120 wraz z przypisem 16 na s. 131.

⁵⁶⁸ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 120 (jeżeli poręczyciele zobowiązali się niezależnie od siebie, nie powstaje solidarność bierna).

⁵⁶⁹ **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 129.

⁵⁷⁰ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 459.

⁵⁷¹ **L. Stecki**, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 787; **A. Szpunar**, *Odpowiedzialność kilku poręczycieli*, Rejent 1993, nr 12, s. 16; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 460.

solidarnymi; nabywał on wobec pozostałych poręczycieli wszelkie zabezpieczenia wierzytelności głównej⁵⁷².

Podobne rozwiązanie przyjmuje § 426 k.c.n. w stosunku do wszystkich dłużników solidarnych: poręczyciel solidarny, który spełnił świadczenie, wstępuje *ex lege* w prawa zaspokojonego wierzyciela również wobec pozostałych poręczycieli; następuje to jednak tylko w zakresie przysługujących poręczycielom roszczeń regresowych między sobą⁵⁷³.

De lege lata większość doktryny i orzecznictwo przyjmuje, że w stosunkach między poręczycielami nie stosuje się art. 518 § 1 pkt 1 k.c., co oznacza, że po zaspokojeniu wierzyciela poręczyciel nie nabywa przeciwko innym poręczycielom wierzytelności wraz zabezpieczeniami w postaci poręczenia⁵⁷⁴, natomiast poręczyciele odpowiadają także między sobą jak dłużnicy solidarni (art. 881 k.c.) z tym skutkiem, że znajduje tu zastosowanie dotyczący solidarności biernej art. 376 § 1 zd. 2 k.c., w myśl którego „Jeżeli z treści tego stosunku nie wynika nic innego, dłużnik, który świadczenie spełnił, może żądać zwrotu w częściach równych”⁵⁷⁵.

⁵⁷² **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 127.

⁵⁷³ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 127.

⁵⁷⁴ **A. Ohanowicz**, *Glosa do wyroku SN z dnia 26 sierpnia 1969 r., II CR 429/69*, OSPiKA 1971, z. 1, s. 13 (autor przyjmuje, że zachodzi tu wyjątek od art. 518 § 1 pkt 1 k.c. uzasadniony specyfiką odpowiedzialności solidarnej; wskazuje, że wstąpienie w prawa zaspokojonego wierzyciela nie zmienia w niczym stosunku poręczyciela do współporęczycieli, ponieważ ten ostatni stosunek nie może być zniesiony albo zmieniony przez czynność dokonaną z wierzycielem; „Współporęczyciel nie występuje przez zapłatę ze wspólnoty solidarnej współporęczycieli i nie nabywa w stosunku do swych towarzyszy nadrzędnego stanowiska wierzyciela”); **E. Drozd**, *Z problematyki wielości poręczycieli w świetle kodeksu cywilnego*, NP 1971, nr 1, s. 27; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 127; **A. Szpunar**, *Odpowiedzialność kilku poręczycieli*, Rejent 1993, nr 12, s. 19, 21-22; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 460; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 881, pkt 5; **J. Gołaczyński**, [w:] E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2008, kom. do art. 881, pkt 6.

⁵⁷⁵ **A. Ohanowicz**, *Glosa do wyroku SN z dnia 26 sierpnia 1969 r., II CR 429/69*, OSPiKA 1971, z. 1, s. 13; **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1723; **L. Stecki**, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1980, s. 787, 793; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 127 (zdaniem autora, art. 376 k.c. stanowi *lex specialis* względem art. 518 § 1 k.c.; do solidarnej odpowiedzialności poręczycieli ma zastosowanie art. 371 k.c., a gdyby płacący poręczyciel wstępował w prawa wierzyciela przeciwko pozostałym poręczycielom pogarszałoby to ich sytuację prawną, ponieważ mógłby on żądać spłaty całości świadczenia; autor zastrzega równocześnie, że w razie uwzglodnienia odpowiedzialności *in solidum* poręczycieli art. 518 k.c. znajdzie zastosowanie – s. 128); **A. Szpunar**, *Odpowiedzialność kilku poręczycieli*, Rejent 1993, nr 12, s. 19; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 459; **M.**

Od razu należy zasygnalizować, że podstawy omawianego zapatrywania są stosunkowo wątle. Trafnie zwraca się uwagę, że, ściśle rzecz biorąc, art. 881 k.c. – mający stanowić podstawę solidarności między poręczycielami - stanowi, iż poręczyciel odpowiada „jak współdłużnik solidarny”, co nie jest równoznaczne z solidarną odpowiedzialnością poręczyciela z dłużnikiem, a dopiero ta uzasadniałaby stosowanie art. 376 § 1 zd. 2 k.c. Uznanie na podstawie art. 881 k.c., że odpowiedzialność solidarna zachodzi między współporęczycielami prowadzi zatem do niewygodnej pod względem dogmatycznym sytuacji, w której temu samemu przepisowi nadawana jest różna treść w zależności od tego, czy chodzi o stosunek między poręczycielami (odpowiedzialność solidarna ze skutkiem z art. 376 k.c.), czy też o stosunek między poręczycielem a dłużnikiem (odpowiedzialność „jak współdłużnik solidarny” z wyłączeniem zastosowania art. 376 k.c.)⁵⁷⁶. Ze stwierdzenia, że poręczyciele odpowiadają „jak współdłużnicy solidarni” względem

Sychowicz, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 881, pkt 5; **L. Ogiegło**, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II, Komentarz do artykułów 450-1088*, Warszawa 2009, kom. do art. 881, pkt. 4; tak też ostatecznie – ze względu na brak lepszego rozwiązania - **E. Drozd**, *Z problematyki wielości poręczycieli w świetle kodeksu cywilnego*, NP 1971, nr 1, s. 28; zob. też **C. Zieliński**, *Jeszcze w kwestii odpowiedzialności kilku poręczycieli*, NP 1971, nr 12, s. 1800-1802 (zdaniem autora, art. 881 k.c. dotyczy tylko relacji między dłużnikiem a poręczycielem, oznacza jednak także, że poręczyciele odpowiadają względem wierzyciela jak współdłużnicy solidarni z konsekwencjami z art. 376 k.c.)w orzecznictwie zob. wyrok SN z dnia 26 sierpnia 1969 r., II CR 429/69, OSNCP 1970, nr 5, poz. 93 („Jeżeli jest kilku poręczycieli, to na podstawie art. 881 k.c. wierzyciel może żądać spełnienia całości lub części świadczenia zarówno od dłużnika głównego oraz wszystkich poręczycieli łącznie albo też od niektórych lub od każdego z nich z osobna. Ponieważ sytuacja prawna współporęczycieli jest taka sama, jak to dla współdłużników solidarnych przewidywał art. 366 k.c., przeto należy uznać, że w braku odmiennej umowy odpowiedzialność kilku poręczycieli jest taka jak współdłużników solidarnych, a zatem również stosunki pomiędzy poręczycielami są normowane przez przepisy o solidarności”); wyrok z dnia 7 listopada 1997 r., II CKN 425/97, niepubl. („...poręczyciel, odpowiadający z dłużnikiem głównym i współporęczycielami wobec wierzyciela stosownie do art. 881 k.c. jak dłużnik solidarny, może, w razie spełnienia świadczenia, dochodzić zwrotu (regresu) od współporęczycieli na zasadach przewidzianych w art. 376 § 1 k.c.”); wyrok SN z dnia 22 grudnia 1997 r., III CKU 87/97, LEX nr 33242 („Przy współporęczeniu sytuacja prawna współporęczycieli jest, w braku odmiennej umowy, taka sama jak współdłużników solidarnych, co oznacza, że również stosunki pomiędzy poręczycielami są normowane przez przepisy o solidarności. W takiej sytuacji istnieją dwa zobowiązania solidarne, dłużnika głównego z poręczycielami i między współporęczycielami. Z unormowania tego wynika, że jeżeli umowa nie stanowi inaczej, to poręczycielowi, który uiścił dług w całości lub w części przewyższającej jego obciążenie, przysługuje w stosunku do pozostałych poręczycieli prawo regresu według przepisów o solidarności (art. 376 § 1 k.c.), niezależnie od regresu w stosunku do dłużnika głównego, obejmującego całość zaspokojonej wierzytelności z mocy art. 518 § 1 k.c. z tytułu wstąpienia w miejsce zaspokojonego wierzyciela”).

⁵⁷⁶ Tak trafnie **E. Drozd**, *Z problematyki wielości poręczycieli w świetle kodeksu cywilnego*, NP 1971, nr 1, s. 27; dostrzega to także **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 119-120.

wierzyciela nie wynika, że ich odpowiedzialność między sobą jest solidarna (por. np. rozróżnienie w art. 636 k.z. oraz w § 774 ust. 2 i § 769 k.c.n.)⁵⁷⁷.

Wyprowadzanie z art. 881 k.c. wniosku o solidarności także w stosunku wewnętrznym między współporęczycielami jest zatem wynikiem dążenia do uniknięcia zastosowania art. 518 k.c. oraz braku lepszej po temu podstawy prawnej⁵⁷⁸ i komplikacji, które wynikałyby w omawianej sytuacji z zastosowania ogólnych zasad odpowiedzialności *in solidum*⁵⁷⁹. W tej sytuacji różnice w relacji poręczyciel-poręczyciel (odpowiedzialność solidarna) oraz relacji poręczyciel-dłużnik (odpowiedzialność „jak współdłużnik solidarny”) muszą być uzasadniane charakterem poręczenia: w stosunku do dłużnika – inaczej niż w stosunku do współporęczycieli - odpowiedzialność poręczyciela ma charakter akcesoryjny⁵⁸⁰.

W rezultacie, mimo braku wyraźnej regulacji stosunkowo zgodnie przyjmuje się, że wobec wierzyciela poręczyciele odpowiadają każdy za cały dług⁵⁸¹, natomiast wobec siebie nawzajem *pro parte rata*⁵⁸² i dlatego każdy, kto zapłacił więcej niż na niego przypadło, może żądać zwrotu od innych⁵⁸³. Przyjmuje się przy tym, że dla obliczania roszczeń regresowych miarodajna jest wysokość długu w chwili wystąpienia z roszczeniami regresowymi⁵⁸⁴.

⁵⁷⁷ Zob. **E. Drozd**, *Z problematyki wielości poręczycieli w świetle kodeksu cywilnego*, NP 1971, nr 1, s. 27, przypis 15.

⁵⁷⁸ Tak wprost **E. Drozd**, *Z problematyki wielości poręczycieli w świetle kodeksu cywilnego*, NP 1971, nr 1, s. 27-28; podobnie **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 117.

⁵⁷⁹ **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 118-119.

⁵⁸⁰ **E. Drozd**, *Z problematyki wielości poręczycieli w świetle kodeksu cywilnego*, NP 1971, nr 1, s. 28; podobnie **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 118.

⁵⁸¹ **E. Drozd**, *Z problematyki wielości poręczycieli w świetle kodeksu cywilnego*, NP 1971, nr 1, s. 32.

⁵⁸² **A. Ohanowicz**, *Głosa do wyroku SN z dnia 26 sierpnia 1969 r., II CR 429/69*, OSPiKA 1971, z. 1, s. 13; **E. Drozd**, *Z problematyki wielości poręczycieli w świetle kodeksu cywilnego*, NP 1971, nr 1, s. 29-30; **A. Szpunar**, *Odpowiedzialność kilku poręczycieli*, Rejent 1993, nr 12, s. 19; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 459.

⁵⁸³ **A. Ohanowicz**, *Głosa do wyroku SN z dnia 26 sierpnia 1969 r., II CR 429/69*, OSPiKA 1971, z. 1, s. 13; **E. Drozd**, *Z problematyki wielości poręczycieli w świetle kodeksu cywilnego*, NP 1971, nr 1, s. 30 (zdaniem autora, poręczyciel może żądać nadwyżki od każdego ze współporęczycieli w częściach równych albo od jednego z nich – do wysokości ich odpowiedzialności); **A. Szpunar**, *Odpowiedzialność kilku poręczycieli*, Rejent 1993, nr 12, s. 23; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 460.

⁵⁸⁴ **E. Drozd**, *Z problematyki wielości poręczycieli w świetle kodeksu cywilnego*, NP 1971, nr 1, s. 30; **A. Szpunar**, *Odpowiedzialność kilku poręczycieli*, Rejent 1993, nr 12, s. 22; **Z. Radwański**, [w:] J.

W konsekwencji uznaje się także, że współporęczyciel, który spłacił dług, może wystąpić z roszczeniem przeciwko dłużnikowi głównemu (art. 518 § 1 pkt 1 k.c.) lub z roszczeniem zwrotnym przeciwko współporęczycielom⁵⁸⁵ (odpowiedzialność dłużnika i odpowiedzialność pozostałych poręczycieli ma wówczas charakter odpowiedzialności *in solidum*⁵⁸⁶); w zakresie, w jakim dłużnik główny spełnił świadczenie, roszczenia regresowe wygasają⁵⁸⁷. Natomiast jeżeli dłużnik spełnił część świadczenia, zobowiązanie każdego z poręczycieli ulega zmniejszeniu o taką część, jaka wypada na każdego z nich przy proporcjonalnym rozdzieleniu wysokości spełnionej części między wszystkich poręczycieli⁵⁸⁸.

Substytucja brakującej regulacji normatywnej napotyka na trudności w kwestii obliczenia roszczeń regresowych w przypadku, gdy współporęczyciele odpowiadają do różnych wysokości, mimo że jest jasne, iż regres przeciwko współporęczycielowi nie może przekraczać kwoty, do której odpowiadał. Zdaniem niektórych autorów, w takiej sytuacji należy dokonać redukcji repartycji w stosunku do wysokości przyjętych poręczeń⁵⁸⁹, stwierdzenie to nie wyjaśnia jednak wszelkich wątpliwości.

Nie budzi natomiast wątpliwości, że współporęczyciele mogą w odmienny sposób uregulować swój stosunek wewnętrzny⁵⁹⁰.

Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 460.

⁵⁸⁵ Pod rządem kodeksu zobowiązań zob. **L. Domański**, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 776l; *de lege lata* **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 460.

⁵⁸⁶ **E. Drozd**, *Z problematyki wielości poręczycieli w świetle kodeksu cywilnego*, NP 1971, nr 1, s. 29.

⁵⁸⁷ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 460.

⁵⁸⁸ **E. Drozd**, *Z problematyki wielości poręczycieli w świetle kodeksu cywilnego*, NP 1971, nr 1, s. 30.

⁵⁸⁹ Ku tej koncepcji skłaniał się **E. Drozd**, *Z problematyki wielości poręczycieli w świetle kodeksu cywilnego*, NP 1971, nr 1, s. 32-33 (uznając ją za bardziej sprawiedliwą); odmiennie **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 460 (zdaniem autora, nie ma podstaw normatywnych dla dokonania takiej redukcji, współporęczyciele odpowiadają w częściach równych).

⁵⁹⁰ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 460-461.

4. Wzorzec DCFR

Śledząc stosunkowo zgodne – jak na brak wyraźnej regulacji ustawowej – ustalenia doktryny dotyczące problematyki wielości poręczycieli, nie można ulec złudzeniu, że regulacja taka jest zbędna. Zbyt wiele rozstrzygnięć opiera się tu na zawiłych zabiegach interpretacyjnych, których poprawność dogmatyczna nastrocza niekiedy poważnych wątpliwości.

Poszukując wzorców w zakresie przyszłej regulacji, oprócz prostego i syntetycznego rozwiązania art. 636 k.z. należy mieć na względzie regulację tego zagadnienia zawartą w DCFR. Została ona zamieszczona w rozdziale, zawierającym reguły wspólne dla zależnych i niezależnych zabezpieczeń wierzytelności, odnosi się zatem w pełnym zakresie do wielości zależnych zabezpieczeń osobistych.

Zgodnie z regułą podstawową wyrażoną w art. IV.G. – 1:105 (1), w razie gdy kilku udzielających zabezpieczenia osobistego zabezpieczyło tę samą wierzytelność albo tę samą jej część, każdy z udzielających zabezpieczenia przyjmuje - w granicach swego zobowiązania – odpowiedzialność solidarną względem wierzyciela, co dotyczy także przypadku, w którym zabezpieczenia zostały udzielone niezależnie od siebie⁵⁹¹. W komentarzu wyjaśniono, że reguła ta – jeżeli chodzi o zabezpieczenia udzielane łącznie⁵⁹² - jest rozwiązaniem dominującym w europejskich porządkach prawnych⁵⁹³.

⁵⁹¹ „To the extent that several providers of personal security have secured the right to performance of the same obligation or the same part of an obligation or have assumed their undertakings for the same security purpose, each security provider assumes within the limits of that security provider's undertaking to the creditor solidary liability together with the other security providers. This rule also applies if these security providers in assuming their securities have acted independently”.

⁵⁹² W przypadku zabezpieczeń udzielanych niezależnie od siebie w niektórych państwach poręczyciele odpowiadają niezależnie od siebie, np. we Włoszech, poręczyciel, który spłaci wierzyciela, wstępuje w jego prawa także przeciwko pozostałym poręczycielom – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2553 (nie jest to zatem – jak się przyjmuje niekiedy w rodzimej doktrynie w kontekście art. 518 § 1 k.c. – rozwiązanie “absurdalne”). W przypadku poręczeń udzielanych łącznie w niektórych systemach dochodzi do podziału odpowiedzialności poręczycieli – tak np. w Hiszpanii – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2553-2554.

⁵⁹³ Zob. uwagi prawnoporównawcze **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2550, 2552 i n. W wielu krajach odpowiedzialność solidarna jest przyjmowana także wtedy, gdy poręczenia zostały

Szczegółową regulację poświęcono w pierwszej kolejności stosunkom między udzielającymi zabezpieczenia.

W tej kwestii postanowiono w art. IV.G. – 1:106 (1), że do stosunków między udzielającymi zabezpieczenia ma zastosowanie art. III.-4:107 (przepis ten reguluje regres między dłużnikami solidarnymi⁵⁹⁴)⁵⁹⁵ z zastrzeżeniem jednak reguł szczególnych, dotyczących obliczania części przypadającej na każdego z nich. Ustanowienie tych reguł wynika z przekonania, że w przypadku zabezpieczeń – których zakres może być bardzo różny - podział po równo byłby niesprawiedliwy⁵⁹⁶.

udzielone niezależnie, tak np. w Austrii, Holandii, Niemczech; w krajach romańskich reguła ta jest ograniczana przez tzw. *beneficium divisionis* (tzn. poręczyciel, od której zażądano zapłaty całej kwoty może żądać ograniczenia swego zobowiązania do proporcjonalnego udziału), przy czym w niektórych państwach – Włochy i Portugalia – zarzut taki musi być wprost przewidziany w umowie – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2554-2555.

⁵⁹⁴ „III. – 4:107: Recourse between solidary debtors

(1) A solidary debtor who has performed more than that debtor's share has a right to recover the excess from any of the other debtors to the extent of each debtor's unperformed share, together with a share of any costs reasonably incurred.

(2) A solidary debtor to whom paragraph (1) applies may also, subject to any prior right and interest of the creditor, exercise the rights and actions of the creditor, including any supporting security rights, to recover the excess from any of the other debtors to the extent of each debtor's unperformed share.

(3) If a solidary debtor who has performed more than that debtor's share is unable, despite all reasonable efforts, to recover contribution from another solidary debtor, the share of the others, including the one who has performed, is increased proportionally”.

⁵⁹⁵ W większości kontynentalnych systemów prawnych istnieją reguły dotyczące regresu między współporęczycielami, którzy odpowiadają jak dłużnicy solidarni (np. § 1359 k.c.a., art. 2310 k.c.f., § 774 (2) k.c.n., art. 7:869 w zw. z art. 6:152 i art. 6:151 § 2 k.c.h.) – zob. uwagi prawnoporównawcze **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2562 i n. (w razie częściowej zapłaty rozwiązania są różne: w Austrii, Anglii, Francji, Włoszech i Holandii, poręczyciel ma prawo do regresu w zakresie, w jakim zapłata przekracza przypadający na niego udział; natomiast w Niemczech poręczyciel, który zapłacił ma zawsze proporcjonalny regres niezależnie od tego, czy zapłata przekroczyła jego udział; jeżeli jednak nie przekroczyła, to w przypadku, gdy płacący poręczyciel stał się niewypłacalny po zapłacie, regres jest zawieszony do chwili, w której udział wewnętrzny każdego z poręczycieli jest pewny; ponadto, w razie niewypłacalności dłużnika, płacącemu poręczycielowi przysługuje regres tylko w przypadku, gdy zapłacił więcej niż jego udział). Także w przypadku zapłaty przez udzielającego zabezpieczenia rzeczowego przyjmuje się przeważnie, że przysługuje mu regres przeciwko pozostałym udzielającym zabezpieczenia na tych samych zasadach, co współporęczycielowi (s. 2565). Podstawą jest częstokroć analogiczne stosowanie reguł dotyczących stosunków między poręczycielami, a w Niemczech (podobnie w Austrii) ogólna klauzula dobrej wiary - § 242 k.c.n. – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2566. Jedynie w Hiszpanii sądy przyjmują, że zapłata przez udzielającego zabezpieczenia rzeczowego zwalnia pozostałych zabezpieczających.

⁵⁹⁶ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2558.

Brak tu również jednego ogólnie uznanego w krajowych porządkach prawnych wzorca⁵⁹⁷.

W związku z tym art. IV.G. – 1:106 (3) stanowi, że w stosunkach między udzielającymi zabezpieczenia – w braku odmiennej umowy między nimi – każdy odpowiada w takim stosunku, w jakim pozostaje, w chwili powstania ostatniego zabezpieczenia, podjęte przezeń maksymalne ryzyko do sumy ryzyk podjętych przez wszystkich⁵⁹⁸. Oznacza to także, że - podobnie jak w krajowych porządkach prawnych - odpowiedzialność z regresu nie ma charakteru solidarnego⁵⁹⁹.

Reguły wyznaczania maksymalnego ryzyka zostały bardzo rozbudowane. Co do zasady, w przypadku zabezpieczeń osobistych maksymalne ryzyko wyznacza uzgodniona maksymalna wysokość zabezpieczenia, a w jej braku – wartość zabezpieczanego prawa. W razie zabezpieczenia długu z rachunku bieżącego, maksymalne ryzyko wyznacza limit kredytu, a w jego braku – ostateczne saldo (art. IV.G. – 1:106 (4)⁶⁰⁰). W przypadku zabezpieczeń rzeczowych, maksymalne ryzyko wyznacza uzgodniona maksymalna wysokość zabezpieczenia, a w jej braku – wartość przedmiotu majątkowego, będącego przedmiotem zabezpieczenia (art. IV.G. – 1:106 (5)⁶⁰¹).

⁵⁹⁷ W niektórych krajach (np. Włochy) regres obliczany jest przez podział zobowiązania *per capita*, w innych jest obliczany proporcjonalnie do maksymalnego ryzyka (Niemcy, Austria, Holandia, Francja) – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2568.

⁵⁹⁸ „Unless the security providers have otherwise agreed, as between themselves each security provider is liable in the same proportion that the maximum risk assumed by that security provider bore to the total of the maximum risks assumed by all the security providers. The relevant time is that of the creation of the last security”.

⁵⁹⁹ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2569.

⁶⁰⁰ „For personal security, the maximum risk is determined by the agreed maximum amount of the security. In the absence of an agreed maximum amount, the value of the secured right or, if a current account has been secured, the credit limit is decisive. If a secured current account does not have a credit limit, its final balance is decisive”.

⁶⁰¹ „For proprietary security, the maximum risk is determined by the agreed maximum amount of the security. In the absence of an agreed maximum amount, the value of the assets serving as security is decisive”.

Jeżeli jednak wyznaczone w ten sposób maksymalne ryzyko jest wyższe niż wartość zabezpieczanego prawa w chwili udzielenia ostatniego zabezpieczenia, maksymalne ryzyko wyznacza ta ostatnia wartość (art. IV.G. – 1:106 (6))⁶⁰².

W przypadku nieograniczonego zabezpieczenia osobistego, zabezpieczającego nieograniczony kredyt, maksymalne ryzyko innych zabezpieczeń, które przekracza ostateczne saldo zabezpieczonego kredytu, jest ograniczone do tej ostatniej wartości (art. IV.G. – 1:106 (7))⁶⁰³.

Przytoczone wyżej reguły dotyczące wyznaczania maksymalnego ryzyka nie mają zastosowania do zabezpieczenia rzeczowego udzielonego przez dłużnika i do udzielających zabezpieczenia, którzy w chwili zaspokojenia wierzyciela nie byli względem niego odpowiedzialni (art. IV.G. – 1:106 (8))⁶⁰⁴. Jest oczywiste, że żaden regres nie przysługuje **dłużnikowi**, który ustanowił zabezpieczenie rzeczowe⁶⁰⁵.

Stosunkom między udzielającymi zabezpieczenia a dłużnikiem poświęcony został art. IV.G. – 1:107. Zgodnie z § 1 – będącym nowością w świetle krajowych porządków prawnych⁶⁰⁶ - udzielający zabezpieczenia, który zaspokoił regres innego udzielającego zabezpieczenia, wstępuje w tym zakresie w jego prawa przeciwko dłużnikowi wynikające z art. IV.G. – 2:113 § 1 i 3, łącznie z zabezpieczeniami rzeczowymi udzielonymi przez dłużnika. Zastosowanie – z odpowiednimi zmianami – znajduje tu art. IV.G. – 2:110⁶⁰⁷. To ostatnie zastrzeżenie oznacza, że regres

⁶⁰² Nie dotyczy to jednak przypadku zabezpieczenia osobistego wyznaczonego przez limit kredytu albo salda rachunku. „If the maximum amount in the case of paragraph (4) first sentence or the maximum amount or the value, respectively, in the case of paragraph (5) is higher than the value of the secured right at the time of creation of the last security, the latter determines the maximum risk”.

⁶⁰³ „In the case of an unlimited personal security securing an unlimited credit the maximum risk of other limited personal or proprietary security rights which exceed the final balance of the secured credit is limited to the latter”.

⁶⁰⁴ „The rules in paragraphs (3) to (7) do not apply to proprietary security provided by the debtor and to security providers who, at the time when the creditor was satisfied, were not liable towards the latter”.

⁶⁰⁵ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2562.

⁶⁰⁶ Zob. uwagi prawno-porównawcze **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2574.

⁶⁰⁷ „Any security provider who has satisfied a right of recourse of another security provider is subrogated to this extent to the other security provider's rights against the debtor as acquired under IV.G.– 2:113 (Security provider's rights after performance) paragraphs (1) and (3), including

udzielającego zabezpieczenia, który spłacił wierzyciela, przeciwko innym udzielającym zabezpieczenia może ulec ograniczeniu albo nawet wyłączeniu, jeżeli na skutek nienależytego zachowania spłacającego, pozostali udzielający zabezpieczenia nie mogliby wstąpić w jego prawa (w tym zabezpieczenia rzeczowe) albo uzyskać zaspokojenia od dłużnika.

W myśl § 2, w razie, gdy udzielającemu zabezpieczenia przysługuje regres do dłużnika na mocy art. IV.G. – 2:113 § 1 i 3 albo na mocy samego art. IV.G. – 1:107, łącznie z zabezpieczeniami rzeczowymi udzielonymi przez dłużnika, każdy udzielający zabezpieczenia uprawniony jest do odpowiedniego udziału w korzyściach uzyskanych od dłużnika stosownie do art. IV.G. – 1:106 (2) i art. III. – 4:107. Zastosowanie – z odpowiednimi zmianami – znajduje tu art. IV.G. – 2:110⁶⁰⁸. Konstrukcja ta – dotycząca (jak się wydaje) przypadku, w którym roszczenie przeciwko dłużnikowi nie doprowadziło do całkowitego wygaśnięcia zabezpieczanej wierzytelności - ma umożliwiać uniknięcie sytuacji, w której pojedynczy zabezpieczający uzyskałby zaspokojenie od dłużnika (w zakresie swego udziału), a inni zabezpieczający, od którego zażądał zapłaty wierzyciel albo zabezpieczający, który spłacił wierzyciela ponad udział, byłiby tej możliwości pozbawieni na skutek późniejszej niewypłacalności dłużnika⁶⁰⁹.

proprietary security rights granted by the debtor. IV.G.– 2:110 (Reduction of creditor's rights) applies with appropriate adaptations”.

⁶⁰⁸ “Where a security provider has recourse against the debtor by virtue of the rights acquired under IV.G.– 2:113 (Security provider's rights after performance) paragraphs (1) and (3) or under the preceding paragraph, including proprietary security rights granted by the debtor, every security provider is entitled to a proportionate share, as defined in IV.G.– 1:106 (Several security providers: internal recourse) paragraph (2) and III.– 4:107 (Recourse between solidary debtors), of the benefits recovered from the debtor. IV.G.– 2:110 (Reduction of creditor's rights) applies with appropriate adaptations”.

⁶⁰⁹ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2527.

W braku odmiennego, wyraźnego zastrzeżenia, powyższe reguły nie mają zastosowania do zabezpieczenia rzeczowego udzielonego przez dłużnika (art. IV.G. – 1:107 (3)⁶¹⁰).

Do wielości zabezpieczeń subsydiarne zastosowanie mają ponadto reguły ogólne dotyczące wielości dłużników (art. IV.G. – 1:104⁶¹¹, art. IV.G. – 1:108⁶¹²).

Przedstawione wyżej przepisy mają odpowiednie stosowanie do sytuacji, w której dłużnik albo osoba trzecia udzieliła zabezpieczenia rzeczowego dodatkowego względem zabezpieczenia osobistego (art. IV.G. – 1:105 (2)⁶¹³). Oznacza to, że także i w tym przypadku odpowiedzialność zabezpieczających jest solidarna.

Ogólne idee odzwierciedlone w zaprezentowanych wyżej rozwiązaniach wydają się godne przeszczepienia na rodzimy grunt. Oznaczać to będzie pewne zmiany w stosunku do rozwiązań tradycyjnych, co dotyczy zwłaszcza repartycji ciężaru związanego z zaspokojeniem wierzyciela w stosunku wewnętrznym między poręczycielami solidarnymi. Koncepcja oparcia tej repartycji według kryterium podjętego ryzyka wydaje się przekonująca i znajduje już pewne zaczepienie w doktrynie (por. przywołane wyżej uwagi E. Drozda). Na podobnej idei oparty jest także art. 824¹ § 2 k.c., zgodnie z którym: „Jeżeli ten sam przedmiot ubezpieczenia w tym samym czasie jest ubezpieczony od tego samego ryzyka u dwóch lub więcej ubezpieczycieli na sumy, które łącznie przewyższają jego wartość ubezpieczeniową, ubezpieczający nie może żądać świadczenia przenoszącego wysokość szkody. Między ubezpieczycielami każdy z nich odpowiada w takim stosunku, w jakim przyjęta przez niego suma ubezpieczenia pozostaje do łącznych sum wynikających z podwójnego lub wielokrotnego ubezpieczenia”.

⁶¹⁰ “Unless expressly stated to the contrary, the preceding rules do not apply to proprietary security provided by the debtor”.

⁶¹¹ „A co-debtorship for security purposes is subject to the rules of Chapters 1 and 4 and, subsidiarily, to the rules in Book III, Chapter 4, Section 1 (Plurality of debtors)”.

⁶¹² „If and in so far as the provisions of this Part do not apply, the rules on plurality of debtors in III.– 4:107 (Recourse between solidary debtors) to III.– 4:112 (Opposability of other defences in solidary obligations) are subsidiarily applicable”.

⁶¹³ „Paragraph (1) applies with appropriate adaptations if proprietary security has been provided by the debtor or a third person in addition to the personal security”.

Zaakceptowanie ogólnej idei odzwierciedlonej w DCFR nie oznacza konieczności przejścia wszystkich, rozbudowanych i niezmiernie szczegółowych rozwiązań. Pewne różnice wynikają już z tego, że w ramach sformułowanych w niniejszym opracowaniu propozycji odrzucono możliwość poręczenia nieograniczonego co do rozmiaru. Wystarczające wydaje się przyjęcie reguły, że ryzyko podejmowane przez każdego z poręczycieli wyznacza się przez zakres jego zobowiązania względem wierzyciela istniejący w chwili jego zaspokojenia. W tych samych proporcjach każdy z poręczycieli powinien być uprawniony do udziału w korzyściach uzyskanych przez poręczyciel od dłużnika.

IV. Gwarancja bankowa

A. Uwagi wstępne

Zamieszczone w tej części opracowania uwagi koncentrować się będą przede wszystkim na ogólnym modelu gwarancji bankowej, wynikającym – w prawie polskim – przede wszystkim z regulacji art. 80 i n. prawa bankowego. Uwagi dotyczące gwarancji podlegających przepisom szczególnym⁶¹⁴ - nie rzutujące istotnie na treść stosunku prawnego gwarancji bankowej⁶¹⁵ - albo szczególnych, znanych praktyce i funkcjonalnie wyodrębnianych „typów” gwarancji⁶¹⁶ zostały ograniczone – co do zasady - tylko do tych kwestii, które rzucają pewne światło na lapidarną regulację modelu ogólnego. Istotny wyjątek poczyniono tu jedynie co do tzw. gwarancji „bezwarunkowej”, płatnej „na pierwsze żądanie”, która jest szeroko

⁶¹⁴ Co do tych regulacji szczególnych zob. np. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 309-310.

⁶¹⁵ Tak też **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 761.

⁶¹⁶ Zob. w tej kwestii np. **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wiarytelności*, Warszawa 2005, s. 185 i n.; **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 39 i n.; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 323 i n.; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 480; Co do tzw. gwarancji czekowej zob. wyrok SN z dnia 22 stycznia 2002 r., V CKN 637/00, OSNC 2003, nr 4, poz. 49.

rozpowszechniona w praktyce i której znaczna część doktryny zdaje się przypisywać cechy specyficzne.

Skoncentrowanie rozważań na ogólnym modelu gwarancji bankowej nie jest jednak równoznaczne z ograniczeniem pola badawczego wyłącznie do przepisów prawa bankowego i dotyczących tych przepisów ustaleń doktryny i orzecznictwa. Należało uwzględnić, że przepisy te stanowią rzadki przypadek ingerencji ustawodawcy krajowego w problematykę, która kształtowana jest przede wszystkim przez międzynarodowy zwyczaj handlowy, ucieleśniony w znacznej mierze w regulacjach modelowych o charakterze międzynarodowym⁶¹⁷. Dlatego też rodzime regulacje oraz krajowy dorobek orzecznicy i doktrynalny należało skonfrontować z wypracowanym w tej kwestii dorobkiem międzynarodowym, który może mieć znaczenie choćby jako źródła inspiracji co do sposobu rozstrzygania różnych wątpliwości związanych ze stosowaniem gwarancji bankowej⁶¹⁸.

Szczególnie istotne wydawało się uwzględnienie jednolitych reguł przyjętych przez Międzynarodową Izbę Handlową, na które składają się Jednolite reguły dotyczące gwarancji kontraktowych z 1978 r. (*Uniform Rules for Contract Guarantees*, publikacja MIH nr 325, określane dalej także jako „URCG 325”) oraz Jednolite reguły gwarancji płatnych na żądanie z 1991 r. (*Uniform Rules for Demand Guarantees*, publikacja MIH nr 458, określane dalej także jako „URDG 458”), które zostały ostatnio zastąpione przez nowe jednolite reguły gwarancji płatnych na żądanie (*Uniform Rules for Demand Guarantees* przyjęte w dniu 3 grudnia 2009 r., weszły w życie 1 lipca 2010 r., określane dalej także jako „URDG 758”)⁶¹⁹.

⁶¹⁷ Wyjątkiem jest tu niedawno wprowadzona w 2006 r. regulacja art. 2321 k.c. francuskiego, dotycząca gwarancji autonomicznej (niezależnej). Por. też § 880a k.c. austriackiego (odpowiadający art. 391 k.c.).

⁶¹⁸ W doktrynie podkreśla się odrębność skutków prawnych gwarancji na pierwsze żądanie w stosunkach międzynarodowych (skutki te są surowsze dla gwaranta) – zob. **Cz. Żuławska**, *Gwarancja bankowa. Uwagi o funkcji i konstrukcji*, [w:] *Studia z prawa gospodarczego i handlowego*, Kraków 1996, s. 556-557. W związku z tym zwraca się uwagę, że zwyczaje międzynarodowe nie powinny być automatycznie przenoszone do prawa krajowego - **M. Pyziak-Szafnicka**, *Gwarancja autonomiczna*, 1994, nr 2, s. 21.

⁶¹⁹ Tekst polski i angielski zob. ICC Polska, *Jednolite Reguły dla Gwarancji Płatnych na Żądanie (URDG 758)*, Publikacja MIH nr 758, Warszawa 2010, s. 11.

Znaczenie tych regulacji nie jest równe. Jednolite reguły URDG 325, uzależniające zobowiązanie gwaranta do zapłaty od przedstawienia orzeczenia sądowego albo arbitrażowego potwierdzającego, że dłużnik główny nie wykonał zobowiązania, nie przyjęły się w praktyce bankowej⁶²⁰ i pozostają w cieniu późniejszych jednolitych regulacji URDG (pierwotnie URDG 458 a obecnie URDG 758), stanowiąc jednak nadal użyteczny pod względem badawczym kontrapunkt. W odróżnieniu od URDG 325 późniejsze URDG przewidują ogólnie, że zapłata sumy gwarancyjnej może być uzależniona od przedstawienia określonych w gwarancji dokumentów (oświadczeń). Zakres warunków został tam ujęty znacznie bardziej elastycznie: wśród wymaganych dokumentów może być stosowne orzeczenie sądowe (arbitrażowe), jednakże możliwe jest również uzależnienie zapłaty od samego tylko żądania. Elastyczność URDG, pozwalająca na zredukowanie warunków zapłaty do minimum, przesądziła o ich atrakcyjności i sprawiła, że są one rozpowszechnione w praktyce bankowej.

Znaczenie przywołanych regulacji dla stosunków gwarancji podlegających prawu polskiemu⁶²¹ jest różne. Przede wszystkim regulacje te bezpośrednio kształtują stosunek gwarancji wtedy, gdy w treści gwarancji zamieszczono wyraźne postanowienie, że podlega ona tym regułom⁶²² (chodzić tu może nie tylko o gwarancje bankowe). W tym zakresie reguły te mają charakter ogólnych warunków umów⁶²³.

W razie braku odwołania do ww. regulacji w treści gwarancji, regulacje te mogą mieć znaczenie wyłącznie jako wskazujące na istnienie określonego zwyczaju handlowego, co jest przydatne w zakresie wypełniania luk w czynności prawnej.

⁶²⁰ W literaturze wskazuje się, że nie są one stosowane w praktyce polskich banków – zob. **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wiarygodności*, Warszawa 2005, s. 185.

⁶²¹ Co do reguł dotyczących określenia prawa właściwego dla gwarancji zob. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 322.

⁶²² Zob. art. 1 a URDG 758.

⁶²³ Tak trafnie **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 321; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 761 (autor wskazuje, że ich zastosowanie w konkretnym przypadku wymaga powołania się na nie w treści gwarancji oraz spełnienia przesłanki doręczenia wzorca).

Zarówno ogólne warunki umów jak i zwyczaje nie mogą oczywiście kolidować z przepisami prawa krajowego oraz wolą stron.

Ze względu na swój modelowy charakter omawiane regulacje mogą służyć również jako pewien punkt oparcia w przypadku rozstrzygnięcia wątpliwości powstających w procesie wykładni prawa krajowego.

Takie same znaczenie można przypisać przyjętej w dniu 11 grudnia 1995 r. przez Komisję Międzynarodowego Prawa Handlowego ONZ (UNCITRAL) Konwencji o gwarancjach niezależnych oraz akredytywach zabezpieczających (*United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-By Letters of Credit*, określana dalej także jako „Konwencja z 1995 r.”), dotyczącej gwarancji płatnych na pierwsze żądanie⁶²⁴. Stronami Konwencji jest tylko kilka państw, wśród których nie ma Polski.

W zakresie pomocniczych źródeł znaczny ciężar gatunkowy ma również regulacja DCFR poświęcona tzw. zabezpieczeniom niezależnym, która w intencji twórców dotyczyć ma również gwarancji bankowych. Regulacja ta, oparta na szeroko zakrojonych badaniach prawnoporównawczych stanowi cenne źródło wskazówek istotnych zarówno w procesie interpretacji obowiązującego prawa, jak i potencjalnych uwag *de lege ferenda*.

B. Zagadnienia powstające na tle *essentialia negotii* gwarancji bankowej (art. 81 ust. 1 p.b.)

1. Ujęcie gwarancji bankowej w art. 81 ust. 1 p.b. i w poglądach doktryny

Podstawowe znaczenie dla ustalenia cech charakterystycznych zobowiązania gwaranta ma art. 81 ust. 1 p.b., zgodnie z którym „Gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być

⁶²⁴ Zob. J. Krzyżewski, *Gwarancje bankowe płatne na pierwsze żądanie – próba regulacji międzynarodowej*, Prawo Bankowe 1994, nr 2, s. 85 i n.

stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku”.

Tak ujęta charakterystyka gwarancji bankowej – bliska w swej elastyczności definicji z art. 2 URDG 758⁶²⁵ - uznawana jest w doktrynie za niekompletną i nieściłą⁶²⁶, co skłania wielu autorów do proponowania własnych definicji.

I tak np., zdaniem Z. Radwańskiego i J. Panowicz-Lipskiej w umowie gwarancji bankowej „bank **gwarantujący realizację świadczenia przez dłużnika** zobowiązuje się względem beneficjenta gwarancji, że **w razie niespełnienia gwarantowanego świadczenia** – wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji”⁶²⁷.

Według bogatszej w treść definicji A. Kocha, „Przez umowę gwarancji bankowej bank – gwarant zobowiązuje się do zapłaty drugiej stronie (beneficjentowi gwarancji) oznaczonej sumy pieniężnej, jeśli – **z powodu niewykonania** na jego rzecz **oznaczonego świadczenia** przez inną osobę – złoży on gwarantowi **żądanie zapłaty** o określonej treści i w określonej formie oraz – ewentualnie – **spełni inne** jeszcze w umowie wskazane formalne **przesłanki zapłaty**”⁶²⁸.

Z kolei J. Pisuliński przyjmuje – „na podstawie całości przepisów Prawa bankowego” – że gwarancję bankową można określić jako „zobowiązanie zaciągnięte przez bank (gwaranta) **na zlecenie innej osoby** (zleceniodawcy gwarancji), na mocy którego bank obowiązany jest do zapłaty pewnej sumy pieniężnej (w złotych lub

⁶²⁵ Zgodnie z art. 2 URDG 758 gwarancją na żądanie jest „każde podpisane zobowiązanie, jakkolwiek nazwane lub opisane, zapewniające dokonanie zapłaty w przypadku prezentacji zgodnego żądania” - zob. ICC Polska, *Jednolite Reguły dla Gwarancji Płatnych na Żądanie (URDG 758)*, Publikacja MIH nr 758, Warszawa 2010, s. 12.

⁶²⁶ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 323. Por. **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1196 (zdaniem autora, trudno uznać art. 81 ust. 1 za definicję legalną gwarancji, gdyż „Dokonano tu (...) pomieszania materii dotyczącej samej konstrukcji zobowiązania gwarancyjnego banku i elementów wtórnych (np. stwierdzenie „warunków gwarancji” określonymi dokumentami, możliwość wykonania zobowiązania banku-gwaranta przez inny bank, art. 474 KC)”). Por. też **W. Srokosz**, *Charakter prawny gwarancji bankowej w świetle nowego prawa bankowego*, PPH 2000, nr 2, s. 39 (zdaniem autora, nie ulega wątpliwości, że art. 81 p.b. nie określa istotnych postanowień gwarancji bankowej”).

⁶²⁷ **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 267.

⁶²⁸ **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 482.

walucie obcej) **na żądanie osoby uprawnionej** (beneficjenta gwarancji) **po spełnieniu przez nią określonych przesłanek** (*verba legis*: warunków)⁶²⁹.

Natomiast M. Bączyk wskazuje, że „istotą zobowiązania gwarancyjnego banku-gwaranta jest (...) zobligowanie się banku wobec beneficjenta gwarancji do spełnienia na jego rzecz świadczenia w postaci oznaczonej sumy pieniężnej (gwarancyjnej) w razie wystąpienia tzw. wypadku gwarancyjnego, tj. określonej w zobowiązaniu gwarancyjnym postaci niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego ze stosunku podstawowego lub pojawienia się innego zdarzenia wskazanego w oświadczeniu banku o udzieleniu gwarancji”⁶³⁰.

Warto w tym miejscu przywołać również ujęcie G. Tracza, dotyczące szerszej kategorii gwarancji (która obejmuje gwarancje bankowe), w świetle którego „gwarancja stanowi **zabezpieczenie** dane beneficjentowi gwarancji **wystąpienia określonego** w przyrzeczeniu gwaranta **rezultatu**, mogącego polegać na określonym zachowaniu się osoby trzeciej bądź na zdarzeniu nie polegającym na zachowaniu się jakiegokolwiek osoby, **poprzez przyjęcie ryzyka gospodarczego, związanego z niewystąpieniem zabezpieczonego rezultatu, polegającego na obowiązku gwaranta zapłacenia** beneficjentowi określonej w gwarancji sumy pieniężnej”⁶³¹.

Warto wreszcie zwrócić uwagę na pogląd Cz. Żuławskiej, która – w odniesieniu do gwarancji na pierwsze żądanie – wskazała, że gwarancja ta obejmuje zobowiązanie wypłaty – bez zasłaniania się jakimikolwiek zarzutami – oznaczonej sumy gwarancyjnej w razie, gdy zażąda tego beneficjent, powołując się na fakt niewykonania należnego mu świadczenia z umowy z inną osobą, które to **świadczenie jest przedmiotem zabezpieczania** przez gwarancję⁶³².

Przywołane wyżej przykładowe i zarazem dość reprezentatywne stanowiska, różnią się zarówno bogactwem uwzględnianych elementów, jak i ujęciem ich treści.

⁶²⁹ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 323.

⁶³⁰ **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1203.

⁶³¹ **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 94-95.

⁶³² **Cz. Żuławska**, *Gwarancja bankowa. Uwagi o funkcji i konstrukcji*, [w:] *Studia z prawa gospodarczego i handlowego*, Kraków 1996, s. 553-554.

Część z tych różnic jest zapewne dość przypadkowa: i tak np. można się spodziewać, że także Z. Radwański i J. Panowicz-Lipska oraz M. Bączyk byłiby skłonni przyznać, że przesłanką powstania obowiązku świadczenia gwaranta jest żądanie zapłaty⁶³³. Poważniejsze różnice dotyczą innych niż żądanie zapłaty przesłanek aktualizujących obowiązek gwaranta: niektóre ujęcia (Z. Radwański i J. Panowicz-Lipska, M. Bączyk) sugerują, że niezbędne jest tu wystąpienie przesłanki w postaci „rzeczywistego” niespełnienia gwarantowanego świadczenia, a więc przesłanki materialnoprawnej, inne zaś, że chodzić tu może o dowolne przesłanki, a więc także wyłącznie formalne (J. Pisuliński); propozycje A. Kocha i Cz. Żuławskiej sugerują z kolei, że żądanie zapłaty ma być złożone „z powodu niewykonania (...) oznaczonego świadczenia” (A. Koch) albo z powołaniem „na fakt niewykonania (...) świadczenia” (Cz. Żuławska), a więc dodatkowo umotywowane, co zdaje się oznaczać konieczność złożenia przez beneficjenta dodatkowego oświadczenia (oprócz żądania zapłaty). Nie we wszystkich definicjach (G. Tracz, pośrednio Z. Radwański i J. Panowicz-Lipska przez wskazanie „bank gwarantujący realizację świadczenia”; implicite także A. Koch i Cz. Żuławska) zwraca się odrębnie uwagę na zabezpieczający cel gwarancji, różnie określany jest ponadto przedmiot zabezpieczenia: jako pewien „rezultat” (G. Tracz) albo bardziej szczegółowo jako „spełnienie świadczenia” (Z. Radwański i J. Panowicz-Lipska, A. Koch, Cz. Żuławska). Tylko wyjątkowo (J. Pisuliński) elementem definicji gwarancji bankowej jest zlecenie udzielenia gwarancji⁶³⁴.

Lakoniczność regulacji art. 81 ust. 1 p.b. i różnice w przywołanych wypowiedziach doktryny nakazują głębszą analizę podstawowych i charakterystycznych cech zobowiązania gwaranta.

W ramach tej charakterystyki warto uwzględnić (jako swoisty kontrapunkt) zamieszczoną w art. IV.G. – 1:101 (b) definicję „niezależnego zabezpieczenia osobistego” („independent personal security”), w myśl której niezależne

⁶³³ W innym miejscu M. Bączyk pisze, że „podstawowe wymogi aktualizacji obowiązku gwarancyjnego to pojawienie się tzw. wypadku gwarancyjnego (niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania) oraz zgłoszenie przez beneficjenta wobec gwaranta określonego żądania o określonej treści, w oznaczonym czasie i w odpowiedni sposób” – zob. **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1209.

⁶³⁴ Element ten kwestionuje **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 483.

zabezpieczenie osobiste to „zobowiązanie udzielającego zabezpieczenia, które jest zaciągnięte na rzecz wierzyciela w celu zabezpieczenia i co do którego wyraźnie lub w sposób dorozumiany wskazano, że jest niezależne od zobowiązania innej osoby względem wierzyciela”⁶³⁵. Rdzeniem tej definicji jest zabezpieczający cel i niezależność zobowiązania, co wyraźnie kontrastuje z ujęciem art. 81 ust. 1 p.b. i skłania do rozważenia, czy można to uznać za odzwierciedlenie zasadniczych różnic w charakterze rodzimej gwarancji bankowej i „niezależnego zabezpieczenia osobistego”.

Pośrednie nawiązanie do celu gwarancji znajdujemy także w art. 2321 ust. 1 k.c.f. zgodnie z którym, gwarancja autonomiczna jest zobowiązaniem, w którym gwarant zobowiązuje się, uwzględniając zobowiązanie zaciągnięte przez osobę trzecią, zapłacić pewną sumę na pierwsze żądanie albo stosownie do uzgodnionych przesłanek.

Zabezpieczający cel gwarancji znalazł również pośrednie odzwierciedlenie w art. 2 Konwencji z 1995 r.⁶³⁶

2. Zabezpieczający cel gwarancji bankowej

Choć o zabezpieczającym celu gwarancji nie wspomina art. 81 ust. 1 p.b.⁶³⁷ i element ten bywa pomijany także w definicjach doktrynalnych, w doktrynie

⁶³⁵ „an “independent personal security” is an obligation by a security provider which is assumed in favour of a creditor for the purposes of security and which is expressly or impliedly declared not to depend upon another person’s obligation owed to the creditor”.

⁶³⁶ Zgodnie z tym przepisem: „For the purposes of this Convention, an undertaking is an independent commitment, known in international practice as an independent guarantee or as a stand-by letter of credit, given by a bank or other institution or person (“guarantor/issuer”) to pay to the beneficiary a certain or determinable amount upon simple demand or upon demand accompanied by other documents, in conformity with the terms and any documentary conditions of the undertaking, indicating, or from which it is to be inferred, that payment is due because of a default in the performance of an obligation, or because of another contingency, or for money borrowed or advanced, or on account of any mature indebtedness undertaken by the principal/applicant or another person”.

⁶³⁷ Zwraca na to uwagę **R. Szostak**, *Poręczenia i gwarancje wadialne (na tle zamówień publicznych)*, PS 1999, nr 1, s. 19.

i orzecznictwie panuje zgoda co do tego, że gwarancja bankowa pełni funkcję zabezpieczającą⁶³⁸ i stanowi postać zabezpieczenia osobistego⁶³⁹.

Ten trafny pogląd znajduje także pewne potwierdzenie w ramach regulacji prawa bankowego. Wprawdzie art. 81 ust. 1 p.b. nie wskazuje wyraźnie na zabezpieczający charakter gwarancji, jednakże znalazł on po części wyraz w art. 82 p.b., w myśl którego „Przelewu wierzytelności z gwarancji bankowej można dokonać wraz z przeniesieniem **wierzytelności zabezpieczonej gwarancją**”. U podstaw tej regulacji leży założenie, że gwarancja zabezpiecza określoną wierzytelność.

Funkcjonalny (nie jurydyczny) związek gwarancji bankowej z inną wierzytelnością wzmiankowany jest również w art. 87 ust. 2 p.b., zgodnie z którym „Bieg przedawnienia roszczeń z tytułu gwarancji i akredytyw rozpoczyna się od daty przedłożenia skutecznego żądania zapłaty i w tym okresie roszczenie jest wymagalne, **choćby zobowiązanie, z którym gwarancja bądź akredytywa była związana, już wygasło**”.

Nieco przypadkowe nawiązania do celu gwarancji bankowej nie zmieniają jednak faktu, że *prima facie* wydaje się, iż prawidłowo skonstruowana definicja ustawowa gwarancji powinna cel ów uwzględniać⁶⁴⁰. To właśnie ta cecha pozwala wszak

⁶³⁸ Pod rządem prawa bankowego z 1989 r. zob. uchwałę (7) SN z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93, OSNC 1993, nr 10, poz. 166 oraz uchwałę pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, OSNC 1995, nr 10, poz. 135. W doktrynie zob. **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 135; **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 15; **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 271; **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1202; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 478, 479; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 763; **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 135.

⁶³⁹ **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 135; **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 267; **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1202; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 308; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 477, 479. Ogólnie co do zabezpieczeń osobistych zob. np. **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 16 i n. (zdaniem autora, zabezpieczenie osobiste polega na uzyskaniu przez wierzyciela nowego dłużnika, który ponosi wobec niego odpowiedzialność obok dawnego).

⁶⁴⁰ Trafnie zwracał na to uwagę **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 218; por. też **R. Szostak**, *Poręczenia i gwarancje wadialne (na tle zamówień publicznych)*, PS 1999, nr 1, s. 19-20.

odróżnić gwarancję bankową od akredytywy, która stanowi z reguły sposób zapłaty⁶⁴¹.

Podjmując decyzję co do uwzględnienia w ramach definicji gwarancji bankowej jej celu należy mieć jednak na względzie, że zgoda co do zabezpieczającego celu gwarancji – przemawiająca niewątpliwie *de lege ferenda* za uwzględnieniem tego celu w normatywnej definicji gwarancji - nie zmienia faktu, iż waga przypisywana temu celowi jest różna.

Stosunkowo szeroko reprezentowany jest pogląd, że cel zabezpieczający gwarancji uzasadnia odmowę spełnienia przez gwaranta świadczenia w sytuacji, w której zabezpieczony stosunek podstawowy nie istnieje (jest nieważny). Skoro – jak się wywodzi – celem gwarancji jest zabezpieczenie stosunku podstawowego, to **cel ten nie może być osiągnięty w braku stosunku podstawowego**⁶⁴². W rezultacie przyjmuje się, że zgłoszenie żądania zapłaty sumy gwarancyjnej, mimo iż wierzytelność zabezpieczona gwarancją nie istnieje (umowa jest nieważna, wierzytelność została zaspokojona i wygasła), wykracza poza cel gwarancji⁶⁴³ i jako takie powinno być uznane za sprzeczne z treścią gwarancji (art. 65 k.c.)⁶⁴⁴.

⁶⁴¹ Zob. **J. C. B. Zahn, D. Ehrlich, K. Neumann**, *Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel*, Berlin –New York 2001, s. 340. Inaczej akredytywy zabezpieczające, które – o czym będzie jeszcze mowa - uznaje się za rodzaj gwarancji.

⁶⁴² Zob. **A. Szpunar**, *Glosa do uchwały składu 7 sędziów SN z 16 IV 1993, III CZP 16/93*, PiP 1993, z. 9, s. 110; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 171 (autor wskazuje, że cel gwarancji nie może być osiągnięty, jeżeli zobowiązanie główne nie powstało albo uległo umorzeniu); **A. Koch**, *Umowa gwarancji bankowej jako postać umowy o świadczenie przez osobę trzecią (art. 391 k.c.)*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci profesora Leopolda Steckiego*, Toruń 1997, s. 447; podobnie **Cz. Żuławska**, *Gwarancja bankowa. Uwagi o funkcji i konstrukcji*, [w:] *Studia z prawa gospodarczego i handlowego*, Kraków 1996, s. 558 (zdaniem autorki, skoro celem gwarancji jest zabezpieczenie realizacji wierzytelności, to istnienie tej wierzytelności stanowi *conditio sine qua non* dla gwarancji, bez tego nie byłaby możliwa realizacja jej funkcji zabezpieczającej; nie mogłaby się spełnić przesłanka „uaktualnienia” odpowiedzialności gwaranta, jaką jest niewykonanie przez dłużnika świadczenia należnego beneficjentowi); **R. Szostak**, *Poręczenia i gwarancje wadialne (na tle zamówień publicznych)*, PS 1999, nr 1, s. 21-22; por. też – w odniesieniu do tzw. gwarancji zwykłych, będących zabezpieczeniem wierzytelności - **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 117.

⁶⁴³ **R. Szostak**, *Poręczenia i gwarancje wadialne (na tle zamówień publicznych)*, PS 1999, nr 1, s. 21-23.

⁶⁴⁴ Na możliwość przyjęcia takiego rozwiązania wskazywał **M. Bączyk**, *Glosa do uchwały SN z dnia 24 VI 1992, III CZP 78/92*, PiP 1993, z. 4, s. 116-117 (autor wskazuje, że z treści gwarancji można wywodzić obowiązek honorowania przez beneficjenta jej celu, „skoro w wyniku zamieszczenia w treści gwarancji klauzuli „na pierwsze żądanie” znaczeni zminimalizowane zostały przesłanki aktualizujące odpowiedzialność gwaranta). W tym duchu także **Cz. Żuławska**, *Gwarancja bankowa. Uwagi o funkcji i konstrukcji*, [w:] *Studia z prawa gospodarczego i handlowego*, Kraków 1996, s. 558 (zdaniem autorki, egzystencja gwarancji jest związana z istnieniem tego, co mają zabezpieczać: „Jest to konstatacja

W szerszym ujęciu „Kaźda próba wykorzystania gwarancji przez beneficjenta z naruszeniem tego celu mogłaby uzasadniać zarzut odmowy wykonania przez bank zobowiązania gwarancyjnego”⁶⁴⁵. Kojarzone jest to przez niektórych autorów z kauzalnością gwarancji (w wersji *causa cavendi*), przy czym, jak się niekiedy twierdzi, chodzi tu o tzw. **kauzalność wewnętrzną** (kauza jest objęta treścią gwarancji): w takim ujęciu, zarzut nieistnienia (nieważności) stosunku podstawowego (brak przyczyny przysporzenia) nie jest zarzutem ze stosunku podstawowego, lecz zarzutem ze stosunku gwarancji⁶⁴⁶. Koncepcja kauzalności „wewnętrznej” pozwalać ma na uzgodnienie tezy o kauzalności zobowiązania gwaranta z aprobatą dla powszechnie przyjmowanego poglądu o nieakcesoryjności tego zobowiązania rozumianej jako brak możliwości podnoszenia zarzutów ze stosunku podstawowego.

oczywista, znajdująca ponadto potwierdzenie w wykładni umowy gwarancji (wskazanie wierzytelności zabezpieczonej) oraz „zgodnym zamiarze stron i celu umowy” (art. 65 § 2 k.c.)”; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 496-497, 498 (autor wskazuje jednak, że całkowite oderwanie gwarancji od istnienia i ważności zabezpieczonego zobowiązania, może mieć miejsce z mocy wyraźnego w tej mierze postanowienia umowy – s. 495, 497). Tak też – przed zmianą stanowiska - **T. Spyra**, *Zarzuty banku dotyczące stosunku prawnego zabezpieczonego gwarancją bankową*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2001, nr 4, s. 124 (autor wskazywał - także w odniesieniu do tzw. gwarancji czystych, że rzeczywiste nieziszenie się zabezpieczonego rezultatu powoduje, że beneficjentowi nie przysługuje żadne uprawnienie do zapłaty sumy gwarancyjnej, nie może go więc nadużyć; nie ma tu potrzeby sięgania po zarzut nadużycia prawa: gwarant może podnieść zarzut braku zrealizowania się przesłanek odpowiedzialności z umowy gwarancji). Por. też **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 274-275 (autorzy wskazują, że zobowiązanie gwaranta nie ma charakteru bezwzględne, ponieważ może on powoływać się na treść umowy gwarancyjnej „...nie tylko wyrażonej dosłownie, ale i rekonstruowanej na podstawie art. 65 KC, który uwzględnia m.in. cel umowy, Nie jest to jednakże jakiś środek nadzwyczajny, lecz normalne zastosowanie reguły ogólnej pozwalającej gwarantowi bronić się wszystkimi zarzutami wynikającymi z treści gwarancji”; autorzy odwołują się w tym miejscu do orzeczenia SN z dnia 25 stycznia 1995 r., OCNC 1995, poz. 86, z zastrzeżeniem jednak, że „zbędnie (...) odwołuje się do art. 5 KC”; w okolicznościach tej sprawy gwarancja bankowa została udzielona innemu bankowi jako zabezpieczenie spłaty kredytu przyznanego określonej przedsiębiorcy, a „nadużycie” polegało na tym, że kredyt został wypłacony innemu przedsiębiorcy powiązanemu kapitałowo z głównym akcjonariuszem kredytodawcy”).

⁶⁴⁵ **M. Baczyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1217 (autor wskazuje, że obrona beneficjenta aktualizować się może także w razie naruszenia celu udzielonego zabezpieczenia gwarancyjnego, natomiast „Pozostaje sprawą otwartą sama terminologia jurystyczna w tym zakresie (np. „zarzut nadużycia gwarancji”, zarzut nadużycia celu gwarancji – oba sformułowania znajdują się w uchw. SN z 28.4.1995 r., III CZP 166/94, OSN 1995, z. 10, poz. 135, s. 11”).

⁶⁴⁶ Zob. **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 171; **A. Koch**, *Umowa gwarancji bankowej jako postać umowy o świadczenie przez osobę trzecią* (art. 391 k.c.), [w:] Księga pamiątkowa ku czci profesora Leopolda Steckiego, Toruń 1997, s. 447. Por. też **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 496.

Zabezpieczającego celu gwarancji nie kwestionują jednak także zwolennicy poglądu, że zobowiązanie gwaranta nie zależy od istnienia (ważności) zabezpieczanej wierzytelności (stosunku podstawowego).

Niektórzy autorzy tłumaczą to w ten sposób, że w przypadku gwarancji – inaczej niż w przypadku poręczenia - **przedmiotem zabezpieczenia jest nie dług (wierzytelność, zobowiązanie), lecz określony rezultat**, który przeważnie jest określa się jako spełnienie świadczenia⁶⁴⁷ (por. art. 391 k.c.). Różnica w ujęciach ma tu być brzemienne w konsekwencji: otóż o ile teza, że gwarancja zabezpiecza wierzytelność (ew. zobowiązanie, dług), a więc możliwość żądania określonego działania (ew. obowiązek działania), zdaje się zamykać drogę do stwierdzenia, iż brak wierzytelności nie wyłącza obowiązku gwaranta - zobowiązanie gwaranta nie ma czego zabezpieczać i wydaje się wówczas bezprzedmiotowe - o tyle teza, że gwarancja zabezpiecza określony **rezultat**, a więc nie możliwość żądania działania, lecz wynik tego działania (spełnienia świadczenia), zdaje się otwierać drogę do stwierdzenia, iż podstawą żądania sumy gwarancyjnej może być sam brak określonego rezultatu (spełnienia świadczenia), niezależnie od tego, czy zobowiązanie do tego świadczenia istnieje (powstało i nie wygasło)⁶⁴⁸.

Wydaje się jednak, że tego rodzaju ostre rozróżnienie terminologiczne nie jest konsekwentnie przestrzegane w doktrynie. Posłużenie się przez poszczególnych autorów określoną formułą co do przedmiotu zabezpieczenia nie zawsze jest wyrazem dążenia do wyraźnego zajęcia stanowiska w kwestii wpływu istnienia (ważności) zobowiązania podstawowego na zobowiązanie gwaranta, o czym świadczy choćby fakt, że ci sami autorzy raz stwierdzają, iż przedmiotem

⁶⁴⁷ Zob. **G. Tracz**, *Gwancja bankowa – zobowiązanie kauzalne czy abstrakcyjne*, Prawo Bankowe 1994, nr 2, s. 74; **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 174 (autor wskazuje, że w odróżnieniu od poręczyciela, który odpowiada za dług, gwarant odpowiada za spełnienie świadczenia).

⁶⁴⁸ Por. **E. Łętowska**, *Umowa o świadczenie przez osobę trzecią*, Warszawa 1970, s. 114-115 (autorka przytacza poglądy, zgodnie z którymi odpowiedzialność gwaranta nie jest odpowiedzialnością za niespełnienie świadczenia, lecz odpowiedzialnością za niezrealizowanie treści świadczenia). Por. też **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 765 (autor dokonuje podobnego rozróżnienia między zabezpieczeniem „wierzytelności”, właściwym tzw. gwarancjom zwykłym i zabezpieczeniem „innych zdarzeń”, zaliczając do tych ostatnich tzw. gwarancje czyste); zob. też **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 116-117.

zabezpieczenia jest spełnienie świadczenia przez gwaranta (określony rezultat)⁶⁴⁹, a kiedy indziej wierzytelność⁶⁵⁰ albo wprost uznają te pojęcia za swe odpowiedniki⁶⁵¹. W każdym razie dążenia te nie są wprost werbalizowane. Przeważnie wskazuje się po prostu, że przedmiotem zabezpieczenia jest spełnienie świadczenie przez dłużnika⁶⁵², wykonanie lub należyte wykonanie zobowiązania⁶⁵³ czy też wierzytelność⁶⁵⁴ albo twierdzi się gwarant zobowiązuje się na wypadek, jeżeli dłużnik nie spełni świadczenia⁶⁵⁵.

Trzeba także zwrócić uwagę, że samo stwierdzenie, iż przedmiotem zabezpieczenia jest spełnienie świadczenia nie oznacza zerwania zależności między

⁶⁴⁹ **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 482 (por. przywoływana wyżej definicja) i s. 489 (autor wskazuje, że zabezpieczonym rezultatem jest „spełnienie świadczenia dłużnego”).

⁶⁵⁰ **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 478 (autor wskazuje, że „podstawową funkcją i celem umowy gwarancji bankowej jest dostarczenie beneficjentowi osobistego zabezpieczenia wierzytelności z tzw. stosunku podstawowego”); **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1199 („Udzielenie gwarancji zakłada (...) istnienie wierzytelności objętej gwarancją (wierzytelności zabezpieczonej”).

⁶⁵¹ Zob. **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 486 (autor wskazuje tam, że dokument gwarancyjny „w szczególności określa zobowiązanie (świadczenie), które jest przedmiotem zabezpieczenia”).

⁶⁵² **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 174. Tak też **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 267 (definicja gwarancji) i s. 271 (autor wskazuje tam, że gwarant odpowiada za to, że „nie nastąpi objęty gwarancją stan rzeczy, a w szczególności za to, że dłużnik nie spełni świadczenia”); **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 489 (autor wskazuje, że zabezpieczonym rezultatem jest „spełnienie świadczenia dłużnego”).

⁶⁵³ Tak **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 157; **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 145.

⁶⁵⁴ Tak **Cz. Żuławska**, *Gwarancja bankowa. Uwagi o funkcji i konstrukcji*, [w:] *Studia z prawa gospodarczego i handlowego*, Kraków 1996, s. 558 (autorka wskazuje, że celem gwarancji jest zabezpieczenie realizacji wierzytelności); **G. Tracz**, *Głosa do uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 28 kwietnia 1995 r. (III CZP 166/94) oraz do orzeczenia Sądu Najwyższego z 25 stycznia 1995 r. (III CRN 70/94)*, *Prawo Bankowe* 1996, nr 2, s. 80 (autor wskazuje, że zabezpieczenie wierzytelności jest celem każdej gwarancji); por. też **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 271 (w nawiązaniu do art. 82 p.b. autor stwierdza, że przelewu wierzytelności z gwarancji bankowej można dokonać tylko wraz z przeniesieniem „wierzytelności zabezpieczonej gwarancją”); tak – w odniesieniu do tzw. gwarancji zwykłych - **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 765 (tak określa autor gwarancje podobne do poręczenia, „których treść nawiązuje do stosunku zabezpieczanego gwarancją i które można z tego względu określić jako zabezpieczenia wierzytelności).

⁶⁵⁵ **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 157.

stosunkiem podstawowym a zabezpieczeniem⁶⁵⁶. Podobnie stwierdzenie, że przedmiotem tym jest rezultat odpowiadający spełnieniu świadczenia należnego beneficjentowi z innego stosunku, choć wprost do tego stosunku nie nawiązujący, nie przesądza, iż zobowiązanie gwaranta nie jest zależne od ważności tego stosunku. Nadal można wszak twierdzić, że celem stron było zabezpieczenie tak określonego rezultatu tylko ze względu na to, iż był on (miał być) przedmiotem zobowiązania (tak w istocie twierdzą zwolennicy kauzalności zobowiązania gwaranta, uznający, że gwarancja zabezpiecza oznaczony rezultat).

Z kolei stwierdzeniu, że przedmiotem zabezpieczenia jest wierzytelność (ew. zobowiązanie, dług) - o czym wspomina art. 82 p.b. - można przypisywać inne znaczenie, niż konstytuujące bezpośrednią zależność między istnieniem (ważnością) zobowiązania gwaranta a istnieniem (ważnością) zobowiązania ze stosunku podstawowego⁶⁵⁷.

I tak, można twierdzić, że zabezpieczający cel gwarancji wytycza jedynie cel świadczenia gwaranta w rozumieniu art. 410 § 2 k.c. W takim ujęciu stwierdzenie, że celem gwarancji jest zabezpieczenie wierzytelności beneficjenta oznaczałoby ni mniej ni więcej niż to, że świadczenie gwaranta – spełniane w razie zajścia określonych w gwarancji przesłanek - **ma służyć zaspokojeniu określonej wierzytelności** beneficjenta, przysługującej mu przeciwko dłużnikowi w związku z niespełnieniem świadczenia ze stosunku podstawowego. Gwarant zobowiązywałby się zatem do zapłaty sumy gwarancyjnej już po spełnieniu przesłanek określonych w gwarancji (zwykle przesłanek wyłącznie formalnych polegających na złożeniu żądania zapłaty w określonej formie, określonych oświadczeń lub dokumentów), ale z celu gwarancji wynikałoby zastrzeżenie, że świadczenie to ma służyć zaspokojeniu wierzytelności powoda⁶⁵⁸. Zastrzeżenie to byłoby istotne dlatego, że przesłanki

⁶⁵⁶ Por. **E. Łętowska**, *Umowa o świadczenie przez osobę trzecią*, Warszawa 1970, s. 114-115 (autorka uznaje, że świadczenie, o którym mowa w art. 391 k.c. jest terminem technicznym i nie można go utożsamiać z ekonomiczną treścią: aby można było mówić o świadczeniu, musi istnieć obowiązek świadczenia, musi istnieć ważne źródło powstania takiego zobowiązania; „Umowa gwarancyjna (...) zabezpiecza nie jakiegokolwiek zachowanie, ale zachowanie w pewien sposób kwalifikowane, traktowane jako zadośćuczynienie istniejącemu obowiązkowi).

⁶⁵⁷ Odmienne **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 117.

⁶⁵⁸ Podobnie Sąd Najwyższy w wydanej pod rządem prawa bankowego z 1989 r. uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93, OSNC 1993, nr 10, poz. 166 (Sąd wskazał tam, że „Spełnienie świadczenia przez bank na podstawie (...) umowy gwarancyjnej może mieć

formalne – w imię szybkości i pewności zabezpieczenia zazwyczaj bardzo ubogie – są jedynie środkiem uprawdopodobniającym to, iż skutek niespełnienia świadczenia przez dłużnika istnieje niezaspokojona wierzytelność beneficjenta przeciwko dłużnikowi, co oznacza, że w rzeczywistości (w aspekcie materialnym) tak być nie musi. Jeżeli wierzytelność ta rzeczywiście istnieje, interes beneficjenta ulega całkowitemu albo częściowemu zaspokojeniu⁶⁵⁹ i cel świadczenia gwaranta zostaje osiągnięty. Jeżeli jednak wierzycielowi nie przysługuje objęta zabezpieczeniem wierzytelność, cel świadczenia gwaranta nie zostaje osiągnięty i świadczenie to podlega zwrotowi (art. 410 § 2 k.c. – *condictio ob rem (condictio causa data causa non secuta)*)⁶⁶⁰.

Powyższe ujęcie, zakładające możliwość powołania się przez gwaranta – co prawda dopiero po spełnieniu świadczenia – na zarzuty ze stosunku podstawowego, może budzić wątpliwości w razie akceptacji tezy o pełnej nieakcesoryjności zobowiązania gwaranta. Odwołanie do *condictio ob rem* wydaje się wątpliwe także z tego względu, że chodzić tu może także o przypadki, w których w chwili spełnienia świadczenia zarówno beneficjent, jak i gwarant wiedzą, iż cel świadczenia nie może być osiągnięty. Tego rodzaju ukształtowanie gwarancji wydaje się dopuszczalne, jednakże wymagałoby wyraźnych zastrzeżeń w treści gwarancji⁶⁶¹.

W braku takich zastrzeżeń, zabezpieczającemu celowi gwarancji można przypisywać jeszcze mniejsze znaczenie, pozostając nadal w zgodzie z tezą, że przedmiotem zabezpieczenia jest wierzytelność. Otóż można twierdzić, że związek między zobowiązaniem gwaranta a zabezpieczaną wierzytelnością przejawia się w tym (i tylko w tym), iż strony stosunku gwarancji godzą się na to, że w imię szybkości i pewności zabezpieczenia gwarant nie może w zasadzie analizować

charakter tymczasowy i może być dokonywane z zastrzeżeniem zwrotu, jeżeli zachodzą ku temu podstawy, np. jeżeli cel gwarancji polegający na stworzeniu określonego stosunku zabezpieczenia odpadł, co przewidziano w umowie gwarancyjnej”).

⁶⁵⁹ W dalszej części opracowania zostanie wyjaśniona wątpliwość co do tego, czy prowadzi to do wygaśnięcia wierzytelności czy też do jej przejścia na gwaranta.

⁶⁶⁰ Konstrukcja przypominałaby uznawaną w prawie niemieckim konstrukcję poręczenia „na pierwsze żądanie” – zob. co do tej instytucji **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność umowna banku w prawie polskim*, Toruń 1989, s. 154-156.

⁶⁶¹ Por. **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność umowna banku w prawie polskim*, Toruń 1989, s. 155 (autor wskazuje, że na gruncie prawa polskiego konstrukcja poręczenia „na pierwsze żądanie” budzi zastrzeżenia natury dogmatycznej).

okoliczności dotyczących zabezpieczanej wierzytelności, jednak spełniane przez gwaranta świadczenie podlegać będzie – właśnie ze względu na jego cel (którym nie jest wszak dokonanie darowizny) - rozliczeniu w ramach stosunku, z którego wynikać ma zabezpieczana wierzytelność, a w wyjątkowych przypadkach nadużycia prawa, ze względu na cel gwarancji gwarant może powołać się względem beneficjenta na zarzut nadużycia prawa, nawiązując do okoliczności dotyczących stosunku podstawowego⁶⁶².

Stwierdzenie, że celem gwarancji jest zabezpieczenie określonej wierzytelności nie oznacza zatem, iż istnienie (ważność) zobowiązania gwaranta zależy od istnienia (ważności) zabezpieczanej wierzytelności, a tym samym o jego częściowej akcesoryjności (kauzalności).

Z poczynionych uwag wynika, że zabezpieczający cel może być realizowany zarówno za pomocą instrumentów akcesoryjnych (np. poręczenie, częściowo akcesoryjna gwarancja), jak i nieakcesoryjnych (np. gwarancja nieakcesoryjna). Ewentualny brak jurydycznej bezpośredniej zależności między zobowiązaniem gwaranta a istnieniem (ważnością) zobowiązania podstawowego nie przekreśla celu gwarancji, lecz sprawia, że gwarancja staje się zabezpieczeniem umożliwiającym szybsze i pewniejsze zaspokojenie, skoro na etapie żądania zapłaty beneficjent nie musi wniknąć się w spory dotyczące realizacji przesłanek ze stosunku podstawowego⁶⁶³.

Wyprowadzanie z samego celu gwarancji tezy o jej częściowej akcesoryjności (kauzalności „wewnętrznej”) jest nieuzasadnione także z tego względu, że gdyby podstawą uzależnienia bytu zobowiązania gwaranta od istnienia (powstania) stosunku podstawowego miał być sam cel umowy, wówczas – wobec milczenia ustawodawcy - konsekwentnie należałoby przyjąć pełną zależność między tymi

⁶⁶² Takie znaczenie przypisuje celowi gwarancji **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 276; **G. Tracz**, *Glosa do uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 28 kwietnia 1995 r. (III CZP 166/94) oraz do orzeczenia Sądu Najwyższego z 25 stycznia 1995 r. (III CRN 70/94)*, Prawo Bankowe 1996, nr 2, s. 79-80.

⁶⁶³ Por. też **G. Tracz**, *Glosa do uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 28 kwietnia 1995 r. (III CZP 166/94) oraz do orzeczenia Sądu Najwyższego z 25 stycznia 1995 r. (III CRN 70/94)*, Prawo Bankowe 1996, nr 2, s. 78 (autor wskazuje tam, że zarzute ze stosunku gwarancji naruszenia jej celu nie jest możliwy, albowiem celem gwarancji jest właśnie spowodowanie w sposób szybki i bezkolizyjny powstania obowiązku gwaranta zapłaty sumy gwarancyjnej, w drodze zgłoszenia jedynie żądania zapłaty).

stosunkami (pełna akcesoryjność). Zabezpieczającemu celowi gwarancji odpowiada wszak nie tylko uzależnienie zobowiązania gwaranta od istnienia (powstania) zobowiązania podstawowego⁶⁶⁴, ale także pełna paralelność tych zobowiązań co do zakresu, przesłanek wymagalności itp., tak jak to jest w przypadku poręczenia⁶⁶⁵; brak zatem podstaw to traktowania nieistnienia przedmiotu zabezpieczenia w szczególny sposób⁶⁶⁶. Przyjęcie pełnej zależności prowadziłoby jednak oczywiście do utożsamienia gwarancji bankowej z poręczeniem⁶⁶⁷, a z regulacji prawa bankowego (choćby z art. 80 p.b.) wynika jednoznacznie, że ustawodawca odróżnia obie instytucje.

Odwołanie w ramach definicji ustawowej gwarancji bankowej do jej celu zabezpieczającego nie determinuje zatem zobowiązania gwaranta nawet wtedy, gdy przedmiotem zabezpieczenia jest wierzytelność. Nie jest to jednak równoznaczne z postulatem *de lege ferenda*, by ustawowa definicja określała również przedmiot zabezpieczenia.

Ze względu na konieczność zachowania elastyczności konstrukcji gwarancji – może ona zabezpieczać nie tylko wierzytelności, ale także rezultaty, które nie są powiązane z określoną wierzytelnością⁶⁶⁸ (np. osiągnięcie określonego zysku

⁶⁶⁴ Zob. **E. Łętowska**, *Umowa o świadczenie przez osobę trzecią*, Warszawa 1970, s. 104, 123 (autorka przyjmowała, że umowa gwarancyjna nie może wyrzucić skutku, jeżeli w momencie jej zawarcia brak jest obiektu, który ma ona zabezpieczać; wniosek taki autorka opierała na tezie o zabezpieczającym charakterze umowy gwarancyjnej: „Jeżeli bowiem ma ona „coś” zabezpieczać, to owo „coś” musi istnieć”).

⁶⁶⁵ W istocie zbliżone zastrzeżenia formułuje **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 266-267.

⁶⁶⁶ Próba określania sytuacji, które zezwalają na zarzut wadliwości zabezpieczającej kauzy zobowiązania prowadzi do dość arbitralnych rozstrzygnięć - por. **E. Łętowska**, *Umowa o świadczenie przez osobę trzecią*, Warszawa 1970, s. 117 i n. (autorka wskazywała, że gwarant może powołać się na nieważność bezwzględną zobowiązania, z którego miało wynikać świadczenie, wynikającą z nieusuwalnej wadliwości czynności prawnej albo pierwotnej obiektywnej niemożliwości świadczenia, a nie może powołać się – ze względu na możliwość konwalidacji - na nieważność względną, ani na to, że dłużnik-osoba trzecia nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania; autorka uznawała także, że spełnienie świadczenia przez dłużnika powodowało wygaśnięcie zobowiązania gwaranta – s. 143-144; przyjmowała ponadto, że nawet wówczas, gdy strony w umowie z góry określiły sumę, jaką gwarant będzie świadczył na wypadek niezrealizowania się zagwarantowanego rezultatu, wierzyciel ma obowiązek udowodnić istnienie szkody, choć nie będzie musiał udowodniać jej wysokości – s. 110).

⁶⁶⁷ Zob. **E. Łętowska**, *Umowa o świadczenie przez osobę trzecią*, Warszawa 1970, s. 126; **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 267-268.

⁶⁶⁸ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 94-95; zob. też **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 765; **J. Pisuliński**, *Niektóre zagadnienia związane z gwarancją bankową*, *Prawo Bankowe* 1998, nr 4, s. 38. Por. jednak **G. Tracz**, *Głosa do uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 28 kwietnia 1995 r. (III CZP 166/94) oraz*

z jakiegoś przedsięwzięcia) - *de lege ferenda* uzasadniony wydaje się postulat, by pożądaną zamieszczenie w ustawowej definicji gwarancji wskazówki co do jej funkcji zabezpieczającej ograniczyć do wzmianki o samym celu zabezpieczającym, bez wskazywania przedmiotu zabezpieczenia (na wzór DCFR).

Inne rozwiązanie, polegające na wskazaniu, że gwarancja bankowa zabezpiecza określony rezultat, nie wydaje się pożądaną. Nasuwa ono skojarzenie z poglądami akcentującymi, że gwarant odpowiada za "za" uzyskanie zagwarantowanego rezultatu⁶⁶⁹, co – jak się wydaje – stanowi po prostu reminiscencję nieprzekonywającego poglądu, dopatrującego się normatywnej podstawy gwarancji bankowej w art. 391 k.c. (o czym szerzej w dalszej części opracowania). Ściśle rzecz biorąc, gwarant za nic nie „odpowiada”, lecz zobowiązuje się – w celu zabezpieczenia wiarygodności albo określonego rezultatu – do zapłaty sumy pieniężnej po spełnieniu określonych przesłanek.

3. **Problem nieakcesoryjności zobowiązania gwaranta**

a) Nieakcesoryjność zobowiązania gwaranta

Niemal powszechnie uznawaną cechą charakterystyczną gwarancji bankowej jest jurydyczna niezależność (nieakcesoryjność) zobowiązania gwaranta⁶⁷⁰.

do orzeczenia Sądu Najwyższego z 25 stycznia 1995 r. (III CRN 70/94), Prawo Bankowe 1996, nr 2, s. 80 (autor wskazywał tam, że zabezpieczenie wiarygodności jest celem każdej gwarancji); **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 478 (autor wskazuje, że celem gwarancji bankowej jest dostarczenie beneficjentowi osobistego zabezpieczenia wiarygodności ze stosunku podstawowego).

⁶⁶⁹ Tak pod rządą prawa bankowego z 1989 r. SN w uchwale (7) z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93, OSNC 1993, nr 10, poz. 166. W doktrynie zob. **E. Łętowska**, *Umowa o świadczenie przez osobę trzecią*, Warszawa 1970, s. 86, 112-113. Tak też - za E. Łętowską - **R. Szostak**, *Głosa do uchwały SN z dnia 24 czerwca 1992 r. (III CZP 78/92)*, PS 1993, nr 6, s. 93 (zdaniem autora, spełnienie przez osobę trzecią zabezpieczonego zobowiązania tylko wtedy zwalania gwaranta z odpowiedzialności, gdyż rzeczywiście osiągnięty został zagwarantowany rezultat). Por. też **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wiarygodności bankowych*, Kraków 2000, s. 145 (autorka wskazuje, że gwarant odpowiada za sam skutek danego zdarzenia, czyli ponosi ryzyko braku określonego rezultatu, którym jest wykonanie lub należyte wykonanie zobowiązania).

⁶⁷⁰ Zob. **S. Rudnicki**, *O umowie gwarancyjnej*, PPH 1993, nr 9, s. 1; **Cz. Żuławska**, *Gwarancja bankowa. Uwagi o funkcji i konstrukcji*, [w:] *Studia z prawa gospodarczego i handlowego*, Kraków

Niezależność ta jest eksponowana także w obcych porządkach prawnych⁶⁷¹. Jak już wspomniano, jest również podstawową cechą, którą twórcy DCFR przypisali w definicji „niezależnemu zabezpieczeniu osobistemu” (zob. art. IV.G. – 1:101 (b)), wskazując, że chodzi tu o zobowiązanie udzielającego zabezpieczenia, które „jest niezależne od zobowiązania innej osoby względem wierzyciela”⁶⁷². Podobnie silnie niezależność zabezpieczenia wyeksponowana została art. 2 i 3 Konwencji z 1995 r. Zdecydowanie akcentuje ją także art. 5a zd. 1 URDG 758, zgodnie z którym „Gwarancja jest ze swej natury niezależna od źródłowego stosunku umownego oraz od zlecenia, a gwarant nie jest takim stosunkiem zainteresowany, ani w jakikolwiek sposób nim związany”⁶⁷³.

Samo pojęcie akcesoryjności jest jednak rozumiane różnie.

Tradycyjnie przyjmuje się, że owa niezależność (nieakcesoryjność) oznacza, iż istnienie i zakres zobowiązania gwaranta nie zależy od istnienia i zakresu

1996, s. 558-559; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzycielności*, Sopot 1997, s. 150; **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 73-74, 134; **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 271 (autorzy wskazują, że zobowiązanie gwaranta „ma charakter samodzielny i nieakcesoryjny”); **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1206; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 479, 486; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 769; **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzycielności bankowych*, Kraków 2000, s. 178; por. też **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 334 (autor wskazuje, że pogląd o nieakcesoryjnym charakterze zobowiązania gwaranta przeważa w doktrynie). W orzecznictwie pod rządem prawa bankowego z 1989 r. zob. uchwałę (7) SN z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93, OSNC 1993, nr 10, poz. 166 („Gwarancja (...) ma samodzielny i nieakcesoryjny charakter, i to ją różni od umowy poręczenia, chociaż zarówno umowa gwarancyjna, jak i poręczenie należą do „gwarancji” pojmowanych w ich sensie najobszerniejszym, potocznym, jak zabezpieczenie”). Pod rządem prawa bankowego z 1997 r. zob. postanowienie SN z dnia 4 listopada 2004 r., V CK 199/04, niepubl.; wyrok SN z dnia 11 maja 2006 r., I CSK 57/06, LEX nr 453649 („Umowa gwarancyjna (...) jest umową samodzielną, nieakcesoryjną i abstrakcyjną”). Por. też co do gwarancji „na pierwsze żądanie” wyrok SN z dnia 25 czerwca 1999 r., II CKN 402/98, OSNC 2000, nr 1, poz. 16 („Ten rodzaj gwarancji uznanej przez Sąd Najwyższy w uchwale pełnego składu Izby Cywilnej z dnia 28 kwietnia 1995 r. (...) za samodzielną i nieakcesoryjną, z dopuszczeniem ukształtowania jej abstrakcyjnego charakteru, wyłącza dopuszczalność powoływania się przez gwaranta na zarzuty ze stosunku podstawowego łączącego beneficjenta ze zleceniodawcą”).

⁶⁷¹ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 67 (chodzi o nieakcesoryjność rozumianą jako niezależność zobowiązania gwaranta od umowy zabezpieczonej gwarancją); zob. też **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2501.

⁶⁷² Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2491.

⁶⁷³ Zob. ICC Polska, *Jednolite Reguły dla Gwarancji Płatnych na Żądanie (URDG 758)*, Publikacja MIH nr 758, Warszawa 2010, s. 15.

zabezpieczonego zobowiązania⁶⁷⁴ (tzw. stosunku podstawowego⁶⁷⁵ albo stosunku waluty⁶⁷⁶), a niekiedy także – co wykracza już poza tradycyjne ujęcia - od ważności (istnienia) i zakresu zobowiązania wynikającego ze zlecenia udzielenia gwarancji⁶⁷⁷.

Takie rozumienie niezależności przyjęto także w art. 5a zd. 3 URDG 758, gdzie wskazano, że „Zobowiązanie gwaranta do zapłaty w ramach gwarancji nie podlega roszczeniom ani aktom obrony wynikającym z jakiegokolwiek stosunku, z wyjątkiem stosunku między gwarantem i beneficjentem”⁶⁷⁸.

Z kolei zgodnie z art. 3 Konwencji z 1995 r. za niezależne uznaje się zobowiązania, które nie są zależne od istnienia albo ważności jakiegokolwiek stosunku ani od jakiegokolwiek postanowienia nie wskazanego w zobowiązaniu albo przyszłego i niepewnego zdarzenia, z wyjątkiem przedstawienia dokumentów albo innego działania (zdarzenia), które pozostaje w zakresie działania gwaranta⁶⁷⁹.

⁶⁷⁴ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 136 (autor wskazuje, że z nieakcesoryjności gwarancji wynika, iż zabezpiecza ona świadczenie niezależnie od tego, czy świadczenie to było dłużne i czy dłużnik ponosił za nie odpowiedzialność, jak również niezależnie od tego, czy w ogóle dług powstał albo czy przestał istnieć); **G. Tracz**, **J. Pisuliński**, *Umowa gwarancji*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 332 („gwarancja zabezpiecza świadczenie niezależnie od tego, czy świadczenie było dłużne i czy dłużnik ponosił za nie odpowiedzialność, jak również niezależnie od tego, czy w ogóle dług powstał albo czy przestał istnieć”); **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 769 (tłumacząc pojęcie akcesoryjności autor wskazuje, że oznacza ona, iż zabezpieczenie nie może powstać bez stosunku podstawowego, razem z nim wygasa, nie może być przeniesione bez prawa głównego, oraz że treść stosunku podstawowego determinuje treść zabezpieczenia); por. też **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 334. Pod rządem prawa bankowego z 1989 r. zob. uchwałę (7) SN z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93, OSNC 1993, nr 10, poz. 166.

⁶⁷⁵ **Z. Radwański**, **J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 267. Pod rządem prawa bankowego z 1989 r. zob. uchwałę (7) SN z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93, OSNC 1993, nr 10, poz. 166 oraz uchwałę pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, OSNC 1995, nr 10, poz. 135 (Sąd Najwyższy uznał tam, że „stosunkiem podstawowym” jest stosunek łączący beneficjenta gwarancji ze zlecającą gwarancji); pod rządem prawa bankowego z 1997 r. zob. np. wyrok SN z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, Biul. SN 2010, nr 7, poz. 8.

⁶⁷⁶ Zob. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 313.

⁶⁷⁷ **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 137. Por. dotyczący gwarancji ubezpieczeniowej wyrok SN z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, Biul. SN 2010, nr 7, poz. 8.

⁶⁷⁸ Zob. ICC Polska, *Jednolite Reguły dla Gwarancji Płatnych na Żądanie (URDG 758)*, Publikacja MIH nr 758, Warszawa 2010, s. 15.

⁶⁷⁹ Zob. “Article 3. Independence of undertaking

For the purposes of this Convention, an undertaking is independent where the guarantor/issuer's obligation to the beneficiary is not:

Pododna interpretacja wynika z komentarza do art. IV.G. – 1:101 (b) DCFR, gdzie wyjaśniono, że niezależność oznacza ona przede wszystkim niezależność od podstawowej umowy między wierzycielem a dłużnikiem, która przejawia się zwłaszcza w tym, że **istnienie i zakres zobowiązania podstawowego jest bez znaczenia dla zabezpieczenia**⁶⁸⁰. Podkreślono także, że zabezpieczenie jest niezależne od jakiegokolwiek umowy, w której dłużnik zleca zabezpieczającemu udzielenie niezależnego zabezpieczenia⁶⁸¹.

Z kolei w art. 2321 ust. 3 k.c.f. wskazano, że gwarant nie może podnieść żadnego zarzutu dotyczącego zabezpieczonego zobowiązania.

Według zbliżonego – a w intencji niektórych autorów zapewne tożsamego⁶⁸² - zapatrywania, nieakcesoryjność zobowiązania gwaranta przejawia się w tym, że gwarantowi nie przysługują zarzuty oparte na stosunku podstawowym⁶⁸³.

Już w tym miejscu warto zaznaczyć, że w rzeczywistości między pierwszym i drugim ujęciem zachodzić może różnica, do której niektórzy autorzy przywiązują istotną wagę: w pierwszym ujęciu jest jasne, że nieistnienie (nieważość)

-
- (a) Dependent upon the existence or validity of any underlying transaction, or upon any other undertaking (including stand-by letters of credit or independent guarantees to which confirmations or counter-guarantees relate); or
 - (b) Subject to any term or condition not appearing in the undertaking, or to any future, uncertain act or event except presentation of documents or another such act or event within a guarantor/issuer's sphere of operations”.

⁶⁸⁰ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Munich 2009, s. 2491.

⁶⁸¹ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Munich 2009, s. 2697.

⁶⁸² Tak – jak się wydaje - **Cz. Żuławska**, Gwarancja bankowa. Uwagi o funkcji i konstrukcji, [w:] Studia z prawa gospodarczego i handlowego, Kraków 1996, s. 558-559; **G. Tracz, J. Pisuliński**, Umowa gwarancji, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 333.

⁶⁸³ **M. Bączyk**, *Glosa do uchwały SN z dnia 24 VI 1992, III CZP 78/92*, PiP 1993, z. 4, s. 115; **M. Litwińska**, *Komentarz do wyroku SN z dnia 25 stycznia 1995 r., III CRN 70/94*, PPH 1996, nr 3, s. 32; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 486; **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wiarygodności bankowych*, Kraków 2000, s. 178; tak też *implicite* **G. Tracz**, *Glosa do uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 28 kwietnia 1995 r. (III CZP 166/94) oraz do orzeczenia Sądu Najwyższego z 25 stycznia 1995 r. (III CRN 70/94)*, Prawo Bankowe 1996, nr 2, s. 76. Por. **T. Spyra**, *Zarzuty banku dotyczące stosunku prawnego zabezpieczonego gwarancją bankową*, Transformacje Prawa Prywatnego 2001, nr 4, s. 111 (zdaniem autora, stwierdzenie, że zobowiązanie gwaranta jest nieakcesoryjne, nie nieuzasadnia „żadnych wniosków co do zakresu dopuszczalności podnoszenia przez gwaranta zarzutów dotyczących stosunku podstawowego. Nieakcesoryjność nie jest bowiem normą ograniczającą swobodę umów; tym samym nie może rozstrzygać problemu zarzutów ze stosunku podstawowego niezależnie od treści gwarancji).

zobowiązania podstawowego nie będzie wpływać na istnienie zobowiązania gwaranta, w drugim ujęciu można zaś bronić poglądu przeciwnego, twierdząc, że zarzut nieistnienia zabezpieczanego zobowiązania jest zarzutem ze stosunku gwarancji (zwłaszcza z powołaniem na cel zabezpieczenia i tzw. wewnętrzną kausalność gwarancji), a nie ze stosunku podstawowego (dopuszczalność takiego zarzutu nie podważa zatem nieakcesoryjności zobowiązania gwaranta⁶⁸⁴).

Reprezentowany jest również pogląd, że nieakcesoryjność gwarancji „polega na jej uniezależnieniu od stanu i zakresu istniejącej wierzytelności zabezpieczonej”⁶⁸⁵, tzn. sfera nieakcesoryjności dotyczy tylko niezależności zobowiązania gwaranta od raz powstałej wierzytelności zabezpieczanej; natomiast ocena wpływu tego, czy zabezpieczana wierzytelność w ogóle powstała, na zobowiązanie gwaranta przynależy do problemu kausalności⁶⁸⁶. Także i to ujęcie pozwala na obronę tezy o kausalności zobowiązania gwaranta bez podważania cechy nieakcesoryjności tego zobowiązania.

Wbrew pozorom tezy te nie są oczywiste i wymagają weryfikacji w procesie wykładni przepisów prawa bankowego.

Przepisy te powinny być kluczowym punktem odniesienia także z tego względu, że wystarczającej podstawy dla charakteru gwarancji nie sa się ustalić z odwołaniem do jej celu zabezpieczającego. Jak już uprzednio wyjaśniono, cel w postaci zabezpieczania wierzytelności może być realizowany zarówno przez zobowiązania o charakterze akcesoryjnym, jak i nieakcesoryjne.

Przechodząc do analizy prawa bankowego należy przede wszystkim zwrócić uwagę, że wśród tych przepisów nie ma odpowiednika art. 879 § 1 k.c.⁶⁸⁷, co w świetle ograniczone znaczenia celu gwarancji oraz ogólnej zasady względności

⁶⁸⁴ Tak np. **G. Tracz**, *Glosa do uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 28 kwietnia 1995 r. (III CZP 166/94) oraz do orzeczenia Sądu Najwyższego z 25 stycznia 1995 r. (III CRN 70/94)*, Prawo Bankowe 1996, nr 2, s. 76.

⁶⁸⁵ Tak **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 506 (zdaniem autora, tak rozumiana akcesoryjność jest elementem objętym wolą stron).

⁶⁸⁶ Tak **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 506.

⁶⁸⁷ Zgodnie z tym przepisem „O zakresie zobowiązania poręczyciela rozstrzyga każdorazowy zakres zobowiązania dłużnika”.

stosunku zobowiązaniowego, wykluczającej powoływanie się przez dłużnika w ramach określonego zobowiązania na zarzuty przysługujące dłużnikowi z innego zobowiązania (*ex iure tertii*)⁶⁸⁸, zdaje się prowadzić do wniosku, że zobowiązanie gwaranta jest rzeczywiście – przynajmniej co do zasady - „treściowo” niezależne od zabezpieczanego zobowiązania⁶⁸⁹.

Wątpliwość może natomiast dotyczyć tego, czy również istnienie (ważność) zobowiązania gwaranta zależy od istnienia (ważności, ew. powstania) zabezpieczanego zobowiązania, która to zależność jest przez niektórych autorów rozpatrywana w kontekście akcesoryjności, a przez innych w kontekście kauzalności gwarancji⁶⁹⁰.

W ramach niniejszych rozważań przyjęte zostanie pierwsze z ujęć, jako odpowiadające tradycyjnej terminologii prawa cywilnego. Mianem zabezpieczenia (prawa) akcesoryjnego określa się wszak zwykle zabezpieczenie (prawo), którego „istnienie i treść” zależy od prawa zabezpieczanego⁶⁹¹: akcesoryjność oznacza, że prawo akcesoryjne nie może powstać, jeżeli nie istnieje prawo zabezpieczane i nie może być samodzielny przedmiot czynności prawnej, a zakres zabezpieczenia zależy od aktualnego stanu prawa głównego⁶⁹².

⁶⁸⁸ Por. też **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 136; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 346.

⁶⁸⁹ **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 136. Por. jednak **A. Szpunar**, *Glosa do uchwały składu 7 sędziów SN z 16 IV 1993, III CZP 16/93*, PiP 1993, z. 9, s. 110 (pod rządą prawa bankowego z 1989 r. autor wskazywał, że „w przeciwieństwie do weksla zobowiązanie gwaranta nie musi opiewać na oznaczoną sumę pieniężną. Zobowiązanie gwaranta jest uzależnione od tego, jak kształtuje się wysokość długu głównego”); **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 142 (zdaniem autorki, „z reguły zakres zobowiązania gwaranta zależy od zakresu zobowiązania dłużnika”).

⁶⁹⁰ Tak – w odniesieniu do powstania zabezpieczanej wierzytelności - **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 506; zob. też **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 155 i n. Drugie ujęcie przyjmuje świadomie **S. Czarnecki**, *Charakter prawny gwarancji bankowej „na pierwsze żądanie” (cz. I)*, *Prawo Bankowe* 2005, nr 2, s. 69 i n.

⁶⁹¹ Zob. np. **Z. Radwański**, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2009, s. 95; **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 134.

⁶⁹² Zob. np. **A. Wolter**, **J. Ignatowicz**, **K. Stefaniuk**, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2000, s. 142; **M. Pyziak-Szafnicka**, [w:] M. Safjan (red.), *System prawa prywatnego, Tom 1, Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 741; podobnie **S. Grzybowski**, [w:] S. Grzybowski (red.), *System prawa cywilnego, Tom I, Część ogólna*, Ossolineum 1985, s. 225 (autor wskazuje, że prawa niesamoistne to takie, których treść jest uzależniona od treści innego prawa i które nie mogą powstać bez istnienia tego innego prawa; autor rozróżniał prawa w pełni niesamoistne, tzn. takie, których losy są trwale związane z innym prawem (np. jego zgaśnięcie powoduje zgaśnięcie prawa niesamoistnego)

W takim ujęciu nieakcesoryjność zobowiązania gwaranta oznacza nie tylko to, że treść zobowiązania gwaranta nie jest jurydycznie uzależniona od treści zabezpieczanego zobowiązania, ale również że istnienie (ważność) zobowiązania gwaranta nie zależy jurydycznie od istnienia (ważności) zabezpieczanego zobowiązania⁶⁹³ (można to określić jako pełną nieakcesoryjność).

Wyjaśnienia wymaga obecnie drugi z aspektów nieakcesoryjności (zależność między istnieniem zobowiązania podstawowego a zobowiązaniem gwaranta).

Już na wstępie tych rozważań należy podkreślić, że rozwiązania omawianego problemu nie należy poszukiwać – z przyczyn uprzednio wyjaśnionych - przez analizę samego, ogólnego celu zabezpieczenia, lecz w ramach regulacji normatywnej. Wprawdzie sformułowana w art. 81 ust. 1 p.b. definicja gwarancji bankowej nie rozstrzyga wyraźnie kwestii czy istnienie (ważność) zobowiązania gwaranta zależy od istnienia (ważności) zabezpieczanego zobowiązania, jednakże zawiera pewne wskazówki przydatne do jej rozstrzygnięcia.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na różnicę między formułą art. 81 p.b. a formułą art. 876 § 1 k.c. Ten ostatni przepis wskazuje, że przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela „**wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał**”. W pierwszej części opracowania wyjaśniono, że już sam ten przepis wskazuje wyraźnie na materialnoprawną zależność (akcesoryjność) między zobowiązaniem poręczyciela i dłużnika: zobowiązanie poręczyciela to nie jakiegokolwiek zobowiązanie, lecz właśnie to zobowiązanie, którego dłużnik nie wykonał. Brak zobowiązania dłużnika musi tu przesądzać o bezprzedmiotowości zobowiązania poręczyciela.

Sformułowanie z art. 81 p.b. jest znacznie bardziej elastyczne. Gwarant (bank) zobowiązuje się do wykonania świadczenia pieniężnego „**po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty**”. Względem racjonalność działań ustawodawcy nakazuje przyjąć, że różnica

oraz częściowo niesamoistne, które mogą się „rozejść” z prawem innym prawem)); T. Spyra, *Zarzuty banku dotyczące stosunku prawnego zabezpieczonego gwarancją bankową*, Transformacje Prawa Prywatnego 2001, nr 4, s. 110.

⁶⁹³ Podobnie G. Tracz, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 136; T. Spyra, *Zarzuty banku dotyczące stosunku prawnego zabezpieczonego gwarancją bankową*, Transformacje Prawa Prywatnego 2001, nr 4, s. 110.

w ujęciach poręczenia i gwarancji nie jest przypadkowa, a brak w art. 81 p.b. wzmianki o tym, że gwarant zobowiązuje się do wykonania świadczenia pieniężnego „na wypadek, gdyby dłużnik swego zobowiązania nie wykonał” należy uznać za wielce wymowny⁶⁹⁴. Stanowi on wskazówkę, że zobowiązanie gwaranta nie jest, a w każdym razie nie musi być uzależnione jurydycznie o niewykonania zobowiązania przez dłużnika głównego.

Odmiennego wniosku nie uzasadnia zamieszczona w art. 81 p.b. wzmianka o „warunkach zapłaty”, co warto podkreślić, ponieważ w doktrynie wyrażono pogląd, że literalna interpretacja art. 81 p.b. prowadzi do wniosku, iż „warunki zapłaty”, o których mowa w tym przepisie to przesłanki materialne zapłaty (nieziszczenie się gwarantowanego rezultatu)⁶⁹⁵, a wymaganie, że beneficjent ma je „spełnić”, a jednocześnie „stwierdzić” dokumentami, oznacza konieczność wykazania – choćby w formie oświadczenia – że materialny wypadek gwarancyjny miał miejsce⁶⁹⁶. Konsekwencją tego poglądu jest, po pierwsze, stwierdzenie, że minimalną przesłanką, która warunkuje skuteczność żądania zapłaty (obowiązek gwaranta) jest złożenie oświadczenia o spełnieniu się materialnej przesłanki zapłaty⁶⁹⁷. W związku z tym poglądem pozostaje także teza, że spełnienie przesłanki formalnej uzasadnia jedynie domniemanie faktyczne, że spełnione są „warunki zapłaty” (tzn. że spełniona jest przesłanka materialna)⁶⁹⁸; możliwe jest obalenie tego domniemania przez

⁶⁹⁴ Por. jednak **A. Szpunar**, *Glosa do uchwały składu 7 sędziów SN z 16 IV 1993, III CZP 16/93*, PiP 1993, z. 9, s. 110-111; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 157 (autor wskazuje, że gwarant zobowiązuje się „na wypadek, jeżeli dłużnik nie spełni świadczenia”); **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 135 (autorka wskazuje, że gwarancja bankowa polega na tym, że „bank (gwarant) zobowiązuje się wobec beneficjenta do zapłaty określonej kwoty, na wypadek gdyby dłużnik (zleceniodawca) nie wykonał zobowiązania”); **M. Król**, *Charakter prawny, rodzaje i funkcje gwarancji bankowych*, Prawo Spółek 1997, nr 4, s. 34 (autor wskazuje tam, że bank-gwarant zobowiązuje się wobec beneficjenta do zapłaty określonej kwoty na wypadek, gdyby dłużnik nie wykonał zobowiązania).

⁶⁹⁵ Odmienne **R. Szostak**, *Poręczenia i gwarancje wadialne (na tle zamówień publicznych)*, PS 1999, nr 1, s. 25 (zdaniem autora, „warunki zapłaty” to niewątpliwie przesłanki formalne warunkujące żądanie zapłaty).

⁶⁹⁶ **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 491.

⁶⁹⁷ **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 491.

⁶⁹⁸ Tak **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 502, 505.

gwaranta przez wykazanie nieistnienia wierzytelności zabezpieczanej albo jej zaspokojenia⁶⁹⁹, co zwalnia gwaranta z obowiązku świadczenia.

Przywołany pogląd jest tylko częściowo uzasadniony. Ze względu na formułę z art. 81 p.b. wprost nawiązującą do „warunków zapłaty” i odróżniającą żądanie zapłaty od dokumentów potwierdzających spełnienie „warunków zapłaty” rzeczywiście można bronić poglądu, że minimalną przesłanką – dotyczącą gwarancji „na pierwsze żądanie” - od której uzależniona jest skuteczność żądania zapłaty jest oświadczenie beneficjenta o spełnieniu warunku zapłaty⁷⁰⁰ (kwestia może być oczywiście sporna). Natomiast teza utożsamiająca spełnienie przesłanek formalnych z możliwym do obalenia domniemaniem faktycznym, co skutkuje zwolnieniem gwaranta z obowiązku świadczenia, jest zbyt daleko idąca. W świetle przepisu decydujące znaczenie dla aktualizacji obowiązku gwaranta mają przesłanki zapłaty określone w umowie: ograniczenie znaczenia tych przesłanek do reguły rozkładu dowodu wymagałoby wyraźnej podstawy w woli stron. Warunki zapłaty mogą być ujęte różnie i nie jest wykluczone rozwiązanie, w którym takie przesłanki, jak żądanie zapłaty czy złożenie określonego oświadczenia albo dokumentu nie będą tylko formalnym potwierdzeniem niezbędnej przesłanki materialnej, lecz same w sobie staną się wyłącznymi warunkami zapłaty, zastępując w tym względzie jakąkolwiek przesłankę materialną, dotyczącą stosunku podstawowego⁷⁰¹.

W rezultacie należy uznać, że ogólna formuła ustawowa jest na tyle elastyczna, iż dopuszcza szerokie spektrum możliwych rozwiązań⁷⁰², w którym mieszczą się

⁶⁹⁹ **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 505.

⁷⁰⁰ Zob. też **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności*, Warszawa 2005, s. 183 (autorka wskazuje, że zamieszczenie klauzuli „...zapłacimy Wam nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze Wasze pisemne żądanie” oznacza, iż płatność z gwarancji nie jest uzależniona od złożenia przez beneficjenta jakichkolwiek dokumentów, a wypłata jest uzależniona jedynie od złożenia przez beneficjenta oświadczenia, że jego żądanie jest uzasadnione). Odmienne – w odniesieniu do gwarancji „na pierwsze żądanie” - **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 239.

⁷⁰¹ Tak też w istocie **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 495, 503; **R. Szostak**, *Poręczenia i gwarancje wadialne (na tle zamówień publicznych)*, PS 1999, nr 1, s. 26. Por. też **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 225 (autor wskazuje, że „z istoty gwarancji wynika rezygnacja gwaranta z oceny prawidłowości powstania przesłanek materialnych”; przesłanki materialne mogą wywierać mniejszy lub większy wpływ na powstanie przesłanek formalnych, a zakres tego wpływu zależy wyłącznie od treści gwarancji).

⁷⁰² Na elastyczność tę zwraca uwagę **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1210.

zarówno gwarancje „na żądanie”, (w tym „na pierwsze żądanie”), uzależniające obowiązek zapłaty wyłącznie od przesłanek formalnych, tzn. żądania zapłaty i ewentualnie złożenia oświadczenia o spełnieniu „warunków zapłaty”⁷⁰³ lub przedstawienia określonych dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków (tzw. gwarancje dokumentowe⁷⁰⁴), jak i gwarancje, w których obowiązek zapłaty zależy od przesłanek materialnoprawnych dotyczących zabezpieczonego zobowiązania, zawierające tzw. klauzulę rzeczywistego niewystąpienia gwarantowanego rezultatu⁷⁰⁵ (np. niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika).

Wniosek ten zdają się potwierdzać poglądy doktryny i orzecznictwa, które – niezależnie od podstawowego poglądu co do wpływu nieistnienia (nieważności) zobowiązania podstawowego na zobowiązanie gwaranta - co do zasady dopuszczają różne ukształtowanie poziomu samodzielności zobowiązania gwaranta⁷⁰⁶, a więc zarówno udzielanie gwarancji „formalnie” niezależnych od stosunku podstawowego, tzn. „na żądanie” (zwłaszcza „na pierwsze żądanie”), jak i uzależnienie zobowiązania

⁷⁰³ Zob. **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wiarygodności*, Warszawa 2005, s. 183 (autorka wskazuje, że zamieszczenie klauzuli „...zapłacimy Wam nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze Wasze pisemne żądanie” oznacza, iż płatność z gwarancji nie jest uzależniona od złożenia przez beneficjenta jakichkolwiek dokumentów, a wypłata jest uzależniona jedynie od złożenia przez beneficjenta oświadczenia, że jego żądanie jest uzasadnione). Odmiennie – w odniesieniu do gwarancji „na pierwsze żądanie” - **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 239 (zdaniem autora, oświadczenie takie nie jest konieczne, jeżeli konieczność jego złożenia nie wynika z treści gwarancji).

⁷⁰⁴ Zob. **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 780-781; **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wiarygodności*, Warszawa 2005, s. 183.

⁷⁰⁵ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 226-227 (zdaniem autora, ze względu na funkcję gospodarczą gwarancji należy - w razie wątpliwości co do woli stron wyrażonej w treści gwarancji - uznać, że beneficjent nie musi przeprowadzać pełnego dowodu na okoliczność niespełnienia gwarantowanego rezultatu, lecz wystarczy uprawdopodobnienie); podobnie **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 490-491 (zdaniem autora, należy przyjąć, że przy gwarancjach zawierających zastrzeżenie rzeczywistego niewystąpienia gwarantowanego rezultatu, wystarczające jest uprawdopodobnienie niespełnienia świadczenia podstawowego). Por. **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 781 (autor zdaje się utożsamiać zastrzeżenie klauzuli rzeczywistego zrealizowania się zabezpieczonego rezultatu z sytuacją, w której przesłanką zapłaty sumy gwarancyjnej jest przedstawienie wyroku sądu polubownego lub powszechnego). **G. Tracz**, **J. Pisuliński**, *Umowa gwarancji*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 337 (autorzy wskazują tam, że w przypadku takiej klauzuli przesłanka materialna i formalna żądania zapłaty sumy gwarancyjnej pokrywają się wzajemnie). Odmiennie **R. Szostak**, *Poręczenia i gwarancje wadialne (na tle zamówień publicznych)*, PS 1999, nr 1, s. 19 (zdaniem autora, w pojęciu gwarancji bankowej z art. 81 p.b. nie mieszczą się tzw. gwarancje podobne do poręczenia, zabezpieczające rezultat zależny bezpośrednio od spełnienia świadczenia przez dłużnika ze stosunku podstawowego).

gwaranta od zdarzeń dotyczących stosunku podstawowego⁷⁰⁷ (gwarancje określane także jako „zwykłe”⁷⁰⁸). Według nieco innego ujęcia możliwe jest ukształtowanie gwarancji jako tzw. gwarancji „czystej”, która zabezpiecza określony rezultat, nie nawiązując w ogóle do stosunku prawnego zabezpieczonego gwarancją, albo jako gwarancji „zwykłej”, w której treści nawiązano do stosunku prawnego zabezpieczonego⁷⁰⁹.

Między wskazanymi rodzajami gwarancji zachodzi zasadnicza różnica z punktu widzenia akcesoryjności: o ile gwarancje „na żądanie” mają charakter nieakcesoryjny (samodzielny), o tyle drugi rodzaj gwarancji ma charakter częściowo akcesoryjny. Jeżeli bowiem gwarancja jest płatna „na żądanie”, wówczas obowiązek zapłaty nie

⁷⁰⁶ Zob. **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1207.

⁷⁰⁷ Zob. **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 491, 504; w orzecznictwie zob. wyrok SN z dnia 29 czerwca 2005 r., V CK 105/05, LEX nr 395072 (Sąd wskazał tam, że w sprawie „...istnieje związek między odpowiedzialnością wykonawcy robót budowlanych (...) (tzw. dłużnika podstawowego) i odpowiedzialnością gwaranta. Odpowiedzialność pozwanego gwaranta miała aktualizować się wówczas, gdy wykonawca robót „nie zapłaci w terminie kar umownych, będąc do tego zobowiązany w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy (o roboty budowlane z dnia 2 września 2002 r.) oraz po przedłożeniu dokumentów uzasadniających to roszczenie”. Powstanie odpowiedzialności pozwanego gwaranta jest zatem uzależnione od niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę robót (dłużnika podstawowego), zaktualizowania się roszczenia beneficjenta gwarancji o zapłatę kar umownych oraz opóźnienie wykonawcy z zapłatą tych kar umownych”); por. też wyrok SN z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, Biul. SN 2010, nr 7, poz. 8 (wyrok ten dotyczy wprawdzie gwarancji ubezpieczeniowej, ale wielokrotnie przywoływane jest jej podobieństwo do gwarancji bankowej; Sąd wskazał w nim, że „Nie ma (...) przeszkód, aby w ramach zasady swobody umów strony inaczej ukształtowały treść umowy gwarancji ubezpieczeniowej, w szczególności, aby zobowiązanie gwaranta miało charakter akcesoryjny, zbliżony do zobowiązania poręczyciela”). Por. też wyrok SN z dnia 14 stycznia 2004 r., I CK 102/03, LEX nr 163973 (także ten wyrok dotyczył gwarancji ubezpieczeniowej; Sąd wskazał tam, że „Cechą charakterystyczną takiej gwarancji - **o ile z treści tej umowy nie wynika co innego** - jest jej abstrakcyjny charakter”). Por. też wyrok SN z dnia 25 czerwca 1999 r., II CKN 402/98, OSNC 2000, nr 1, poz. 16 (Sąd nie wykluczył tam – jak się wydaje - możliwości nadania kauzalnego charakteru także gwarancji „na pierwsze żądanie”. W odniesieniu bowiem do takiej gwarancji Sąd wskazał, że „Zupełna nieakcesoryjność zobowiązania gwaranta powoduje, że wymagalność jego świadczenia powstaje po wezwaniu („żądaniu”) wystosowanym przez beneficjenta. (...) Tak surowe ukształtowanie odpowiedzialności stwarza zagrożenie dla bezpieczeństwa prawnego, dając pole do nadużyć beneficjenta dla uzyskania kosztem gwaranta świadczeń nienależnych, oderwanych od celu, w jakim gwarancja została udzielona, **a przy gwarancji typu kauzalnego - od prawnej przyczyny**”). Por. jednak **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 225 (autor wskazuje, że „z istoty gwarancji wynika rezygnacja gwaranta z oceny prawidłowości powstania przesłanek materialnych”; przyznaje jednak, że przesłanki materialne mogą wywierać mniejszy lub większy wpływ na powstanie przesłanek formalnych, a zakres tego wpływu zależy wyłącznie od treści gwarancji).

⁷⁰⁸ Zob. **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 765, 784.

⁷⁰⁹ Tak **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 765; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 116-117.

zależy bezpośrednio od żadnych przesłanek materialnoprawnych dotyczących stosunku podstawowego; w rachubę wchodzić może co najwyżej zależność pośrednia (która może być bardzo intensywna, np. wtedy, gdy do żądania zapłaty ma być dołączone orzeczenia sądowe potwierdzające niepowstanie gwarantowanego rezultatu np. orzeczenie sądowe⁷¹⁰). Z kolei jeżeli zapłata gwarancji jest uzależniona np. od niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, to obowiązek zapłaty nie powstanie, jeżeli zabezpieczane zobowiązanie w ogóle nie powstało⁷¹¹ (co może być wykazywane wszelkimi środkami dowodowymi).

Rozróżnienie obu rodzajów gwarancji jest zatem bardzo istotne, a o tym, z jaką gwarancją mamy do czynienia decyduje jej treść⁷¹², ustalana zgodnie z dyrektywami wykładni oświadczeń woli⁷¹³.

Stosownie do poczynionych uprzednio uwag właściwym kryterium nie jest zamieszczenie w gwarancji postanowienia wskazującego na jej cel⁷¹⁴, celem gwarancji jest wszak zawsze zabezpieczenie określonego rezultatu. Zabezpieczenie to może być realizowane zarówno przez prawa akcesoryjne jak i nieakcesoryjne (w imię pewności i szybkości zabezpieczenia).

⁷¹⁰ W takim przypadku zobowiązanie gwaranta będzie *de facto* częściowo akcesoryjne, ponieważ uzyskanie orzeczenia jest co do zasady możliwe tylko wtedy, gdy dłużnik rzeczywiście nie wykonał zobowiązania. Por. **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 779 (autor wskazuje tam, że największy stopień realizacji przesłanek materialnych zapewnia uzależnienie zapłaty sumy gwarancyjnej od przedstawienia wyroku sądowego), s. 781 (autor utożsamia obowiązek przedstawienia wyroku sądu polubownego lub powszechnego z klauzulą rzeczywistego zrealizowania się zabezpieczanego rezultatu). Por. też **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 175, 230 (zdaniem autora, uzależnienie realizacji udzielonego zabezpieczenia od złożenia przez beneficjenta prawomocnego wyroku sądowego, zasądzającego świadczenie ze stosunku podstawowego powoduje, że zobowiązanie przyrzekającego zbliża się swoim charakterem do umowy poręczenia).

⁷¹¹ Podobnie **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 784. Por. też **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wiarygodności bankowych*, Kraków 2000, s. 150 (autorka wskazuje, że w przypadku gwarancji warunkowej niewystąpienie określonych w dokumencie gwarancyjnym okoliczności bądź nieprzedstawienie przez zobowiązanego stosownych dokumentów stanowi podstawę odmowy realizacji gwarancji przez bank).

⁷¹² Tak też **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 504; **T. Spyra**, *Zarzuty banku dotyczące stosunku prawnego zabezpieczonego gwarancją bankową*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2001, nr 4, s. 115-116; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 765-766.

⁷¹³ **T. Spyra**, *Zarzuty banku dotyczące stosunku prawnego zabezpieczonego gwarancją bankową*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2001, nr 4, s. 116.

W związku z tym decydującego znaczenia nie można także przypisać powszechnemu w praktyce wskazaniu w gwarancji (zwłaszcza w preambule) stosunku prawnego, z którego mają wynikać zabezpieczane świadczenia albo inne zawarte w treści gwarancji nawiązanie do stosunku podstawowego⁷¹⁵. Odróżnienie takiego nawiązania od klauzuli rzeczywistego nieziszczenia się gwarantowanego rezultatu może jednak niekiedy nastroczać trudności⁷¹⁶.

O charakterze zobowiązania gwaranta decydują – w zasadzie wyłącznie – określone w gwarancji warunki zapłaty. Uzależnienie obowiązku zapłaty wyłącznie od przesłanek formalnych, takich jak żądanie zapłaty, złożenie określonego oświadczenia czy też przedstawienie określonych dokumentów oznacza, że mamy do czynienia z gwarancją nieakcesoryjną „na żądanie”, natomiast wprowadzenie dalej idących przesłanek, związanych z samymi zdarzeniami dotyczącymi zabezpieczanego zobowiązania (zwłaszcza wskazanie, że bank zobowiązuje się do zapłaty sumy gwarancyjnej „na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania”) wskazuje na gwarancję częściowo akcesoryjną (podobnie gwarancja

⁷¹⁴ Tak też (w kontekście abstrakcyjności) **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 166-167.

⁷¹⁵ Tak też **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 225 (autor wskazuje, że nawiązanie w gwarancji do innego stosunku prawnego nie zmienia nieakcesoryjnego charakteru zobowiązania gwaranta); **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 330-331 (autor relacjonuje bez zastrzeżeń pogląd, że zamieszczenie w gwarancji wzmianki o stosunku prawnym, z którego wynika zabezpieczane świadczenie, nie zmienia nieakcesoryjnego charakteru gwarancji). Odmiennie **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 496 (zdaniem autora, nawiązanie w treści gwarancji do zabezpieczanej wierzytelności pozwala na stwierdzenie, iż istnienie tej ostatniej stanowi niezbędną przesłankę skuteczności i wymagalności zobowiązania gwarancyjnego). Por. też **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 765 (zdaniem autora, jako gwarancje zwykłe, podobne do poręczenia, „winny być kwalifikowane te gwarancje, które opisują zabezpieczone zdarzenie jako przedmiot zobowiązania i nie zawierają klauzul wyłączających możliwość powoływania się na nieistnienie i nieważność tego zobowiązania przez gwaranta”); **T. Spyra**, *Zarzuty banku dotyczące stosunku prawnego zabezpieczonego gwarancją bankową*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2001, nr 4, s. 118 (autor wskazuje, że o uznaniu gwarancji za zwykłą decyduje nawiązanie w gwarancji do zobowiązania ze stosunku podstawowego oraz brak zwrotu typu „niezależnie od ważności i istnienia zobowiązania”).

⁷¹⁶ Tak trafnie **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 223, 226-227 (w związku z tym autor wskazuje, że nie bez znaczenia jest odgraniczenie w dokumencie gwarancji preambuły od właściwego tekstu zobowiązania gwaranta; jego zdaniem z klauzulą rzeczywistego nieziszczenia się gwarantowanego rezultatu mamy do czynienia nie tylko w razie jej wyraźnego zastrzeżenia, ale także wtedy, „gdy treść gwarancji jest tak uboga, że ogranicza się jedynie do stwierdzenia, iż gwarant gwarantuje określony rezultat nie wskazując przesłanek formalnych realizacji gwarancji” – s. 263); por. też **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 330-331 (autor relacjonuje pogląd bez zastrzeżeń).

z klauzulą obniżania sumy gwarancyjnej, zależną od rzeczywistego obniżania się ryzyka⁷¹⁷).

Na w pełni nieakcesoryjny charakter gwarancji wskazywać będzie – zgodnie ze zwyczajami handlowymi (zwłaszcza bankowymi) – zastosowanie klauzuli „na żądanie” (zwłaszcza „na pierwsze żądanie”), choć nawet ono nie ma znaczenia definitywnego i może być podważone przez inne postanowienia gwarancji⁷¹⁸ (ze względu na kryjący się za takim sformułowaniem zwyczaj oraz profesjonalny charakter działalności banków przeciwne postanowienie musi być wyraziste). Z drugiej strony brak takiej klauzuli nie oznacza, że mamy do czynienia z gwarancją akcesoryjną; decydujące bowiem znaczenie ma tu określenie warunków zapłaty⁷¹⁹.

Warto wspomnieć, że zbliżone uwagi wynikają z komentarza do w art. IV.G. – 1:101 (b) DCFR, w którym wskazano w odniesieniu do niezależnego zabezpieczenia osobistego, że niezależność zabezpieczenia może nie tylko wynikać wyraźnie z nazwy lub treści dokumentu (np. wskazuje na nią nazwa „gwarancja niezależna”), ale może być także dorozumiana, co można domniemywać – jak wyjaśnia się w komentarzu - gdy określony instrument nie nawiązuje w żaden sposób do zabezpieczanego zobowiązania⁷²⁰. Z komentarza wynika również – co potwierdza wprost art. IV.G. – 3:101 (1) DCFR - że ogólne zaledwie nawiązanie do transakcji podstawowej nie podważa niezależności zabezpieczenia; niezależne zabezpieczenie nawiązuje zwykle do umowy podstawowej w celu określenia zdarzenia, którego ziszczenie (albo nieziszczenie) warunkuje możliwość żądania realizacji

⁷¹⁷ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 245-246. Natomiast niezależności gwarancji nie podważają klauzule, które nie uzależniają zmniejszenia lub zwiększenia zobowiązania gwaranta od przesłanek materialnych, dotyczących stosunku podstawowego, lecz od określonego zdarzenia, które ma być stwierdzone określonymi dokumentami – zob. art. 13 URDG 758; por. też **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2702.

⁷¹⁸ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 239-240. Pogląd taki przeważa także w obcych porządkach prawnych w kontekście rozróżnienia na zabezpieczenia zależne i niezależne – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2699-2701.

⁷¹⁹ Por. **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 765-766 (zdaniem autora, jako gwarancje zwykle winny być kwalifikowane te gwarancje, które opisują zabezpieczone zdarzenie jako przedmiot zobowiązania i nie zawierają klauzul wyłączających możliwość powoływania się na nieistnienie i nieważność tego zobowiązania przez gwaranta).

⁷²⁰ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2491.

zabezpieczenia przez wierzyciela⁷²¹. Najistotniejsze jest to, czy zobowiązanie zabezpieczającego jest niezależne od zobowiązania dłużnika głównego względem wierzyciela⁷²².

Także art. 5a zd. 2 URDG 758 postanawia, że „Odniesienie się w gwarancji do źródłowego stosunku umownego dla celów jego identyfikacji nie zmienia niezależnej natury gwarancji”⁷²³. Reguła ta koreluje z art. 8 URDG 758, który zaleca określenie w treści gwarancji m.in. informacji identyfikującej źródłowy stosunek umowny⁷²⁴.

Może się zdarzyć, że mimo profesjonalnego charakteru działalności banku wykładnia wskazanych w treści gwarancji warunków zapłaty nie prowadzi do jednoznacznych wniosków co do charakteru gwarancji. W takim przypadku należy uznać, że mamy do czynienia z gwarancją nieakcesoryjną⁷²⁵, wydaje się bowiem, że właśnie taki model gwarancji jest przez ustawodawcę preferowany, na co wskazują regulacje prawa bankowego.

I tak – poza omówioną już uprzednio różnicą w ujęciach między art. 81 p.b. a art. 876 § 1 k.c. - na pełną nieakcesoryjność zobowiązania gwaranta względem stosunku podstawowego wskazuje ogólna zasada względności stosunku prawnego, która wyłącza możliwość powoływania się przez jedną ze stron na zarzuty z innego stosunku⁷²⁶. Nieakcesoryjność taka wynika także pośrednio z względnie wiążącego art. 82 p.b. (por. art. 86a p.b.), stanowiącego, że „Przelewu wierzytelności z gwarancji bankowej można dokonać wraz z przeniesieniem wierzytelności zabezpieczonej gwarancją”. Wprowadzenie tego przepisu – dokonane na mocy

⁷²¹ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2491, 2697.

⁷²² Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2491, 2697.

⁷²³ Zob. ICC Polska, *Jednolite Reguły dla Gwarancji Płatnych na Żądanie (URDG 758)*, Publikacja MIH nr 758, Warszawa 2010, s. 15.

⁷²⁴ Zob. ICC Polska, *Jednolite Reguły dla Gwarancji Płatnych na Żądanie (URDG 758)*, Publikacja MIH nr 758, Warszawa 2010, s. 16.

⁷²⁵ Odmienne **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 504 (zdaniem autora, w braku szczególnego unormowania umownego należy uznać, że nieistnienie stosunku podstawowego w chwili zawierania umowy gwarancji, skutkuje jej nieważnością).

⁷²⁶ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 153 (autor rozważa tę kwestię w kontekście kauzalności).

nowelizacji prawa bankowego, która weszła w życie 1 maja 2004 r.⁷²⁷ – uznano, jak wynika z uzasadnienia projektu nowelizacji za „...istotne, gdyż gwarancja jako umowa nieakcesoryjna nie jest „przywiązana” do zabezpieczonego kredytu”⁷²⁸.

Z kolei niezależność zobowiązania gwaranta względem stosunku zlecenia gwarancji potwierdzał art. 82 ust. 2 p.b. w pierwotnym brzmieniu, stanowiący, że „O ile w zobowiązaniu, o którym mowa w art. 81, znalazły się zobowiązania inne niż w treści zlecenia, o jakim mowa w art. 80, bank-gwarant obowiązany jest do świadczenia według tego, co oświadczył w tym zapewnieniu, chyba że beneficjent wyrazi zgodę na zmianę treści zobowiązania gwaranta”.

Skreślenie tego przepisu w wyniku nowelizacji prawa bankowego, która weszła w życie 1 maja 2004 r.⁷²⁹, nie może być odczytywane jako podważenie wyrażonej w nim zasady, ponieważ z uzasadnienia projektu wynika, że dokonano go z przekonaniem, iż „niczego nie wnosi do stanu prawnego”. Tego rodzaju przekonanie oparte było na konstatacji, że „Powszechnie rozróżnia się umowę zlecenia od danej gwarancji na podstawie tego zlecenia. Czym innym jest zlecenie, a czym innym jest gwarancja (inne są podmioty zobowiązane i uprawnione)”. W rezultacie także *de lege lata* wskazuje się, że w razie rozbieżności między umową zlecenia udzielenia gwarancji a gwarancją w relacji między gwarantem a beneficjentem decyduje treść gwarancji⁷³⁰.

Nieakcesoryjność zobowiązania gwaranta potwierdza w pewnym stopniu także art. 87 ust. 2 p.b., zgodnie z którym „Bieg przedawnienia roszczeń z tytułu gwarancji i akredytyw rozpoczyna się od daty przedłożenia skutecznego żądania zapłaty i w tym okresie roszczenie jest wymagalne, **choćby zobowiązanie, z którym**

⁷²⁷ Nowelizacja z dnia 1 kwietnia 2004 r., Dz. U. nr 91, poz. 870.

⁷²⁸ Zob. **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 271 (autorzy wskazują, że wprowadzenie przepisu wynikało z tego, że ze względu na nieakcesoryjny charakter gwarancji obowiązywanie wyrażonej w przepisie reguły „nie było oczywiste”). Por. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 334-335. Odmiennie **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 499 (zdaniem autora, przepis ten potwierdza powiązanie zobowiązania gwarancyjnego z wierzytelnością zabezpieczoną).

⁷²⁹ Nowelizacja z dnia 1 kwietnia 2004 r., Dz. U. nr 91, poz. 870.

gwarancja bądź akredytywa była związana, już wygaśło". Z regulacji tej wynika co najmniej, że następcze wygaśnięcie zobowiązania podstawowego nie wpływa na byt prawny zobowiązania gwaranta⁷³¹. Wprawdzie nie oznacza to wprost, że podobnie należy ocenić wpływ pierwotnego braku zobowiązania podstawowego, ale niewątpliwie art. 87 ust. 2 p.b. wskazuje na brak ścisłej zależności między bytem zobowiązania gwaranta a zabezpieczaną wierzytelnością. Ponieważ nie widać argumentów legislacyjnych, które przemawiałyby jasno za ograniczeniem tej niezależności do przypadków następczego wygaśnięcia stosunku podstawowego można wnosić, że omawiany przepis potwierdza ogólną tezę o nieakcesoryjności zobowiązania gwaranta.

Przywołane regulacje zdają się wskazywać, że ustawodawca zakłada, iż gwarancja bankowa ma „w wersji modelowej” charakter nieakcesoryjny. Nie wyklucza to wprawdzie możliwości nadania gwarancji charakteru częściowo akcesoryjnego⁷³² (np. uzależnienia obowiązku zapłaty od niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania), jednaze zabieg taki musi mieć wystarczającą podstawę w treści gwarancji. W braku takiej podstawy gwarancja będzie miała charakter nieakcesoryjny (wzmianka o „bezwartunkowości” albo płatności „na pierwsze żądanie” nie jest tu konieczna).

⁷³⁰ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 328.

⁷³¹ Por. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 334, 346, 348 (zdaniem autora, art. 87 ust. 2 *in fine* p.b. wskazuje wyraźnie na niezależność gwarancji od istnienia zobowiązania ze stosunku podstawowego, co dotyczy także sytuacji, w której zobowiązanie zabezpieczone gwarancją w ogóle nie powstało). Odmienne **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom 1*, Kraków 2005, s. 820 (zdaniem autora, ust. 2 nadaje tylko trwałość już powstałemu roszczeniu beneficjenta, w takim zakresie, w jakim co innego nie wynika z treści gwarancji); **T. Spyra**, *Zarzuty banku dotyczące stosunku prawnego zabezpieczonego gwarancją bankową*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2001, nr 4, s. 109; odmiennie także **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 499 (autor wskazuje, że z art. 87 ust. 2 p.b. wynika jedynie, że zgłoszenie wymagalnego roszczenia powoduje, iż zostaje ono wymagalne, choćby zabezpieczana wierzytelność wygaśła; jego celem jest przedłużenie okresu dochodzenia roszczenia prawidłowo zgłoszonego; nie dotyczy to sytuacji, w której w chwili zgłoszenia żądania zapłaty roszczenie beneficjenta już nie istniało z powodu uprzedniego wygaśnięcia wierzytelności zabezpieczonej; jest to wyjątek potwierdzający zasadę, że wygaśnięcie zobowiązania zabezpieczonego stanowi przyczynę wygaśnięcia zobowiązania z gwarancji: gdyby zasada była inna przepis byłby zbędny).

⁷³² Pełna akcesoryjność prowadziłaby natomiast do stwierdzenia, że wbrew ewentualnej nazwie mamy w rzeczywistości do czynienia z poręczeniem bankowym.

Za interpretacją taką przemawia również praktyka obrotu, w której gwarancja nieakcesoryjna odgrywa rolę wiodącą.

Potwierdzają to także doświadczenia związane ze stosowaniem jednolitych reguł przyjętych przez Międzynarodową Izbę Handlową.

b) Problem abstrakcyjności gwarancji bankowej

W wielu wypowiedziach doktryny odrębnie od nieakcesoryjności zobowiązania gwaranta rozpatrywany jest problem abstrakcyjności tego zobowiązania⁷³³ (co zakłada, że udzielenie gwarancji jest czynnością przysparzającą⁷³⁴), przy czym abstrakcyjność przeważnie ma tu oznaczać, że ważność gwarancji nie zależy od istnienia lub ważności kauzy⁷³⁵: gwarant nie może zatem podnosić zarzutu nieważności *causae* bądź jej odpadnięcia⁷³⁶ albo – według nieco innego ujęcia - nie może powoływać się na nieważność stosunku, w którym tkwiła przyczyna prawna przysporzenia⁷³⁷. Reprezentowane jest także zapatrywanie, które problem kauzalności zobowiązania kojarzy wyłącznie ze skutkami bezwzględnej nieważności

⁷³³ Zob. np. **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 769 i n.; **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 271-272 (autorzy nie tłumaczą jednak tego wyodrębnienia).

⁷³⁴ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 145-146.

⁷³⁵ **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 771.

⁷³⁶ Zob. **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wiarygodności*, Sopot 1997, s. 174; **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 147, 153. Por. dotyczący gwarancji ubezpieczeniowej wyrok SN z dnia 14 stycznia 2004 r., I CK 102/03, LEX nr 163973 (Sąd wskazał tam, że „Cechą charakterystyczną takiej gwarancji - o ile z treści tej umowy nie wynika co innego - jest jej abstrakcyjny charakter. Gwarant nie może bowiem wobec beneficjenta powoływać się na nieważność albo odpadnięcie przyczyny prawnej swego zobowiązania.”); por. też wyrok SN z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, Biul. SN 2010, nr 7, poz. 8 (odnośnie do gwarancji ubezpieczeniowej Sąd wskazał tam, iż jej abstrakcyjność oznacza, „że żadna ze stron umowy gwarancji ubezpieczeniowej nie może podnosić zarzutów nieważności *causae* bądź jej odpadnięcia (...) niezależnie od tego - co jest sporne w doktrynie - czy przyczyny prawnej powstania zobowiązania gwaranta upatruje się w umowie zlecenia gwarancji ubezpieczeniowej, czy też w treści stosunku podstawowego”).

⁷³⁷ Zob. **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 273 (autorzy wskazują, że „Konstrukcja abstrakcyjnej czynności prawnej (...) wyłącza powołanie się na zarzuty dotyczące ważności (istnienia) stosunku podstawowego”). Por. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 335-336 (autor wskazuje, że w doktrynie przeważa pogląd, iż zobowiązanie gwaranta ma charakter abstrakcyjny i „jest niezależne od leżących u podstaw udzielenia przez bank gwarancji stosunków prawnych łączących bank ze zleceniodawcą gwarancji (stosunek pokrycia) i zleceniodawcy z beneficjentem (stosunek waluty”).

stosunku podstawowego, przyporządkowując brak wpływu następczego upadku stosunku podstawowego na zobowiązanie gwaranta do problematyki nieakcesoryjności tego zobowiązania⁷³⁸.

Poglądy doktryny co do tak ujętej abstrakcyjności wykazują znaczną różnorodność, co - podobnie jak w przypadku poręczenia – w pewnej mierze wynika już z tego, że kauza gwarancji może być i jest ujmowana różnie⁷³⁹: niekiedy poszukuje jej się w stosunku podstawowym (*causa cavendi*)⁷⁴⁰ – co nieuchronnie wywołuje pytanie o stosunek cechy kauzalności do cechy nieakcesoryjności - a niekiedy w ramach stosunku zlecenia gwarancji (*causa solvendi*)⁷⁴¹.

W przypadku drugiego z ujęć abstrakcyjność zobowiązania gwaranta budzi mniejsze wątpliwości⁷⁴²: w doktrynie bowiem zdecydowanie poglądy, że ważność

⁷³⁸ Tak **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 497.

⁷³⁹ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 147 i n.; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 492-493, 500.

⁷⁴⁰ Por. **E. Łętowska**, *Umowa o świadczenie przez osobę trzecią*, Warszawa 1970, s. 100 i n. Tak np. **Cz. Żuławska**, *Gwarancja bankowa. Uwagi o funkcji i konstrukcji*, [w:] *Studia z prawa gospodarczego i handlowego*, Kraków 1996, s. 5; **M. Litwińska**, *Komentarz do wyroku SN z dnia 25 stycznia 1995 r., III CRN 70/94*, PPH 1996, nr 3, s. 33; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 166-167; 171 **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 142; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 503 (autor dopuszcza możliwość całkowitego oderwania zobowiązania gwarancyjnego⁵⁸; od istnienia stosunku podstawowego); **S. Czarnecki**, *Charakter prawny gwarancji bankowej „na pierwsze żądanie” (cz. II)*, *Prawo Bankowe* 2005, nr 3, s. 78; w tym kontekście kauzalność gwarancji rozpatruje także **W. Popiołek**, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II, Komentarz do artykułów 1-449*¹, Warszawa 2009, s. 1151. Krytycznie co do tego ujęcia (i wyróżnienia *causam cavendi*) **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 152 i n.

⁷⁴¹ Tak **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 159 i n. (autor wskazuje, że gwarancje mogą być również udzielane *obligandi causa*, co ma miejsce, gdy gwarant udziela gwarancji w zamian za zobowiązanie beneficjenta, czego nie odnosi jednak do gwarancji bankowych - s. 162); **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 338; **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności*, Warszawa 2005, s. 178. Krytycznie co do tej koncepcji **S. Czarnecki**, *Charakter prawny gwarancji bankowej „na pierwsze żądanie” (cz. II)*, *Prawo Bankowe* 2005, nr 3, s. 78 (autor wskazuje, że uznanie, iż *causa* leży w stosunku zlecenia, wiązałoby losy zobowiązania gwaranta z ważnością umowy zlecenia, nawet bowiem w przypadku przyjęcia, że zobowiązanie gwaranta jest abstrakcyjne nie wyłączałoby możliwości żądania przezeń zwrotu spełnionego świadczenia jako nienależnego). Także doktryna francuska i belgijska dopatruje się kauzy zobowiązania gwaranta w stosunku zlecenia – zob. **Ch. v. Bar**, **E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2501 (we Francji poszukuje się jej także w stosunku podstawowym).

⁷⁴² **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 163. Por. **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 493 (zdaniem autora, tak rozumiana abstrakcyjność nie budzi wątpliwości w literaturze).

zobowiązania gwaranta nie zależy od istnienia i ważności umowy zlecenia gwarancji⁷⁴³ (w doktrynie wskazuje się, że potwierdzał to art. 82 p.b. w pierwotnym brzmieniu⁷⁴⁴).

Kwestia rysuje się mniej jednoznacznie w razie uznania, że kauzy zobowiązania gwaranta należy poszukiwać w ramach stosunku podstawowego. Wprawdzie także i w tym ujęciu zdaje się przeważać pogląd, że zobowiązanie gwaranta jest zobowiązaniem abstrakcyjnym⁷⁴⁵, mocno reprezentowane jest jednak również stanowisko odmienne, iż zobowiązanie gwaranta jest kauzalne⁷⁴⁶. Pogląd ten występuje także w łagodniejszej wersji, w myśl której w odniesieniu do zobowiązania

⁷⁴³ Zob. **A. Szpunar**, *Glosa do wyroku SN z dnia 16 kwietnia 1996 r. (II CRN 38/96)*, PS 1997, nr 6, s. 91; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 144; **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 163 (za kauzalne autor uznaje natomiast gwarancje udzielane *obligandi causa* oraz gwarancji udzielanych *solvendi causa* w wykonaniu zawartej pomiędzy gwarantem i beneficjentem umowy darowizny); **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 312; 338, 344; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 483; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 757-758.

⁷⁴⁴ Zob. **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 492-493 (autor wskazuje, że przepis ten oznaczał, iż gwarant nie może skutecznie bronić się zarzutami opartymi na treści zlecenia).

⁷⁴⁵ Zob. **M. Litwińska**, *Komentarz do wyroku SN z dnia 25 stycznia 1995 r., III CRN 70/94*, PPH 1996, nr 3, s. 33; **W. Popiołek**, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II, Komentarz do artykułów 1-449¹*, Warszawa 2009, s. 1151; **M. Olechowski**, *Charakter prawny gwarancji bankowej*, PiP 1997, z. 6, s. 75 (zdaniem autora, gwarancja jest dyspozytywnie abstrakcyjna); **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 770 (autor nie wyjaśnia jednak, w którym stosunku leży kauza przysporzenia). Por. jednak **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 493 (zdaniem autora, praktycznie panuje zgodność co do tego, że w przypadku niepowstania wierzytelności zabezpieczonej beneficjent nie może skutecznie domagać się zapłaty sumy gwarancyjnej).

⁷⁴⁶ Por. **E. Łętowska**, *Umowa o świadczenie przez osobę trzecią*, Warszawa 1970, s. 102 i n. (autorka przyjmowała, że umowa gwarancyjna nie może wyrzucić skutku, jeżeli w momencie jej zawarcia brak jest obiektu, który ma ona zabezpieczać). Tak z odwołaniem do zasady kauzalności czynności prawnych oraz celu gwarancji **Cz. Zuławska**, *Gwarancja bankowa. Uwagi o funkcji i konstrukcji*, [w:] *Studia z prawa gospodarczego i handlowego*, Kraków 1996, s. 558 (w odniesieniu do gwarancji „na pierwsze żądanie” autorka stwierdza, że wyłączenie możliwości powołania się na nieistnienie zabezpieczonej wierzytelności byłoby sprzeczne z naturą gwarancji jako zabezpieczenia i z tego względu nieważna – zob. s. 563-565); **A. Szpunar**, *Glosa do uchwały SN z dnia 24 czerwca 1992 r. (III CZP 78/92)*, OSP 1993, z. 12, s. 575; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 166-167; **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 142-144; **S. Czarnecki**, *Charakter prawny gwarancji bankowej „na pierwsze żądanie” (cz. II)*, *Prawo Bankowe* 2005, nr 3, s. 86 (także w przypadku gwarancji bankowej „na pierwsze żądanie”).

gwaranta można mówić jedynie o domniemaniu kausalności⁷⁴⁷ (tzn. abstrakcyjność musi wynikać z wyraźnego postanowienia umowy⁷⁴⁸).

Teza o kausalności zobowiązania gwaranta zdaje się godzić w tradycyjnie (szeroko) rozumianą cechę nieakcesoryjności tego zobowiązania⁷⁴⁹. Zwolennicy kausalności gwarancji usiłują jednak niekiedy godzić twierdzenie o kausalności zobowiązania gwaranta z poglądem o jego nieakcesoryjności, przez przyjęcie, że nieakcesoryjność oznacza brak możliwości podnoszenia zarzutów ze stosunku podstawowego, a gwarancja obejmuje *causam* swoją treścią⁷⁵⁰ (co oznacza, że zarzut nieistnienia (nieważności) stosunku podstawowego jest zarzutem ze stosunku gwarancji)⁷⁵¹ lub przez ograniczenie pojęcia nieakcesoryjności do zależności względem raz powstałego zobowiązania⁷⁵² albo przyjęcie takiego rozumienia nieakcesoryjności, „które nie przesądza kwestii niedopuszczalności podnoszenia zarzutu nieistnienia wierzytelności głównej”⁷⁵³. Warto przy tym zwrócić uwagę, że mimo aprobaty dla kausalności zobowiązania przyjmuje się niekiedy, iż następczy

⁷⁴⁷ **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 505 (zdaniem autora, w typowym przypadku treść gwarancji obejmuje kaucę w postaci zabezpieczenia).

⁷⁴⁸ Zob. **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 496-497 (autor wskazuje, że całkowite oderwanie gwarancji od istnienia i ważności zabezpieczanego zobowiązania może mieć miejsce z mocy wyraźnego w tej mierze postanowienia umowy – s. 495, 497, 504).

⁷⁴⁹ Zwraca na to uwagę **J. Pisuliński**, *Niektóre zagadnienia związane z gwarancją bankową*, *Prawo Bankowe* 1998, nr 4, s. 41; **S. Czarnecki**, *Charakter prawny gwarancji bankowej „na pierwsze żądanie” (cz. I)*, *Prawo Bankowe* 2005, nr 2, s. 69.

⁷⁵⁰ Zob. **A. Koch**, *Umowa gwarancji bankowej jako postać umowy o świadczenie przez osobę trzecią (art. 391 k.c.)*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci profesora Leopolda Steckiego*, Toruń 1997, s. 447. Por. też **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 496; podobnie **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 171 (w rezultacie autor uznaje, że gwarant nie ponosi odpowiedzialności, gdy gwarantowana wierzytelność nie powstała lub zobowiązanie było dotknięte bezwzględną nieważnością, gwarantowana umowa została rozwiązana przez same strony, dłużnik wykonał gwarantowane zobowiązanie w całości, gwarantowane zobowiązanie nie zostało wykonane z winy beneficjenta, dłużnik gwarantowanego zobowiązania uchylił się od skutków prawnych swego oświadczenia woli).

⁷⁵¹ Tak też **G. Tracz**, *Glosa do uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 28 kwietnia 1995 r. (III CZP 166/94) oraz do orzeczenia Sądu Najwyższego z 25 stycznia 1995 r. (III CRN 70/94)*, *Prawo Bankowe* 1996, nr 2, s. 76 (autor wskazuje, że gwarancja kausalna nie traci swojego nieakcesoryjnego charakteru).

⁷⁵² Tak **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 506.

⁷⁵³ Tak **S. Czarnecki**, *Charakter prawny gwarancji bankowej „na pierwsze żądanie” (cz. II)*, *Prawo Bankowe* 2005, nr 3, s. 69.

upadek stosunku podstawowego nie powoduje upadku zobowiązania gwaranta, co uzasadnia się właśnie nieakcesoryjnością tego zobowiązania⁷⁵⁴.

Niektórzy autorzy abstrakcyjność gwarancji – nie zawsze jasno definiowaną - zdają się kojarzyć wyłącznie ze szczególnym typem gwarancji „bezwarunkowej”, „nieodwołalnej” i „na pierwsze żądanie”⁷⁵⁵.

Ku temu pogładowi staniał się również Sąd Najwyższy w orzeczeniach wydanych pod rządem prawa bankowego z 1989 r.. I tak w uchwale składu siedmiu sędziów (zasada prawna) z dnia 16 kwietnia 1993 r.⁷⁵⁶ Sąd Najwyższy wskazał, że umowa gwarancji bankowej opatrzona klauzulami „bezwarunkowo”, „nieodwołalnie” i „na pierwsze żądanie” „...kreuje - odmiennie od innych rodzajów gwarancji - **abstrakcyjne zobowiązanie** banku wobec beneficjenta, niezależnie od stosunków wewnętrznych łączących bank z dłużnikiem oraz dłużnika z wierzycielem. **Bank nie może przeciwstawić wierzycielowi (beneficjentowi) zarzutów ze stosunku podstawowego.** W stosunku wewnętrznym bank nie jest zobligowany, a w stosunku gwarancyjnym - nawet upoważniony, do badania merytorycznej zasadności zgłoszonego roszczenia przez beneficjenta gwarancji”.

Należy zwrócić uwagę, że abstrakcyjność została tu ujęta jako niezależność od „stosunków wewnętrznych łączących bank z dłużnikiem oraz dłużnika z wierzycielem” i brak możliwości podniesienia przez gwaranta zarzutów ze stosunku podstawowego, przy czym została ona powiązana z gwarancją „na pierwsze żądanie” (itd.) i przeciwstawiona innym rodzajom gwarancji. Już w tym miejscu należy zaznaczyć, że stanowisko Sądu nie jest wolne od pewnej niekonsekwencji. Szczególną cechą w postaci abstrakcyjności, przypisywaną szczególnemu rodzajowi

⁷⁵⁴ Tak **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 497.

⁷⁵⁵ Zob. **M. Olechowski**, *Charakter prawny gwarancji bankowej*, PiP 1997, z. 6, s. 75 (zdaniem autora, w braku klauzuli „nieodwołalnie i bezwarunkowo” i „na pierwsze żądanie”, gwarancja będzie najczęściej kauzalna ze względu na praktykę nawiązywania w treści gwarancji do stosunku waluty; autor zaznacza jednak zarazem, że w teoretycznej konstrukcji gwarancji bankowej zobowiązanie gwaranta jest zasadniczo abstrakcyjne; stanowisko takie wynika z oparcia gwarancji na konstrukcji przekazu). Por. **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 272, 273; **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1207-1208, 1216. Kategorycznie odmiennie **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 242-243 (zdaniem autora, udzielenie gwarancji z klauzulą „na pierwsze żądanie” nie wpływa na charakter zobowiązania gwaranta, które niezależnie od tej klauzuli ma zawsze charakter abstrakcyjny).

⁷⁵⁶ III CZP 16/93, OSNC 1993, nr 10, poz. 166.

gwarancji, Sąd utożsamiał tu częściowo z brakiem możliwości przeciwstawienia beneficjentowi zarzutów ze stosunku podstawowego. Tymczasem w ten sam sposób Sąd scharakteryzował uprzednio gwarancję modelową (ogólny model gwarancji), kojarząc to już jednak z nieakcesoryjnością⁷⁵⁷.

Stanowisko Sądu Najwyższego zostało „bez zastrzeżeń” zaaprobowane w **uchwale pełnego składu Izby Cywilnej** Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r.⁷⁵⁸. Zdaniem Sądu, istotą gwarancji bankowej opatrzonej klauzulami "nieodwołalnie i bezwarunkowo" oraz "na pierwsze żądanie" jest „zaostrenie odpowiedzialności gwaranta wobec beneficjenta gwarancji”. „Jednoznaczny sens tych klauzul w pełni uzasadnia wyrażone w uchwale stanowisko, że bank udzielający gwarancji opatrzonej takimi klauzulami nie może skutecznie powołać się - w celu wyłączenia lub ograniczenia przyjętego na siebie obowiązku zapłaty - na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została wystawiona”. Sąd uznał, że tego rodzaju gwarancja bankowa „...nie przestając być gwarancją bankową w rozumieniu art. 40 Prawa bankowego, ma co do pewnych jej elementów charakter umowy nie nazwanej. Dotyczy to ustalonego w niej zakresu odpowiedzialności gwaranta wobec beneficjenta gwarancji, a w szczególności przesłanek aktualizujących tę odpowiedzialność”. Sąd ocenił, że taki kształt umowy gwarancji nie narusza granic swobody umów wskazanych w art. 353¹ k.c., wskazując w szczególności, że „Daleko posunięta minimalizacja przesłanek aktualizujących odpowiedzialność gwaranta nie oznacza, iżby odrywała się ona od celu gwarancji bankowej, jakim jest zabezpieczenie wierzytelności beneficjenta gwarancji”. Zdaniem Sądu, „Wynikająca z art. 353¹ k.c. swoboda kontraktowania obejmuje także możliwość kreowania czynności abstrakcyjnych, nie ma bowiem żadnych przeszkód, aby strony - stosownie do swej "woli abstrakcji" - konstruowały zobowiązania wyabstrahowane, odłączone od istniejącego stosunku prawnego, albo istniejące niezależnie od niego. Nie można też odmówić stronom prawa wyzbywania się w umowie określonych zarzutów. Trafnie zatem uznał Sąd Najwyższy w omawianej uchwale składu siedmiu sędziów, że strony, opatrując umowę gwarancji bankowej

⁷⁵⁷ Sąd wskazywał: „Z faktu, że gwarancja ma samodzielny i nieakcesoryjny charakter, wynika niemożność podniesienia przeciwko beneficjentowi zarzutów przysługujących dłużnikowi, którego świadczenie objęto gwarancją”.

⁷⁵⁸ III CZP 166/94, OSNC 1995, nr 10, poz. 135.

klauzulami "nieodwołalnie i bezwarunkowo" oraz "na pierwsze żądanie" dają wyraz swej woli kreowania czynności abstrakcyjnej". Według Sądu, **„Konsekwencją abstrakcyjnego charakteru zobowiązania gwaranta jest to, że nie może się on bronić przed żądaniem zapłaty sumy gwarancyjnej zarzutami wynikającymi ze stosunku podstawowego łączącego beneficjenta gwarancji ze zleceniodawcą gwarancji”**. Uwagi te wskazują, że tym razem Sąd całkowicie utożsamiał abstrakcyjność zobowiązania gwaranta z gwarancji „na pierwsze żądanie” z brakiem możliwości podniesienia przezeń zarzutów ze stosunku podstawowego.

Pogląd, że opatrzenie gwarancji klauzulą „bezwarunkowa” i „na pierwsze żądanie” wyraża wolę oderwania gwarancji od stosunku podstawowego przewija się także w późniejszym orzecznictwie⁷⁵⁹.

Należy wspomnieć, że w ww. uchwałach, podjętych w składach powiększonych, Sąd Najwyższy zdystansował się od poglądu wyrażonego w uchwale z dnia 24 czerwca 1992 r.⁷⁶⁰, dotyczącej gwarancji „bezwarunkowej”, „nieodwołalnej” i „na pierwsze żądanie”, udzielonej bankowi na zabezpieczenie wypłaty z akredytywy dokumentowej otworzonej na rzecz zagranicznego przedsiębiorcy, w której Sąd Najwyższy nie wykluczał pewnej zależności zobowiązania gwaranta od stosunku podstawowego⁷⁶¹.

⁷⁵⁹ Zob. wyrok SN z dnia 4 października 1995 r., II CRN 123/94, OSNC 1996, nr 2, poz. 29 (Sąd wskazał tam, że „...obydwa banki, opatrując umowy gwarancyjne klauzulami: "bez stawiania warunków" oraz "na pierwsze żądanie", dokonały szczególnego zaostrzenia warunków, na jakich miała się realizować odpowiedzialność gwaranta. Tak właśnie brzmiące klauzule zostały uznane przez judykaturę (por. cyt. uchwały składu siedmiu sędziów SN) za podstawę wyłączenia zarzutów z tzw. stosunku podstawowego, którego zabezpieczenie stanowi cel gwarancji i przyjęcia tym samym, że udzielenie gwarancji "na pierwsze żądanie" jest czynnością prawną w wysokim stopniu sformalizowaną”). Tym niemniej Sąd uznał, że brak istnienia stosunku podstawowego może być podstawą żądania zwrotu wypłaconej sumy gwarancyjnej jako świadczenia nienależnego („...spełnienie przez powoda świadczeń z gwarancji na pierwsze żądanie uznać trzeba, zgodnie z trafnymi zarzutami rewizji nadzwyczajnej, za świadczenia nienależne, powód bowiem, mimo że zawarł umowy gwarancji, nie był materialnie zobowiązany do zapłaty sum gwarancji, skoro zabezpieczane gwarancją umowy kredytu w ogóle nie zostały zawarte).

⁷⁶⁰ III CZP 78/92, OSNC 1992, nr 12, poz. 2.

⁷⁶¹ W okolicznościach sprawy beneficjent gwarancji (akredytujący) wypłacił przedsiębiorcy (akredytowanemu) kwotę uzgodnioną w akredytywie, mimo niespełnienia warunków zapłaty, po czym szukał zaspokojenia u gwaranta. Rozpatrując tę sytuację Sąd Najwyższy wskazał, że nawet zastrzeżenie ww. klauzul „...nie pozwala na wykorzystywanie omawianego rodzaju gwarancji do przerzucenia na gwaranta ryzyka majątkowych konsekwencji niewłaściwego postępowania jego kontrahenta w ramach podstawowego stosunku akredytywy. Niedopuszczalna, jako sprzeczna z zasadami współżycia społecznego, byłaby taka wykładnia omawianej umowy gwarancji, która pozwalałaby na wykorzystywanie jej jako sposobu uwalniania się przez zawierającego tę umowę od ujemnych konsekwencji własnych błędów, uchybień (czy nawet - co teoretycznie jest do pomyślenia -

W ramach prezentacji wypowiedzi judykatury warto zwrócić uwagę również na wyrok z dnia 10 lutego 2010 r.⁷⁶² - dotyczył on wprawdzie gwarancji ubezpieczeniowej, ale wielokrotnie przywoływane jest jej podobieństwo do gwarancji bankowej⁷⁶³ - w którym Sąd Najwyższy jednoznacznie przeciwstawił sobie abstrakcyjność i nieakcesoryjność zobowiązania gwaranta. Sąd wskazał tam mianowicie, że „W ramach zasady swobody umów strony mogą ukształtować umowę gwarancji ubezpieczeniowej jako umowę o charakterze kausalnym bądź abstrakcyjnym. Użycie w dokumencie gwarancyjnym, zawierającym postanowienia umowy gwarancji ubezpieczeniowej, sformułowań, że gwarancja ubezpieczeniowa jest płatna na pierwsze żądanie albo że jest bezwarunkowa oznacza, iż umowie tej nadano cechy zobowiązania abstrakcyjnego. Taka cecha gwarancji ubezpieczeniowej **oznacza, że żadna ze stron umowy gwarancji ubezpieczeniowej nie może podnosić zarzutów nieważności causae bądź jej odpadnięcia** (...) niezależnie od tego - co jest sporne w doktrynie - czy przyczyny prawnej powstania zobowiązania gwaranta upatruje się w umowie zlecenia gwarancji ubezpieczeniowej, czy też w treści stosunku podstawowego”.

W ocenie Sądu, „Od kwestii kausalności i abstrakcyjności gwarancji ubezpieczeniowej należy odróżnić kwestię braku cechy akcesoryjności zobowiązania gwaranta. **Zobowiązanie gwaranta** z umowy gwarancji ubezpieczeniowej nie jest zobowiązaniem akcesoryjnym (...), **ma charakter zobowiązania samodzielnego, którego istnienie i zakres nie zależy** - tak jak ma to miejsce w przypadku

działań w znowie przestępczej z beneficjariuszem akredytywy) - a to przez ściągnięcie od gwaranta kwot bezpodstawnie przez siebie wypłaconych. Przeciwnie, gwarancja tego rodzaju musi zakładać prawidłowość realizacji stosunku akredytywy po stronie kontrahenta gwaranta, który jest zarazem akredytującym, gwarancja ta bowiem obejmuje odpowiedzialność tylko za akredytowanego”. Zdaniem Sądu, „Pod tym względem (...) gwarancja bankowa na zabezpieczenie wypłaty z akredytywy różni się od gwarancji bankowej przy umowie kredytu, kiedy to kredyt jest już udzielony, nie powstaje zatem wątpliwość co do tego, że odpowiedzialność gwaranta może dotyczyć tylko zachowań kredytobiorcy w wypełnieniu obowiązku spłaty. W analizowanym jednak przypadku gwarancji stosunek podstawowy, którego ochronie gwarancja ma służyć, nie jest jeszcze dopełniony, obowiązki akredytującego nie są jeszcze wykonane, nie da się więc wykluczyć, że wykonane zostaną nienależycie. Pogląd pozwanego akredytującego, że odpowiedzialność gwaranta miałaby objąć także konsekwencje nienależytego wykonania jego własnych (tj. akredytującego) obowiązków, zmierza do przypisania umowie gwarancji funkcji umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, do czego nie ma żadnych podstaw”.

⁷⁶² V CSK 233/09, Biul. SN 2010, nr 7, poz. 8.

⁷⁶³ Także w doktrynie wskazuje się, że gwarancje ubezpieczeniowe w praktyce „nie różnią się niczym” od gwarancji bankowych – zob. **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 760; por. też **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 115-116.

zobowiązania poręczyciela (art. 879 § 1 k.c.) - **od istnienia i zakresu innego zobowiązania**, w szczególności zobowiązania dłużnika ze stosunku podstawowego. Istnienie i zakres samodzielnego zobowiązania gwaranta określa bowiem sama umowa gwarancji ubezpieczeniowej. Gwarant płaci własny, a nie cudzy dług (...). W omówionym zakresie cechy gwarancji ubezpieczeniowej są podobne do gwarancji bankowej (...). Konsekwencją braku cechy akcesoryjności zobowiązania gwaranta jest to, że gwarant nie może wobec gwarantariusza podnosić zarzutów z innego stosunku prawnego, w szczególności zarzutów ani z umowy zlecenia gwarancji ubezpieczeniowej, ani też zarzutów ze stosunku podstawowego, w tym zarzutów, które przysługują dłużnikowi ze stosunku podstawowego wobec beneficjenta gwarancji - wierzyciela ze stosunku podstawowego”.

Mimo ostrego przeciwstawienia cech nieakcesoryjności i abstrakcyjności zobowiązania gwaranta nie jest jasne, czym, w ujęciu Sądu, pojęciowo różni się brak możliwości powołania się przez gwaranta na nieważność (odpadnięcie) przyczyny prawnej swego zobowiązania, a więc - w zależności od przyjętej koncepcji - nieważność stosunku podstawowego albo zlecenia gwarancji (abstrakcyjność), od braku możliwości powołania się na nieistnienie zobowiązania ze stosunku podstawowego albo ze zlecenia gwarancji (nieakcesoryjność), skoro nieważność umowy skutkuje nieistnieniem zobowiązania. Kwestii tej Sąd nie poświęcił większej uwagi, choć w dalszym fragmencie uzasadnienia wskazał wprost, że „Dla bytu i zakresu zobowiązania gwaranta wynikającego z umowy gwarancji zawartej z pozwaną **ze względu na brak cechy akcesoryjności nie miało znaczenia istnienie i wysokość zobowiązania** wykonawcy z umowy łączącej go z zamawiającym (pozwaną). **Ewentualna nieważność tej umowy albo odstąpienie od niej przez jedną ze stron umowy nie miały wpływu na istnienie ważnego zobowiązania gwaranta** wobec gwarantariusza z umowy gwarancji ubezpieczeniowej”.

Abstrakcyjność i nieakcesoryjność zobowiązania gwaranta została „stopiona” także w dotyczącym gwarancji ubezpieczeniowej wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2004 r.⁷⁶⁴, w którym czytamy, że „Cechą charakterystyczną takiej gwarancji - o ile z treści tej umowy nie wynika co innego - jest jej **abstrakcyjny charakter**.

⁷⁶⁴ I CK 102/03, LEX nr 163973.

Gwarant nie może bowiem wobec beneficjenta powoływać się na nieważność albo odpadnięcie przyczyny prawnej swego zobowiązania. Zobowiązanie gwaranta pozostaje więc nieakcesoryjne w odniesieniu do stosunku prawnego łączącego gwaranta ze zleceniodawcą. Gwarant nie jest uprawniony bowiem do podnoszenia przeciwko beneficjentowi jakichkolwiek zarzutów, które przysługują dłużnikowi ze stosunku podstawowego, co nie oznacza jednak, że nie przysługują mu zarzuty wynikające z samej umowy gwarancji”). W orzeczeniu tym nieakcesoryjność i abstrakcyjność została jednak odniesiona – jak się wydaje – do umowy zlecenia gwarancji.

Nieco inny jest wydzźwięk wyroku z dnia 16 kwietnia 1996 r.⁷⁶⁵, w którym Sąd Najwyższy wskazał, że „Podstawową (...) cechą charakterystyczną gwarancji samoistnej - czyniącą z niej chętnie wykorzystywany w obrocie typ umowy - pozostaje samodzielność zobowiązania gwaranta oraz oderwanie tego zobowiązania od stosunku podstawowego, będącego przyczyną udzielenia gwarancji; zobowiązanie gwaranta jest więc abstrakcyjne w stosunku do gwarantariusza i niezależne od relacji zachodzących między gwarantem a zleceniodawcą oraz między zleceniodawcą a gwarantariuszem”. Sąd uznał za prawidłowy pogląd, że „gwarancja(...) kreuje zobowiązanie abstrakcyjne, wolne od causae i oderwane od stosunku podstawowego. Konsekwencją takiego charakteru zobowiązania gwaranta jest zaś to, że nie może się on bronić przed żądaniem zapłaty sumy gwarancyjnej zarzutami wynikającymi ze stosunku podstawowego, łączącego gwarantariusza ze zleceniodawcą gwarancji”.

Przytoczone orzeczenia Sądu Najwyższego wskazują, że judykatura – podobnie jak doktryna - nie dopracowała się dotychczas w pełni klarownego stanowiska co do sposobu rozumienia akcesoryjności i abstrakcyjności, ujęcia stosunku między tymi pojęciami⁷⁶⁶ oraz co do abstrakcyjnego lub kauzalnego charakteru zobowiązania

⁷⁶⁵ II CRN 38/96, OSNC 1996, nr 9, poz. 122.

⁷⁶⁶ Zob. np. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 136, 165 (z jednej strony autor stwierdza, że nieakcesoryjność zobowiązania gwaranta oznacza, iż zabezpiecza ono świadczenie niezależnie od tego, czy świadczenie to było dłużne, jak również niezależnie od tego, czy w ogóle dług powstał albo czy przestał istnieć, a z drugiej wskazuje, że abstrakcyjność zobowiązania gwaranta oznacza, iż nie może się on wobec beneficjenta powołać na nieważność albo odpadnięcie przyczyny prawnej swego zobowiązania; autor nie wyjaśnia jednak zależności między oboma pojęciami); zob. też. **G. Tracz**, *Głosa do uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 28 kwietnia 1995 r. (III CZP 166/94) oraz do orzeczenia Sądu Najwyższego z 25 stycznia 1995 r. (III CRN 70/94)*, Prawo Bankowe

gwaranta. W każdym razie abstrakcyjność przypisywana jest przeważnie gwarancji „bezwarunkowej i na pierwsze żądanie”⁷⁶⁷, za czym kryje się sugestia, że gwarancje pozbawione takiej klauzuli mają charakter kauzalny⁷⁶⁸.

Podobne wątpliwości znane są doktrynie zagranicznej⁷⁶⁹.

Zmierzając do zajęcia stanowiska w zasygnalizowanych wyżej kwestiach należy przede wszystkim zwrócić uwagę, że na rozważaniach doktryny i orzecznictwa cieniem kładą się wątpliwości terminologiczne.

Skojarzenie abstrakcyjności zobowiązania gwaranta z brakiem możliwości powołania się na nieważność stosunku podstawowego (czy też zarzutu nieważności zabezpieczonego zobowiązania) oznacza, że tak rozumiana abstrakcyjność nie wnosi nic nowego względem szeroko rozumianej, aprobowanej w niniejszym opracowaniu, cechy nieakcesoryjności zobowiązania gwaranta⁷⁷⁰. W pełni aktualne

1996, nr 2, s. 76 (autor wskazuje, że „Kauzalność gwarancji przesądza o tym, że zobowiązanie gwaranta ma swoją podstawę prawną. Zobowiązanie to powstaje więc tylko wtedy, gdy istnieje podstawa prawna. Jej odpadnięcie powoduje wygaśnięcie zobowiązania gwaranta. W praktyce znaczy to, że gwarant może podnieść przeciwko beneficjentowi np. zarzut, iż umowa kredytowa stanowiąca podstawę prawną jego zobowiązania nie została zawarta, albo została rozwiązana. (...) Zarzuty te są jednak zarzutami przysługującymi tylko jemu, bo wynikają z jego kauzalnego zobowiązania. Gwarant nie podnosi w tym przypadku zarzutów przysługujących dłużnikowi ze stosunku podstawowego, co mógłby robić, gdyby jego zobowiązanie było akcesoryjne”, ponadto – zdaniem autora – „z akcesoryjności zobowiązania poręczyciela wynika możliwość podnoszenia zdecydowanie szerszej gamy zarzutów przez poręczyciela. Są to bowiem wszystkie zarzuty przysługujące dłużnikowi ze stosunku podstawowego. Takiej możliwości dłużnik ze zobowiązania nieakcesoryjnego – jakim jest gwarant - nie ma, choćby nawet jego zobowiązanie było kauzalne”); por. **W. Srokosz**, *Charakter prawny gwarancji bankowej w świetle nowego prawa bankowego*, PPH 2000, nr 2, s. 43 (z jednej strony autor stwierdza, że skutki nieakcesoryjności należy wyraźnie odróżnić od skutków wynikających z jej charakteru prawnego (tj. abstrakcyjności lub kauzalności), a z drugiej strony wskazuje, że jeżeli gwarancja zostanie uznana za zobowiązanie abstrakcyjne, to skutki nieakcesoryjności i abstrakcyjności się pokrywają, jeżeli natomiast zostanie ukształtowana jako zobowiązanie kauzalne, to skutki kauzalności wyprą skutki nieakcesoryjności; zarzut wadliwości kauzy nie jest zrzutem ze stosunku podstawowego, lecz ze stosunku gwarancyjnego).

⁷⁶⁷ Takiemu ujęciu kategorycznie sprzeciwia się **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 242-243 (zdaniem autora, udzielenie gwarancji z klauzulą „na pierwsze żądanie” nie wpływa na charakter zobowiązania gwaranta, które niezależnie od tej klauzuli ma zawsze charakter abstrakcyjny).

⁷⁶⁸ Tak odczytuje stanowisko judykatury **M. Olechowski**, *Charakter prawny gwarancji bankowej*, PiP 1997, z. 6, s. 67; podobnie **S. Czarnecki**, *Charakter prawny gwarancji bankowej „na pierwsze żądanie” (cz. II)*, Prawo Bankowe 2005, nr 3, s. 79.

⁷⁶⁹ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 67-68, 155 i n.; **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2501-2502.

⁷⁷⁰ Zob. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 334; zauważa to także **S. Czarnecki**, *Charakter prawny gwarancji bankowej „na pierwsze żądanie” (cz. I)*, Prawo Bankowe 2005, nr 2, s. 69. Por. jednak **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część*

pozostają tu uprzednio poczynione ustalenia, z których wynika w szczególności, że zamieszczona art. 81 ust. 1 p.b. definicja gwarancji bankowej jest na tyle elastyczna, iż obejmuje zarówno przypadki, w których warunki zapłaty zostały określone w ten sposób, że obowiązek zapłaty jest niezależny od istnienia zabezpieczanego zobowiązania (takie skutki wywołuje zwykle gwarancja „na żądanie”, w tym „na pierwsze żądanie”), jak i przypadki, w których nieistnienie zabezpieczanego zobowiązania może być podstawą odmowy zapłaty. Ustalenia te można uzupełnić, wskazując, że ze względu na otwartą formułę ustawową wskazanej elastyczności nie może podważać obowiązywanie – skądinąd poddawane w wątpliwość - ogólnej zasady kauzalności czynności prawnych przysparzających, która nie wiąże wszak ustawodawcy. Oznacza to, że tak rozumiana abstrakcyjność albo kauzalność (będąca wycinkiem nieakcesoryjności) zobowiązania gwaranta nie jest bezwzględną cechą normatywną gwarancji bankowej, lecz cechą, która **zależy od woli stron**⁷⁷¹, a wyrażonej przede wszystkim w **określonym sformułowaniu warunków zapłaty**. W tym kontekście należy właśnie oceniać znaczenie klauzuli płatności „na pierwsze żądanie” (bezwarunkowości) albo klauzuli uzależniającej zapłatę od określonej przesłanki materialnej dotyczącej stosunku podstawowego: zastrzeżenie pierwszej klauzuli świadczyć będzie zwykle silnie o uzależnieniu obowiązku zapłaty od przesłanki czysto formalnej, a tym samym abstrakcyjności zobowiązania gwaranta⁷⁷², zastrzeżenie drugiej – o jego kauzalności⁷⁷³.

szczegółowa, Warszawa 2004, s. 505 (zdaniem autora, pogląd o kauzalności zobowiązania gwaranta nie kłóci się z poglądem o jego nieakcesoryjności, ponieważ „na tle gwarancji bankowej możliwe jest „współistnienie” elementu kauzalnego z nieakcesoryjnością wobec stosunku podstawowego. W świetle koncepcji kauzalności domniemanej ujawnia się bowiem możliwość rozgraniczenia sfery powiązania kauzalnego od „płaszczyzny” samodzielności (nieakcesoryjności”).

⁷⁷¹ Na tę elastyczność zwraca uwagę **W. Popiołek**, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II, Komentarz do artykułów 1-449*¹¹, Warszawa 2009, s. 1151; tak też **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 165-166; **G. Tracz**, *Glosa do uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 28 kwietnia 1995 r. (III CZP 166/94) oraz do orzeczenia Sądu Najwyższego z 25 stycznia 1995 r. (III CRN 70/94)*, Prawo Bankowe 1996, nr 2, s. 75. Przyznaje to także **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 495 (autor wskazuje, że całkowite oderwanie gwarancji od celu, dla której jej udzielono, może mieć miejsce z mocy wyraźnego w tej mierze postanowienia umowy). Odmienne – jak się wydaje - **W. Srokosz**, *Charakter prawny gwarancji bankowej w świetle nowego prawa bankowego*, PPH 2000, nr 2, s. 39 (zdaniem autora, gwarancja bankowa charakteryzuje się takimi cechami jak samoistność i abstrakcyjność, które to cechy „mają charakter *essentialiarium negotii*, gdyż pozwalają odróżnić ją od innych rodzajów zabezpieczeń osobistych”).

⁷⁷² **G. Tracz**, *Glosa do uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 28 kwietnia 1995 r. (III CZP 166/94) oraz do orzeczenia Sądu Najwyższego z 25 stycznia 1995 r. (III CRN 70/94)*, Prawo Bankowe 1996, nr 2, s. 75-76. Por. jednak **W. Srokosz**, *Charakter prawny gwarancji bankowej w*

Z poczynionych uprzednio ustaleń dotyczących nieakcesoryjności zobowiązania gwaranta wynika także, że model gwarancji abstrakcyjnej jest modelem przez ustawodawcę preferowanym. Jeżeli zatem wykładnia treści tej gwarancji nie pozwala na jednoznaczne rozstrzygnięcie co do woli stron w kwestii abstrakcyjności zobowiązania, wówczas należy przyjąć, że mamy do czynienia z gwarancją abstrakcyjną (nie jest tu potrzebna klauzula „na pierwsze żądanie”)⁷⁷⁴.

Należy w tym miejscu ponownie podkreślić, że o tak rozumianej abstrakcyjności albo kauzalności zobowiązania gwaranta nie może przesądzać sam zabezpieczający cel gwarancji oraz wzmianka w treści gwarancji o zabezpieczanym stosunku podstawowym⁷⁷⁵. Nie jest ona równoznaczna z wolą stron uzależnienia skuteczności żądania zapłaty od jakiegokolwiek przesłanki materialnej dotyczącej stosunku podstawowego. Wola taka musi być wyrażona bardziej jednoznacznie, zwłaszcza przez wskazanie, że bank zobowiązuje się do zapłaty sumy gwarancyjnej „na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania”.

Zależność między nieakcesoryjnością i abstrakcyjnością zobowiązania gwaranta przedstawia się inaczej wówczas, gdy abstrakcyjność skojarzona zostanie z brakiem możliwości podniesienia przez gwaranta - względem beneficjenta gwarancji - zarzutu nieważności (nieistnienia) stosunku pokrycia (zlecenia gwarancji), a zarazem niezależność między stosunkiem gwarancji a zleceniem gwarancji wyłączona zostanie z zakresu nieakcesoryjności. W takim ujęciu – oczywiście dyskusyjnym – gwarancja jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tzn. brak lub wadliwość umowy

świeżle nowego prawa bankowego, PPH 2000, nr 2, s. 46 (zdaniem autora, strony, zawierając umowę gwarancji bankowej, muszą zawsze posłużyć się albo klauzulą „zapłaty na pierwsze żądanie” albo klauzulą dokumentową; umowa nie zawierająca jednej z tych klauzul nie może być uznana za gwarancję bankową i nie będzie jej przysługiwać walor abstrakcyjności).

⁷⁷³ Zob. **G. Tracz**, *Glosa do uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 28 kwietnia 1995 r. (III CZP 166/94) oraz do orzeczenia Sądu Najwyższego z 25 stycznia 1995 r. (III CRN 70/94)*, *Prawo Bankowe* 1996, nr 2, s. 75-76.

⁷⁷⁴ W istocie podobnie **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 242-243.

⁷⁷⁵ Tak też **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 166-167, 223, 226-227; por. jednak **M. Olechowski**, *Charakter prawny gwarancji bankowej*, *PiP* 1997, z. 6, s. 75 (zdaniem autora, abstrakcyjnemu ze swej natury zobowiązaniu gwaranta może być nadany charakter kauzalny przez zamieszczenie w treści gwarancji odwołania do stosunku pokrycia lub waluty; efekt takiego odwołania może być jednak zneutralizowany przez zamieszczenie odpowiednich dodatkowych klauzul zaostrażających odpowiedzialność gwaranta: „nieodwołalnie i bezwarunkowo” i „na pierwsze żądanie”).

zlecenia nie ma wpływu na ważność i skuteczność zobowiązania banku⁷⁷⁶. Wniosku tego nie podważa art. 86a p.b., sugerujący, że art. 80 p.b. ma charakter bezwzględnie wiążący⁷⁷⁷. W doktrynie bowiem trafnie wskazuje się, że przepis ten ma charakter instrukcyjny⁷⁷⁸ (ew. informacyjno -porządkowy⁷⁷⁹), co oznacza, iż zawarcie umowy zlecenia nie jest niezbędną przesłanką ważności gwarancji bankowej⁷⁸⁰.

Na zakończenie tego fragmentu rozważań warto zwrócić uwagę, że różnice między poglądami co do abstrakcyjności zobowiązania gwaranta są w praktyce łagodzone (co nie znaczy, że nie istnieją⁷⁸¹) przez przyjmowaną przez zwolenników abstrakcyjności możliwość powołania się przez gwaranta na nadużycie prawa przez beneficjenta gwarancji⁷⁸².

Tym niemniej stopień natężenia wątpliwości związanych z oceną wpływu nieważności (nieistnienia) zobowiązania podstawowego na zobowiązanie gwaranta w „modelowej” gwarancji zdaje się uzasadniać ingerencję ustawodawcy. *De lege ferenda* należałoby zatem rozważyć wprowadzenie reguły, że w razie wątpliwości należy uznać, iż zobowiązanie gwaranta ma charakter niezależny od stosunku wierzyciela z osobą trzecią, tzn., że nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania.

⁷⁷⁶ **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 166; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 338, 344; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 483; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 757-758.

⁷⁷⁷ Zob. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 400 (zdaniem autora, art. 80 p.b. ma charakter porządkowy, a art. 86a p.b. jest przepisem zbędnym).

⁷⁷⁸ **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 483.

⁷⁷⁹ **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 758; por. też **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 118.

⁷⁸⁰ **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 483; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 757-758.

⁷⁸¹ Odmiennie – jak się wydaje - **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 503.

⁷⁸² Por. też **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 167-168, 175-176.

4. **Wpływ zapłaty sumy gwarancyjnej na stosunek gwarancji, stosunek zlecenia udzielenia gwarancji i stosunek podstawowy**

Do węzłowych zagadnień związanych z konstrukcją gwarancji należy określenie wpływu zapłaty sumy gwarancyjnej na stosunek gwarancji, stosunek zlecenia udzielenia gwarancji i stosunek podstawowy. Ten argument oraz ścisły związek zagadnienia z zabezpieczającym celem gwarancji przemawia za scharakteryzowaniem go już w tym miejscu, choć zwykle nie znajduje ono odzwierciedlenia w kształcie *essentialia negotii* gwarancji bankowej.

Odrębnie rozważyć tu należy w zarysie sytuacje, w których spełnione przez gwaranta świadczenie było formalnie i materialnie należne, tzn. gwarant był zobowiązany do jego spełnienia i cel świadczenia został osiągnięty, sytuacje, w których świadczenie było formalnie należne a materialnie nienależne, sytuacje, w których świadczenie było formalnie nienależne, tzn. gwarant nie był zobowiązany do jego spełnienia. W celu uniknięcia nadmiernego i w tym miejscu niepotrzebnego rozwartstwienia wywodu analiza zostanie ograniczona do przedstawienia ogólnego zarysu, który podlegać będzie uszczegółowieniu w toku dalszych analiz.

a) Świadczenie gwaranta formalnie i materialnie należne

Tego rodzaju sytuacje z punktu widzenia funkcji gwarancji mają charakter modelowy i budzą stosunkowo najmniejsze wątpliwości. W szczególności wydaje się jasne, że w zakresie, a w jakim gwarant spełnił świadczenie, jego zobowiązanie wygasa. Podobnie w zakresie, w jakim świadczenie było należne materialnie (tzn. miało swe uzasadnienie w stosunku podstawowym), zaspokaja interes beneficjenta⁷⁸³, który traci w tym zakresie swą wierzytelność ze stosunku podstawowego⁷⁸⁴. Wątpliwości co do tego, czy wierzytelność ta wygasa albo

⁷⁸³ Tak **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 792.

⁷⁸⁴ Tak **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 177; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 480, 513 (autor wskazuje, że spełnienie świadczenia gwarancyjnego zwalnia zleceniodawcę - w odpowiednim zakresie - z obowiązku w stosunku podstawowym); **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s.

przechodzi na gwaranta są w tym miejscu nieistotne i zostaną szczegółowo rozważone w dalszej części opracowania.

Pomijając ten ostatni aspekt można stwierdzić, że nie budzi wątpliwości skutek spełnienia świadczenia przez gwaranta w ramach stosunku zlecenia: jego wynikiem jest powstanie roszczenia gwaranta przeciwko zleceniodawcy o zwrot spełnionego przezeń świadczenia (ze względu na art. 742 k.c. roszczenie to nie musi być wprost określone w umowie gwarancji)⁷⁸⁵, które określane jest niekiedy w praktyce jako „regres gwaranta”⁷⁸⁶. W przypadku braku albo wadliwości zlecenia podstawą żądania mogą być przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu⁷⁸⁷.

b) Świadczenie gwaranta formalnie należne i materialnie nienależne

Z poczynionych dotychczas uwag wynika, że w podstawowym i najczęściej spotykanym w praktyce modelu gwarancji, zobowiązanie gwaranta aktualizuje się w razie spełnienia przez beneficjenta określonych w gwarancji przesłanek formalnych („na żądanie”) niezależnych w swej treści od stosunku podstawowego. Taki kształt gwarancji umożliwia sytuację, w której ze względu na spełnienie przesłanek

1219 (autor wskazuje, że wypłata sumy gwarancyjnej powoduje wygaśnięcie wierzytelności gwarantowanej w zakresie dokonanej wypłaty); **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 792; por. też **E. Łętowska**, *Umowa o świadczenie przez osobę trzecią*, Warszawa 1970, s. 146 (autorka przyjmowała, że jeżeli za szkodę odpowiadała osoba trzecia, to spełnienie świadczenia przez gwaranta z art. 391 k.c., zwalnia osobę trzecią od ciężącego na niej obowiązku odszkodowawczego); odmiennie **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 140 (zdaniem autora, zapłata sumy gwarancyjnej nie prowadzi do automatycznego zwolnienia dłużnika z długu, jeżeli brak jest szczególnego porozumienia w tej mierze, zawartego między dłużnikiem a wierzycielem). Taki skutek jest przyjmowany zwykle także w obcych porządkach prawnych – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2726.

⁷⁸⁵ Zob. **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 177; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 318; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 794; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 515. Także w wielu obcych porządkach prawnych przyjmuje się, że podstawą roszczenia zwrotnego gwaranta jest umowa zlecenia – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2745.

⁷⁸⁶ Zob. wyrok SN z dnia 25 listopada 2004 r., III CK 561/03, niepubl. (Sąd podkreślił, że chodzi tu o regres w znaczeniu szerokim); w doktrynie zob. np. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 318.

⁷⁸⁷ Zob. **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 794.

formalnych (złożenie we właściwej formie żądania zapłaty oraz innych oświadczeń lub dokumentów) gwarant był zobowiązany do spełnienia świadczenia, jednakże cel spełnionego przezeń świadczenia nie został osiągnięty, gdyż nie miało ono uzasadnienia w roszczeniach wierzyciela wynikających ze stosunku podstawowego, a w szczególności zabezpieczana wiarygodność w ogóle nie powstała albo wygasła.

Także i w takiej sytuacji nie budzi wątpliwości skutek spełnienia świadczenia przez gwaranta w relacji do zleceniodawcy: skutkiem tym jest powstanie roszczenia gwaranta o zwrot spełnionego przezeń świadczenia⁷⁸⁸. Zaspokojenie tego roszczenia przez zleceniodawcę powoduje, że może on żądać zwrotu spełnionego świadczenia od beneficjenta (jeżeli zleceniodawca jest zarazem dłużnikiem w stosunku podstawowym) – podstawą są tu przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu⁷⁸⁹ - albo od dłużnika w stosunku podstawowym (na podstawie relacji kontraktowej między zleceniodawcą a dłużnikiem albo – w braku relacji kontraktowej - na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu⁷⁹⁰).

Powstaje natomiast pytanie, czy gwarant może żądać zwrotu spełnionego świadczenia także od beneficjenta ze względu na to, że było to świadczenie nienależne⁷⁹¹ w rozumieniu art. 410 § 2 k.c. (w rachubę wchodzi tu *condictio ob*

⁷⁸⁸ Zob. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 319.

⁷⁸⁹ Pogląd taki reprezentuje także **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wiarygodności bankowych*, Kraków 2000, s. 170-171.

⁷⁹⁰ Zob. dotyczący gwarancji ubezpieczeniowej wyrok SN z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, Biul. SN 2010, nr 7, poz. 8.

⁷⁹¹ Tak **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 794-795 (zdaniem autora, jeżeli gwarant płaci mimo niezastąpienia zabezpieczonego rezultatu, ale w sytuacji, w której nie mógł skutecznie powołać się na zarzut z tego tytułu (np. nadużycie nie było oczywiste lub gwarant zrzekł się zarzutów), należy przyjąć, że gwarantowi przysługuje roszczenie o zwrot sumy gwarancyjnej zarówno przeciwko zleceniodawcy, jak i beneficjentowi: „Zleceniodawcę powinno obciążać ryzyko niesłusznej zapłaty, ponieważ wnioskował o udzielenie gwarancji określonej treści. Beneficjent z kolei uzyskał korzyść, której przejście nie znajduje należytego uzasadnienia w systemie prawnym”). Tak też – jak się wydaje - **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 273 (autorzy wskazują, że po wykonaniu świadczenia gwarant może skorzystać z instytucji bezpodstawnego wzbogacenia, jeżeli brak podstawy prawnej usprawiedliwiającej przysporzenie po stronie beneficjenta gwarancji); w tym duchu – jak się wydaje – także **G. Tracz**, *Gwancja bankowa – zobowiązanie kauzalne czy abstrakcyjne*, Prawo Bankowe 1994, nr 2, s. 80; por. jednak **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 324 (autor przyznaje gwarantowi roszczenie o zwrot sumy gwarancyjnej tylko w przypadku, w którym umowa zlecenia gwarancji była nieważna, a stosunek podstawowy nie istniał (podstawą jest tu nieosiągnięcie zamierzonego celu świadczenia).

rem⁷⁹²), czy też – ze względu na formalną należność zobowiązania, jego nieakcesoryjność i związany z tym brak możliwości powoływania się na stosunek podstawowy z wyjątkiem przypadków nadużycia prawa oraz ze względu na to, że świadczenie jest spełniane na rachunek dłużnika w stosunku podstawowym – świadczenie niezajdujące uzasadnienia w stosunku podstawowym podlega rozliczeniu tylko w stosunku podstawowym i z roszczeniem względem beneficjenta może wystąpić wyłącznie dłużnik ze stosunku podstawowego⁷⁹³.

Jednoznacznej odpowiedzi w tym względzie trudno doszukać się w judykaturze, co wynika z tego, że wypowiedzi dotyczące zapłaty nieuzasadnionej w świetle celu gwarancji przeplatają się tam z uwagami dotyczącymi treści gwarancji, jej abstrakcyjności oraz nadużycia prawa. W związku z tym nie jest jasne, czy możliwość żądania przez gwaranta zwrotu spełnionego świadczenia Sąd Najwyższy wiąże z każdym przypadkiem, w którym świadczenie nie miało uzasadnienia w stosunku podstawowym, czy też wyłącznie z przypadkami, w których spełnienie świadczenia nie miało uzasadnienia w stosunku gwarancji (ze względu na nadużycie prawa albo niespełnienie przesłanek określonych w samej gwarancji).

Wątpliwości te dotyczą stanowiska wyrażonego przez Sąd Najwyższy w wydanej pod rządem prawa bankowego z 1989 r. uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 16 kwietnia 1993 r.⁷⁹⁴, dotyczącej gwarancji „bezwarunkowej”, „nieodwoławnej” i „na pierwsze żądanie”. Sąd podkreślił tam, że „Spełnienie świadczenia przez bank na podstawie umowy gwarancyjnej może mieć charakter tymczasowy i może być dokonywane z zastrzeżeniem zwrotu, jeżeli zachodzą ku temu podstawy, np. jeżeli cel gwarancji polegający na stworzeniu określonego stosunku zabezpieczenia odpadł, co przewidziano w umowie gwarancyjnej”. O poglądzie Sądu trudno wnioskować z całą stanowczością, ponieważ nie można wykluczyć, że roszczenie

⁷⁹² Por. też **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 324.

⁷⁹³ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 316-318 (autor wskazuje, że w sytuacji, w której gwarant zapłacił sumę gwarancyjną mimo niezastnienia zabezpieczonego rezultatu, ale w sytuacji, w której nie mógł skutecznie powołać się na zarzut z tego tytułu ze względu na określone ukształtowanie przesłanek materialnych, świadczenie gwaranta jest należne i nie podlega zwrotowi, lecz rozliczeniu w stosunku podstawowym; ostateczna korekta dokonanych przesunięć majątkowych powinna nastąpić właśnie w tym stosunku).

⁷⁹⁴ III CZP 16/93, OSNC 1993, nr 10, poz. 166.

o zwrot świadczenia Sąd uznaje tylko w przypadku, gdy zostało ono wprost przewidziane w umowie.

Wyraźnie na możliwość żądania przez gwaranta od beneficjenta zwrotu sumy gwarancyjnej tytułem nienależnego świadczenia wskazano w uchwale pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r.⁷⁹⁵, również dotyczącej gwarancji „bezwarunkowej” i „na pierwsze żądanie”. Wskazując na różne możliwe podstawy ochrony gwaranta (przekroczenie określonego w umowie celu zabezpieczenia albo nadużycie gwarancji), Sąd wskazał tam ogólnie, że „W zależności od konkretnych okoliczności sprawy, obrona taka mogłaby wchodzić w rachubę w przypadku braku stosunku podstawowego, którego zabezpieczenie stanowiło cel gwarancji. Także bowiem wtedy mogłoby mieć miejsce nadużycie prawa podmiotowego w rozumieniu art. 5 k.c. Z uwagi na fakt, że obciążający gwaranta obowiązek świadczenia powstaje już z chwilą powiadomienia go przez beneficjenta gwarancji o niewykonaniu zapłaty przez dłużnika ze stosunku podstawowego, obrona, o której wyżej mowa, mogłaby być z reguły podjęta dopiero po realizacji gwarancji. Skuteczne jej przeprowadzenie czyni możliwym uznanie żądania gwaranta zwrotu świadczenia spełnionego na rzecz beneficjenta za uzasadnione w świetle przepisów art. 410 i nast. k.c.”. Nie jest jednak w pełni jasne, czy możliwość żądania zwrotu sumy gwarancyjnej Sąd wiązał z każdym przypadkiem braku stosunku podstawowego (czy też szerzej: braku przesłanek materialnoprawnych) czy tylko z przypadkami nadużycia prawa podmiotowego.

Omawiany problem został poruszony także w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 października 1995 r.⁷⁹⁶, dotyczącego znów gwarancji udzielonej „bezwarunkowo” i „na pierwsze żądanie”. W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy wiązał rozpatrywany przezeń przypadek z warunkami „ochrony gwaranta” wskazanymi w uchwale pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r.⁷⁹⁷, jednakże zdawał się zakładać, że sam brak istnienia stosunku podstawowego spełnia te warunki i jest podstawą żądania zwrotu wypłaconej sumy gwarancyjnej jako

⁷⁹⁵ III CZP 166/94, OSNC 1995, nr 10, poz. 135.

⁷⁹⁶ II CRN 123/94, OSNC 1996, nr 2, poz. 29.

⁷⁹⁷ III CZP 166/94, OSNC 1995, nr 10, poz. 135.

świadczenia nienależnego⁷⁹⁸. Sąd wskazał tam mianowicie, że „...okoliczność, że umowy kredytu nigdy nie zostały zawarte, prowadzi do tego jedynie wniosku, że umowy gwarancji były pozbawione stosunku podstawowego, który nigdy nie zaistniał. W konsekwencji nie było w ogóle możliwe spełnienie się przesłanki, od której - zgodnie z umową - zależało skonkretyzowanie się obowiązku świadczenia gwaranta, a która polegać by miała na niespłaceniu przez kredytobiorców kredytu w określonym terminie. W niniejszej sprawie ani nie zawarto umów kredytowych, ani kredyt nie został udzielony, ani nie było osób kwalifikujących się jako kredytobiorcy. Wszystko to pozwala mówić o przekroczeniu przez beneficjenta celu uzyskanego przez gwarancje ubezpieczenia, rozumiejąc, że cel ten polegać by miał na pewności uzyskania przezeń od gwaranta sum gwarancyjnych w razie, gdyby dłużnicy ze stosunku podstawowego swoich zobowiązań w terminie nie wypełnili. O takim m.in przypadku przekroczenia przez beneficjenta celu uzyskanego zabezpieczenia mówi Sąd Najwyższy w uzasadnieniu (ust. 10) powołanej uchwały pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego. W świetle powyższego rozważyć należy także tę okoliczność, że pozwany beneficjent gwarancji przyjął zadysponowanie przez powodowego gwaranta zdeponowanych sum na pokrycie tych kwot, jakie sam wydatkował, honorując wystawione przez siebie czeki rozrachunkowe, które miały posłużyć do wykonania świadczeń z umów pożyczki, chociaż pożyczki te nie zostały zabezpieczone ani gwarancją, ani poręczeniem. Takie postąpienie przez pozwanego ocenić trzeba jako naruszenie postanowień umów gwarancyjnych, polegające na wykorzystaniu udzielonego mu zabezpieczenia do innych celów niż wynikające z gwarancji zapłaty kredytu, a to przez rozszerzenie zabezpieczenia gwarancyjnego na zobowiązania podstawowe inne niż przewidziane w umowie gwarancyjnej. Również i o tym jest mowa w uzasadnieniu (ust. 10) powołanej uchwały pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego. Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że spełnienie przez powoda świadczeń z gwarancji na pierwsze żądanie uznać trzeba, zgodnie z trafnymi zarzutami rewizji nadzwyczajnej, za świadczenia nienależne, powód bowiem, mimo że zawarł umowy gwarancji, nie był materialnie zobowiązany do zapłaty sum gwarancji, skoro zabezpieczone gwarancją umowy kredytu w ogóle nie zostały zawarte”.

⁷⁹⁸ Takie też założenie zdaje się przyjmować glosator wyroku **F. Prusak**, PS 1996, nr 2, s. 75.

W pełni jednoznacznych wskazówek w omawianej kwestii nie dostarcza także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r.⁷⁹⁹, dotyczącym gwarancji ubezpieczeniowej. Sąd wskazał tam wprawdzie, że „Dla bytu i zakresu zobowiązania gwaranta wynikającego z umowy gwarancji zawartej z pozwaną ze względu na brak cechy akcesoryjności nie miało znaczenia istnienie i wysokość zobowiązania wykonawcy z umowy łączącej go z zamawiającym (pozwana). Ewentualna nieważność tej umowy albo odstąpienie od niej przez jedną ze stron umowy nie miały wpływu na istnienie ważnego zobowiązania gwaranta wobec gwarantariusza z umowy gwarancji ubezpieczeniowej. Gwarant mógłby podnieść wobec gwarantariusza najwyżej zarzut nadużycia gwarancji, gdyby wbrew postanowieniom umowy gwarancji, odpowiadającym regulacji zawartej w art. 147 ust. 2 oraz art. 151 ust. 2 Pr.z.p., gwarantariusz zażądał realizacji gwarancji, nie mając do tego materialnoprawnych podstaw w stosunku prawnym łączącym go z wykonawcą. W razie spełnienia świadczenia usprawiedliwiona byłaby kondycja przewidziana w art. 410 § 2 k.c.; podstawę prawną świadczenia gwaranta należałoby ocenić z punktu widzenia stosunku prawnego podstawowego, tj. stosunku prawnego łączącego gwarantariusza - zamawiającego (pozwana Gminę) z wykonawcą inwestycji”). Z wyvodu tego wynika, że uprawnionym do zwrotu nienależnego świadczenia jest gwarant, nie można jednak stanowczo wykluczyć tego, iż wskazówka ta dotyczyła tylko sytuacji, w której żądanie świadczenia przez beneficjenta stanowiło nadużycie prawa i z tego względu gwarant nie był zobowiązany do zapłaty sumy gwarancyjnej ani formalnie ani materialnie.

Sugestia ta wydaje się tym bardziej uzasadniona, że w dalszych uwagach Sąd wyjaśnił, że „W razie zapłaty przez gwaranta na rzecz gwarantariusza sumy gwarancyjnej, mimo braku uzasadnienia materialno-prawnego w stosunku podstawowym, rozliczenie korzyści majątkowej następuje pomiędzy stronami tego stosunku”. W uzasadnieniu Sąd stwierdził, że „W przypadku bezzasadnej realizacji przez pozwaną gwarancji ubezpieczeniowej byłoby usprawiedliwione żądanie przez dłużnika ze stosunku podstawowego (wykonawcę) zwrotu bezpodstawnego wzbogacenia na podstawie art. 405 k.c., jeżeli dłużnik byłby jednocześnie zleceniodawcą gwarancji. (...) Świadczenie gwaranta z umowy gwarancyjnej, mimo

⁷⁹⁹ V CSK 233/09, Biul. SN 2010, nr 7, poz. 8.

że stanowi spełnienie samodzielnego zobowiązania gwaranta wobec gwarantariusza i służy umorzeniu jego własnego długu, jest jednocześnie zachowywane przez wierzyciela ze stosunku podstawowego na poczet świadczenia dłużnika z tego stosunku prawnego”. Inaczej Sąd ocenił sytuację, w której zleceniodawca nie jest dłużnikiem w stosunku podstawowym, tłumacząc, że takiemu zleceniodawcy nie przysługuje w stosunku do beneficjenta roszczenie na podstawie art. 405 k.c., gdyż beneficjent nie otrzymał korzyści majątkowej kosztem powoda, lecz kosztem majątku gwaranta, który spełnił świadczenie wynikające z umowy gwarancji ubezpieczeniowej, zawartej z beneficjentem. „Ze względu na abstrakcyjność tej umowy, nieakcesoryjność i samodzielność zobowiązania gwaranta tylko jemu przysługiwało ewentualne roszczenie wobec pozwanej z tytułu spełnionego nienależytego zobowiązania z wyłączeniem roszczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia zleceniodawcy gwarancji, który nie jest zarazem dłużnikiem ze stosunku podstawowego”.

Przytoczony fragment rozważań Sądu sugeruje, że z żądaniem zwrotu przez beneficjenta nienależnej mu materialnie sumy gwarancyjnej może wystąpić wyłącznie dłużnik ze stosunku podstawowego, na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu⁸⁰⁰. W rzeczywistości i ta sugestia nie jest jednoznaczna, ponieważ w okolicznościach sprawy gwarant odzyskał od zleceniodawcy zapłaconą sumę gwarancyjną, co zwalniało Sąd z konieczności rozważań dotyczących roszczeń przysługujących gwarantowi.

Kwestia jest trudna do jednoznacznego rozstrzygnięcia. Tym bardziej warto wskazać, że w większości obcych porządków prawnych (Austria, Anglia, Francja, Włochy, Holandia, Portugalia i w zasadzie także Niemcy) przyjmuje się, iż spełnione przez gwaranta świadczenie, które nie miało uzasadnienia w stosunku podstawowym podlega rozliczeniu między dłużnikiem a beneficjentem⁸⁰¹.

Rozwiązanie takie przeniknęło także do DCFR, co potwierdza art. IV.G. – 3:105 DCFR, który roszczenie o zwrot spełnionego świadczenia przyznaje udzielającemu

⁸⁰⁰ Por. dotyczący gwarancji ubezpieczeniowej wyrok SN z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, Biul. SN 2010, nr 7, poz. 8

zabezpieczenia niezależnego tylko wtedy, gdy nie były spełnione warunki zgłoszenia żądania (ew. następnie przestały być spełnione) albo żądanie wierzyciela stanowiło oczywiste nadużycie prawa lub podstęp. U podstaw tej regulacji legło założenie, że w pozostałych przypadkach, w których świadczenie nie miało uzasadnienia w stosunku podstawowym, podlegać będzie rozliczeniu między stronami tego stosunku⁸⁰².

Za tym ostatnim rozwiązaniem rzeczywiście przemawia wzgląd na nieakcesoryjny (w braku odmiennych postanowień) charakter gwarancji, który oznacza, że gwarant nie może powołać się na zarzuty ze stosunku podstawowego ani przed spełnieniem świadczenia ani po jego spełnieniu. Przyjęcie odmiennej koncepcji, a więc nieograniczone zezwolenie na dochodzenie przez gwaranta zwrotu spełnionego świadczenia z uwagi na okoliczności dotyczące stosunku podstawowego nie tylko godziłoby w nieakcesoryjny charakter gwarancji, ale wywoływałoby daleko idące komplikacje w relacjach między stronami. I tak np. w razie, gdy gwarancja zabezpieczała wykonanie wierzytelności niepieniężnej, należałoby uznać, że gwarant może żądać zwrotu części uiszczonej sumy gwarancyjnej, która wykracza poza zakres szkód doznanych przez beneficjenta, co nie odpowiada zwykle intencjom stron. Oczywiście zastrzeżenie zwrotu świadczenia gwaranta w razie braku dlań uzasadnienia w stosunku podstawowym jest możliwe, wynikać jednak musi wprost z gwarancji (będzie to równoznaczne z ograniczeniem nieakcesoryjności). W braku takiego zastrzeżenia świadczenie gwaranta powinno podlegać rozliczeniu w ramach stosunku podstawowego.

Wydaje się, że w razie świadomego, bezzasadnego (w świetle stosunku podstawowego) żądania zapłaty gwarant będzie mógł niekiedy żądać od beneficjenta – na podstawie art. 415 k.c. - naprawienia szkody wynikłej np. z niemożności zaspokojenia jego roszczeń zwrotnych przeciwko zleceniodawcy⁸⁰³. Tak będzie np.

⁸⁰¹ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2729.

⁸⁰² Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2726, 2728.

⁸⁰³ Możliwość taka przyjmowana jest także w Niemczech i rozważana we Francji – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2732.

wtedy, gdy beneficjent działał podstępnie, jednakże gwarant musiał spełnić świadczenie ze względu na nieoczywistość nadużycia (brak dostępnych dowodów).

Ze względu na mogące się pojawiać wątpliwości omawiana kwestia powinna być rozstrzygnięta *de lege ferenda*.

c) Świadczenie gwaranta formalnie nienależne

W zasadzie nie powinno budzić wątpliwości, że jeżeli określone w gwarancji przesłanki zapłaty nie zostały spełnione, bank nie jest zobowiązany do zapłaty sumy gwarancyjnej, a spełnione w takich okolicznościach świadczenie podlega zwrotowi jako nienależne ze względu na brak podstawy prawnej świadczenia (art. 410 § 2 k.c. *condictio sine causa*), pod warunkiem wszakże, że o braku przesłanek gwarant nie wiedział (por. art. 411 pkt 1 k.c.)⁸⁰⁴. Dotyczy to także sytuacji, w których żądanie zapłaty stanowiło nadużycie prawa przez beneficjenta i jako bezprawne nie aktualizowało zobowiązania gwaranta, a mimo to gwarant spełnił świadczenie, nie wiedząc o nadużyciu⁸⁰⁵. Podobnie należy ocenić przypadek, w którym sama gwarancja okazała się nieważna.

⁸⁰⁴ Tak **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 315 (autor odnosi to zarówno do przesłanek formalnych, jak i przyjętej w gwarancji przesłanki dotyczącej spełnienia przez dłużnika świadczenia), s. 319-320 (co do przypadku nadużycia gwarancji); tak też – choć bez zastrzeżenia co do wiedzy gwaranta - **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 343. Por. też **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 794 (autor wskazuje, że bank może żądać zwrotu spełnionego świadczenia jako bezpodstawnego także wtedy, gdy zapłacił sumę gwarancyjną, mimo że mógł i powinien był podnieść zarzut niezrealizowania się zabezpieczonego rezultatu). Zob. także **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2728 (wskazuje się tam, że roszczenie gwaranta może być wyłączone, jeżeli spełnił świadczenie wiedząc, iż nie jest do niego zobowiązany), s. 2731 (zamieszczono tam uwagi prawnoporównawcze co do wpływu wiedzy gwaranta o nienależności świadczenia na możliwość żądania jego zwrotu).

⁸⁰⁵ **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 319-320; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 319. Podobnie **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 794; por. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 319-320 (autor zdaje się kojarzyć to roszczenie z sytuacją, w której gwarant nie wiedział o nadużyciu, w przeciwnym razie przyznaje je bankowi tylko wtedy, gdy nie istniał stosunek podstawowy – zob. s. 324).

Zbliżone rozwiązania są przyjmowane także w obcych porządkach prawnych⁸⁰⁶.

Wątpliwość może budzić natomiast to, kto może żądać zwrotu spełnionego w takich okolicznościach świadczenia.

Większość doktryny i orzecznictwo przyznaje takie roszczenie gwarantowi⁸⁰⁷. Można jednak również spotkać pogląd, że w rozpatrywanych przypadkach roszczenia o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia przysługują równolegle dłużnikowi w stosunku podstawowym⁸⁰⁸. Odzyskanie nienależnego świadczenia przez jednego z nich powoduje bezprzedmiotowość roszczenia drugiego ze względu na to, że beneficjent przestał być wzbogacony⁸⁰⁹.

To ostatnie rozwiązanie świadomie odrzucono w art. IV.G. – 3:106 DCFR, przyznając wyłącznie udzielającemu zabezpieczenia roszczenie o zwrot świadczenia, które zostało spełnione mimo niespełnienia przesłanek żądania zapłaty⁸¹⁰ albo na podstawie żądania stanowiącego oczywiste nadużycie lub podstęp. Uzasadniono to wskazując, że przyznanie – w oparciu o subtelne dystynkcje - roszczeń raz udzielającemu zabezpieczenia a raz dłużnikowi powoduje niepewność prawną, w związku z czym należy roszczenia przyznać tylko jednemu z tych podmiotów. Uznano w związku z tym, że udzielający zabezpieczenia jest zwykle lepiej zorientowany w okolicznościach zapłaty, a ponadto, iż w ten sposób unika się podwojenia roszczeń związanych z sytuacją, w której żądać zwrotu świadczenia mógłby tylko dłużnik, a udzielający zabezpieczenia mógłby następnie żądać zwrotu od dłużnika⁸¹¹.

⁸⁰⁶ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2729, 2730-2731.

⁸⁰⁷ Tak **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 315, s. 319-320 (co do przypadku nadużycia gwarancji); **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 343.

⁸⁰⁸ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 321-322.

⁸⁰⁹ **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 322.

⁸¹⁰ W komentarzu podano jako przykład takiej sytuacji zapłatę wskutek nieporozumienia albo nieobecności kompetentnej osoby – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2727.

⁸¹¹ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2726.

Koncepcja taka, jako zgodna z zasadami ogólnymi regulującymi problematykę nienależnego świadczenia zasługuje na aprobatę. Nie wyklucza to oczywiście możliwości przelania przez gwaranta przysługującego mu roszczenia na dłużnika.

Warto przy tym zaznaczyć, że możliwość żądania w rozpatrywanych sytuacjach zwrotu sumy gwarancyjnej od beneficjenta jest istotna przede wszystkim dlatego, że w doktrynie uznaje się, iż spełnienie przez gwaranta świadczenia w sytuacji, w której nie był do tego zobowiązany⁸¹² wyłącza możliwość żądania zwrotu sumy gwarancyjnej od zleceniodawcy⁸¹³ (albo może ją ograniczać).

Roszczenie zwrotne gwaranta jest związane z prowadzoną przez bank działalnością gospodarczą i podlega 3-letniemu przedawnieniu⁸¹⁴.

5. Umowny charakter zobowiązania gwaranta

W doktrynie i orzecznictwie nie budzi wątpliwości jednostronnie zobowiązujący charakter gwarancji bankowej⁸¹⁵.

Artykuł 81 ust. 1 p.b. nie przesądza natomiast, czy gwarancja bankowa jest umową, czy też jednostronną czynnością prawną. Mimo to, w doktrynie zdecydowanie przeważa, a w orzecznictwie jednolicie – choć bez żadnej argumentacji - przyjęty jest

⁸¹² Ze względu na nadużycie gwarancji zachodzi to wówczas – co zostanie szerzej wyjaśnione w dalszej części opracowania - gdy świadczenie powinno być dla gwaranta oczywiste.

⁸¹³ Zob. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 319, 343. **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 794 (autor wskazuje, że zleceniodawca nie jest zobowiązany do zwrotu, jeżeli gwarant zapłacił sumę gwarancyjną, mimo że „mógł i powinien był podnieść zarzut niezrealizowania się zabezpieczonego rezultatu”).

⁸¹⁴ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 343-344.

⁸¹⁵ **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 113; **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 267; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 476; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 767; **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wiarytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 137; **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wiarytelności*, Warszawa 2005, s. 177. Pod rządami prawa bankowego z 1989 r. zob. uchwałę (7) SN z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93, OSNC 1993, nr 10, poz. 166.

pogląd, że udzielenie gwarancji bankowej jest umową⁸¹⁶ (pogląd taki jest powszechnie przyjęty w obcych porządkach prawnych⁸¹⁷). Podstawą tego zapatrywania są „inne przepisy” prawa bankowego, np. art. 181 p.b., który stanowi, że „Do umów zawartych przez banki, w tym do gwarancji bankowych i poręczeń udzielonych przed wejściem w życie ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe, z zastrzeżeniem art. 152”⁸¹⁸, a także stwierdzenie, iż uznanie udzielenia gwarancji za czynność jednostronną wymagałoby wskazania podstawy prawnej, której brak⁸¹⁹. Zwraca się także uwagę, że taka interpretacja jest korzystniejsza dla beneficjenta w świetle art. 103 i 104 k.c. (ze względu na odpowiedzialność odszkodowawczą rzekomego pełnomocnika⁸²⁰) a także z tego względu, iż pozwala beneficjentowi na ocenę, czy gwarancja czyni zadość ustaleniom ze stosunku podstawowego, co jest o tyle istotne, o ile udzielenie gwarancji stanowi warunek zawieszający w stosunku

⁸¹⁶ Tak **E. Łętowska**, *Umowa o świadczenie przez osobę trzecią*, Warszawa 1970, s. 52-53 (autorka odwołuje się m.in. do zasady *numerus clausus* jednostronnych czynności prawnych); **S. Rudnicki**, *O umowie gwarancyjnej*, PPH 1993, nr 9, s. 1; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzycielności*, Sopot 1997, s. 142; **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 113; **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 267; **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1201 (autor zwraca uwagę, że na umowne źródło powstania zobowiązania gwarancyjnego może wskazywać treść art. 86a p.b., gdzie posłużono się formułą „jeżeli strony umowy nie postanowią inaczej”); **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 476; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 767; **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzycielności bankowych*, Kraków 2000, s. 139; **R. Szostak**, *Poręczenia i gwarancje wadialne (na tle zamówień publicznych)*, PS 1999, nr 1, s. 18; **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wierzycielności*, Warszawa 2005, s. 177. Pod rządem prawa bankowego z 1989 r. zob. uchwałę SN z dnia 24 czerwca 1992 r., III CZP 78/92, OSNC 1992, nr 12, poz. 228; uchwałę (7) SN z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93, OSNC 1993, nr 10, poz. 166; uchwałę pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, OSNC 1995, nr 10, poz. 135; wyrok SN z dnia 4 października 1995 r., II CRN 123/94, OSNC 1996, nr 2, poz. 29; wyrok SN z dnia 7 stycznia 1997 r., I CKN 37/96, OSP 1997, z. 5, poz. 97; pod rządem prawa bankowego z 1997 r. zob. postanowienie SN z dnia 4 listopada 2004 r., V CK 198/04, LEX nr 277881; wyrok SN z 9 września 2010 r., I CSK 134/10, niepubl. („Należy w pełni podzielić ugruntowany w polskim piśmiennictwie oraz orzecznictwie pogląd, że źródłem stosunku prawnego gwarancji ubezpieczeniowej, podobnie jak gwarancji bankowej, jest umowa między gwarantem a beneficjentem”); por. także co do gwarancji ubezpieczeniowej wyroki SN z dnia 14 stycznia 2004 r., I CK 102/03, LEX nr 163973 oraz z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, Biul. SN 2010, nr 7, poz. 8.

⁸¹⁷ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2532-2536.

⁸¹⁸ Tak **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 267; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 767.

⁸¹⁹ **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 110 i n.

⁸²⁰ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 112.

podstawowym (pozwala to na uniknięcie sporów co do tego, czy warunek się ziścił)⁸²¹.

Odmienne stanowisko w tej kwestii zajmuje J. Pisuliński, według którego udzielenie gwarancji jest jednostronną czynnością prawną⁸²². Zdaniem autora, za jednostronnym charakterem gwarancji bankowej przemawiają m. in. trudności w określeniu chwili, w której dochodzi do zawarcia umowy między bankiem a beneficjentem gwarancji⁸²³, a ponadto rozwiązanie takie jest korzystniejsze dla beneficjenta w świetle przepisów o postępowaniu upadłościowym (por. art. 97 pr. upadł. i napr.)⁸²⁴.

W doktrynie zwraca się uwagę, że przyjęcie określonego rozwiązania rzutuje także na rozstrzygnięcie takich zagadnień jak termin związania gwarancją oraz odwołalność gwarancji w sytuacji, w której nie określono terminu jej obowiązywania (por. 66 i n. k.c.)⁸²⁵.

Warto wspomnieć, że także DCFR nie przesądza charakteru prawnego „niezależnego zabezpieczenia osobistego”. Z art. IV.G. – 1:103 (1), zamieszczonego w rozdziale I, zawierającym reguły wspólne dla zależnych i niezależnych zabezpieczeń wierzytelności, wynika, że źródłem zabezpieczenia zgodnie z wolą stron może być umowa albo jednostronne zobowiązanie, które ma być wiążące bez przyjęcia⁸²⁶.

Tym niemniej, w braku wystarczających podstaw dla przyjęcia poglądu odmiennego należy – kierując się treścią art. 86a i art. 181 p.b. – uznać, że źródłem stosunku gwarancji jest umowa. Wywołuje to wprawdzie pewne wątpliwości co do trybu zawarcia umowy, jednakże nie są one nierozwiązywalne. *De lege ferenda*

⁸²¹ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 112-113.

⁸²² Zob. **J. Pisuliński**, *Niektóre zagadnienia związane z gwarancją bankową*, *Prawo Bankowe* 1998, nr 4, s. 40-41.

⁸²³ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 333. Por. też **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 137 (zdaniem autorki, zobowiązanie banku względem beneficjenta powstaje z chwilą wydania gwarancji).

⁸²⁴ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 333.

⁸²⁵ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 108 i n.

można natomiast rozważyć wyraźne rozstrzygnięcie omawianej kwestii: powinno ono, jak się wydaje, zmierzać w kierunku potwierdzenia umownego charakteru gwarancji z równoczesnym stworzeniem szczególnej regulacji w zakresie przyjęcia oferty, tak by kwestia ta nie budziła już wątpliwości⁸²⁷.

6. *Odpłatność gwarancji*

W doktrynie jest sporne, czy gwarancja bankowa jest czynnością prawną odpłatną czy nieodpłatną.

Zdaniem niektórych autorów, gwarancja w ujęciu prawa bankowego nie zawiera żadnych postanowień dotyczących obowiązku zapłaty przez beneficjenta prowizji i z tego względu jest czynnością prawną nieodpłatną⁸²⁸. Inaczej będzie tylko w tych niespotykanych w praktyce przypadkach, gdy beneficjent gwarancji zobowiązał się do zapłaty prowizji bankowi⁸²⁹. Zwolennicy tego poglądu uznają, że o odpłatności gwarancji nie może przesądzać okoliczność, iż obowiązek zapłaty prowizji wynika z umowy zlecenia udzielenia gwarancji⁸³⁰.

W myśl poglądu przeciwnego gwarancja jest czynnością prawną odpłatną, przy czym odpłata wynikać tu może z innego stosunku niż gwarancja (np. z umowy zlecenia gwarancji)⁸³¹.

⁸²⁶ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2532.

⁸²⁷ Kwestia ta zostanie omówiona w dalszej części opracowania.

⁸²⁸ **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 142; **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 270; **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 147; **W. Srokosz**, *Charakter prawny gwarancji bankowej w świetle nowego prawa bankowego*, PPH 2000, nr 2, s. 38.

⁸²⁹ **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 271. Por. też dotyczący gwarancji ubezpieczeniowej wyrok SN z dnia 14 stycznia 2004 r., I CK 102/03, LEX nr 163973 (Sąd wskazał tam, że „W literaturze i orzecznictwie dominuje pogląd, że gwarancja jest umową zawieraną w zasadzie przez przyjęcie przez beneficjenta złożonej przez gwaranta oferty i może być umową odpłatną w sytuacji, w której sam beneficjent płaci gwarantowi prowizję”).

⁸³⁰ **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 270.

⁸³¹ Tak pod rządem art. 40 ust. 4 prawa bankowego z 1989 r. uchwała pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, OSNC 1995, nr 10, poz. 135; obecnie **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności*, Warszawa 2005, s. 178; por. też **Z.**

Stosownie do jeszcze innego poglądu decydujące znaczenie ma rodzaj zabezpieczonego gwarancją rezultatu. Jeżeli gwarancja zabezpiecza zwrot udzielonemu dłużnikowi kredytu, to jej udzielenie nie powoduje trwałego wzrostu aktywów po stronie beneficjenta gwarancji i należy ją uznać za czynność odpłatną, w przeciwnym razie, a więc gdy udzielenie gwarancji powoduje wzrost aktywów beneficjenta (np. gwarancje zabezpieczające powodzenie danego przedsięwzięcia, zabezpieczające osiągnięcie określonego zysku z inwestycji) – za czynność nieodpłatną⁸³².

Stwierdzenie o nieodpłatności gwarancji, w której niezastrzeżono prowizji, może budzić wątpliwości, zważywszy, że trwałość czynności nieodpłatnych jest słabiej chroniona przez ustawodawcę, co ujawnia się np. w ramach przepisów dotyczących błędu (por. np. art. 84 § 1 k.c.)⁸³³. Rozważając tę kwestię należy mieć na względzie, że z punktu widzenia drugiej strony stosunku (beneficjenta gwarancji), którego interesy bierze pod uwagę regulacja wad oświadczenia woli, gwarancja bankowa nie jest zwykle czynnością nieodpłatną, skoro wpływa na decyzję beneficjenta o zawarciu albo treści umowy z dłużnikiem⁸³⁴, a więc decyzję o zaciągnięciu przez beneficjenta zobowiązania. Zaciągnięcie tego zobowiązania powinno być traktowane - przynajmniej z punktu widzenia przepisów o błędzie - jako „odpłata” za uzyskanie przez beneficjenta wierzytelności ze stosunku gwarancji. W takim ujęciu gwarancja bankowa powinna być uznana za czynność nieodpłatną tylko wówczas, gdy w ramach stosunku podstawowego zobowiązanie zaciąga tylko dłużnik (tzn.

Radwański, [w:] Z. Radwański (red.), *System prawa prywatnego, Tom 2, Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2002, s. 204; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 485 (zdaniem autora, „Przyjmując, że kryterium odpłatności niekoniecznie wiąże się z tym, że pochodzi ona od drugiej strony danej umowy, uznać należy umowę gwarancji bankowej za odpłatną”); **A. Szpunar**, *Glosa do uchwały SN z dnia 24 czerwca 1992 r. (III CZP 78/92)*, OSP 1993, z. 12, s. 574 (autor pisał tam z odwołaniem do art. 40 ust. 4 prawa bankowego z 1989 r., że udzielenie gwarancji jest umową odpłatną).

⁸³² Tak **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 131-133.

⁸³³ Zob. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 333.

⁸³⁴ Por. co do poręczenia **B. Lewaszkiewicz-Petrykowska**, *Glosa do uchwały SN z dnia 30 września 1996 r., III CZP 85/96*, OSP 1997, z. 7-8, poz. 139 (zdaniem autorki, poręczenia nie można zakwalifikować do czynności prawnych nieodpłatnych: „Jest to specyficzna czynność prawna, która nie mieści się w wyżej wymienionej kategorii”).

beneficjent gwarancji nie zaciąga własnego zobowiązania). Kwestia ta może być ustalona w drodze wykładni i nie wymaga interwencji *de lege ferenda*.

7. Wybrane rodzaje gwarancji na tle ogólnych cech konstrukcyjnych gwarancji bankowej

a) Gwarancja „bezwarunkowa”, „nieodwołalna” i „na pierwsze żądanie”

(1) *Dorobek orzecznictwa*

Ze względu na swą doniosłość praktyczną uwagę doktryny i orzecznictwa przykuwała dotychczas tzw. gwarancja „bezwarunkowa”, „nieodwołalna” i „na pierwsze żądanie”.

Kierunek orzeczniczej interpretacji znaczenia wskazanych klauzul Sąd Najwyższy wytyczył już w uzasadnieniu wydanej pod rządem prawa bankowego z 1989 r. uchwały z dnia 24 czerwca 1992 r.⁸³⁵. Sąd wyjaśnił tam, że „Przez użycie w umowie zwrotu „na pierwsze żądanie” odpowiedzialność gwaranta ulega zaostreniu w ten sposób, że obciążający go obowiązek świadczenia powstaje już z chwilą powiadomienia go o niewykonaniu zobowiązania zapłaty przez akredytowanego. „Bezwarunkowy” charakter jego odpowiedzialności wyłącza możliwość jej uzależnienia od warunków, „nieodwracalność”⁸³⁶ w połączeniu z uzgodnieniem terminu ważności stabilizuje stosunek gwarancji”.

W ten sam sposób znaczenie przywołanych klauzul Sąd Najwyższy objaśnił w uzasadnieniu uchwały (7) Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 1993 r.⁸³⁷. Sąd wspominał tam także, że omawiane umowy „...stanowią pewien typ nadrzędności

⁸³⁵ III CZP 78/92, OSNC 1992, nr 12, poz. 2.

⁸³⁶ W uzasadnieniu uchwały mowa jest o klauzuli „nieodwracalności”, jednakże z opisu stanu faktycznego wynika, że w gwarancji zamieszczono klauzulę „nieodwołalności”.

⁸³⁷ III CZP 16/93, OSNC 1993, nr 10, poz. 166 (z tym, że klauzula „nieodwracalności” została zastąpiona klauzulą „nieodwołalności”).

w stosunku do innych gwarancji bankowych” oraz wskazał, iż „Sens tego rodzaju klauzul w umowie gwarancji bankowej polega m. in. na zabezpieczeniu beneficjenta nie tylko przed ryzykiem niewypłacalności jego kontrahenta, lecz także przed ryzykiem długotrwałego i trudnego dochodzenia swoich roszczeń”.

W uchwale (7) z dnia 16 kwietnia 1993 r.⁸³⁸ Sąd Najwyższy nie ograniczył się jednak do wyjaśnienia znaczenia poszczególnych klauzul, lecz stwierdził, że „Umowa gwarancji bankowej opatrzona powyższymi klauzulami kreuje - odmiennie od innych rodzajów gwarancji - abstrakcyjne zobowiązanie banku wobec beneficjenta, niezależnie od stosunków wewnętrznych łączących bank z dłużnikiem oraz dłużnika z wierzycielem. Bank nie może przeciwstawić wierzycielowi (beneficjentowi) zarzutów ze stosunku podstawowego”. Znaczenie tego stwierdzenia nie jest jednak w pełni jasne: brak możliwości przeciwstawienia beneficjentowi zarzutów ze stosunku podstawowego trudno uznać za szczególną właściwość omawianej gwarancji, skoro w ten sam sposób sąd charakteryzował uprzednio ogólny model gwarancji, kojarząc to z jej nieakcesoryjnością⁸³⁹.

Niewątpliwie intencją Sądu było natomiast zwrócenie uwagi na szczególny rygoryzm omawianej gwarancji. W związku z tym Sąd czuł się w obowiązku podkreślić, że „Zobowiązanie banku wynikające z umowy gwarancyjnej opatrzonej wyżej wymienionymi klauzulami nie może być traktowane w sposób bezwzględny”. Przejawiać się to ma m.in. w tym, że „W umowie gwarancyjnej strony mogą określić okoliczności wyłączające lub ograniczające odpowiedzialność banku (gwaranta)”.

Wyrażone w ww. uchwale stanowisko Sądu Najwyższego zostało „bez zastrzeżeń” zaaprobowane w uchwale pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r.⁸⁴⁰. Sąd wskazał tam już wyraźnie, że istotą gwarancji bankowej opatrzonej klauzulami "nieodwołalnie i bezwarunkowo" oraz "na pierwsze żądanie" jest „zaostrenie odpowiedzialności gwaranta wobec beneficjenta gwarancji” oraz stwierdził, iż „strony, opatrując umowę gwarancji bankowej

⁸³⁸ III CZP 16/93, OSNC 1993, nr 10, poz. 166.

⁸³⁹ Sąd wskazywał: „Z faktu, że gwarancja ma samodzielny i nieakcesoryjny charakter, wynika niemożność podniesienia przeciwko beneficjentowi zarzutów przysługujących dłużnikowi, którego świadczenie objęto gwarancją”.

⁸⁴⁰ III CZP 166/94, OSNC 1995, nr 10, poz. 135.

klauzulami "nieodwołalnie i bezwarunkowo" oraz "na pierwsze żądanie" dają wyraz swej woli kreowania czynności abstrakcyjnej". Wskazał również, że gwarancja bankowa opatrzona powyższymi klauzulami „ma swe źródło w art. 40 ust. 1 Prawa bankowego”, jest jednak wynikiem zgodnej woli stron korzystających ze swobody umów. W ocenie Sądu, „...gwarancja taka, nie przestając być gwarancją bankową w rozumieniu art. 40 Prawa bankowego, ma co do pewnych jej elementów charakter umowy nie nazwanej. Dotyczy to ustalonego w niej zakresu odpowiedzialności gwaranta wobec beneficjenta gwarancji, a w szczególności przesłanek aktualizujących tę odpowiedzialność”.

Pogląd, że opatrzenie gwarancji klauzulą „bezwarunkowa” i „na pierwsze żądanie” wyraża wolę oderwania gwarancji od stosunku podstawowego przewija się także w późniejszym orzecznictwie⁸⁴¹.

Należy przypomnieć, że w ww. uchwałach, podjętych w składach powiększonych, Sąd Najwyższy zdystansował się od poglądu wyrażonego w uchwale z dnia 24 czerwca 1992 r.⁸⁴², dotyczącej gwarancji „bezwarunkowej”, „nieodwaracalnej” i „na pierwsze żądanie”, udzielonej bankowi na zabezpieczenie wypłaty z akredytywy dokumentowej otworzonej na rzecz zagranicznego przedsiębiorcy, w której Sąd Najwyższy wskazał, że nawet zastrzeżenie ww. klauzul „...nie pozwala na wykorzystywanie omawianego rodzaju gwarancji do przerwania na gwaranta ryzyka majątkowych konsekwencji niewłaściwego postępowania jego kontrahenta w ramach podstawowego stosunku akredytywy”.

Od powyższych ujęć odbiega nieco wyrok z dnia 16 kwietnia 1996 r.⁸⁴³, w którym Sąd Najwyższy wskazał, że „Mówiąc (..) o tzw. gwarancji samoistnej, należy mieć na uwadze pewien empiryczny typ nie nazwanych kodeksowo umów cywilnoprawnych, polegających na zabezpieczeniu ewentualnych roszczeń beneficjenta w stosunku do zleceniodawcy. Gwarancja samoistna, nazywana tak w piśmiennictwie fachowym w celu wyraźnego odróżnienia jej od pozostałych rodzajów gwarancji (np. od gwarancji przy sprzedaży, przy umowie o dzieło lub

⁸⁴¹ Zob. wyrok SN z dnia 4 października 1995 r., II CRN 123/94, OSNC 1996, nr 2, poz. 29.

⁸⁴² III CZP 78/92, OSNC 1992, nr 12, poz. 2.

⁸⁴³ II CRN 38/96, OSNC 1996, nr 9, poz. 122.

roboty budowlane - art. 577 i inne k.c., czy od tzw. gwarancji cedenta - art. 516 k.c.), a także od wszystkich innych postaci rękojmi oraz sposobów umacniania nienaruszalności i wykonalności zobowiązań, została ukształtowana w praktyce jako gwarancja "nieodwołalna, bezwarunkowa i na pierwsze żądanie", a więc umowa bardzo stabilna, pozbawiona ryzyka kontraktowego, nie pozwalająca na uzależnienie odpowiedzialności gwaranta od jakiegokolwiek zdarzenia przyszłego i niepewnego oraz zapewniająca wypłatę umówionej sumy od razu, bezzwłocznie po wezwaniu przez gwarantariusza. Podstawową jednak cechą charakterystyczną gwarancji samoistnej - czyniącą z niej chętnie wykorzystywany w obrocie typ umowy - pozostaje samodzielność zobowiązania gwaranta oraz oderwanie tego zobowiązania od stosunku podstawowego, będącego przyczyną udzielenia gwarancji; zobowiązanie gwaranta jest więc abstrakcyjne w stosunku do gwarantariusza i niezależne od relacji zachodzących między gwarantem a zleceniodawcą oraz między zleceniodawcą a gwarantariuszem".

Wyłaniający się z wyżej przytoczonych orzeczeń Sądu Najwyższego obraz gwarancji „bezwarunkowej”, „nieodwołalnej” i „na pierwsze żądanie” nie jest obrazem w pełni klarownym. Zastrzeżeniu tego rodzaju klauzul Sąd przypisuje nie tylko znaczenie bezpośrednio w nich wyrażone, ale taktuje także jako cechę rozpoznawczą rozpowszechnionego w praktyce (cecha „nadrzędności”), empirycznie ukształtowanego, a normatywnie nienazwanego podtypu umowy gwarancji uregulowanej w prawie bankowym, której cechą jest szczególny rygoryzm oraz abstrakcyjność, rozumiana jako niezależność od stosunku podstawowego (stosunku waluty) oraz stosunku zlecenia gwarancji (stosunek pokrycia), a w szczególności jako brak możliwości podniesienia przez gwaranta zarzutów ze stosunku podstawowego. Tym niemniej w niektórych orzeczeniach Sąd dopuszcza możliwość określenia w takiej „umowie” okoliczności wyłączających lub ograniczających odpowiedzialność banku, co trudno jednak uzgodnić ze znaczeniem przypisywanym przez Sąd poszczególnym klauzulom.

(2) Dorobek doktryny

Od pewnych niejasności nie jest wolna także doktrynalna charakterystyka omawianej postaci gwarancji na tle ogólnego modelu z art. 81 ust. 1 p.b. Wprawdzie również tam istnieje – jak się wydaje – zgoda co do tego, że jest to szczególna postać gwarancji bankowej⁸⁴⁴, jednakże niekiedy gwarancja bankowa z art. 81 ust. 1 p.b. jest charakteryzowana przez pryzmat gwarancji „bezwarunkowej” i „na pierwsze żądanie”⁸⁴⁵, co oczywiście utrudnia ustalenie szczególnych cech tej ostatniej na tle ogólnej definicji z art. 81 ust. 1 p.b.

Znaczenie zamieszczenia w umowie klauzuli „bezwarunkowości”, „płatności na pierwsze żądanie” i „nieodwołalności” jest w doktrynie tłumaczone różnie. Część doktryny podąża w tej kwestii szlakiem wytyczonym przez judykaturę⁸⁴⁶, nie jest to jednak pogląd powszechnie akceptowany.

I tak, niektórzy autorzy podkreślają, że klauzula bezwarunkowości nie wiąże się z warunkiem w rozumieniu art. 89 k.c., lecz – zgodnie z formułą art. 81 ust. 1 p.b. – z przesłankami aktualizującymi obowiązek zapłaty banku⁸⁴⁷, co w rezultacie prowadzi

⁸⁴⁴ Zob. np. **Cz. Żuławska**, Gwarancja bankowa. Uwagi o funkcji i konstrukcji, [w:] *Studia z prawa gospodarczego i handlowego*, Kraków 1996, s. 562.

⁸⁴⁵ Zob. **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 270 (autorzy wskazują, że gwarancje opatrzone klauzulami, że gwarant zobowiązuje się zapłacić „nieodwołalnie” i „bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” są powszechnie stosowaną postacią umów gwarancyjnych i zastrzegają, że „Dalsze uwagi taką gwarancję przede wszystkim będą miały na względzie”). Por. też **Cz. Żuławska**, *Gwarancja bankowa. Uwagi o funkcji i konstrukcji*, [w:] *Studia z prawa gospodarczego i handlowego*, Kraków 1996, s. 553 i n. **R. Szostak**, *Poręczenia i gwarancje wadialne (na tle zamówień publicznych)*, PS 1999, nr 1, s. 18 (zdaniem autora art. 81 p.b. reguluje wyłącznie gwarancję bankową na pierwsze żądanie).

⁸⁴⁶ Zob. **M. Bączyk**, *Głosa do uchwały SN z dnia 24 VI 1992, III CZP 78/92*, PiP 1993, z. 4, s. 114-115; **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 270; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 486 (autor zaznacza jednak, że na tle prawa polskiego zastrzeżenie nieodwołalności i braku uzależnienia od warunku nie ma większego znaczenia, gdyż zastrzeżenie warunku albo prawa do odwołania gwarancji musiałoby wynikać z wyraźnych postanowień umowy).

⁸⁴⁷ **G. Tracz**, *Głosa do uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 28 kwietnia 1995 r. (III CZP 166/94) oraz do orzeczenia Sądu Najwyższego z 25 stycznia 1995 r. (III CRN 70/94)*, *Prawo Bankowe* 1996, nr 2, s. 81-82, przypis 5; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 326; **T. Spyra**, *Zarządy banku dotyczące stosunku prawnego zabezpieczonego gwarancją bankową*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2001, nr 4, s. 122; w istocie podobnie pod rządem prawa bankowego z 1989 r. **R. Szostak**, *Głosa do uchwały SN z dnia 24 czerwca 1992 r. (III CZP 78/92)*, PS 1993, nr 6, s. 95..

do utożsamienia „bezw warunkowości” gwarancji z jej płatnością „na pierwsze żądanie”⁸⁴⁸. W takim ujęciu gwarancja „na pierwsze żądanie” („bezw warunkowa”) to po prostu gwarancja, w której bank ma obowiązek zapłaty po otrzymaniu wezwania od beneficjenta gwarancji, bez potrzeby dokumentowania, czy zabezpieczone gwarancją zdarzenie nastąpiło⁸⁴⁹. Prostą konsekwencją takiego stwierdzenia wydaje się przyjęcie, że obowiązek do zapłaty powstaje bez względu na to, czy nastąpił zabezpieczony rezultat.

Tym niemniej, zdaniem niektórych autorów, klauzula „na pierwsze żądanie” ma tylko znaczenie dowodowe: spełnienie przesłanki formalnej (żądanie zapłaty, „formalny wypadek gwarancyjny”) uzasadnia domniemanie faktyczne, że spełniona jest również przesłanka materialna (niespełnienie świadczenia, które zabezpieczała gwarancja, „materialny wypadek gwarancyjny”) ⁸⁵⁰; w braku materialnoprawnych przesłanek zapłaty, a w szczególności gdy nie może się ziszczyć określony w treści gwarancji rezultat, gwarant mógłby odmówić zapłaty, z tym zastrzeżeniem, że na nim spoczywa ciężar dowodu⁸⁵¹.

W doktrynie reprezentowany jest również pogląd, że zamieszczenie w treści gwarancji klauzuli „na pierwsze żądanie” prowadzi także do wyłączenia możliwości

⁸⁴⁸ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 326; **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 150; podobnie – jak się wydaje – **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1205-1206. Por. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 237 (zdaniem autora, podział gwarancji na warunkowe i bezwarunkowe jest bezużyteczny, ponieważ także w przypadku gwarancji na pierwsze żądanie „warunkiem” zapłaty jest zgłoszenie żądania; por. jednak s. 223, na której autor pisze, że gwarant może udzielić gwarancji pod warunkiem w rozumieniu art. 89 k.c., co ma na celu zabezpieczenie gwaranta przed sytuacją, w której nie doszło do powstania stosunku prawnego, który miał być gwarancją zabezpieczony).

⁸⁴⁹ **G. Tracz**, *Gwancja bankowa – zobowiązanie kauzalne czy abstrakcyjne*, *Prawo Bankowe* 1994, nr 2, s. 80-81; **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 232, 238-239; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 326; **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności*, Warszawa 2005, s. 183; **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 150; **T. Spyra**, *Zarzuły banku dotyczące stosunku prawnego zabezpieczonego gwarancją bankową*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2001, nr 4, s. 122.

⁸⁵⁰ Zob. **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 489-490.

⁸⁵¹ Tak – jak się wydaje – **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 780 (zdaniem autora, klauzula „na pierwsze żądanie” ma znaczenie tylko jako reguła rozkładu ciężaru dowodu). Pogląd przywołuje bez zastrzeżeń **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 326.

podniesienia przez gwaranta zarzutów przysługujących mu osobiście przeciwko beneficjentowi (zwłaszcza zarzutu potrącenia)⁸⁵².

(3) *Pogląd własny*

Zmierzając do zajęcia własnego stanowiska w omawianych kwestiach należy przede wszystkim przyłączyć się do poglądu, który utożsamia „bezw warunkowość” i płatność gwarancji „na pierwsze żądanie” i przypisuje odrębne znaczenie klauzuli „nieodwołalności”. Zdecydowanie należy także przyłączyć się do poglądu, że gwarancja opatrzona takimi klauzulami nie jest jakimś normatywnie wyodrębnionym typem gwarancji, lecz gwarancją odpowiadającą ogólnemu modelowi ustawowemu (art. 81 ust. 1 p.b.), w której za pomocą zwyczajowo przyjętych w obrocie klauzul w szczególnie rygorystyczny sposób, lecz zgodnie z zasadą autonomii woli, określono warunki zapłaty. W rezultacie zaczenie zastrzeżenia tych klauzul zamyka się w obrębie reguł wykładni oświadczeń woli – uwzględniających ustalone zwyczaje (art. 65 § 1 k.c.) – i nie pociąga za sobą konsekwencji normatywnych, wykraczających poza tę wykładnię.

Wbrew poglądom judykatury surowość zobowiązania gwaranta z gwarancji „na pierwsze żądanie” („bezw warunkowej”) nie polega jednak na jego „abstrakcyjności” – wyjaśniono już wszak uprzednio, że nieakcesoryjność zobowiązania gwaranta (która to cecha pochłania cechę abstrakcyjności) ma charakter „modelowy” i wskazuje na nią brak wyraźnej wskazówki przeciwnej, co oznacza, że dodatkowe klauzule nie są tu potrzebne⁸⁵³ – lecz na ograniczeniu do minimum **formalnych** przesłanek zapłaty. W przypadku gwarancji „na pierwsze żądanie” przesłanką aktualizującą obowiązek zapłaty jest samo żądanie zapłaty zgłoszone w formie określonej w gwarancji⁸⁵⁴. W tej sytuacji zastrzeżenie w takiej gwarancji dodatkowych przesłanek, a w szczególności obowiązku przedłożenia dodatkowych dokumentów jest wprawdzie

⁸⁵² Kwestia ta zostanie omówiona szerzej w dalszej części opracowania.

⁸⁵³ Tak też **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 242-243.

⁸⁵⁴ Co do podobnych poglądów w obcych porządkach prawnych zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2715 (zastrzega się tam jednak, że gwarancjom na pierwsze żądanie towarzyszyć mogą wymagania dotyczące przedstawienia dodatkowych dokumentów).

możliwe⁸⁵⁵, ale prowadzi do sprzeczności z klauzulą „bezwarunkowości” i podważa lub ogranicza jej znaczenie⁸⁵⁶.

b) Regwarancja

Artykuł 82 ust. 3 p.b. w pierwotnym brzmieniu wskazywał, że „Jeżeli bank-gwarant uzyskał gwarancję innego banku, że przy spełnieniu określonych warunków pokryje on należności wypłacone przez gwaranta w związku z udzieloną gwarancją (regwarancja), stosunek prawny stąd wynikający należy traktować jako odrębne zobowiązanie pomiędzy gwarantem i regwarantem”.

W wyniku nowelizacji prawa bankowego, która weszła w życie 1 maja 2004 r.⁸⁵⁷, przepis ten skreślono, uznając, że wyraża on „oczywistą treść” oraz wskazując, że „Regwarancja jest inną umową niż gwarancja”. Także w doktrynie nie budzi wątpliwości, że z regwarancji wynika stosunek zobowiązaniowy między bankami, odrębny od stosunku prawnego łączącego gwaranta z beneficjentem gwarancji⁸⁵⁸.

⁸⁵⁵ Zob. wyrok SN z dnia 25 czerwca 1999 r. (II KKN 402/98, OSNC 2000, nr 1, poz. 16), w którym Sąd nie wykluczył – jak się wydaje – możliwości nadania kauzalnego charakteru także gwarancji „na pierwsze żądanie”. W odniesieniu bowiem do takiej gwarancji Sąd wskazał, że „Zupełna nieakcesoryjność zobowiązania gwaranta powoduje, że wymagalność jego świadczenia powstaje po wezwaniu („żądaniu”) wystosowanym przez beneficjenta. (...) Tak surowe ukształtowanie odpowiedzialności stwarza zagrożenie dla bezpieczeństwa prawnego, dając pole do nadużyć beneficjenta dla uzyskania kosztem gwaranta świadczeń nienależnych, oderwanych od celu, w jakim gwarancja została udzielona, **a przy gwarancji typu kauzalnego - od prawnej przyczyny**. Dlatego w orzecznictwie Sądu Najwyższego dopuszcza się obronę gwaranta przy pomocy klauzuli nadużycia prawa przez beneficjenta (...), przy czym nadużycie rozważane jest w aspekcie celu gwarancji”). Stanowisko to zdaje się odbiegać od poglądu wyrażonego w wyroku z dnia 16 kwietnia 1996 r. (II CRN 38/96, OSNC 1996, nr 9, poz. 122), w którym Sąd Najwyższy wskazał, że „Gwarancja samoistna (...) została ukształtowana w praktyce jako gwarancja „nieodwołalna, bezwarunkowa i na pierwsze żądanie”, a więc umowa bardzo stabilna, pozbawiona ryzyka kontraktowego, **nie pozwalająca na uzależnienie odpowiedzialności gwaranta od jakiegokolwiek zdarzenia przyszłego i niepewnego** oraz zapewniająca wypłatę umówionej sumy od razu, bezzwłocznie po wezwaniu przez gwarantariusza”.

⁸⁵⁶ Por. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 232, 239-240. Odmienne **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wiarygodności*, Warszawa 2005, s. 183 (zdaniem autorki, jeżeli w treści gwarancji umieszczona jest klauzula „na pierwsze żądanie” oraz wskazane są dokumenty, jakie powinien złożyć beneficjent wraz z żądaniem zapłaty, gwarancję należy traktować jako bezwarunkową; „Dokumenty natomiast mają tylko ułatwić bankowi dochodzenie roszczeń od zleceńodawcy”).

⁸⁵⁷ Nowelizacja z dnia 1 kwietnia 2004 r., Dz. U. nr 91, poz. 870.

⁸⁵⁸ **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 269; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyzioł, *Prawo bankowe*.

Wydaje się także jasne, że regwarancja jest po prostu kolejną gwarancją bankową, w ramach której beneficjentem jest bank-gwarant⁸⁵⁹ (roszczenie regwaranta podlega przedawnieniu określone w art. 87 p.b.). Regwarancja zabezpiecza roszczenie gwaranta o zwrot sumy gwarancyjnej przysługujące przeciwko zleciennodawcy⁸⁶⁰.

c) Potwierdzenie gwarancji

Od regwarancji należy odróżnić **potwierdzenie gwarancji** uregulowane w art. 83 ust. 1 p.b., zgodnie z którym „Bank może potwierdzić zobowiązanie innego banku wynikające z gwarancji bankowej; w przypadku tym roszczenia z gwarancji można kierować do banku, który jej udzielił, lub do banku, który ją potwierdził, albo do obu tych banków łącznie, aż do zupełnego zaspokojenia roszczeń wierzyciela”.

W doktrynie silnie reprezentowany jest pogląd, że owo potwierdzenie ma charakter kumulatywnego przystąpienia do długu⁸⁶¹. Reprezentowane jest jednak również stanowisko odmienne, że chodzi tu o kolejną gwarancję, co oznacza, że do potwierdzenia mają zastosowanie przepisy o gwarancji (np. art. 81 ust. 2 p.b.)⁸⁶² albo – według jeszcze innego ujęcia – że potwierdzenie gwarancji stanowi konstrukcję

Komentarz, Warszawa 2007, s. 351; **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności*, Warszawa 2005, s. 206.

⁸⁵⁹ Zob. **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 795; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 351 (autor wskazuje, że do regwarancji należy stosować przepisy odnoszące się do gwarancji).

⁸⁶⁰ Tak **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 795. Por. **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1222 (autor wskazuje tam, z jednej strony, że przedmiotem zabezpieczenia przy regwarancji jest „wierzytelność „regresowa” banku-gwaranta”, a z drugiej strony, że „przedmiotem zabezpieczenia regwarancyjnego nie jest (...) wierzytelność kompensacyjna banku-gwaranta (wierzyciela regwarancyjnego), którą ten ostatni nabył wobec zlecającego udzielenie gwarancji po wykonaniu obowiązku gwarancyjnego.”).

⁸⁶¹ **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 147-148; **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 275; **P. Drapała**, *Umowa o kumulatywne przystąpienie do długu*, PiP 2002, z. 4, s. 57; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 799.

⁸⁶² **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 356-358.

oryginalną, ukształtowaną w praktyce bankowej, w wyniku której beneficjent uzyskuje dwóch dłużników gwarancyjnych odpowiadających *in solidum*⁸⁶³.

W celu uzasadnienia poglądu ujmującego potwierdzenie jako odrębną gwarancję wskazuje się, że jest on korzystniejszy dla beneficjenta i znajduje wsparcie w art. 83 ust. 1 p.b. – w razie uznania, że potwierdzenie stanowi kumulatywne przystąpienie do długu odpowiedzialność byłaby solidarna, a przepis ten byłby zbędny⁸⁶⁴.

Różnice w ujęciach pociągają za sobą istotne konsekwencje praktyczne. Przede wszystkim, przyjęcie poglądu, że potwierdzenie gwarancji stanowi kumulatywne przystąpienie do długu oznacza, iż ważność zobowiązania banku potwierdzającego zależy od ważności potwierdzanego zobowiązania gwaranta⁸⁶⁵ (art. 375 § 1 k.c.).

Sygnalizowana rozbieżność wpływa także na ujęcie relacji między zobowiązaniami banków. Zwolennicy tezy o kumulatywnym przystąpieniu do długu przyjmują, że jest to odpowiedzialność solidarna (ze skutkiem określonym m.in. w art. 376 § 1 k.c.)⁸⁶⁶, choć zdaniem niektórych autorów, reguły dotyczące solidarności dłużników obowiązują tylko w stosunku między potwierdzającym a beneficjentem (beneficjent może żądać zapłaty od gwaranta lub potwierdzającego), natomiast nie mają zastosowania w stosunku między gwarantem a potwierdzającym (bank, który zapłacił może żądać zwrotu tylko od zleceniodawcy)⁸⁶⁷. Natomiast zwolennicy poglądu, że potwierdzenie gwarancji jest udzieleniem nowej gwarancji, uznają - że

⁸⁶³ **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1220-1221. Pogląd o odpowiedzialności *in solidum* obu banków przyjmuje także **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 161-162.

⁸⁶⁴ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 357.

⁸⁶⁵ Tak **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 800. Por. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 356-357 (autor wskazuje tam, że ważność zobowiązania banku potwierdzającego nie zależy od ważności potwierdzanej gwarancji).

⁸⁶⁶ **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 147-148; **P. Drapała**, *Umowa o kumulatywne przystąpienie do długu*, PiP 2002, z. 4, s. 57.

⁸⁶⁷ Tak **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 800.

względu na brak wzmianki o solidarnej odpowiedzialności banków w art. 83 ust. 1 p.b. - iż zobowiązania banków są zobowiązaniami *in solidum*⁸⁶⁸.

Wskazana rozbieżność poglądów nie ma natomiast praktycznego znaczenia dla oceny skutków ewentualnej rozbieżności między treścią potwierdzenia gwarancji a potwierdzaną gwarancją. Zwolennicy poglądu, że potwierdzenie gwarancji jest udzieleniem nowej gwarancji, wskazują, iż rozbieżność ta nie wpływa na skuteczność potwierdzenia⁸⁶⁹. Pogląd ten uznaje się za aktualny także w razie aprobaty dla zapatrywania przeciwnego; potwierdzenie odbiegające treścią od potwierdzanej gwarancji należy uznać za nową gwarancję⁸⁷⁰.

W związku z przytoczonymi wyżej wątpliwościami należy zwrócić uwagę na okoliczność, że ustawodawca wyraźnie odróżnia instytucję udzielenia gwarancji i potwierdzenie gwarancji (por. art. 5 ust. 1 pkt 4 p.b.)⁸⁷¹, co przemawia przeciwko utożsamianiu obu instytucji. Rozwiązaniu temu zdaje się z kolei przeczyć praktyka międzynarodowa: w Konwencji z 1995 r. potwierdzenie gwarancji zostało zrównane w skutkach z gwarancją (zob. art. 6). Kwestia jest zatem wątpliwa i wymaga interwencji *de lege ferenda*. *De lege lata* należy zaś – w celu wyeliminowania ewentualnych wątpliwości – postulować rozstrzygnięcie wskazanej wątpliwości w potwierdzeniu, przy czym należy mieć na względzie dyspozytywny charakter art. 83 ust. 1 p.b. (por. art. 86a p.b.) strony mogą inaczej uregulować odpowiedzialność banku potwierdzającego.

⁸⁶⁸ J. Pisuliński, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 359-360; por. też M. Bączyk, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1220.

⁸⁶⁹ J. Pisuliński, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 359.

⁸⁷⁰ J. Pisuliński, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 359.

⁸⁷¹ Por. jednak J. Pisuliński, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 357 (zdaniem autora, argument taki „nie wydaje się (...) w pełni przekonujący. Art. 5 wraz z art. 6 wyznaczają bowiem zakres czynności prawnych, których mogą dokonywać banki. Wymienienie osobno udzielenia gwarancji i jej potwierdzenia nie musi więc przesądzać o odrębności konstrukcji prawnych tych czynności”).

8. Gwarancja bankowa a inne instytucje prawne

W doktrynie przeważa obecnie pogląd, że gwarancja bankowa jest instytucją odrębną⁸⁷², która została ukształtowana jako umowa nazwana⁸⁷³ (art. 80 i n. p.b.) i która powinna być odróżniona od innych instytucji prawnych. Tym niemniej w doktrynie można jednak również spotkać pogląd, że ze względu na lakoniczność regulacji prawa bankowego umowa gwarancji bankowej powinna być traktowana – z punktu widzenia jej reżimu prawnego- jak umowa nienazwana⁸⁷⁴. Reprezentowane jest także zapatrywanie, że w prawie polskim brak jest podstaw prawnych do wyróżniania gwarancji bankowych jako umów odrębnego typu⁸⁷⁵.

Kwestie te mają charakter wyłącznie teoretyczny i z tego względu nie uzasadniają postulatów *de lege ferenda*.

a) Gwarancja bankowa a poręczenie

Co do zasady nie budzi wątpliwości odróżnienie gwarancji bankowej od poręczenia bankowego⁸⁷⁶.

⁸⁷² Tak ogólnie co do gwarancji bankowej **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 268.

⁸⁷³ Tak **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 139; **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 121-124; **T. Spyra**, *Zarzuty banku dotyczące stosunku prawnego zabezpieczonego gwarancją bankową*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2001, nr 4, s. 108; **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 268.

⁸⁷⁴ Tak **T. Spyra**, *Zarzuty banku dotyczące stosunku prawnego zabezpieczonego gwarancją bankową*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2001, nr 4, s. 108; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 761. Por. też **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 138 (zdaniem autorki, ze względu na niekompletność art. 81 p.b. nie może być uznany za ustawową definicję gwarancji).

⁸⁷⁵ **G. Tracz, J. Pisuliński**, *Umowa gwarancji*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 341 (zdaniem autorów, brak jest zróżnicowania treści umowy gwarancji zawieranej przez banki i innepodmioty prawa).

⁸⁷⁶ Pod rządem prawa bankowego z 1989 r. por. uchwałę (7) SN z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93, OSNC 1993, nr 10, poz. 166 („Z zaliczenia w prawie bankowym do czynności bankowych udzielania oraz przyjmowania gwarancji i poręczeń bankowych wynika, że ustawodawca oddzielnie traktuje te umowy. Przy ocenie charakteru prawnego umowy gwarancji nawiązuje się niekiedy w literaturze do umowy poręczenia. Gwarancja jednak ma samodzielny i nieakcesoryjny charakter, i to ją różni od umowy poręczenia, chociaż zarówno umowa gwarancyjna, jak i poręczenie należą do "gwarancji" pojmowanych w ich sensie najobszerniejszym, potocznym, jak zabezpieczenie”).

W doktrynie wskazuje się, że podstawowa różnica polega na tym, że gwarant – inaczej niż poręczyciel – nie jest pomocniczym dłużnikiem⁸⁷⁷ i nie odpowiada solidarnie ze zleceniodawcą gwarancji⁸⁷⁸ ani nawet *in solidum*⁸⁷⁹. W doktrynie i judykaturze można również spotkać pogląd, iż różnica między gwarancją a poręczeniem polega na tym, „że poręczyciel odpowiada „za” dłużnika głównego, gwarant zaś „za” uzyskanie zagwarantowanego rezultatu”⁸⁸⁰ albo – według nieco innego ujęcia – poręczyciel odpowiada za dług a gwarant za spełnienie świadczenia⁸⁸¹. Jak już wspomniano określenia te – stanowiące reminiscencję z art. 391 k.c. – w przypadku najczęstszej w praktyce gwarancji bankowej zabezpieczającej wierzytelność wyjaśniają w rzeczywistości niewiele.

Podstawowa różnica między poręczeniem a gwarancją polega po prostu na tym, że poręczyciel zobowiązuje się do wykonania zobowiązania na wypadek, gdyby dłużnik go nie wykonał, a gwarant zobowiązuje się do spełnienia świadczenia pieniężnego po spełnieniu określonych przesłanek, które zwykle mają charakter formalny.

W doktrynie zob. np. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 168 i n.; **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 271; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 775.

⁸⁷⁷ **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 271; tak też **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 479 (autor podkreśla, że świadczenie banku nie zastępuje realnego wykonania zobowiązania przez dłużnika); por. też **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 100.

⁸⁷⁸ **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 140-142, 168-169; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 340; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 518; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 150; **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 148. Odmiennie **M. Król**, *Charakter prawny, rodzaje i funkcje gwarancji bankowych*, *Prawo Spółek* 1997, nr 4, s. 34.

⁸⁷⁹ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 143-144; **G. Tracz, J. Pisuliński**, *Umowa gwarancji*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 334. Odmiennie jednak **R. Szostak**, *Glosa do uchwały SN z dnia 24 czerwca 1992 r. (III CZP 78/92)*, PS 1993, nr 6, s. 94; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 177 (zdaniem autora, gwarant i dłużnik odpowiadają *in solidum*).

⁸⁸⁰ Tak pod rządą prawa bankowego z 1989 r. SN w uchwale (7) z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93, OSNC 1993, nr 10, poz. 166. Tak też - za E. Łętowską - **R. Szostak**, *Glosa do uchwały SN z dnia 24 czerwca 1992 r. (III CZP 78/92)*, PS 1993, nr 6, s. 93 (zdaniem autora, spełnienie przez osobę trzecią zabezpieczonego zobowiązania tylko wtedy zwalania gwaranta z odpowiedzialności, gdy rzeczywiście osiągnięty został zagwarantowany rezultat). Por. też **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 145 (autorka wskazuje, że gwarant odpowiada za sam skutek danego zdarzenia, czyli ponosi ryzyko braku określonego rezultatu, którym jest wykonanie lub należyte wykonanie zobowiązania).

⁸⁸¹ **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 174.

Skutkuje to różnicą w zakresie akcesoryjności zobowiązania. W odróżnieniu od gwarancji bankowej, która może być – co najwyżej częściowo akcesoryjna (gdy ważność zobowiązania gwaranta zależy od ważności zabezpieczanego zobowiązania)⁸⁸² - poręczenie ma charakter w pełni akcesoryjny, co wyraża się w tym, że nie tylko ważność, ale i treść zobowiązania dłużnika głównego decyduje o ważności i zakresie odpowiedzialności poręczyciela⁸⁸³. Zamieszczenie w dokumencie gwarancyjnym zastrzeżenia, że obowiązek zapłaty sumy gwarancyjnej powstaje w razie rzeczywistego niewystąpienia określonego rezultatu (np. niewykonania zobowiązania), może wprawdzie zbliżać gwarancję do poręczenia⁸⁸⁴, nie prowadzi jednak do utożsamienia obu instytucji. W szczególności zobowiązanie gwaranta jest nadal treściowo (co do zakresu) niezależne od zobowiązania ze stosunku podstawowego (inaczej poręczenie w świetle art. 879 § 1 k.c.).

Nie wyklucza to wątpliwości co do właściwego zakwalifikowania umowy, które mogą powstać w przypadkach granicznych. Wbrew twierdzeniom sformułowanym w doktrynie nie widać jednak wystarczających podstaw dla sformułowania domniemania zawarcia umowy poręczenia⁸⁸⁵.

⁸⁸² W istocie podobnie **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 775 (zdaniem autora, jako umowy poręczenia powinny być kwalifikowane zabezpieczenia, w których gwarant może powołać się na zarzuty dotyczące treści zabezpieczonego zobowiązania)..

⁸⁸³ Tak **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 402; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 517-518; **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 134, 169; zob. także **A. Szpunar**, O zasadzie akcesoryjności poręczenia, *Palestra* 1992, nr 11-12, s. 24-25; **M. Bączyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 26 (zdaniem autora, akcesoryjność zobowiązania poręczyciela stanowi zasadniczą cechę konstrukcyjną poręczenia). Tak rozumiana jest akcesoryjność również w obcych porządkach prawnych – zob. uwagi prawno-porównawcze **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2499.

⁸⁸⁴ Zob. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 327; por. też **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 784 (autor wskazuje, że w przypadku gwarancji zwykłej sytuacja prawna banku jest podobna jak przy poręczeniu: „W istocie można rozważać, czy zawarcie tego rodzaju umowy gwarancji nie oznacza zawarcia zmodyfikowanej umowy poręczenia”); **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 137, 167 (co do kryteriów odróżnienia zob. s. 171 i n.).

⁸⁸⁵ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 177-178. Domniemanie takie przyjmowane jest jednak w Niemczech i we Francji – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2699-2700.

Nie budzi także wątpliwości, że ze względu na wskazane różnice nie można – przynajmniej co do zasady - do gwarancji bankowej stosować przepisów o poręczeniu nawet w drodze analogii⁸⁸⁶.

b) Gwarancja bankowa a gwarancja z art. 391 k.c.

Wbrew formułowanym początkowo poglądom⁸⁸⁷ w doktrynie i orzecznictwie od pewnego czasu przeważa pogląd, że konstrukcja gwarancji bankowej nie jest oparta na art. 391 k.c.⁸⁸⁸. Wskazuje się bowiem, że w odróżnieniu od umowy o świadczenie przez osobę trzecią z art. 391 k.c., w ramach której przyrzekający odpowiedzialny jest za szkodę, którą druga strona ponosi przez to, że osoba trzecia odmawia zaciągnięcia zobowiązania albo nie spełnia świadczenia, gwarancja bankowa nie ma charakteru odszkodowawczego⁸⁸⁹ i polega na obowiązku zapłaty uzgodnionej sumy

⁸⁸⁶ Zob. **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1206-1207; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 363. Por. jednak **G. Tracz, J. Pisuliński**, *Umowa gwarancji*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 335.

⁸⁸⁷ Zob. zwłaszcza **E. Łętowska**, *Umowa o świadczenie przez osobę trzecią*, Warszawa 1970, s. 44-47, 52 i n., 91. Pod rządem prawa bankowego z 1989 r. zob. **A. Koch**, *Umowa gwarancji bankowej jako postać umowy o świadczenie przez osobę trzecią (art. 391 k.c.)*, [w:] Księga pamiątkowa ku czci profesora Leopolda Steckiego, Toruń 1997, s. 433 i n., 448 i n.; analogię do art. 391 k.c. dopuszczał **R. Szostak**, *Glosa do uchwały SN z dnia 24 czerwca 1992 r. (III CZP 78/92)*, PS 1993, nr 6, s. 92. W orzecznictwie zob. uchwałę (7) SN z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93, OSNC 1993, nr 10, poz. 166 („Umowa gwarancyjna (...) obejmuje przyrzeczenie osoby G (banku) złożone osobie B (wierzycielowi, beneficjentowi gwarancji), że osoba A (dłużnik) zachowa się w sposób określony w tym przyrzeczeniu. Jeżeli osoba A nie zachowa się w sposób, w jaki przyrzekła osoba G., to wówczas G musi naprawić szkodę, którą w majątku B spowoduje ewentualnie to zdarzenie”; przeciwstawiając gwarancję umowie poręczenia Sąd Najwyższy dodał, że „...zabezpieczająca „wartość” zobowiązania gwarancyjnego jest dużo większa, ponieważ - w przeciwieństwie do poręczenia - brak winy gwaranta w nieosiągnięciu zabezpieczonego rezultatu nie zwalnia go wcale od odpowiedzialności”; zdaniem Sądu „Z momentem zawarcia umowy gwarancyjnej wierzyciel nabywa w stosunku do gwaranta roszczenie, które może kierować przeciwko niemu. Roszczenie to staje się wymagalne z chwilą niespełnienia przez osobę trzecią, za której zachowanie udzielono gwarancji, świadczenia lub niezaciągnięcia przez nią zobowiązania. Oznacza to niezrealizowanie się skutku, za który udzielono gwarancji”). Sąd charakteryzował tu gwarancję po myśli art. 391 k.c., choć wprost nie odwołał się do tego przepisu.

⁸⁸⁸ Zob. **W. Popiołek**, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II, Komentarz do artykułów 1-449¹*, Warszawa 2009, s. 1150.

⁸⁸⁹ **Cz. Żuławska**, *Gwarancja bankowa. Uwagi o funkcji i konstrukcji*, [w:] *Studia z prawa gospodarczego i handlowego*, Kraków 1996, s. 561-562; **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 267; **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1204; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 341; **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 101 i n.; **E. Niezbecka**, [w:] E.

gwarancyjnej. Ponadto gwarancja bankowa – inaczej niż umowa z art. 391 k.c. – jest udzielana na zlecenie innego podmiotu⁸⁹⁰ i – zdaniem niektórych autorów - może zabezpieczać rezultaty niepowiązane z żadnym stosunkiem prawnym⁸⁹¹. Zwraca się także uwagę, że inaczej niż w art. 391 k.c. bank nie może wykonać obowiązku wynikającego z gwarancji spełniając świadczenie za dłużnika, nawet jeżeli

Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wiarygodności bankowych*, Kraków 2000, s. 141; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 771, 777; **S. Czarniecki**, *Charakter prawny gwarancji bankowej „na pierwsze żądanie” (cz. I)*, *Prawo Bankowe* 2005, nr 2, s. 71; w orzecznictwie zob. dotyczący gwarancji „na pierwsze żądanie” wyrok SN z dnia 4 października 1995 r., II CRN 123/94, OSNC 1996, nr 2, poz. 29 („...nie byłoby uzasadnione traktowanie odpowiedzialności gwaranta, zastrzonej w powyższy sposób, jako odpowiedzialności odszkodowawczej, brak bowiem do tego podstawy prawnej. Nietrafne mianowicie byłoby upatrywanie takiej podstawy w umowie gwarancji bankowej, upodabniałoby ją to bowiem do całkowicie przecież odmiennych umów ubezpieczenia (tu: ubezpieczenia kredytu), które właśnie rodzą odpowiedzialność odszkodowawczą. Odpowiedzialność natomiast gwaranta nie ma charakteru odszkodowawczego, nie polega więc na naprawieniu szkody i nie zależy od jej rozmiarów, lecz wyraża się zawsze obowiązkiem zapłaty uzgodnionej w gwarancji tzw. sumy gwarancyjnej”). Por. też uchwałę pełnego składu Izby Cywilnej SN z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, OSNC 1995, nr 10, poz. 135 (z jednej strony Sąd zaprobował tam pogląd wyrażony w uchwale (7) SN z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93, OSNC 1993, nr 10, poz. 166, że gwarant jest zobowiązany do wyrównania beneficjentowi gwarancji szkody, jaką poniesie na skutek niespełnienia świadczenia oznaczonego w gwarancji, a z drugiej wskazał, iż „skoro (...) umowa gwarancji bankowej „bezwarunkowej i na pierwsze żądanie” oparta jest na art. 40 Prawa bankowego i art. 353¹⁰ k.c., a nie na art. 391 k.c., nie obowiązuje w stosunku do niej przyjęty w tym przepisie odszkodowawczy charakter świadczenia gwaranta”); wyrok SN z dnia 25 czerwca 1999 r., II CKN 402/98, OSNC 2000, nr 1, poz. 16 („Zupełna nieakcesoryjność zobowiązania gwaranta powoduje, że wymagalność jego świadczenia powstaje po wezwaniu („żądaniu”) wystosowanym przez beneficjenta. Nie jest to bowiem odpowiedzialność typu odszkodowawczego wymagająca najpierw udowodnienia szkody i związku przyczynowego”). Pod rządem prawa bankowego z 1997 r. zob. wyrok SN z dnia 29 czerwca 2005 r., V CK 105/05, LEX nr 395072 (ogólnie co do gwarancji bankowej). Por. jednak **A. Koch**, *Umowa gwarancji bankowej jako postać umowy o świadczenie przez osobę trzecią (art. 391 k.c.)*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci profesora Leopolda Steckiego*, Toruń 1997, s. 435 (autor wskazuje tam, że funkcja gwarancji bankowej wyraża się w daniu beneficjentowi pewności, iż w przypadku niewystąpienia spodziewanego i oczekiwanego rezultatu działania osoby trzeciej uzyska on wyrównanie gospodarczo niekorzystnych następstw takiego stanu rzeczy; „Świadczenie gwaranta służy bezpośrednio ochronie interesu wierzyciela, który może doznać uszczerbku w wyniku nieprawidłowego zachowania się osoby trzeciej (...). Spełnienie tego świadczenia kompensuje beneficjentowi gwarancji ów uszczerbek w jego interesach gospodarczych. Kompensata taka nie jest więc niczym innym niż faktycznym wyrównaniem szkody będącej następstwem niewłaściwego (niezgodnego z treścią obowiązku) zachowania się osoby trzeciej”); por. też **M. Olechowski**, *Charakter prawny gwarancji bankowej*, *PiP* 1997, z. 6, s. 66 (zdaniem autora, gwarancja bankowa” nie zawsze” będzie przybierała charakter odszkodowawczy); por. też **R. Szostak**, *Głosa do uchwały SN z dnia 24 czerwca 1992 r. (III CZP 78/92)*, *PS* 1993, nr 6, s. 91-92 (autor wskazuje za E. Łętowską, że odpowiedzialność gwarancyjna ma skutek odszkodowawczy: zabezpieczenie interesów wierzyciela wyraża się w zapobieżeniu szkodzie albo zniweczeniu jej następstw).

⁸⁹⁰ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 341.

⁸⁹¹ **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 777.

polegałoby ono na zapłacie pewnej sumy pieniężnej⁸⁹², jak również, że realizacja gwarancji ograniczona jest ustalonym w umowie terminem⁸⁹³.

Argumenty te przez niektórych autorów nie są jednak uznawane za rozstrzygające. W szczególności zwraca się uwagę, że możliwa jest sytuacja, w której strony umowy z art. 391 k.c. określą rozmiar odszkodowania w sposób ryczałtowy⁸⁹⁴. Zapłata sumy gwarancyjnej nie stanowi wprawdzie typowego odszkodowania, lecz praktycznie spełnia „funkcję indemnizacyjną”⁸⁹⁵.

W rezultacie nadal można spotkać pogląd, że umowa gwarancji bankowej oraz związane z nią stosunki zobowiązaniowe odpowiadają konstrukcji z art. 391 k.c.⁸⁹⁶ Dostrzega się jednak zarazem, że taka konstatacja ma walor czysto teoretyczny, gdyż ze względu na swą ogólnikowość art. 391 k.c. przyporządkowanie gwarancji do konstrukcji umowy na rzecz osoby trzeciej nie ma żadnej praktycznej doniosłości⁸⁹⁷ i nie pozwala na rozwiązanie żadnego z problemów szczegółowych związanych z praktyką posługiwania się gwarancją bankową⁸⁹⁸.

⁸⁹² **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 140-141; odmiennie jednak **A. Koch**, *Umowa gwarancji bankowej jako postać umowy o świadczenie przez osobę trzecią (art. 391 k.c.)*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci profesora Leopolda Steckiego*, Toruń 1997, s. 451.

⁸⁹³ **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 140-141.

⁸⁹⁴ **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 519.

⁸⁹⁵ **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 519.

⁸⁹⁶ **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 519. Podobnie **E. Łętowska**, [w:] E. Łętowska, P. Drapała, M. Bednarek, *Umowy odnoszące się do osób trzecich*, Warszawa 2006, s. 53 (autorka stwierdza, że „raczej można mówić” o wykorzystaniu instytucji uregulowanej w art. 391 k.c. jako konstrukcyjnego modelu gwarancji bankowych); por. także **E. Łętowska**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 5, Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2006, s. 828-829.

⁸⁹⁷ Tak **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 182.

⁸⁹⁸ **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 519. Por. jednak **A. Koch**, *Umowa gwarancji bankowej jako postać umowy o świadczenie przez osobę trzecią (art. 391 k.c.)*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci profesora Leopolda Steckiego*, Toruń 1997, s. 448-449 (autor wskazywał tam, że przyporządkowanie gwarancji bankowej do art. 391 k.c. potwierdza dopuszczalność nadania jej nieakcesoryjnego charakteru).

Z poglądem tym można się zgodzić tylko o tyle, o ile ze względu na wątpliwości co do reżimu umowy z art. 391 k.c.⁸⁹⁹, dyspozytywny charakter tego reżimu⁹⁰⁰ oraz odrębną regulację prawa bankowego, konstatacja o konstrukcyjnym podobieństwie albo tożsamości gwarancji bankowej i gwarancji z art. 391 k.c. rzeczywiście nie dostarczałyby twardych argumentów w jakiegokolwiek kwestii, która jest problematyczna na gruncie regulacji gwarancji bankowej⁹⁰¹.

Najistotniejsze jest jednak to, że gwarancja bankowa wykazuje istotne różnice w stosunku do gwarancji z art. 391 k.c., nawet przy założeniu, że ta ostatnia jest samodzielną umową, a nie wyłącznie modalnością uzasadniającą możliwość spełnienia świadczenia przez osobę inną niż dłużnik⁹⁰² (przeciwko czemu zdaje się przemawiać już lokalizacja przepisu i brzmienie art. 391 k.c.: „jeżeli zastrzeżono w umowie”⁹⁰³, por. art. 393 k.c.).

Poza różnicami już wskazywanymi w doktrynie, należy zwrócić uwagę, że w gwarancji bankowej gwarant nie zobowiązuje się ani do tego, że osoba trzecia zaciągnie określone zobowiązanie ani do tego, że spełni określone świadczenie, lecz do zapłaty określonej sumy pieniężnej po spełnieniu określonych przesłanek. Zupełnie nieadekwatne jest tu w rezultacie upoważnienie przemienne z art. 391 zd. 2 k.c.

W przypadku najczęstszych w praktyce gwarancji bankowych zabezpieczających wierzytelności (spełnienie świadczenia) inny jest też sens gospodarczy zobowiązania. W „samodzielnej” umowie z art. 391 k.c. akcent położony jest na naprawienie szkody: umowa ta ma chronić wierzyciela przed jakąkolwiek

⁸⁹⁹ Co do tych wątpliwości zob. np. **E. Łętowska**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 5, Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2006, s. 822-824.

⁹⁰⁰ Zob. **E. Łętowska**, *Umowa o świadczenie przez osobę trzecią*, Warszawa 1970, s. 15.

⁹⁰¹ Podobnie **E. Łętowska**, [w:] E. Łętowska, P. Drapała, M. Bednarek, *Umowy odnoszące się do osób trzecich*, Warszawa 2006, s. 53.

⁹⁰² Tak **E. Łętowska**, *Umowa o świadczenie przez osobę trzecią*, Warszawa 1970, s. 48 i n., 78-82; zob. też w tej kwestii uwagi **E. Łętowska**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 5, Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2006, s. 814 i n. W doktrynie przeważa pogląd, że art. 391 k.c. reguluje wariant konstrukcyjny, który może być wykorzystany do modyfikowania różnych stosunków zobowiązaniowych (co nie wyklucza możliwości zawierania samodzielnych umów o treści określonej w art. 391 k.c.) – tak np. **W. Popiołek**, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II, Komentarz do artykułów 1-449*¹¹, Warszawa 2009, s. 1147.

⁹⁰³ Odmienne brzmienie art. 91 k.c. sugerowało odmienny kierunek analizy.

szkodą zaistniałą w związku z niepowodzeniem przedsięwzięcia (niespełnieniem świadczenia). Świadczenie gwaranta z art. 391 k.c. ma naprawić ewentualną szkodę niezależnie od tego, czy dłużnik, mający spełnić gwarantowane świadczenie, za tą szkodę odpowiada⁹⁰⁴. Stwierdzenie, że gwarant przejmuje na siebie część ryzyka określonego przedsięwzięcia⁹⁰⁵ wydaje się prawidłowe, jeżeli uzna się, iż wierzyciel może zatrzymać swe świadczenie (szkoda pozostaje wówczas pokryta nawet, jeżeli dłużnik za nią nie odpowiadał), a gwarantowi nie przysługuje mu roszczenie regresowe⁹⁰⁶. W przypadku gwarancji bankowych stanowiących zabezpieczenie wiarytelności sytuacja jest zasadniczo inna: wprawdzie i w tym przypadku bank-gwarant ma obowiązek zapłacić sumę pieniężną niezależnie od tego, czy dłużnik ponosi odpowiedzialność za wykonanie zobowiązania (niespełnienie świadczenia), jednakże jest to wyłącznie wynikiem nieakcesoryjności zabezpieczenia. Gwarant nie bierze natomiast na siebie ciężaru szkody poniesionej przez beneficjenta, gdyż może żądać zwrotu świadczenia od zleceniodawcy, a to, czy wierzyciel był uprawniony do sumy pieniężnej, zostaje uwzględnione w ramach stosunku między beneficjentem-wierzycielem a dłużnikiem, w którym świadczenie gwaranta jest rozliczane: w tym stosunku to, jaki zakres ryzyk obciążał dłużnika ma już znaczenie decydujące. Gwarancja bankowa nie zabezpiecza zatem przed poniesieniem szkody⁹⁰⁷, ale przed

⁹⁰⁴ Zob. **E. Łętowska**, *Umowa o świadczenie przez osobę trzecią*, Warszawa 1970, s. 117 i n. (autorka wskazywała, że gwarant może powołać się tylko na nieważność bezwzględną zobowiązania, z którego miało wynikać świadczenie, wynikającą z nieusuwalnej wadliwości czynności prawnej albo pierwotnej obiektywnej niemożności świadczenia, a nie może powołać się – ze względu na możliwość konwalidacji - na nieważność względną, ani na to, że dłużnik-osoba trzecia nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania).

⁹⁰⁵ Zob. **E. Łętowska**, *Umowa o świadczenie przez osobę trzecią*, Warszawa 1970, s. 35 (autorka przytacza tam poglądy innych autorów), 59, 70, 126.

⁹⁰⁶ Por. **E. Łętowska**, *Umowa o świadczenie przez osobę trzecią*, Warszawa 1970, s. 146-149 (autorka dopuszczała roszczenia regresowe w zasadzie tylko na podstawie odrębnego stosunku między gwarantem a osobą trzecią, zaznaczając jednak, że „Ewentualnie można byłoby jeszcze tu tylko rozważyć możliwość zastosowania przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu; przecież dłużnik zobowiązania gwarancyjnego, spełniając własne świadczenie odszkodowawcze, zaoszczędza takiego samego wydatku osobie trzeciej, która miała obowiązek pokryć wyrządzoną przez siebie szkodę”).

⁹⁰⁷ Por. jednak **A. Koch**, *Umowa gwarancji bankowej jako postać umowy o świadczenie przez osobę trzecią (art. 391 k.c.)*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci profesora Leopolda Steckiego*, Toruń 1997, s. 435 (autor wskazuje tam, że funkcja gwarancji bankowej wyraża się w daniu beneficjentowi pewności, iż w przypadku niewystąpienia spodziewanego i oczekiwanego rezultatu działania osoby trzeciej uzyska on wyrównanie gospodarczo niekorzystnych następstw takiego stanu rzeczy; „Świadczenie gwaranta służy bezpośrednio ochronie interesu wierzyciela, który może doznać uszczerbku w wyniku nieprawidłowego zachowania się osoby trzeciej (...). Spełnienie tego świadczenia kompensuje beneficjentowi gwarancji ów uszczerbek w jego interesach gospodarczych. Kompensata taka nie jest więc niczym innym niż faktycznym wyrównaniem szkody będącej następstwem niewłaściwego (niezgodnego z treścią obowiązku) zachowania się osoby trzeciej”); **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska

trudnościami albo niemożliwością uzyskania określonych świadczeń należnych wierzycielowi od dłużnika.

W odniesieniu do gwarancji bankowych zabezpieczających wiarytelności (spełnienie świadczenia) z określonego stosunku prawnego dyskusyjne wydają się popularne w doktrynie poglądy, że gwarant ponosi ryzyko niepowodzenia określonego przedsięwzięcia⁹⁰⁸ albo ryzyko niekorzystnych następstw niespełnienia świadczenia dla beneficjenta gwarancji⁹⁰⁹. Poglądy te – uzasadnione na gruncie art. 391 k.c. – nie przystają do konstrukcji takiej gwarancji bankowej. Jedyne ryzyko, jakie ponosi bank-gwarant to to, że spełni świadczenie, którego nie zwróci mu zleceniodawca ze względu na swą niewypłacalność (jest to ryzyko niewypłacalności), co zmniejsza ryzyko beneficjenta⁹¹⁰.

Oczywiście jest możliwe, że gwarancja bankowa nie stanowi zabezpieczenia wiarytelności (spełnienia świadczenia), lecz ma właśnie na celu zagwarantowanie beneficjentowi określonego rezultatu niezależnego od określonego stosunku umownego (np. uzyskanie dochodu z określonego przedsięwzięcia). Może się też zdarzyć, że gwarancja bankowa zobowiązuje do naprawienia szkody niezależnie od określonego stosunku prawnego (np. na wypadek deliktu), a suma pieniężna stanowi ryczałt odszkodowawczy. Wtedy rzeczywiście można twierdzić, że gwarant ponosi ryzyko określonego przedsięwzięcia (oczywiście jeżeli nie przysługuje mu roszczenie zwrotne). Tego rodzaju sytuacje w praktyce bankowej nie są typowe. Ponadto nawet w takich przypadkach nie można powiedzieć, że gwarant zobowiązuje się do tego, że

(red.), System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, Warszawa 2004, s. 519; krytycznie do poglądów A. Kocha ustosunkował się **S. Czarnecki**, *Charakter prawny gwarancji bankowej „na pierwsze żądanie” (cz. I)*, Prawo Bankowe 2005, nr 2, s. 71-72. Funkcja odszkodowawcza gwarancji jest przyjmowana także w obcych systemach prawnych – co do uwag porównawczych zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2504.

⁹⁰⁸ Tak w definicji gwarancji (obejmującej także gwarancje bankowe) **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 94-95.

⁹⁰⁹ Zob. np. **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 271.

⁹¹⁰ Por. **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 763 (autor trafnie wskazuje, że gwarancja zabezpiecza wierzyciela nie tylko przed normalnym ryzykiem kontraktowym (niewypłacalność i nienależyte wykonanie zobowiązania), ale także przed ryzykiem procesowym i dowodowym).

osoba trzecia spełnieni świadczenie (w sensie technicznoprawnym⁹¹¹) albo zaciągnię zobowiązanie (czego dotyczy art. 391 k.c.).

c) Gwarancja bankowa a przekaz

Zdaniem niektórych autorów, umowa gwarancji oparta jest na konstrukcji przekazu⁹¹², który – według części doktryny – może służyć nie tylko jako instrument uproszczenia obrotu dzięki zastąpieniu dwóch świadczeń jednym, ale także instrument zabezpieczenia wykonania zobowiązania przekazyującego względem odbiorcy przekazu⁹¹³. Zgodnie z tą koncepcją zlecenie udzielenia gwarancji stanowiłoby zarówno ofertę zawarcia umowy zlecenia, jak i oświadczenie o przekazaniu świadczenia (art. 921¹ k.c.), w którym zleceniodawca (przekazujący) upoważniałby bank (przekazany) do dokonania zapłaty na rzecz beneficjenta gwarancji (odbiorca przekazu), a tego ostatniego – do przyjęcia tego świadczenia. Oświadczenie banku o udzieleniu gwarancji oznaczałoby przyjęcie przekazu⁹¹⁴.

⁹¹¹ A takie uznaje się za właściwe na gruncie art. 391 k.c. – zob. **E. Łętowska**, *Umowa o świadczenie przez osobę trzecią*, Warszawa 1970, s. 40-41 (autorka dopuszczała stosowanie tego przepisu w drodze analogii do przypadków, w których przedmiotem umowy gwarancyjnej jest przyjęcie przez gwaranta odpowiedzialności za nie mieszczące się w ramach stosunku zobowiązaniowego zachowanie innej osoby albo za osiągnięcie rezultatu, nie będącego ludzkim zachowaniem).

⁹¹² Zob. **M. Olechowski**, *Charakter prawny gwarancji bankowej*, PiP 1997, z. 6, s. 72 i n.; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 339; tak też ostatecznie – ze względu na podobieństwo gwarancji bankowej i akredytywy - **W. Srokosz**, *Charakter prawny gwarancji bankowej w świetle nowego prawa bankowego*, PPH 2000, nr 2, s. 46. Ewentualności oparcia gwarancji bankowej na przekazie nie wyklucza także **M. Bączyk**, *Glosa do wyroku SN z 16 kwietnia 1996 r. (II CRN 38/96)*, *Prawo Bankowe* 1997, nr 2, s. 55-56.

⁹¹³ Zob. **M. Olechowski**, *Charakter prawny gwarancji bankowej*, PiP 1997, z. 6, s. 76-77; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 339; **W. Srokosz**, *Charakter prawny gwarancji bankowej w świetle nowego prawa bankowego*, PPH 2000, nr 2, s. 44. Odmiennie **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 516 (zdaniem autora, przekaz – inaczej niż gwarancja - pełni funkcję płatniczą); podobne zastrzeżenie formułuje **S. Czarniecki**, *Charakter prawny gwarancji bankowej „na pierwsze żądanie” (cz. I)*, *Prawo Bankowe* 2005, nr 2, s. 73; **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 185.

⁹¹⁴ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 339; **M. Olechowski**, *Charakter prawny gwarancji bankowej*, PiP 1997, z. 6, s. 72.

Rozwiązanie takie nie zostało wykluczone w jednym z wcześniejszych orzeczeń Sądu Najwyższego. W wyroku z dnia 22 stycznia 2002 r.⁹¹⁵ Sąd Najwyższy stwierdził mianowicie, że „Przepisy Prawa czekowego i kodeksu cywilnego o przekazie, których naruszenie skarżący zarzucił, a czego bliżej nie uzasadnił, nie zostały zastosowane przez Sąd Apelacyjny, aczkolwiek niektóre zostały powołane w uzasadnieniu wydanego przezeń wyroku. W stanie faktycznym stanowiącym podstawę wydania tego wyroku wymienione przepisy nie mają bezpośredniego zastosowania, w sprawie rozważenia wymagała bowiem kwestia odpowiedzialności pozwanego Banku względem powoda z tytułu gwarancji czekowej. Dla wyjaśnienia jej istoty, jako szczególnej postaci gwarancji bankowej, mogłyby być przydatne przepisy dotyczące przekazu, niektórzy przedstawiciele doktryny objaśniają bowiem instytucję gwarancji bankowej za pomocą konstrukcji przekazu. Kasacja nie przytacza jednakże żadnych argumentów wspierających ten pogląd, które przeniesione na grunt stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy świadczyłyby o naruszeniu przez Sąd Apelacyjny wskazanych w niej przepisów kodeksu cywilnego o przekazie”.

Omawiana koncepcja została jednak trafnie odrzucona przez większość doktryny⁹¹⁶ ze względu na to, że w jej świetle skuteczność przyjęcia przekazu (udzielenia gwarancji) byłaby uzależniona od istnienia przekazu (istnienia i skuteczności oświadczenia o zleceniu gwarancji)⁹¹⁷ (zgodnie z art. 921² § 2 k.c. przekazany może powoływać się na zarzuty wynikające z treści przekazu).

⁹¹⁵ V CKN 637/00, OSNC 2003, nr 4, poz. 49.

⁹¹⁶ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 185; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 776-777.

⁹¹⁷ Zob. **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 776; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 516; **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 138; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 339. Por. jednak **M. Olechowski**, *Charakter prawny gwarancji bankowej*, PiP 1997, z. 6, s. 75 (zdaniem autora, przekazany może zaostriżyć swoją odpowiedzialność w stosunku do treści przekazu przez wyłączenie zarzutów z niej wynikających, co skutkować będzie abstrakcyjnością zobowiązania gwaranta).

d) Gwarancja bankowa a akredytywa

Zabezpieczający cel gwarancji bankowej odróżnia tę instytucję od akredytywy dokumentowej, która pełni funkcję zabezpieczającą i płatniczą⁹¹⁸ oraz od akredytywy pieniężnej, która nie służy ani zabezpieczeniu wierzytelności, ani rozliczeniu transakcji handlowych, lecz ma zapewnić beneficjentowi możliwość uzyskania gotówki od wskazanego w treści akredytywy banku lub banków⁹¹⁹.

W obrocie międzynarodowym funkcję podobną do gwarancji bankowej pełni natomiast wykształcona z akredytywy dokumentowej akredytywa standby (*standby letter of credit*)⁹²⁰, regulowana przez ISP 98⁹²¹ i określana w art. 85 ust. 4 p.b. jako akredytywa zabezpieczająca⁹²². Przez niektórych autorów jest ona uznawana za szczególny rodzaj gwarancji bankowej⁹²³, w związku z czym odrębne jej uregulowanie w art. 85 ust. 4 p.b. uznaje się za zbędne⁹²⁴ (bezpprzedmiotowe)

⁹¹⁸ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 308; podobnie **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 803; **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 186-187 (zdaniem autora, w przypadku akredytywy funkcja zabezpieczająca ma zawsze znaczenie drugorzędne w stosunku do funkcji płatniczej). Funkcję płatniczą akcentuje się także w obcych porządkach prawnych – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2703.

⁹¹⁹ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 308.

⁹²⁰ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 321, 380.

⁹²¹ Zob. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 373.

⁹²² **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 376.

⁹²³ Zob. **A. Stangret**, *Charakter prawny stosunku akredytywy*, [w:] E. Gniewek (red.), *O źródłach i elementach stosunków cywilnoprawnych*, Kraków 2000, s. 304-305; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 807-808. Por. też **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 380 (zdaniem autora, różnice między gwarancją bankową a akredytywą zabezpieczającą „wydają się drugorzędne i mają raczej charakter techniczny (dotyczą np. zabezpieczonego ryzyka, rodzajów wymaganych dokumentów, wzorów oświadczeń składanych przez banki). Por. też **W. Srokosz**, *Charakter prawny gwarancji bankowej w świetle nowego prawa bankowego*, PPH 2000, nr 2, s. 44 (zdaniem autora, można na gruncie obowiązującego prawa bankowego uznać gwarancję bankową za szczególny rodzaj akredytywy zabezpieczającej).

⁹²⁴ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 380.

i wskazuje się, że należy do niej stosować przede wszystkim przepisy i zasady odnoszące się do gwarancji bankowych⁹²⁵.

Warto również wspomnieć, że bliskość gwarancji bankowej i akredytywy *stand by* dostrzeżono także w ramach regulacji o charakterze międzynarodowym, co potwierdza zakres regulacji Konwencji o gwarancjach niezależnych oraz akredytywach zabezpieczających z 1995 r. oraz okoliczność, że w ramach regulacji DCFR dotyczących zabezpieczenia niezależnego postanowiono wprost, iż mają one zastosowanie także do akredytyw *stand by* (art. IV.G. – 3:101 (1) DCFR)⁹²⁶.

Wszystkie te wskazówki przemawiają *de lege ferenda* za zlikwidowaniem dualizmu regulacji gwarancji bankowej i akredytyw zabezpieczających.

e) Gwarancja bankowa a kumulatywne przystąpienie do długu

Charakteryzując *essentiale negotii* gwarancji bankowej należy mieć na względzie potrzebę jego odróżnienia od kumulatywnego przystąpienia do długu, którego dopuszczalność nie wzbudza wątpliwości⁹²⁷, choć nie jest regulowana przez kodeks cywilny (wzmiankę o nim zawierał art. 183 § 3 k.z.).

Odróżnienie jest konieczne choćby dlatego, że ustawa nie przewiduje formy pisemnej dla umowy o przystąpienie do długu⁹²⁸.

Zobowiązanie przystępującego do długu ma – podobnie jak zobowiązanie gwaranta - charakter samodzielny⁹²⁹. Podstawowa różnica względem gwarancji polega jednak na tym, że przyjmuje się przeważnie, iż umowne przystąpienie do długu przez dodatkowego dłużnika prowadzi do powstania więzi solidarnej po

⁹²⁵ Tak **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 808.

⁹²⁶ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2698.

⁹²⁷ **A. Szpunar**, *Forma umowy poręczenia*, Rejent 1994, nr 7-8, s. 24; **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 191.

⁹²⁸ **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 21; **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 192.

⁹²⁹ **A. Szpunar**, *Forma umowy poręczenia*, Rejent 1994, nr 7-8, s. 24; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 21; **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 192; por. też **M. Bącznyk**, *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*, Toruń 1982, s. 27 wraz z przypisem 4 na s. 40.

pasywnej stronie zobowiązania⁹³⁰, nawet jeżeli skutek taki nie został wyraźnie zastrzeżony w treści umowy⁹³¹. W rezultacie do przystąpienia do długu znajduje zastosowanie art. 376 k.c.

Ponadto gwarant odpowiada do określonej w gwarancji sumy gwarancyjnej, a przystępujący do długu odpowiada jak dłużnik główny⁹³². Zdaniem niektórych autorów, różnica polega także na tym, że kumulatywne przystąpienie do długu zabezpiecza dług, a gwarancja zabezpiecza świadczenie, w związku z czym skuteczne przystąpienie do długu – inaczej niż gwarancja – wymaga istnienia wierzytelności w momencie przystąpienia⁹³³.

Odróżnienie gwarancji bankowej od kumulatywnego przystąpienia do długu w charakterze dłużnika solidarnego nie powinno nastęrczać wątpliwości, ponieważ dla tego drugiego charakterystyczny jest własny interes w zaciągnięciu zobowiązania albo w spełnieniu świadczenia przez dotychczasowego dłużnika⁹³⁴. Interes taki – który nie może być utożsamiany z uzyskaniem przez bank prowizji – nie występuje w zasadzie w przypadku gwarancji bankowej.

⁹³⁰ Różnicę tę akcentuje **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 192-193.

⁹³¹ **P. Drapała**, *Glosa do wyroku z dnia 12 października 2001 r. (V CKN 500/00)*, PS 2002, nr 10, s. 119-121 (zdaniem autora, skutek taki „wynika z juretycznej istoty konstrukcji kumulatywnego przystąpienia do długu oraz celu umowy zawieranej między stronami. W konsekwencji skutek ten należy domniemywać, jeżeli brak odmiennych zastrzeżeń w umowie o objęcie długu”) i tam przywoływany odmiennie poglądy. Taki skutek kumulatywnego przystąpienia w charakterze współdłużnika przeważa również w obcych, europejskich systemach prawnych - zob. uwagi prawnoporównawcze **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2541-2543, 2545-2546 (tak w Austrii, Niemczech, Holandii, a także – w sferze praktycznych skutków – w Belgii, Francji, Portugalii i Hiszpanii; we Włoszech, w których przyjęto model solidarnej odpowiedzialności poręczyciela, kumulatywne przystąpienie do długu jest bardzo trudne do odróżnienia od poręczenia; decyduje tam istnienie własnego interesu przystępującego, za którego istnieniem przemawia np. odpłatność przystąpienia; przystąpienie – w odróżnieniu od poręczenia - skutkuje tam subsydiarną odpowiedzialnością dotychczasowego dłużnika w tym sensie, że wierzyciel musi zażądać świadczenia najpierw od przystępującego (nie musi jednak podejmować prób zaspokojenia)).

⁹³² **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 193.

⁹³³ **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 193; zob. też **M. Olechowski**, *Charakter prawny gwarancji bankowej*, PIP 1997, z. 6, s. 66.

⁹³⁴ **A. Szpunar**, *Forma umowy poręczenia*, Rejent 1994, nr 7-8, s. 25; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 21. Por. też **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2493. W rezultacie nie powinno budzić wątpliwości odróżnienie gwarancji bankowej od „wielości dłużników dla celów zabezpieczenia”, niezależnie od tego, że racja bytu tej instytucji (jako odrębnej od solidarności dłużników) w prawie polskim wydaje się mocno wątpliwa.

C. Przesłanki skuteczności gwarancji bankowej

1. Minimalny zakres konsensu i związane z nim ograniczenia autonomii woli

Nie powinno budzić wątpliwości co do tego, że zobowiązanie z gwarancji bankowej – jak każde zobowiązanie – dochodzi do skutku w zasadzie tylko wtedy, gdy strony osiągnęły minimalny zakres konsensu⁹³⁵, a więc zakres pozwalający na stwierdzenie kto, względem kogo i do czego jest zobowiązany⁹³⁶.

W przypadku gwarancji bankowej oznacza to w szczególności, że oznaczone albo oznaczalne (najpóźniej w chwili, w której aktualizuje się zobowiązanie gwaranta) muszą być strony zobowiązania⁹³⁷ oraz zobowiązanie gwaranta.

Wymagania te wynikają z zasad ogólnych konstruowania umowy i nie stanowią właściwego ograniczenia swobody umów. Ustawodawca może jednak dodatkowo zawężyć swobodę stron, co uzasadnia przesłanie regulacji prawa bankowego także pod tym kątem.

a) Określenie stron stosunku

(1) *Bank jako gwarant*

W świetle ogólnej definicji z art. 81 ust. 1 p.b. oraz zaliczenia gwarancji bankowej do czynności bankowych zastrzeżonych wyłącznie dla banków (art. 5 ust. 1

⁹³⁵ Por. **Z. Radwański**, [w:] Z. Radwański (red.), *System prawa prywatnego, t. 2, Prawo cywilne-część ogólna*, Warszawa 2008, s. 226 (autor wskazuje, że bez określenia przynajmniej w minimalnym zakresie zamierzonych skutków prawnych, oświadczenia podmiotów nie można uznać za dokonanie czynności prawnej).

⁹³⁶ Przesłanki te są ujmowane przez niektórych autorów jako współdecydujące o tym, czy treść czynności prawnej jest dozwolona- zob. **M. Gutowski**, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2006, s. 216; podobnie **P. Machnikowski**, [w:] E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny, t. I, Komentarz*, Warszawa 2006, s. 132.

⁹³⁷ Zob. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 329.

pkt 4 p.b.) nie budzi wątpliwości, że po stronie gwaranta powinien występować zawsze bank (ew. instytucja finansowa wskazana w art. 4 pkt 7 p.b.)⁹³⁸.

Nie budzi także raczej wątpliwości, że art. 5 ust. 4 p.b. wyłącza możliwość prowadzenia działalności gospodarczej polegającej na udzielaniu gwarancji o treści takiej samej jak gwarancje bankowe⁹³⁹, co dotyczy jednak sfery publicznoprawnej⁹⁴⁰.

Dyskusyjna jest natomiast kwestia, czy na gruncie prawa prywatnego dopuszczalne jest udzielenie gwarancji o treści tożsamej z gwarancją bankową przez podmiot inny niż bank.

W wyroku z dnia 16 kwietnia 1996 r.⁹⁴¹, a więc pod rządem prawa bankowego z 1989 r., Sąd Najwyższy wskazał, że tzw. gwarancja samoistna, nieodwołalna, bezwarunkowa i płatna na pierwsze żądanie „...znajduje na gruncie prawa polskiego mocne zaczepienie w zasadach autonomii stron oraz swobody kontraktowania (...). Należy zarazem wyraźnie podkreślić, że z wymienionych zasad nie wynikają żadne przesłanki mogące uzasadnić podmiotowe ograniczenia gwarancji samoistnej, zarówno w odniesieniu do gwaranta, gwarantariusza, jak i zlecciodawcy gwarancji. Z tych przyczyn nie do przyjęcia jest zapatrywanie, że - regulujące gwarancję bankową - powołane na wstępie przepisy Prawa bankowego, do których należałoby jeszcze dodać przepis art. 37 pkt 3 ustawy z dnia 31 stycznia 1989 r. o Narodowym Banku Polskim (jedn. tekst: Dz. U. z 1992 r. Nr 72, poz. 360 ze zm.), oznaczają zarazem zakaz, czy - jak chce wnoszący rewizję nadzwyczajną - niedopuszczalność prowadzenia działalności gwarancyjnej przez inne niż banki podmioty prawa cywilnego (np. przez zakłady ubezpieczeń albo Skarb Państwa personifikowany przez określone instytucje rządowe, itp.)”.

⁹³⁸ Zob. **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 269; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 757. Szczegółowo co do dopuszczalności udzielania gwarancji przez poszczególne typy banków zob. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 310-311.

⁹³⁹ Tak **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 758-759.

⁹⁴⁰ Zob. **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 759.

⁹⁴¹ II CRN 38/96, OSNC 1996, nr 9, poz. 122.

Pogląd, zgodnie z którym podstawę do udzielenia gwarancji tożsamych z gwarancjami bankowymi (określa się je niekiedy jako gwarancje autonomiczne, niezależne⁹⁴²) stanowi swoboda umów, reprezentowany jest również przez doktrynę⁹⁴³.

Warto również wspomnieć, że ze względu na ogólny charakter regulacji także definicja z DCFR nie zawęża pojęcia niezależnego zabezpieczenia osobistego do zabezpieczeń udzielanych przez określone osoby, choć jej twórcy byli świadomi, że w praktyce zabezpieczenia takie są udzielane przez przedsiębiorców i podmioty profesjonalne⁹⁴⁴.

Kwestia wydaje się rzeczywiście dyskusyjna. W ramach tej dyskusji należy jednak uwzględnić, co pomija doktryna, art. 170 p.b., zgodnie z którym „1. Wykonywanie czynności bankowych bez zezwolenia nie stanowi podstawy do pobierania oprocentowania, prowizji, opłat ani innego wynagrodzenia. 2. Kto otrzymał oprocentowanie, prowizję, opłatę lub inne wynagrodzenie za czynności, o których mowa w ust. 1, jest zobowiązany do ich zwrotu”. Przepis ten zdaje się przesądzać, że zawarcie umowy o treści tożsamej z gwarancją bankową przez podmiot nieuprawniony nie powoduje nieważności tej umowy, lecz to, iż gwarant nie może żądać z tego tytułu zapłaty przez zleceniodawcę prowizji, a w razie, gdy ją pobrał, podlega ona zwrotowi.

⁹⁴² Zob. **M. Pyziak-Szafnicka**, *Gwarancja autonomiczna*, 1994, nr 2, s. 17 i n.

⁹⁴³ Tak pod rządą prawa bankowego z 1989 r. **M. Pyziak-Szafnicka**, *Gwarancja autonomiczna*, 1994, nr 2, s. 17; **A. Szpunar**, *Glosa do wyroku SN z dnia 16 kwietnia 1996 r. (II CRN 38/96)*, PS 1997, nr 6, s. 94; **A. Koch**, *Umowa gwarancji bankowej jako postać umowy o świadczenie przez osobę trzecią (art. 391 k.c.)*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci profesora Leopolda Steckiego*, Toruń 1997, s. 430; *de lege lata* **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 117-118; **M. Baczyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1224; **G. Tracz, J. Pisuliński**, *Umowa gwarancji*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 330; **R. Szostak**, *Poręczenia i gwarancje wadialne (na tle zamówień publicznych)*, PS 1999, nr 1, s. 14-15. Tak też ostatecznie – choć nie bez wątpliwości - **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 759.

⁹⁴⁴ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2487.

(2) Sposób oznaczenia beneficjenta gwarancji

Nie powinno być wątpliwości także co do tego, że umowa gwarancji powinna określać także osobę beneficjenta gwarancji. Nie wydaje się jednak by osoba ta musiała być ściśle zindywidualizowana w umowie⁹⁴⁵, a za wystarczające – zgodnie z zasadami ogólnymi – należy uznać to, że osoba ta będzie oznaczalna najpóźniej w chwili, w której aktualizuje się zobowiązanie poręczyciela.

b) Określenie zobowiązania (zobowiązanie pieniężne)

Z art. 81 ust. 1 p.b. wynika – i potwierdza to doktryna – że koniecznym elementem umowy gwarancyjnej jest zobowiązanie banku gwaranta wobec beneficjenta gwarancji do zapłacenia mu – na jego żądanie - określonej sumy pieniężnej⁹⁴⁶.

Określenie sumy gwarancyjnej zaliczane jest przeważnie do elementów koniecznych gwarancji bankowej⁹⁴⁷, co dotyczy także wskazania waluty⁹⁴⁸.

⁹⁴⁵ Por. jednak **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1202-1203 (autor wskazuje, że beneficjentem gwarancji jest zawsze podmiot imiennie określony w umowie gwarancyjnej).

⁹⁴⁶ Zob. **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 269-270.

⁹⁴⁷ Zob. **M. Pyziak-Szafnicka**, *Gwarancja autonomiczna*, 1994, nr 2, s. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 217, 220; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 329-330 (autor wskazuje, że oświadczenie gwaranta powinno określać m.in. kwotę i walutę, do której zapłaty zobowiązuje się bank); **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 774; **I. Ciepela**, *Gwarancja bankowa*, *Biuletyn Bankowy* 1999, nr 5 (dodatek do MoP 1999, nr 7), s. 9; por. też **M. Pyziak-Szafnicka**, *Gwarancja autonomiczna*, 1994, nr 2, s. 24-25 (autorka opowiada się bezwzględnie za koniecznością określenia sumy gwarancyjnej, traktując to jako istotny element wyrażający wolę zerwania zależności między zobowiązaniem gwaranta i zabezpieczaną wierzytelnością, pozwalający na odróżnienie poręczenia i gwarancji). Por. też dotyczący gwarancji ubezpieczeniowej wyrok SN z dnia 14 stycznia 2004 r., I CK 102/03, LEX nr 163973 (Sąd wskazał w nim, że „...do elementów przedmiotowo istotnych, które powinny znaleźć się w oświadczeniu gwaranta, należy zaliczyć określenie przedmiotu zobowiązania gwarancji, a więc wskazanie rezultatu, który gwarant zabezpiecza - jak i wskazanie sumy gwarancyjnej, którą zobowiązuje się zapłacić”).

⁹⁴⁸ Zob. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 329-330 (autor wskazuje, że oświadczenie gwaranta powinno określać m.in. kwotę i walutę, do której zapłaty zobowiązuje się bank). Por. też dotyczący gwarancji ubezpieczeniowej wyrok SN z dnia 14 stycznia 2004 r., I CK 102/03, LEX nr 163973 (Sąd wskazał w nim, że „...do elementów przedmiotowo istotnych, które powinny znaleźć się w oświadczeniu gwaranta, należy zaliczyć określenie przedmiotu zobowiązania gwarancji, a więc

Reprezentowany jest jednak również pogląd, że wysokość zobowiązania gwaranta zabezpieczającego spłatę kredytu może być określona pośrednio przez określenie kwoty kredytu⁹⁴⁹.

Ponadto, zdaniem niektórych autorów, udzielenie gwarancji bez określenia w niej sumy gwarancyjnej w sytuacji, w której gwarantowany rezultat polegał na tym, że osoba trzecia zaciągnie zobowiązanie albo spełni świadczenie, będzie miało taki skutek, że znajdzie tu zastosowanie art. 391 k.c.⁹⁵⁰. Pogląd ten wydaje się uzasadniony.

Pewna wątpliwość może dotyczyć tego, czy zobowiązanie gwaranta musi być zawsze zobowiązaniem pieniężnym⁹⁵¹, jak stanowi art. 84 p.b., skoro w myśl art. 86a p.b. art. 84 p.b. ma zastosowanie, „jeżeli strony umowy nie postanowią inaczej”⁹⁵². Sugestia ta powinna być jednak odrzucona, skoro o zobowiązaniu do zapłaty sumy pieniężnej stanowi już art. 81 ust. 1 p.b.⁹⁵³ (w doktrynie wskazuje się, że jest to przepis bezwzględnie wiążący⁹⁵⁴). Należy w związku z tym uznać, że zastrzeżenie o pieniężnym charakterze zobowiązania, poczynione w art. 84 p.b. dotyczy tylko poręczenia. *De lege ferenda* warto wspomnieć, że objęcie tym przepisem gwarancji należy uznać za zbędne, a nawet błędne i w tym zakresie przepis powinien zostać uchylony⁹⁵⁵.

wskazanie rezultatu, który gwarant zabezpiecza - jak i wskazanie sumy gwarancyjnej, którą zobowiązuje się zapłacić”).

⁹⁴⁹ Tak **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności*, Warszawa 2005, s. 187.

⁹⁵⁰ Tak **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 105; **R. Szostak**, *Poręczenia i gwarancje wadialne (na tle zamówień publicznych)*, PS 1999, nr 1, s. 24.

⁹⁵¹ Twierdząco **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności*, Warszawa 2005, s. 178.

⁹⁵² Por. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 362-363.

⁹⁵³ Por. **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1197.

⁹⁵⁴ Zob. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 399.

⁹⁵⁵ Por. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 363-364 (autor postuluje uchycenie art. 84 p.b.); tak też **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1196.

c) Oznaczenie przedmiotu zabezpieczenia

Na wstępie uwag dotyczących gwarancji bankowej wyjaśniono, że gwarancja ma cel zabezpieczający. Z tego względu jest niezbędnym elementem jest określenie przedmiotu zabezpieczenia, którym – jak wyjaśniono - może być nie tylko wierzytelność, ale także osiągnięcie rezultatu niezwiązanego z określonym stosunkiem prawnym. W doktrynie trafnie podkreśla się zatem, że treść gwarancji powinna określać także rodzaj zdarzenia (rezultat), który gwarancja ma zabezpieczać⁹⁵⁶ (cel zabezpieczenia⁹⁵⁷). Konieczność wskazania zabezpieczanego stosunku uznawana jest także we Francji, Grecji i Włoszech⁹⁵⁸.

Pogląd ten przeniknął do judykatury. W dotyczącym gwarancji ubezpieczeniowej wyroku z dnia 14 stycznia 2004 r.⁹⁵⁹ Sąd Najwyższy wskazał mianowicie, że „...do elementów przedmiotowo istotnych, które powinny znaleźć się w oświadczeniu gwaranta, należy zaliczyć określenie przedmiotu zobowiązania gwarancji, a więc wskazanie rezultatu, który gwarant zabezpiecza - jak i wskazanie sumy gwarancyjnej, którą zobowiązuje się zapłacić”.

W odniesieniu do najczęstszego przypadku, w którym gwarancja zabezpiecza wierzytelność beneficjenta gwarancji, jej celem jest zabezpieczenie należności przysługujących beneficjentowi w ramach stosunku podstawowego. Wprawdzie – jak wyjaśniono – powstanie i wymagalność tych należności nie przesądza zwykle o aktualizacji zobowiązania gwaranta (decydują tu zazwyczaj przesłanki formalne, choć nie zawsze tak być musi), jednakże w razie spełnienia świadczenia przez gwaranta oznaczenie przedmiotu zabezpieczenia ma istotne znaczenie dla określenia relacji,

⁹⁵⁶ **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 217, 219; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 329; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 774. Por. też **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności*, Warszawa 2005, s. 181 (autorka wskazuje, że w gwarancji powinna być określona wierzytelność, która ma być zabezpieczona gwarancją).

⁹⁵⁷ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 329; por. też **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 774.

⁹⁵⁸ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2701-2702.

⁹⁵⁹ I CK 102/03, LEX nr 163973.

w ramach której świadczenie to ma być rozliczone, jak również dla oceny czy żądanie beneficjenta nie stanowi nadużycia prawa.

Przedmiot zabezpieczenia może być określony na różne sposoby. Przeważnie gwarancja zabezpiecza określone wierzytelności pieniężne, które obejmują zarówno należność główną jak i ewentualne odsetki (w braku odmiennego postanowienia należy uznać, że wola zabezpieczenia świadczenia głównego nie obejmuje jednak zapłaty odsetek za opóźnienie⁹⁶⁰). Sytuacja taka ma miejsce także wówczas, gdy przedmiotem zabezpieczenia jest zobowiązanie do zapłaty kary umownej zabezpieczającej wykonanie zobowiązania niepieniężnego albo związane z niewykonaniem zobowiązania głównego koszty świadczenia zastępczego. Jeżeli przedmiotem zabezpieczenia jest wykonanie zobowiązania niepieniężnego⁹⁶¹, w którym nie zastrzeżono kary umownej, ze względu na pieniężny charakter zobowiązania gwaranta należy wówczas przyjąć, że celem świadczenia gwaranta jest zabezpieczenie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania⁹⁶² (dotyczy to także gwarancji zabezpieczającej świadczenia osobiste⁹⁶³).

⁹⁶⁰ Ze względu na pewność i szybkość zaspokojenia wierzyciel może wszak w prosty sposób uniknąć narastania tych odsetek.

⁹⁶¹ Możliwość taką dopuszcza się w doktrynie - zob. **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 479.

⁹⁶² Por. **A. Szpunar**, *Glosa do uchwały składu 7 sędziów SN z 16 IV 1993, III CZP 16/93*, PiP 1993, z. 9, s. 108 (autor wskazuje, że w obrocie mogą występować gwarancje, w których sankcja będzie polegać na wypłacie odszkodowania i odnosi to do gwarancji wykonania przez dłużnika zobowiązania niepieniężnego). Por. też **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2504.

⁹⁶³ Sytuacja jest tu podobna do zabezpieczenia wierzytelności osobistych poręczeniem. W doktrynie przyjmuje się, że w takiej sytuacji poręczyciel odpowiada za następstwa niewykonania zobowiązania przez dłużnika głównego, w szczególności za szkodę - tak **F. Zoll**, *Zobowiązania w zarysie*, Warszawa 1945, s. 125; **A. St. Ważbiński**, *Umowa poręczenia w nowym kodeksie cywilnym PRL*, PUG 1964, nr 8-9, s. 210; **M. Piekarski**, [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2*, Warszawa 1972, s. 1709; **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 427-428; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 46; **M. Sychowicz**, [w:] G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom II, Warszawa 2009, kom. do art. 876, pkt 4; por. też **J. Namitkiewicz**, *Kodeks zobowiązań. Komentarz dla praktyki*, t. II, Łódź 1949, s. 474-475 (zdaniem autora jest tak już wtedy, gdy świadczenie nie zostało spełnione w terminie, a nie tylko wtedy, gdy się dopiero okaże niemożliwe). Podobnie w wielu obcych systemach prawnych poręczenie za zobowiązanie niepieniężne poręczyciel zobowiązuje się do zapłaty odszkodowania wierzycielowi w takim samym zakresie, a w jakim zobowiązany będzie dłużnik - zob. uwagi prawnoporównawcze **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2503-2504, 2589. Por. też Tak **Z. Radwański**,

W przypadku, w którym przedmiot zabezpieczenia określono ogólnie, jako wierzytelność z określonego stosunku, należy uznać, że celem gwarancji (i tym samym świadczenia gwaranta) jest zabezpieczenie wszystkich należności pieniężnych (pierwotnych lub wtórnych)⁹⁶⁴. Podobnie, gdy – co uznaje się za dopuszczalne⁹⁶⁵ – przedmiot zabezpieczenia został ujęty globalnie jako wszelkie należności przysługujące wierzycielowi w relacji do dłużnika.

Przedmiotem zabezpieczenia mogą być także roszczenia odszkodowawcze związane z niedojściem umowy do skutku (np. zapłata wadium⁹⁶⁶, odszkodowanie z tytułu *culpa in contrahendo*) ew. z brakiem zwrotu nienależnego świadczenia. Nie mogą być nim natomiast zobowiązania niezaskarżalne.

Z punktu widzenia celu świadczenia gwaranta istotne jest podkreślenie, że może ono zaspokajać interes beneficjenta tylko w takim zakresie, w jakim podlegał on uwzględnieniu w ramach stosunku podstawowego w ten sposób, że stanowił źródło roszczeń przeciwko dłużnikowi głównemu. Jeżeli zatem zobowiązanie dłużnika głównego wygaśnie bez winy dłużnika (np. ze względu na następczą niemożliwość świadczenia), beneficjent może zatrzymać sumę gwarancyjną jako rekompensatę szkód związanych z ekonomicznym „niepowodzeniem przedsięwzięcia” tylko wtedy, gdy ze stosunku podstawowego wynika, iż ryzyko to obciążało dłużnika⁹⁶⁷. Może być problematyczne, w jakim stopniu samo zastrzeżenie w stosunku podstawowym zabezpieczenia w postaci gwarancji jest wyrazem dążenia

[w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 433 (zdaniem autora, w przypadku poręczenia za wierzytelność przyszłą niepieniężną o charakterze osobistym lub dotyczącą rzeczy indywidualnie oznaczonych odpowiedzialność poręczyciela może być określona tylko w postaci pieniężnej).

⁹⁶⁴ Por. **A. Szpunar**, *Głosa do wyroku SN z dnia 7 stycznia 1997 r. (I CKN 37/96)*, OSP 1997, z. 5, s. 239.

⁹⁶⁵ Dopuszczalność takiego globalnego zabezpieczenia uznają komentatorzy DCFR – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2734.

⁹⁶⁶ Zob. **R. Szostak**, *Poręczenia i gwarancje wadialne (na tle zamówień publicznych)*, PS 1999, nr 1, s. 15.

⁹⁶⁷ Świadczenie gwaranta podlega rozliczeniu także wtedy, gdy dłużnik zawarł z beneficjentem układ, w rezultacie którego dług został umorzony albo częściowo zmniejszony – por. **G. Tracz**, *Głosa do uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 28 kwietnia 1995 r. (III CZP 166/94) oraz do orzeczenia Sądu Najwyższego z 25 stycznia 1995 r. (III CRN 70/94)*, Prawo Bankowe 1996, nr 2, s. 80 (zdaniem autora gwarant nie może powołać się na tę okoliczność).

do przeniesienia ryzyk, za które dłużnik nie odpowiada na zasadach ogólnych (np. następczej niemożliwości świadczenia niezawinionej przez dłużnika).

W tym kontekście należy interpretować spotykane w doktrynie stwierdzenia, że skutkiem gwarancji jest przejęcie przez gwaranta ryzyka transakcji, które ponosi wierzyciel⁹⁶⁸, a w szczególności ryzyka niekorzystnych następstw niespełnienia świadczenia przez dłużnika⁹⁶⁹. W rzeczywistości - w przypadku zabezpieczenia należności ze stosunku podstawowego - chodzi tu tylko o „ryzyko” polegające na niespełnieniu przez dłużnika należnego wierzycielowi świadczenia pierwotnego albo wtórnego (odszkodowawczego)⁹⁷⁰ ew. innych wskazanych należności (np. roszczeń z tytułu zwrotu nienależnego świadczenia). I to określenie nie jest jednak ścisłe: ryzyko gwaranta polega wyłącznie na tym, że jego roszczenie zwrotne do zlecającego nie zostanie zaspokojone.

Istota zobowiązania gwaranta polega na tym, że zapewnia ono beneficjentowi szybki i pewny dostęp do określonej sumy pieniężnej, co stanowi zabezpieczenie objętych gwarancją roszczeń przysługujących beneficjentowi w stosunku do określonego dłużnika⁹⁷¹ (gwarancja pełni tu funkcję zbliżoną do kaucji

⁹⁶⁸ Pod rządem prawa bankowego z 1989 r. zob. uchwałę (7) SN z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93, OSNC 1993, nr 10, poz. 166. W doktrynie zob. **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 271; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 763 (autor wskazuje, że gwarancja zabezpiecza wierzyciela nie tylko przed normalnym ryzykiem kontraktowym (niewypłacalność i nienależyte wykonanie zobowiązania), ale także przed ryzykiem procesowym i dowodowym).

⁹⁶⁹ **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 271.

⁹⁷⁰ Tak też **Cz. Żuławska**, *Gwarancja bankowa. Uwagi o funkcji i konstrukcji*, [w:] *Studia z prawa gospodarczego i handlowego*, Kraków 1996, s. 559-560 (autorka wskazuje, że gwarancja bankowa zabezpiecza nie przed skutkami, jakie w majątku beneficjenta spowoduje niespełnienie świadczenia objętego tą gwarancją, lecz przed samym faktem niewykonania należnego świadczenia z objętej gwarancją wierzytelności). Por. jednak Por. **A. Koch**, *Umowa gwarancji bankowej jako postać umowy o świadczenie przez osobę trzecią (art. 391 k.c.)*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci profesora Leopolda Steckiego*, Toruń 1997, s. 435 (autor wskazuje tam, że funkcja gwarancji bankowej wyraża się w daniu beneficjentowi pewności, iż w przypadku niewystąpienia spodziewanego i oczekiwanego rezultatu działania osoby trzeciej uzyska on wyrównanie gospodarczo niekorzystnych następstw takiego stanu rzeczy; „Świadczenie gwaranta służy bezpośrednio ochronie interesu wierzyciela, który może doznać uszczerbku w wyniku nieprawidłowego zachowania się osoby trzeciej (...). Spełnienie tego świadczenia kompensuje beneficjentowi gwarancji ów uszczerbek w jego interesach gospodarczych. Kompensata taka nie jest więc niczym innym niż faktycznym wyrównaniem szkody będącej następstwem niewłaściwego (niezgodnego z treścią obowiązku) zachowania się osoby trzeciej”).

⁹⁷¹ Por. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 103 (autor wskazuje, że gwarancja stanowi rodzaj zabezpieczenia, pozwalający na szybkie i pewne zaspokojenie się przez beneficjenta).

gotówkowej⁹⁷²). Formalnie uzasadnione świadczenie gwaranta polega zawsze rozliczeniu w stosunku między dłużnikiem a beneficjentem, a kształcie tego rozliczenia decydują prawa i obowiązki stron wynikające ze stosunku podstawowego.

d) Określenie warunków zapłaty

Z art. 81 ust. 1 p.b. wynika, że zobowiązanie gwaranta ma się aktualizować „...po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty”.

W związku z tym nie powinno budzić wątpliwości, że gwarancja bankowa powinna określać wymagania, od których zależy realizacja gwarancji (warunki zapłaty)⁹⁷³, przy czym – jak to już wyjaśniono – przesłankę materialną, dotyczącą stosunku podstawowego (np. niewykonanie zobowiązania przez dłużnika), mogą tu zastępować przesłanki formalne (tak w przypadku gwarancji „na żądanie”), a więc oświadczenia albo dokumenty, jakie ma przedłożyć beneficjent gwarancji⁹⁷⁴.

Treść art. 81 ust. 1 p.b. wskazuje ponadto, że gwarancja powinna również określać formę żądania zapłaty⁹⁷⁵, co oznacza, iż samo wskazanie, że zapłata nastąpi na żądanie beneficjenta jest niewystarczające. Warto wspomnieć, że w imię pewności prawnej⁹⁷⁶ art. IV.G. – 3:103 (1) DCFR, wymaga, by żądanie zapłaty było

⁹⁷² Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 103.

⁹⁷³ Por. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 224 (określenie przesłanek zapłaty sumy gwarancyjnej autor zdaje się zaliczać do elementów niekoniecznych gwarancji).

⁹⁷⁴ **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 270; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 330.

⁹⁷⁵ Tak – jak się wydaje - **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 270; **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wiarytelności*, Warszawa 2005, s. 181.

⁹⁷⁶ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2707.

złożone w formie tekstowej (tzn. w formie umożliwiającej odczytanie i przechowanie informacji zawartej w tekście oraz jej reprodukcję w formie materialnej)⁹⁷⁷.

Wątpliwości może natomiast budzić to, czy niezbędnym elementem „warunków zapłaty” jest oświadczenie beneficjenta o ziszczeniu się warunków, od których uzależniona była zapłata.

Wątpliwości te są tym bardziej uzasadnione, że w ramach regulacji modelowych aktualizację zobowiązania gwaranta uzależnia się niekiedy nie tylko od żądania złożonego w odpowiedniej formie, ale także od oświadczenia o spełnieniu warunków zapłaty (nie jest tu natomiast niezbędne określenie wysokości szkody). Wprawdzie i w tym przypadku bank-gwarant nie bada prawdziwości oświadczenia⁹⁷⁸, ale konieczność jego złożenia może – jak się wskazuje – ograniczać nadużycia ze względu na opory moralne oraz odpowiedzialność karną⁹⁷⁹ (zob. art. 297 k.k.).

Rozwiązanie takie przyjęto również w art. IV.G. – 3:104 (2) DCFR w odniesieniu do niezależnego zabezpieczenia na pierwsze żądanie: zgodnie z tym przepisem udzielający zabezpieczenia jest zobowiązany spełnić świadczenie tylko jeżeli żądaniu zapłaty towarzyszy złożone w formie tekstowej oświadczenie wierzyciela, który wyraźnie potwierdza, że spełnione są wszystkie warunki, od których zależy realizacja zabezpieczenia. Uznano tym samym za niewystarczającą koncepcję przyjętą w art. 15 (3) Konwencji z 1995 r., w myśl którego uważa się, że beneficjent, żądając zapłaty, zaświadcza, iż żądanie nie jest zgłoszone w złej wierze⁹⁸⁰.

Podobną regułę przyjęto w art. 15 URDG 758, który postanawia, że żądanie zapłaty musi być zawsze „oświadczeniem beneficjenta wskazującym na czym polega niewywiązanie się przez zleceniodawcę z jego zobowiązań w ramach gwarancji”;

⁹⁷⁷ Co do form wymaganych w obcych porządkach prawnych zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2709-2710.

⁹⁷⁸ Zob. **M. Olechowski**, *Glosa do wyroku SN z dnia 25 czerwca 1999 r. (II CKN 402/98)*, PUG 2000, nr 7-8, s. 17.

⁹⁷⁹ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2714-2715. Zob. też **A. Zacharzewski**, *Nadużycie gwarancji bankowej przez jej beneficjenta*, Prawo Bankowe 2006, nr 11, s. 46.

⁹⁸⁰ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2715.

konieczność przedstawienia oświadczenia może być wyłączona, jednak wymaga to wyraźnego postanowienia gwarancji⁹⁸¹.

Podobne wymaganie jest uznawane także w praktyce niektórych państw obcych (np. w Holandii)⁹⁸².

Tego rodzaju wymagań prawo polskie nie przewiduje wyraźnie, jednakże niektórzy autorzy zwracają uwagę, że „zgodnie z ukształtowaną praktyką” żądanie zapłaty powinno zawierać także stwierdzenie, że dłużnik nie spłacił określonego w gwarancji długu, „co pozwala gwarantowi powołać się na wspomniane okoliczności”⁹⁸³.

Jak już wspomniano, że już *de lege lata* niektórzy autorzy zdają się bronić dalej idącego poglądu, iż ze względu na formułę z art. 81 p.b., wprost nawiązującą do „warunków zapłaty” i odróżniającą żądanie zapłaty od dokumentów potwierdzających spełnienie „warunków zapłaty”, minimalną przesłanką, dotyczącą gwarancji „na pierwsze żądanie” (a więc, gdy nie jest wymagane przedłożenie dokumentów potwierdzających okoliczności dotyczące stosunku podstawowego), od której – w braku odmiennego postanowienia gwarancji – jest uzależniona skuteczność żądania zapłaty jest oświadczenie beneficjenta o spełnieniu przesłanek materialnych zabezpieczenia⁹⁸⁴ (byłby to jedyny „warunek zapłaty”).

⁹⁸¹ Zob. ICC Polska, *Jednolite Reguły dla Gwarancji Płatnych na Żądanie (URDG 758)*, Publikacja MIH nr 758, Warszawa 2010, s. 21.

⁹⁸² **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2716.

⁹⁸³ **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 273; podobnie **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wiarytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 165 (autorka wskazuje, że „z zasady” do żądania zapłaty powinno być dołączone oświadczenie beneficjenta); por. też **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 240.

⁹⁸⁴ Tak – jak się wydaje - **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 491 (według autora, „warunki zapłaty”, o których mowa w art. 81 p.b. to przesłanki materialne zapłaty, a wymaganie, że beneficjent ma je „spełnić”, a jednocześnie „stwierdzić” dokumentami, oznacza konieczność wykazania – choćby w formie oświadczenia – że materialny wypadek gwarancyjny miał miejsce). Zob. też **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wiarytelności*, Warszawa 2005, s. 183 (autorka wskazuje, że zamieszczenie klauzuli „...zapłacimy Wam nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze Wasze pisemne żądanie” oznacza, iż płatność z gwarancji nie jest uzależniona od złożenia przez beneficjenta jakichkolwiek dokumentów, a wypłata jest uzależniona jedynie od złożenia przez beneficjenta oświadczenia, że jego żądanie jest uzasadnione). Odmiennie – w odniesieniu do gwarancji „na pierwsze żądanie” - **G. Tracz**,

Za taką interpretacją rzeczywiście zdają się przemawiać także względy funkcjonalne. Uzależnienie zobowiązania gwaranta wyłącznie od przesłanek formalnych, zredukowanych w przypadku gwarancji „na pierwsze żądanie” do złożenia żądania w określonej formie, stwarza istotne ryzyko nadużycia gwarancji na niekorzyść zleceniodawcy, który będzie zobowiązany do zwrotu gwarantowi wypłaconej przezeń sumy. Omawiane oświadczenie – nie stanowiące istotnej uciążliwości dla beneficjenta - może stanowić realną barierę przed tego rodzaju nadużyciami.

Kwestia jest jednak kontrowersyjna, a bezwzględne wymaganie już *de lege lata* – mimo braku wyraźnej wskazówki - omawianego oświadczenia może być zagrożeniem dla pewności obrotu, która w dziedzinie gwarancji bankowych jest wartością szczególnej wagi. Z tego względu wymaganie takie należy rozpatrywać jako postulat *de lege ferenda*.

e) Zakres czasowy gwarancji

(1) *Gwarancje terminowe i bezterminowe*

Artykuł 40 ust. 2 p.b. zd. 2 z 1989 r. przewidywał, że „W treści gwarancji określa się w szczególności uprawnienia, jakie z niej wynikają, osobę upoważnioną do wykonywania tych uprawnień, gwarantowaną kwotę oraz termin obowiązywania gwarancji”.

Uchybienie wymaganiu określenia terminu obowiązywania gwarancji mogło być oceniane różnie.

W wyroku z dnia 22 stycznia 2002 r.⁹⁸⁵ Sąd Najwyższy stwierdził – w odniesieniu do gwarancji czekowej, którą uznał za szczególną postać gwarancji

Umowa gwarancji, Kraków 1998, s. 239 (zdaniem autora, oświadczenie takie nie jest konieczne, jeżeli konieczność jego złożenia nie wynika z treści gwarancji).

⁹⁸⁵ V CKN 637/00, OSNC 2003, nr 4, poz. 49.

bankowej - że gwarancja taka jest ważna, mimo że wbrew art. 40 ust. 2 p.b. z 1989 r. nie określa terminu obowiązywania gwarancji.

Także pod rządem prawa bankowego z 1997 r. przeważnie wskazuje się, że określenie terminu obowiązywania gwarancji nie jest elementem koniecznym⁹⁸⁶, a termin taki ustala się jedynie „na ogół”⁹⁸⁷, „z reguły”⁹⁸⁸, „zazwyczaj”⁹⁸⁹ z tym skutkiem, że po upływie terminu zobowiązanie gwaranta wygasa⁹⁹⁰.

Teza o wygaśnięciu zobowiązania w razie upływu terminu wymaga jednak uściślenia, ponieważ zobowiązanie gwaranta wygasa tylko wtedy, gdy przez upływem terminu beneficjent nie zgłosił skutecznego (tzn. prawidłowego) żądania zapłaty⁹⁹¹ (nie wystarczy samo powstanie okoliczności uzasadniających żądanie zapłaty⁹⁹²). Warto przy tym zaznaczyć, że fakt złożenia nieskutecznego żądania nie

⁹⁸⁶ **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 246; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 482; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 774-775; **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wiarytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 158; **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wiarytelności*, Warszawa 2005, s. 182; por. jednak **J. Pisuliński**, *Niektóre zagadnienia związane z gwarancją bankową*, *Prawo Bankowe* 1998, nr 4, s. 39 (autor wskazuje tam, że z przepisów odnoszących się do gwarancji bankowej można wyprowadzić wniosek, iż oświadczenie banku o udzieleniu gwarancji powinno określać termin końcowy, z upływem którego wygasa odpowiedzialność banku wobec beneficjenta gwarancji).

⁹⁸⁷ Tak **Z. Radwański**, **J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 270. Por. też **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 330 (autor wskazuje, że gwarant „może” określić termin obowiązywania gwarancji).

⁹⁸⁸ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 352.

⁹⁸⁹ **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 482.

⁹⁹⁰ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 352.

⁹⁹¹ Zob. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 402; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 482; **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wiarytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 164.

⁹⁹² Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 246-247.

stoi na przeszkodzie ponownemu żądaniu, jeżeli zostało ono złożone w terminie⁹⁹³ (tak też art. 18 (a) URDG 758).

Kwestia ta jest różnie rozstrzygana w obcych porządkach prawnych⁹⁹⁴. Przyjmowanemu przez rodzimą doktrynę zapatrywaniu odpowiada art. IV.G. – 3:107 (1) DCFR, który stanowi, że zabezpieczenia wygasa, jeżeli we wskazanym terminie nie zgłoszono prawidłowego żądania zapłaty; z zawartego tam odesłania do art. IV.G. – 2:108 wynika ponadto, że jeżeli warunki żądania realizacji zabezpieczenia będą spełnione w chwili upływu terminu albo w ciągu 14 dni przed upływem terminu wygaśnięcia zabezpieczenia, żądanie realizacji zabezpieczenia może być zgłoszone jeszcze przed spełnieniem tych warunków, lecz nie wcześniej niż 14 dni przed upływem terminu wygaśnięcia. Jeżeli wierzyciel zgłosił swe żądanie w terminie, jego maksymalna odpowiedzialność jest ograniczona do kwoty, której wierzyciel mógł żądać w chwili upływu terminu⁹⁹⁵.

W braku określenia takiego terminu (tzn. gdy nie oznaczono terminu obowiązywania gwarancji ani nie wynika on z warunków zapłaty) w rodzimej doktrynie przyjmuje się – i pogląd ten nie nastrocza wątpliwości - że zobowiązanie gwaranta ma charakter trwały i może być wygaszone wskutek wypowiedzenia⁹⁹⁶. Podstawą tego zapatrywania jest *de lege lata* art. 365¹ k.c.⁹⁹⁷. Podobne rozwiązanie przyjęto w ramach art. IV.G. – 3:107 (2) DCFR z tym zastrzeżeniem, że termin wypowiedzenia nie może być krótszy niż 3 miesiące⁹⁹⁸.

⁹⁹³ M. Olechowski, *Glosa do wyroku SN z dnia 25 czerwca 1999 r. (II CKN 402/98)*, PUG 2000, nr 7-8, s. 18.

⁹⁹⁴ Zob. Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2735-2737.

⁹⁹⁵ Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2733-2734.

⁹⁹⁶ G. Tracz, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 288-292 (z odwołaniem do ciągłego charakteru zobowiązania gwaranta); J. Pisuliński, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 352; A. Koch, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 513.

⁹⁹⁷ Zob. J. Pisuliński, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 352-353.

⁹⁹⁸ Warto wspomnieć, że problem gwarancji bezterminowych rozwiązano inaczej w art. 25 (c) URDG 758, zgodnie z którym „Jeżeli gwarancja lub regwarancja nie wskazuje żadnej daty wygaśnięcia ani zdarzenia powodującego wygaśnięcie, gwarancja wygasa po upływie trzech lat od daty wystawienia, a regwarancja wygasa [po upływie] 30 dni kalendarzowych po wygaśnięciu gwarancji” - zob. ICC

Wydaje się, że ze względu na wątpliwości co do terminu wypowiedzenia kwestia ta powinna zostać rozstrzygnięta *de lege ferenda*.

Nie budzi natomiast wątpliwości stwierdzenie, że gwarant nie może co do zasady jednostronnie odwołać gwarancji⁹⁹⁹, chyba iż możliwość taką przewidziano w gwarancji¹⁰⁰⁰ (tak też art. 7 ust. 4 Konwencji z 1995 r.).

Zarówno w przypadku wypowiedzenia zobowiązania bezterminowego jak i odwołania gwarancji przewidzianego w umowie należy uznać, że czynności te skutkują *ex nunc* i nie dotyczą objętych gwarancją zobowiązań ze stosunku podstawowego, które powstały przed ich dokonaniem.

W odniesieniu do wypowiedzenia należy ponadto przyjąć, że jego termin powinien być skorelowany z przysługującym beneficjentowi prawem wypowiedzenia stosunku podstawowego, z którego wynikać miały zabezpieczane należności.

Dyskusyjne jest zapatrywanie, że gwarant może także wypowiedzieć stosunek gwarancji z ważnych powodów¹⁰⁰¹. Ze względu na rygoryzm zobowiązania gwaranta pogląd taki wydaje się wystarczających podstaw.

(2) *Przedłużenie terminu gwarancji w miejsce zapłaty*

Prawo bankowe – inaczej niż modelowe regulacje międzynarodowe¹⁰⁰²
(żądanie „przedłuż albo płać”, „*extend or pay*”) – nie reguluje kwestii przedłużenia

Polska, *Jednolite Reguły dla Gwarancji Płatnych na Żądanie (URDG 758)*, Publikacja MIH nr 758, Warszawa 2010, s. 28. Podobne rozwiązanie przewidziano w art. 12 (c) Konwencji z 1995 r., przewidując jednak, że gwarancja wygasa po upływie 6 lat.

⁹⁹⁹ J. Pisuliński, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 327. Zob. też art. 4b URDG 758.

¹⁰⁰⁰ J. Pisuliński, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 327; I. Heropolitańska, *Prawne zabezpieczenie wierzycelności*, Warszawa 2005, s. 184; E. Niezbecka, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzycelności bankowych*, Kraków 2000, s. 150.

¹⁰⁰¹ Tak G. Tracz, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 293.

¹⁰⁰² Zob. art. 23 URDG 758. Reguła ta przewiduje, że jeśli prawidłowe żądanie zapłaty zawiera, jako alternatywę dla zapłaty, wniosek o przedłużenie terminu wygaśnięcia, gwarant może zawiesić płatność na okres nieprzekraczający 30 dni od żądania zapłaty, o czym powinien niezwłocznie powiadomić stronę zlecającą; jeżeli w czasie zawieszenia termin wygaśnięcia został przedłużony, żądanie zapłaty

gwarancji w miejsce zapłaty. Tym niemniej w doktrynie zwraca się na możliwość zastrzeżenia w gwarancji stosownego postanowienia przewidującego takie rozwiązanie¹⁰⁰³.

Rozwiązanie takie jest przeważnie kwalifikowane jako oferta złożona gwarantowi przedłużenia terminu gwarancji wraz z żądaniem zapłaty w razie odrzucenia oferty; jeżeli oferta zostanie przyjęta żądanie zapłaty należy uznać za cofnięte¹⁰⁰⁴.

Wprowadzenie odpowiedniej regulacji powinno być rozważone *de lege ferenda*. Zasadność tego rozwiązania nie jest oczywista zważywszy na to, że – co uwidacznia się zwłaszcza w przypadku gwarancji na pierwsze żądanie- tego rodzaju warunkowe żądanie powiązane z ofertą stanowić może sposób wymuszania przedłużenia terminu gwarancji bez uzasadnienia w stosunku podstawowym¹⁰⁰⁵.

2. Zgoda dłużnika

W doktrynie nie budzi wątpliwości, że do skutecznego udzielenia gwarancji bankowej nie jest potrzebna zgoda ani powiadomienie dłużnika głównego. Wprawdzie prawo bankowe nie zawiera wyraźnej wzmianki normatywnej potwierdzającej takie rozwiązanie, jednakże wynika ono już z zasad ogólnych. W ramach stosunku gwarancji dłużnik główny jest osobą trzecią¹⁰⁰⁶ i wyraźnej wzmianki normatywnej wymagałoby właśnie uzależnienie skuteczności gwarancji od jego zgody.

uznaje się za wycofane, jeżeli nie został przedłużony, zapłata powinna być dokonana. Reguła postanawia także, że gwarant nie jest zobowiązany do dokonania przedłużenia, nawet jeżeli otrzymał takie zlecenie, a o swej decyzji powinien niezwłocznie powiadomić zleceniodawcę.

¹⁰⁰³ Tak **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 512.

¹⁰⁰⁴ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2708, 2711.

¹⁰⁰⁵ **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2711-2712.

¹⁰⁰⁶ **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 405.

Pewne wątpliwości – związane z ewentualnym zastosowaniem art. 518 § 1 pkt k.c. - mogą powstać wtedy, gdy wierzytelność zabezpieczana gwarancją nie może być przedmiotem przelewu bez zgody dłużnika ze względu na *pactum de non cedendo* albo właściwość zobowiązania. Problem ten - sygnalizowany w kontekście poręczenia¹⁰⁰⁷ - nie był rozważany w odniesieniu do gwarancji bankowej.

W tej kwestii należy przyjąć – podobnie jak w przypadku poręczenia – że w takich sytuacjach zastosowanie art. 518 § 1 pkt 1 k.c. jest w ogóle wyłączone. Wydaje się to tym bardziej uzasadnione, że regulacja art. 518 k.c. ma charakter względnie wiążący¹⁰⁰⁸.

3. Formalizm kontraktowy

Zgodnie z art. 81 § 2 p.b. „Udzielenie i potwierdzenie gwarancji bankowej następuje na piśmie pod rygorem nieważności”. Wprowadzenie tego przepisu – w ramach nowelizacji prawa bankowego, która weszła w życie 1 maja 2004 r.¹⁰⁰⁹ - uzasadniono w projekcie wskazując, że „...skoro poręczenie musi być pod rygorem nieważności oświadczone na piśmie (art. 876 Kodeksu cywilnego), to i gwarancja, która powoduje przecież surowszą odpowiedzialność, powinna być wyrażona w tej samej formie”. Paralela ta nawiązuje do poglądów autorów, którzy postulowali stosowanie do gwarancji art. 876 § 2 k.c. w drodze analogii, nie odnosząc tego jednak do gwarancji bankowych¹⁰¹⁰.

W doktrynie słusznie zwrócono jednak uwagę, że argument ten jest nieprzekonywający, ponieważ gwarancja jest udzielana przez bank, który nie wymaga takiej ochrony jak inni uczestnicy obrotu¹⁰¹¹. Wymaganie zachowania formy

¹⁰⁰⁷ Autor powołuje tu wątpliwy argument, że większość zakazów przelewu została wprowadzona w interesie wierzyciela, a interes ten odpada w razie zaspokojenia wierzyciela - **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 330.

¹⁰⁰⁸ Tak **A. Szpunar**, *O roszczeniu zwrotnym poręczyciela*, [w:] Z. Banaszczyk (red.), *Prace z prawa prywatnego*, Warszawa 2000, s. 332; wyraźnie **Z. Radwański**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 455.

¹⁰⁰⁹ Nowelizacja z dnia 1 kwietnia 2004 r., Dz. U. nr 91, poz. 870.

¹⁰¹⁰ Tak **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 207-208, 210.

¹⁰¹¹ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 329.

pisemnej pod rygorem nieważności może także budzić wątpliwości ze względu na ogólną tendencję do odformalizowania obrotu¹⁰¹², kwestia ta powinna podlegać zatem rozważeniu *de lege ferenda*.

Warto w związku z tym wspomnieć, że DCFR przewiduje wymagania formalne wyłącznie w przypadku zabezpieczenia konsumenckiego (art. IV.G. – 4:104¹⁰¹³), co nie dotyczy oczywiście gwarancji bankowej.

W każdym razie w doktrynie uznaje się, że wymagana forma dotyczy tylko oświadczenia woli gwaranta¹⁰¹⁴. Dla zwolenników umownego charakteru gwarancji oznacza to, że oświadczenie beneficjenta gwarancji może nastąpić w formie dowolnej¹⁰¹⁵.

W świetle art. 7 ust. 3 p.b. nie budzi także wątpliwości, że oświadczenie banku może być złożone w postaci elektronicznej¹⁰¹⁶.

Wydaje się także oczywiste, że sankcją niezachowania formy jest nieważność umowy.

D. Zagadnienia związane z udzieleniem gwarancji bankowej

Kodeks cywilny nie reguluje w szczególności sposobu trybu udzielenia gwarancji bankowej, w związku z czym pełne zastosowanie znajdują tu zasady ogólne. Dla zwolenników umownego charakteru gwarancji oznacza to, że gwarancja bankowa

¹⁰¹² **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 329.

¹⁰¹³ "The contract of security must be in textual form on a durable medium and must be signed by the security provider. A contract of security which does not comply with the requirements of the preceding sentence is void".

¹⁰¹⁴ **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1202; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 773; **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wiarygodności bankowych*, Kraków 2000, s. 138-139; por. też **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 209-210.

¹⁰¹⁵ Tak **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 269; por. też **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 329.

¹⁰¹⁶ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 329; **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1202.

może być zawarta w trybie ofertowym¹⁰¹⁷, przy czym oferta ta pochodzi zwykle od banku i przybiera postać tzw. listu gwarancyjnego¹⁰¹⁸.

Do zawarcia umowy dochodzi z chwilą przyjęcia oferty. Zdaniem niektórych autorów, ze względu na kontekst sytuacyjny udzielenia gwarancji, a zwłaszcza określenie zobowiązania gwarancyjnego w stosunku podstawowym, milczenie oblata może być uznane za dorozumiane przyjęcie oferty¹⁰¹⁹.

W doktrynie przeważa jednak pogląd, że tylko w stosunkach między przedsiębiorcami pozostającymi ze sobą w stałych stosunkach brak odpowiedzi na ofertę zawarcia umowy gwarancji uważa się za jej przyjęcie¹⁰²⁰ (nie jest to częste w przypadku udzielenia gwarancji¹⁰²¹), a kwalifikacji milczenia jako oświadczenia woli nie może uzasadniać nawet wykształcony zwyczaj¹⁰²². W pozostałych przypadkach przyjmuje się, że do przyjęcia oferty (zawarcia umowy) dochodzi zwykle dopiero z chwilą wystosowania przez beneficjenta żądania zapłaty sumy gwarancyjnej¹⁰²³ (co bywa uzasadniane art. 69 k.c.¹⁰²⁴), choć można napotkać także pogląd, iż miarodajny jest tu moment przystąpienia do wykonywania zobowiązań wynikających z umowy

¹⁰¹⁷ Zob. **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 269. Por. **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wiarytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 139, 159 (zdaniem autorki, wystawiony przez bank dokument gwarancji jest swoistą ofertą zawarcia umowy, do której nie stosuje się przepisów kodeksu cywilnego o ofercie).

¹⁰¹⁸ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 203; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 486.

¹⁰¹⁹ Tak **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 488. Por. też **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wiarytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 139 (zdaniem autorki, do przyjęcia oferty dochodzi z chwilą przyjęcia dokumentu gwarancyjnego bez zastrzeżeń).

¹⁰²⁰ Zob. **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 269 (zdaniem autorów, adresat oferty (potencjalny beneficjent) może przyjąć ją w sposób dowolny, a więc także przez zgłoszenie żądania zapłaty lub nawet „milcząco” – w sytuacji określonej w art. 68² k.c.); **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 201-203.

¹⁰²¹ Tak **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 201.

¹⁰²² **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 201-202.

¹⁰²³ Zob. **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 772.

¹⁰²⁴ Tak **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 204.

zabezpieczonej gwarancją¹⁰²⁵ (zdaniem niektórych autorów stanowi to dorozumiane przyjęcie¹⁰²⁶).

Dominujący w doktrynie pogląd wywołuje problem, dotyczący możliwości odwołania oferty przez gwaranta. Zgodnie bowiem z art. 66 § 2 k.c. „Jeżeli oferent nie oznaczył w ofercie terminu, w ciągu którego oczekiwać będzie odpowiedzi, oferta złożona w obecności drugiej strony albo za pomocą środka bezpośredniego porozumiewania się na odległość przestaje wiązać, gdy nie zostanie przyjęta niezwłocznie; złożona w inny sposób przestaje wiązać z upływem czasu, w którym składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia”. *Prima facie* regulacja ta prowadzi do trudnego do zaakceptowania ze względów praktycznych wniosku, że jeżeli w ofercie banku-gwaranta nie oznaczono **terminu związania ofertą** albo nie zastrzeżono **nieodwołalności oferty** (art. 66² § 2 k.c.) – czego nie należy mylić z terminem obowiązywania oraz nieodwołalnością samej gwarancji – a oferta ta nie została przyjęta we właściwym czasie (co w świetle przytoczonych wyżej poglądów wymaga złożenia przez beneficjenta oświadczenia o jej przyjęciu) bank może swobodnie odwołać ofertę.

Niebezpieczeństwu temu można zaradzić na różne sposoby, przy czym dwa z nich – uznanie gwarancji za jednostronną czynność prawną albo dopuszczenie w szerokim zakresie milczącego przyjęcia oferty - są odrzucane przez większość doktryny.

Inną propozycję rozwiązania problemu sformułował G. Tracz. Zdaniem autora, zastosowanie znajduje tu art. 69 k.c., co oznacza, iż oferta zawarcia umowy gwarancji „ma przedłużony termin” (przestaje wiązać dopiero jeżeli „druga strona w czasie właściwym” nie „przystąpi do jej wykonania”); rozwiązanie takie ma być uzasadnione zwyczajem i powszechnym stosowaniem klauzuli nieodwołalności

¹⁰²⁵ E. Niezbecka, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 159.

¹⁰²⁶ Zob. G. Tracz, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 205 (zdaniem autora, dorozumiane przyjęcie oferty może polegać np. na udzieleniu kredytu, którego zabezpieczeniu gwarancja ma służyć, jeżeli udzielenie kredytu uzależnione było od uzyskania gwarancji). Co do podobnych poglądów w doktrynie austriackiej zob. Ch. v. Bar, E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2534.

gwarancji, która odnosić się ma do właśnie do oświadczenia woli gwaranta w postaci oferty¹⁰²⁷.

To ostatnie rozwiązanie wydaje się *de lege lata* najlepiej uzasadnione, co nie zmienia jednak konieczności rozważenia *de lege ferenda* potrzeby wprowadzenia wyraźnej regulacji dotyczącej tej kwestii.

W ramach tych rozważań należy uwzględnić, że sygnalizowany tu problem jest znany także obcym porządkom prawnym¹⁰²⁸ i jego rozwiązaniu poświęcono odrębną regulację w ramach modelowej regulacji DCFR.

Mianowicie zgodnie z art. IV.G. – 1:103 (1), zamieszczonego w rozdziale I, zawierającym reguły wspólne dla zależnych i niezależnych zabezpieczeń wierzycelności, wynika, że jeżeli źródłem zabezpieczenia zgodnie z wolą stron ma być umowa, uważa się, że wierzyciel przyjął ofertę zabezpieczenia z chwilą, w której oferta dotarła do wierzyciela, chyba że z oferty wynika wymaganie wyraźnego przyjęcia albo wierzyciel niezwłocznie odrzuci ofertę lub zastrzeże sobie czas do namysłu¹⁰²⁹.

W komentarzu do przepisu podkreśla się, że stanowi on odstępstwo od ogólnych reguł dotyczących zawarcia umowy w drodze oferty i jej przyjęcia, ponieważ milczenie zasadniczo nie stanowi przyjęcia oferty, a działanie potwierdzające przyjęcie wywołuje ten skutek dopiero z chwilą, w której dowie się o nim oferent¹⁰³⁰. Odstępstwo to jest uzasadniane przez fakt, że ustanowienie

¹⁰²⁷ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 204 (na s. 205 autor wskazuje jednak, że tak jest tylko „czasami”, jeżeli z treści dokumentu gwarancji wynika, iż gwarant złożył ofertę zawarcia umowy o przedłużonym terminie dla jej przyjęcia).

¹⁰²⁸ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 199; **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2532-2536.

¹⁰²⁹ „If the parties intend to create the security by contract, the creditor is regarded as accepting an offer of security as soon as the offer reaches the creditor, unless the offer requires express acceptance, or the creditor without undue delay rejects it or reserves time for consideration”.

¹⁰³⁰ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2530 i uwagi prawnoporównawcze na s. 2532-2536.

zabezpieczenia kreuje zobowiązanie tylko po stronie udzielającego zabezpieczenia z korzyścią dla wierzyciela¹⁰³¹.

Rozwiązanie to może stanowić udany wzór dla rodzimej regulacji.

E. Stosunek między gwarantem a beneficjentem gwarancji (stosunek gwarancji bankowej)

1. Obowiązki gwaranta względem beneficjenta

a) Obowiązek zapłaty

Podstawowy obowiązek gwaranta polega na zapłacie określonej w gwarancji sumy pieniężnej.

(1) Aktualizacja obowiązku

W doktrynie i judykaturze w zasadzie nie budzi wątpliwości, że obowiązek zapłaty przez bank sumy gwarancyjnej aktualizuje się z chwilą skutecznego zgłoszenia żądania zapłaty przez beneficjenta gwarancji¹⁰³² (a więc nie z chwilą niewystąpienia

¹⁰³¹ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Munich 2009, s. 2531.

¹⁰³² **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 342; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 489. Por. wyrok SN z dnia 25 czerwca 1999 r., II CKN 402/98, OSNC 2000, nr 1, poz. 16 (Sąd wyjaśnił tam – odnośnie do gwarancji „na pierwsze żądanie” – że „Zupełna nieakcesoryjność zobowiązania gwaranta powoduje, że wymagalność jego świadczenia powstaje po wezwaniu („żądaniu”) wystosowanym przez beneficjenta”). We wczesnej judykaturze zaprezentowano pogląd odmienny, w myśl którego „Z momentem zawarcia umowy gwarancyjnej wierzyciel nabywa w stosunku do gwaranta roszczenie, które może kierować przeciwko niemu. Roszczenie to staje się wymagalne z chwilą niespełnienia przez osobę trzecią, za której zachowanie udzielono gwarancji, świadczenia lub niezaciągnięcia przez nią zobowiązania. Oznacza to niezrealizowanie się skutku, za który udzielono gwarancji” - tak pod rządą prawa bankowego z 1989 r. SN w uchwale (7) z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93, OSNC 1993, nr 10, poz. 166.

zabezpieczonego rezultatu¹⁰³³). Żądanie zapłaty jest skuteczne, jeżeli jego treść i forma oraz (ewentualnie) załączone doń dokumenty odpowiadają ściśle warunkom określonym w treści gwarancji¹⁰³⁴ (określa się to niekiedy jako formalizm gwarancji¹⁰³⁵). Żądanie nie czyniące zadość wymaganiom określonym w gwarancji jest bezskuteczne¹⁰³⁶ i nie powoduje przedłużenia obowiązywania gwarancji. Nie wyłącza natomiast możliwości złożenia ponownego żądania, jeżeli termin gwarancji jeszcze nie upłynął¹⁰³⁷.

Podobne rozwiązanie przyjęto w ramach art. IV.G. – 3:103 (1) DCFR, dotyczącego niezależnych zabezpieczeń osobistych, zgodnie z którym zabezpieczający ma obowiązek spełnienia świadczenia tylko w razie żądania zapłaty złożonego w formie tekstowej, które „dokładnie odpowiada” (*complies exactly*) warunkom określonym w umowie albo innej czynności prawnej kreującej zabezpieczenie.

Jeżeli określone w gwarancji warunki zapłaty sprowadzają się do dołączenia określonych dokumentów albo oświadczeń, gwarant może jedynie ocenić zgodność

¹⁰³³ Regulację taką ocenia pozytywnie **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 218; por. jednak **M. Bączyk**, *Glosa do wyroku SN z 16 kwietnia 1996 r. (II CRN 38/96)*, Prawo Bankowe 1997, nr 2, s. 57 (zdaniem autora, jeżeli żądanie zapłaty jest uzależnione od dołączenia dalszych dokumentów potwierdzających niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika w stosunku podstawowym, należy przyjąć, że żądanie ma charakter deklaracyjny w tym sensie, iż roszczenie beneficjenta staje się wymagalne w chwili pojawienia się tzw. wypadku gwarancji, tj. w chwili powstania stanu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, natomiast w innych przypadkach, gdy wystarczy proste żądanie albo żądanie z oświadczeniem, że dłużnik nie wykonał zobowiązania objętego gwarancją, żądanie ma charakter konstytutywny w tym sensie, że kreuje stan wymagalności roszczenia beneficjenta wobec gwaranta).

¹⁰³⁴ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 342. Na konieczność ścisłego tłumaczenia przesłanek formalnych w gwarancji „na pierwsze żądanie” – ze względu na zastrzoną odpowiedzialność gwaranta - zwrócił uwagę także Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 czerwca 1999 r., II CKN 402/98, OSNC 2000, nr 1, poz. 16, co spotkało się z aprobatą glosatora – zob. **M. Olechowski**, *Glosa do wyroku SN z dnia 25 czerwca 1999 r. (II CKN 402/98)*, PUG 2000, nr 7-8, s. 17; zob. też **T. Spyra**, *Zarzuty banku dotyczące stosunku prawnego zabezpieczonego gwarancją bankową*, Transformacje Prawa Prywatnego 2001, nr 4, s. 118-119.

¹⁰³⁵ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2710.

¹⁰³⁶ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 342.

¹⁰³⁷ **M. Olechowski**, *Glosa do wyroku SN z dnia 25 czerwca 1999 r. (II CKN 402/98)*, PUG 2000, nr 7-8, s. 18.

dokumentów oraz oświadczeń z tymi warunkami¹⁰³⁸ oraz ewentualnie to, czy żądanie beneficjenta nie stanowi nadużycia prawa¹⁰³⁹.

Warto wspomnieć, że w praktyce międzynarodowej dopuszcza się – w braku odmiennego postanowienia gwarancji - zgłaszanie żądań częściowych i wielokrotnych (art. 17 URDG 758); praktykę tę należy uznać za dopuszczalną także na gruncie prawa krajowego. Należy w związku z tym przyjąć, że każda wypłata częściowa pomniejsza sumę gwarancyjną (por. art. 25 (a) URDG 758).

(2) Czas na ocenę skuteczności żądania

Prawo bankowe nie zastrzega na rzecz gwaranta jakiegokolwiek czasu na ocenę skuteczności żądania beneficjenta. W doktrynie wskazuje się jednak, że bank powinien to uczynić „w rozsądnym czasie”¹⁰⁴⁰ albo bezzwłocznie (z uwzględnieniem czasu na zbadanie zgodności żądania z gwarancją)¹⁰⁴¹, a praktyka bankowa zna zastrzeżenia przyznające gwarantowi pewien czas (nieprzekraczający kilku dni) na poinformowanie zleceniodawcy o żądaniu beneficjenta¹⁰⁴².

De lege ferenda należy rozważyć wprowadzenie wyraźnej regulacji dyspozytywnej w tym względzie. Pożądane wydaje się zapewnienie gwarantowi pewnego czasu na ocenę, czy żądanie beneficjenta spełnia przesłanki formalne (ew. materialne) i czy nie stanowi nadużycia prawa.

Czas ten powinien umożliwiać sprawdzenie załączonych dokumentów, poinformowanie zleceniodawcy o żądaniu i ewentualne przedstawienie przez zleceniodawcę dowodów wskazujących, że żądanie beneficjenta stanowi nadużycie prawa. Z drugiej strony czas ten powinien być stosunkowo krótki, pozostający w zgodzie z konstrukcją gwarancji jako zobowiązania pewnego i szybkiego. Dlatego

¹⁰³⁸ Zob. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 343.

¹⁰³⁹ Kwestia ta zostanie wyjaśniona w dalszej części opracowania.

¹⁰⁴⁰ Zob. **M. Olechowski**, *Glosa do wyroku SN z dnia 25 czerwca 1999 r. (II CKN 402/98)*, PUG 2000, nr 7-8, s. 17.

¹⁰⁴¹ **M. Bączyk**, *Glosa do wyroku SN z 16 kwietnia 1996 r. (II CRN 38/96)*, *Prawo Bankowe* 1997, nr 2, s. 57 (autor wskazuje, że beneficjent mógłby oznaczyć stosowny czas zapłaty, co pozwalałoby na oznaczenie ewentualnego początku stanu opóźnienia gwaranta).

¹⁰⁴² Zob. **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności*, Warszawa 2005, s. 184.

rozsądne wydaje się przyjęcie formuły, w której czas ten jest oznaczony przez ustawodawcę i wynosi kilka dni.

Takie właśnie rozwiązanie przyjęto w międzynarodowych regulacjach o charakterze modelowym.

Zgodnie z art. IV.G. – 3:103 (3) DCFR udzielający zabezpieczenia ma obowiązek niezwłocznie (nie dłużej jednak niż w ciągu 7 dni) po złożeniu w formie tekstowej żądania zapłaty spełnić świadczenie zgodnie z żądaniem albo poinformować wierzyciela o odmowie spełnienia świadczenia ze wskazaniem powodów odmowy.

Rozsądny czas, nie dłuższy jednak niż 7 dni, przewiduje także art. 16 ust. 2 Konwencji z 1995 r. Z kolei w art. 20 URDG 758 za właściwy uznano czas 5 dni roboczych.

(3) Zarzuty gwaranta wynikające z gwarancji bankowej

W doktrynie istnieje zgoda co do tego, że żądaniu zapłaty gwarant może przeciwstawić zarzuty wynikające ze stosunku gwarancji¹⁰⁴³.

Przede wszystkim gwarant może powoływać się na wadliwość gwarancji¹⁰⁴⁴, a więc jej nieważność (np. ze względu na sprzeczność umowy z ustawą albo z zasadami współżycia społecznego¹⁰⁴⁵), bezskuteczność ze względu

¹⁰⁴³ **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 273. Kwestia ta nie budzi wątpliwości także w obcych porządkach prawnych – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2712-2713.

¹⁰⁴⁴ **M. Pyziak-Szafnicka**, *Gwarancja autonomiczna*, 1994, nr 2, s. 19; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 172-173; **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 273; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 791; **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności*, Warszawa 2005, s. 211. Por. też **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2697.

¹⁰⁴⁵ Nieważność gwarancji może wynikać z niedopuszczalności jej celu, wynikającego ze sprzeczności z prawem stosunku podstawowego – zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 255, 256-258; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 791; por. też **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 509; **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2717.

na niewłaściwą reprezentację banku albo przekroczenie zakresu umocowania czy też wzruszenie ze względu na wadę oświadczenia woli itp.¹⁰⁴⁶.

Podstawą zarzutu może być również nieziszczenie się warunku zawieszającego¹⁰⁴⁷.

Gwarant może bronić się również zarzutami opartymi na treści gwarancji¹⁰⁴⁸. W związku z tym nie budzi np. wątpliwości, że gwarant może odmówić zapłaty powołując się na to, że upłynął już termin obowiązywania gwarancji¹⁰⁴⁹; żądanie zapłaty można zgłosić najpóźniej w ostatnim dniu obowiązywania gwarancji¹⁰⁵⁰, a ryzyko terminowego dojścia żądania do gwaranta obciąża beneficjenta gwarancji¹⁰⁵¹.

Podstawą odmowy wypłaty sumy gwarancyjnej może być oczywiście również niespełnienie przesłanek formalnych zapłaty (brak oświadczenia o wystąpieniu gwarantowanego rezultatu, braki w dokumentach, niedochowanie właściwej formy żądania)¹⁰⁵². W razie zastrzeżenia klauzuli rzeczywistego nieziszczenia się gwarantowanego rezultatu podstawą zarzutu może być także brak tego rezultatu¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁶ **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 255-256; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 344; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 791; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 507.

¹⁰⁴⁷ **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 255.

¹⁰⁴⁸ **M. Pyziak-Szafnicka**, *Gwarancja autonomiczna*, 1994, nr 2, s. 20; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wiarytelności*, Sopot 1997, s. 173; **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 261; **Z. Radwański**, **J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 273; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 790.

¹⁰⁴⁹ **Z. Radwański**, **J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 273; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 344; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 507; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 790; **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wiarytelności*, Warszawa 2005, s. 210.

¹⁰⁵⁰ Zob. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 342.

¹⁰⁵¹ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 247-248.

¹⁰⁵² **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 261; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 507; por. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 344; **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J.

Zdaniem niektórych autorów, gwarant może powołać się również na zarzut, że beneficjent żąda spłaty długu nieobjętego gwarancją¹⁰⁵⁴. Wydaje się jednak, że zarzut ten będzie skuteczny tylko wówczas, gdy spełnione będą przesłanki nadużycia prawa przez beneficjenta gwarancji (por. uwagi zamieszczone poniżej).

Kwalifikacja zarzutu przejęcia długu zabezpieczonego umową gwarancyjną jest sporna. Zdaniem niektórych autorów jest to zarzut ze stosunku podstawowego¹⁰⁵⁵, a art. 525 k.c. nie ma tu zastosowania, ponieważ gwarant – inaczej niż poręczyciel – nie zobowiązuje się wykonać zobowiązania zaciągniętego przez inną osobę, lecz zapłacić sumę gwarancyjną w razie wystąpienia (niewystąpienia) określonego zadrzenia; przyczyny które do tego doprowadziły nie mają znaczenia¹⁰⁵⁶. Przejęcie długu nie zwalnia zatem gwaranta z zobowiązania¹⁰⁵⁷.

Według innych przedstawicieli doktryny w omawianym przypadku powinien znaleźć zastosowanie *per analogiam* art. 525 k.c.¹⁰⁵⁸. Stanowisko takie wynika także

Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 166; **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności*, Warszawa 2005, s. 210.

¹⁰⁵³ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 263-264 (zdaniem autora, można bronić poglądu, że także w tym przypadku mamy do czynienia z przesłanką formalną wynikającą z gwarancji).

¹⁰⁵⁴ **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 171, 173; **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 273; por. też **M. Pyziak-Szafnicka**, *Gwarancja autonomiczna*, 1994, nr 2, s. 20.

¹⁰⁵⁵ **A. Szpunar**, *Glosa do wyroku SN z dnia 7 stycznia 1997 r. (I CKN 37/96)*, OSP 1997, z. 5, s. 239; **F. Zedler**, *Glosa do wyroku SN z 7 I 1997, I CKN 37/96*, PiP 1997, z. 8, s. 111; **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 273-274; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 348-349; **G. Tracz, J. Pisuliński**, *Umowa gwarancji*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 333; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 511.

¹⁰⁵⁶ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 348.

¹⁰⁵⁷ Tak **A. Szpunar**, *Glosa do wyroku SN z dnia 7 stycznia 1997 r. (I CKN 37/96)*, OSP 1997, z. 5, s. 239; **F. Zedler**, *Glosa do wyroku SN z 7 I 1997, I CKN 37/96*, PiP 1997, z. 8, s. 111-112.

¹⁰⁵⁸ Tak **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 287; **P. Drapała**, *Zwalniające przejęcie długu a zabezpieczenie wierzytelności*, MoP 2002, nr 1, s. 18 (autor wskazuje, że aktualne są tu te same argumenty, co w przypadku poręczenia: osoba dłużnika ma dla gwaranta znaczenie ze względu na prawdopodobieństwo niewywiązania się z zobowiązania oraz skuteczność ewentualnego roszczenia zwrotnego). Por. też **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 790 (zdaniem autora, rozstrzygnięcie problemu zależy od treści konkretnej gwarancji: jeżeli wymieniony jest tam dłużnik zabezpieczonej wierzytelności, a nie jest przewidziana możliwość przejścia gwarancji na nabywcę długu, należy przyjąć, że gwarancja nie obejmuje przejścia długu; w ocenie autora nie ma żadnych powodów, aby gwarancja była traktowana inaczej niż poręczenie czy zabezpieczenie rzeczowe)..

z wyroku z dnia 7 stycznia 1997 r.¹⁰⁵⁹, w którym Sąd Najwyższy uznał, że „Gwarant nie jest zobowiązany do zapłaty sumy gwarancyjnej w sytuacji, gdy w następstwie przejęcia długu zabezpieczony umową gwarancyjną dług obciąża inny podmiot - od wymienionego w tej umowie - pierwotnego dłużnika”. W uzasadnieniu Sąd wyjaśnił, że wyłącznie rozstrzygającymi o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte w treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjenta gwarancji, a z treści tego oświadczenia wynikało jednoznacznie, że gwarant odpowiada za zobowiązanie pierwotnego dłużnika¹⁰⁶⁰. Sąd wskazał, że przejęcie długu skutkuje zwolnieniem dotychczasowego dłużnika z zobowiązania „Skoro zatem zobowiązanie dłużnika, dla którego zabezpieczenia gwarancja została udzielona, nie istnieje, to obrona gwaranta, że nie nastąpiły okoliczności, od których strony umowy gwarancji uzależniły wypłatę ustalonej sumy, jest uzasadniona”. W ocenie Sądu nie jest to jednak zarzut ze stosunku podstawowego, lecz zarzut ze stosunku gwarancji.

W tej kwestii należy stwierdzić, że art. 525 k.c. nie ma zastosowania do umowy gwarancji wprost. Jego zastosowaniu *per analogiam* stoi zaś na przeszkodzie okoliczność, że w przypadku gwarancji – inaczej niż w przypadku poręczenia - przejęcie zabezpieczonego długu nie pociąga za sobą tak daleko idących zagrożeń dla zabezpieczającego (gwaranta). Niezależnie bowiem od tego, kto jest dłużnikiem w stosunku podstawowym i jaka jest jego kondycja finansowa gwarantowi przysługuje roszczenie o zwrot zapłaconej sumy gwarancyjnej przeciwko zleceniodawcy, którym jest przeważnie pierwotny dłużnik. Wprawdzie osoba dłużnika nie jest pozabwiona znaczenia w kontekście ewentualnego roszczenia

¹⁰⁵⁹ I CKN 37/96, OSP 1997, z. 5, poz. 97.

¹⁰⁶⁰ Sąd przywołał tu postanowienie, zgodnie z którym Bank „gwarantował nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę kwoty stanowiącej równowartość (w dniu rozliczenia spłaty) kwoty 300.000 DEM (kontrakt nr PER - 31/91). Zobowiązanie miało być wykonane niezwłocznie po pisemnym zawiadomieniu przez Bank Handlowy, że firma Elektromechanika i Mechanika Pojazdowa w P. nie wywiązuje się ze swoich finansowych zobowiązań z wymienionego kontraktu (PER - 31/91)”. Na tej podstawie Sąd uznał za oczywiste, że „...powodowy Bank jako gwarant przyjął na siebie obowiązek zapłaty sumy określonej w umowie gwarancyjnej tylko i wyłącznie w wypadku, gdy wystąpią okoliczności przez strony w tej umowie ustalone, a mające uzasadniać żądanie beneficjenta wypłaty sumy gwarancyjnej. Istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza, że wyłącznie rozstrzygającymi o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte w treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjenta gwarancji. Z treści gwarancji nr 385 jednoznacznie wynika - jak to trafnie Sądy niższych instancji stwierdziły - że strona powodowa odpowiada (do wysokości kwoty tamże określonej) za zobowiązania Bogdana K. - Elektromechanika i Mechanika Pojazdowa w P., wynikające z kontraktu nr PER 31/91”.

subrogacyjnego i związanych z nim zabezpieczeń, jednakże wydaje się, że nie jest to wystarczający powód dla uznania gwarancji za wygasłą (co innego może oczywiście wynikać z treści gwarancji).

Na podstawie stwierdzenia, że gwarant może się bronić zarzutami wynikającymi ze stosunku gwarancji, niektórzy autorzy wysuwają także tezę, że gwarant może odmówić zapłaty, jeżeli dłużnik już zapłacił¹⁰⁶¹. Trafnie jednak wskazuje się, że dotyczyć to może w zasadzie tylko sytuacji, w której gwarancja uzależnia powstanie obowiązku zapłaty sumy gwarancyjnej od nieziszczenia się gwarantowanego rezultatu¹⁰⁶². W pozostałych przypadkach zarzut zapłaty zabezpieczanego długu – jako zarzut ze stosunku podstawowego - może być skutecznie podniesiony tylko w razie spełnienia przesłanek nadużycia prawa przez beneficjenta, a więc – jak to zostanie wyjaśnione – możliwości wykazania tej okoliczności w prosty sposób.

Gwarant może się oczywiście powołać także na zarzut przedawnienia roszczenia przysługującego beneficjentowi gwarancji¹⁰⁶³.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 p.b. „Roszczenia z tytułu gwarancji bankowych, poręczeń udzielanych przez banki oraz akredytyw, które stały się wymagalne, przedawniają się z upływem 6 lat.”. W myśl zaś art. 87 ust. 2 „Bieg przedawnienia roszczeń z tytułu gwarancji i akredytyw rozpoczyna się od daty przedłożenia skutecznego żądania zapłaty i w tym okresie roszczenie jest wymagalne, choćby zobowiązanie, z którym gwarancja bądź akredytywa była związana, już wygasło”.

W doktrynie trafnie zwraca się uwagę, że przepis ten stanowi *lex specialis* nie tylko względem art. 118 k.c. (ze względu na termin 6-letni), ale także względem art. 120 § 1 zd. 2 k.c., ponieważ niezależnie od wskazanego tam kryterium wiąże

¹⁰⁶¹ **A. Szpunar**, Zabezpieczenia osobiste wierzytelności, Sopot 1997, s. 173; **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 273.

¹⁰⁶² Tak **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 286.

¹⁰⁶³ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 344.

początek biegu przedawnienia z wymagalnością roszczenia¹⁰⁶⁴, czyli ze zgłoszeniem skutecznego żądania zapłaty¹⁰⁶⁵.

Gwarant może także podnieść zarzut wygaśnięcia gwarancji z przyczyn ogólnych (spełnienie świadczenia przez gwaranta, potrącenie, nowacja, zwolnienie gwaranta z długu albo skuteczne złożenie świadczenia do depozytu sądowego)¹⁰⁶⁶.

(4) Zarzuty osobiste

W doktrynie jest sporne, czy gwarant może podnosić zarzuty przysługujące mu osobiście względem beneficjenta, a w szczególności, czy może przedstawić do potrącenia swoją wierzytelność służącą mu przeciwko beneficjentowi. Podobnie jak w większości obcych porządków prawnych¹⁰⁶⁷, przeważa pogląd ogólnie dopuszczający taką możliwość¹⁰⁶⁸, jednakże, zdaniem niektórych autorów, inaczej jest w przypadku gwarancji „na pierwsze żądanie”, ponieważ interpretacja tych klauzul prowadzi do wniosku, że wyłączają one zarzut potrącenia¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁴ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 401.

¹⁰⁶⁵ **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 285; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 819-820.

¹⁰⁶⁶ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 284.

¹⁰⁶⁷ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2713.

¹⁰⁶⁸ Tak **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 174-175; **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 259; **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1215; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 507; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 344; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 791-792; **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 167-168.

¹⁰⁶⁹ Tak **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 274; tak też – początkowo - **G. Tracz**, *Glosa do uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 28 kwietnia 1995 r. (III CZP 166/94) oraz do orzeczenia Sądu Najwyższego z 25 stycznia 1995 r. (III CRN 70/94)*, *Prawo Bankowe* 1996, nr 2, s. 77. Odmiennie **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 260-261; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 507-508; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 791.

Rozwiązania odpowiadające temu ostatniemu zastrzeżeniu przyjmowane są w niektórych obcych porządkach prawnych¹⁰⁷⁰, co znalazło wyraz także w DCFR: co do zasady zgodnie z art. IV.G. – 3:103 (2) DCFR, w braku odmiennych postanowień, zabezpieczający może powołać się na zarzuty, które przysługują mu przeciwko wierzycielowi, jednakże nie dotyczy to niezależnego zabezpieczenia „na pierwsze żądanie” (art. IV.G. – 3:104 DCFR); rozwiązanie to motywowane jest szczególną cechą takiego zabezpieczenia, jaką stanowi jego szybkość i pewność¹⁰⁷¹.

Na przeciwstawienie beneficjentowi zarzutów osobistych gwaranta co do zasady zezwala także art. 18 Konwencji z 1995 r. z wyłączeniem jednakże zarzutu potrącenia roszczenia scedowanego przez zleceniodawcę.

De lege lata brak jest podstaw dla wyłączenia tego rodzaju zarzutu, kwestia może być zatem uregulowana jedynie *de lege ferenda*.

(5) *Brak możliwości podniesienia zarzutów ze stosunku podstawowego oraz ze stosunku zlecenia*

Konsekwencją aprobaty dla niezależnego (nieakcesoryjnego) charakteru gwarancji jest stwierdzenie, że gwarant nie może podnieść przeciwko beneficjentowi zarzutów przysługujących dłużnikowi (przede wszystkim zarzutów ze stosunku podstawowego, którego zobowiązanie zabezpieczała gwarancja¹⁰⁷², choć niektórzy autorzy-

¹⁰⁷⁰ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2713, 2716-2717 (wskazuje się tam, że w Niemczech i niektórych innych krajach uznaje się, iż udzielający zabezpieczenia nie może dokonać potrącenia, jeżeli byłoby ono sprzeczne z celem zabezpieczenia, co ma miejsce zwłaszcza wówczas, gdy do potrącenia przedstawiana jest wierzytelność ze stosunku podstawowego przelana na udzielającego zabezpieczenia; kwestia jest jednak dyskusyjna).

¹⁰⁷¹ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2714.

¹⁰⁷² Pod rządem prawa bankowego z 1989 r. zob. uchwałę (7) SN z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93, OSNC 1993, nr 10, poz. 166. Por. też co do gwarancji „na pierwsze żądanie” wyrok SN z dnia 25 czerwca 1999 r., II CKN 402/98, OSNC 2000, nr 1, poz. 16 („Ten rodzaj gwarancji uznanej przez Sąd Najwyższy w uchwale pełnego składu Izby Cywilnej z dnia 28 kwietnia 1995 r. (...) za samodzielną i nieakcesoryjną, z dopuszczeniem ukształtowania jej abstrakcyjnego charakteru, wyłącza dopuszczalność powoływania się przez gwaranta na zarzuty ze stosunku podstawowego łączącego beneficjenta ze zleceniodawcą”). W doktrynie zob. **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 174; **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 136, 251; **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa

przynajmniej w zakresie zarzutu nieważności (nieistnienia) stosunku podstawowego¹⁰⁷³ - kojarzą to z abstrakcyjnością zobowiązania gwaranta¹⁰⁷⁴.

Wątek ten został wyeksponowany w orzeczeniach dotyczących gwarancji ubezpieczeniowej. W wyrok z dnia 14 stycznia 2004 r.¹⁰⁷⁵ Sąd Najwyższy wskazał, że „Zobowiązanie gwaranta pozostaje (...) nieakcesoryjne w odniesieniu do stosunku prawnego łączącego gwaranta ze zleceniodawcą. Gwarant nie jest uprawniony bowiem do podnoszenia przeciwko beneficjentowi jakichkolwiek zarzutów, które przysługują dłużnikowi ze stosunku podstawowego, co nie oznacza jednak, że nie przysługują mu zarzuty wynikające z samej umowy gwarancji”. Podobnie w wyroku z dnia 10 lutego 2010 r.¹⁰⁷⁶ – w którym wielokrotnie przywoływano podobieństwo gwarancji ubezpieczeniowej do gwarancji bankowej - Sąd Najwyższy wskazał, że „Konsekwencją braku cechy akcesoryjności zobowiązania gwaranta jest to, że gwarant nie może wobec gwarantariusza podnosić zarzutów z innego stosunku prawnego, w szczególności zarzutów ani z umowy zlecenia gwarancji ubezpieczeniowej, ani też zarzutów ze stosunku podstawowego, w tym zarzutów, które przysługują dłużnikowi ze stosunku podstawowego wobec beneficjenta

2006, s. 1214; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 784 (w odniesieniu do tzw. gwarancji czystych); **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 506, 510 (autor wskazuje, że nieakcesoryjność zobowiązania gwaranta względem stosunku podstawowego sprawia, że niedopuszczalne jest podniesienie przez gwaranta zarzutów opartych na zdarzeniach modyfikujących niewadliwy w chwili zawarcia umowy gwarancji stosunek zabezpieczony); **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wiarytelności*, Warszawa 2005, s. 178; **W. Srokosz**, *Charakter prawny gwarancji bankowej w świetle nowego prawa bankowego*, PPH 2000, nr 2, s. 43; zob. też **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 346 (autor wskazuje, że wyłączenie zarzutów ze stosunku łączącego beneficjenta gwarancji ze zleceniodawcą „wynika przede wszystkim z tego, że bank nie jest stroną tego stosunku. Powoływanie się zaś na zarzuty ze stosunku z osobą trzecią, poza wypadkami przewidzianymi w ustawie, jest w zasadzie niedopuszczalne. Jest to konsekwencją względnego charakteru stosunków obligacyjnych”). Założenie takie przyjęto także w ramach regulacji DCFR – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2708.

¹⁰⁷³ Zob. np. **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 273.

¹⁰⁷⁴ Por. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 345 (zdaniem autora, rozstrzygnięcie kwestii dopuszczalności podnoszenia przez bank zarzutów ze stosunku między beneficjentem a zleceniodawcą gwarancji „zależy w dużej mierze” od przyjętego poglądu co do kausalności lub abstrakcyjności zobowiązania banku z tytułu gwarancji).

¹⁰⁷⁵ I CK 102/03, LEX nr 163973.

¹⁰⁷⁶ V CSK 233/09, Biul. SN 2010, nr 7, poz. 8.

gwarancji - wierzyciela ze stosunku podstawowego. Wniosek taki wynika z charakteru więzi łączącej strony umowy gwarancji, tj. o charakterze obligacyjnym, z którego wynikają prawa podmiotowe o charakterze względnym (wierzytelności), skuteczne jedynie wobec drugiej strony stosunku obligacyjnego. Odmienna zasada, tj. dopuszczająca możliwość podnoszenia przez gwaranta zarzutów ze stosunku podstawowego musiałaby wynikać albo z przepisu prawa, tak jak ma to miejsce w przypadku poręczyciela (por. art. 883 § 1 zd. pierwsze k.c.) albo z woli stron umowy gwarancji ubezpieczeniowej”.

Niedopuszczalność podniesienia zarzutów ze stosunku podstawowego dotyczy nie tylko np. zarzutu przedawnienia zabezpieczanej wierzytelności, możliwości wykonania uprawnień z tytułu wad fizycznych rzeczy czy też potrącenia przez gwaranta wierzytelności dłużnika względem beneficjenta z wierzytelnością beneficjenta przeciwko gwarantowi – brak możliwości podnoszenia takich zarzutów uznają także zwolennicy kauzalności zobowiązania gwaranta¹⁰⁷⁷ - ale także możliwości powołania się za dłużnikiem na siłę wyższą czy przypadek¹⁰⁷⁸ oraz zarzutu, że umowa główna (stosunek podstawowy) nie doszła do skutku (jest nieważna)¹⁰⁷⁹ albo zabezpieczana wierzytelność wygasła wskutek zaspokojenia. Te ostatnie stwierdzenia są jednak odrzucane przez zwolenników kauzalnego charakteru zobowiązania gwaranta¹⁰⁸⁰.

Stwierdzenie to nie dotyczy oczywiście sytuacji, w której warunki zapłaty zostały sformułowane w taki sposób, że zobowiązanie gwaranta jest częściowo

¹⁰⁷⁷ Zob. **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 156, 174; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 510-511.

¹⁰⁷⁸ Zob. **G. Tracz**, *Glosa do uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 28 kwietnia 1995 r. (III CZP 166/94) oraz do orzeczenia Sądu Najwyższego z 25 stycznia 1995 r. (III CRN 70/94)*, *Prawo Bankowe* 1996, nr 2, s. 80; **G. Tracz, J. Pisuliński**, *Umowa gwarancji*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 332.

¹⁰⁷⁹ Pod rządem prawa bankowego z 1989 r. zob. uchwałę (7) SN z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93, OSNC 1993, nr 10, poz. 166; zob. też **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 251.

¹⁰⁸⁰ Zob. **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 174-175; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 508; **A. Szpunar**, *Glosa do uchwały składu 7 sędziów SN z 16 IV 1993, III CZP 16/93, PiP 1993, z. 9, s. 110-111*; **Cz. Żuławska**, *Gwarancja bankowa. Uwagi o funkcji i konstrukcji*, [w:] *Studia z prawa gospodarczego i handlowego*, Kraków 1996, s. 558.

akcesoryjne¹⁰⁸¹ (np. przez zastosowanie klauzuli rzeczywistego niewystąpienia gwarantowanego rezultatu¹⁰⁸²).

W doktrynie i orzecznictwie istnieje zgoda, że gwarant nie może się również powołać wobec beneficjenta na zarzuty wynikające ze stosunku zlecenia gwarancji¹⁰⁸³, ponieważ są to zarzuty ze stosunku prawnego z osobą trzecią¹⁰⁸⁴ (potwierdzał to poniekąd art. 82 p.b. w pierwotnym brzmieniu¹⁰⁸⁵). Nie budzi w związku z tym wątpliwości, że w razie rozbieżności między warunkami zapłaty określonymi w gwarancji oraz w umowie zlecenia gwarancji pierwszeństwo mają te pierwsze¹⁰⁸⁶.

(6) Zarzut nadużycia gwarancji

Wśród zwolenników poglądu, że – w braku odmiennych postanowień gwarancji – gwarant nie ma możliwości podnoszenia jakichkolwiek zarzutów ze stosunku podstawowego, stosunkowo szeroko reprezentowany jest pogląd, iż w określonych sytuacjach związanych z brakiem przesłanki materialnoprawnej żądania beneficjenta gwarant może powołać się na zarzut nadużycia prawa.

I tak, zdaniem G. Tracza, zobowiązanie gwaranta jest wprawdzie abstrakcyjne, lecz żądanie zapłaty wykraczające poza ramy określone konkretnym celem gwarancji

¹⁰⁸¹ Tak też **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 252-253. Por. **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 784 (autor trafnie zwraca uwagę, że problem możliwości podniesienia zarzutów ze stosunku podstawowego ściśle wiąże się ze sposobem ukształtowania przesłanek zapłaty sumy gwarancyjnej w umowie gwarancji).

¹⁰⁸² **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 252-253.

¹⁰⁸³ **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 173; **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 251, 265; **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1214; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 510.

¹⁰⁸⁴ Zob. **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 173; **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 252; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 328, 344-345.

¹⁰⁸⁵ Tak **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 492-493.

¹⁰⁸⁶ **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 270.

stanowi nadużycie prawa¹⁰⁸⁷; ma to miejsce wtedy, gdy beneficjent otrzymał sumę gwarancyjną, jednakże w stosunku do dłużnika nie jest uprawniony do jej zatrzymania¹⁰⁸⁸. W ujęciu autora, nie oznacza to przełamania nieakcesoryjności zobowiązania gwaranta, gdyż zarzut nadużycia prawa jest własnym zarzutem gwaranta, a nie zarzutem dłużnika ze stosunku podstawowego¹⁰⁸⁹.

Należy jednak podkreślić, że szeroką formułę uzasadniającą możliwość odmowy spełnienia świadczenia przez gwaranta ze względu na nadużycie prawa – *prima facie* bliską tezie zwolenników kauzalności zobowiązania gwaranta (*causa cavendi*) - autor ogranicza, zastrzegając, iż możliwość taka zachodzi tylko wówczas, gdy nadużycie jest oczywiste¹⁰⁹⁰.

Ponadto, w ocenie G. Tracza, nie stanowi nadużycia gwarancji żądanie zapłaty w przypadku, w którym gwarantowane świadczenie nie zostało spełnione z tego powodu, że obowiązek świadczenia w stosunku podstawowym odpadł w wyniku następczej niemożliwości świadczenia albo z powodu nieważności zobowiązania wywołanej innymi przyczynami; gwarancja bowiem zabezpiecza spełnienie świadczenia niezależnie od tego, czy było ono dłużne¹⁰⁹¹. Okoliczności

¹⁰⁸⁷ Tak **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 276; **M. Pyziak-Szafnicka**, *Gwarancja autonomiczna*, 1994, nr 2, s. 25 (autorka wskazuje, że jeżeli beneficjent nie prawa żądać zapłaty od dłużnika głównego, bo wierzytelność nie powstała albo wygasła, jego roszczenie o zapłatę gwarancji jest sprzeczne z gospodarczym celem gwarancji i stanowi nadużycie prawa przez beneficjenta); **G. Tracz**, *Glosa do uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 28 kwietnia 1995 r. (III CZP 166/94) oraz do orzeczenia Sądu Najwyższego z 25 stycznia 1995 r. (III CRN 70/94)*, Prawo Bankowe 1996, nr 2, s. 79. Por. też **Cz. Żuławska**, *Gwarancja bankowa. Uwagi o funkcji i konstrukcji*, [w:] *Studia z prawa gospodarczego i handlowego*, Kraków 1996, s. 565 (autorka pisze, że w razie nieistnienia zabezpieczanej wierzytelności żądanie beneficjenta zapłaty sumy gwarancyjnej należałoby uznać za nadużycie prawa do realizacji zabezpieczenia, jakie stanowi społeczno-gospodarczy cel gwarancji).

¹⁰⁸⁸ Tak **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 276.

¹⁰⁸⁹ **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 277.

¹⁰⁹⁰ Tak **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 278. oraz – po zmianie stanowiska - **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 785-786, 787-788; tak też – jak się wydaje - **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności*, Warszawa 2005, s. 211. Por. też **M. Pyziak-Szafnicka**, *Gwarancja autonomiczna*, 1994, nr 2, s. 26 (autorka wskazuje, że dowód musi być na tyle przekonujący, by sędzia na pierwszy rzut oka mógł dokonać oceny, tj. stwierdzić nadużycie). Pogląd ten odrzuca **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 510 (nie dotyczy to jednak sytuacji takich jak niepowstanie, nieważność czy też wygaśnięcie zobowiązania podstawowego wskutek zapłaty, ponieważ autor uznaje, że w takich sytuacjach nie ma potrzeby odwoływania się do koncepcji nadużycia prawa).

¹⁰⁹¹ Tak **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 281.

uzasadniające zarzut nadużycia prawa to np. wystąpienie zabezpieczonego rezultatu¹⁰⁹², żądanie zapłaty zabezpieczającej spłatę kredytu, gdy kredyt nie został wypłacony¹⁰⁹³, rozszerzenie zakresu zabezpieczenia gwarancją¹⁰⁹⁴, niewykonanie zobowiązania, które nastąpiło z przyczyn obciążających wyłącznie beneficjenta gwarancji¹⁰⁹⁵ albo sytuacja, w której beneficjent zwalnia dłużnika z długu a następnie żąda zapłaty sumy gwarancyjnej¹⁰⁹⁶.

Nieco inną formułę zaproponował T. Spyra. Nawiązując do doktryny niemieckiej, autor wskazuje, że gwarant może powołać się na zarzut nadużycia prawa, jeżeli spełnione są dwie przesłanki: po pierwsze, niezrealizował się zabezpieczany rezultat (nie wystąpiła przesłanka materialnoprawna), a po drugie, fakt ten jest oczywisty, tzn. może być dowiedziony „płynnymi środkami dowodowymi”¹⁰⁹⁷. Zdaniem autora, chodzi tu o sytuacje „w których przeciętny uczestnik obrotu nie ma wątpliwości, że wskazane przez beneficjenta okoliczności w rzeczywistości nie zaszły. Gwarant nie ma przy tym obowiązku występowania o potrzebne informacje do zleceniodawcy. Samo zaprzeczenie zajściu zabezpieczonego rezultatu przez zleceniodawcę udzielenia gwarancji nie wystarczy. Jeżeli natomiast zleceniodawca przedstawia wiarygodne dowody, konieczne jest ich sprawdzenie. Jeżeli zostanie ustalone, że pomiędzy stronami stosunku podstawowego powstał spór co do faktów, przy czym obie strony przytaczają na ich poparcie jakieś dowody, oczywistość naruszenia nie zachodzi. Podobnie jest w sytuacji, w której pomiędzy stronami stosunku podstawowego ma miejsce spór prawny. Również i tu oczywistość naruszenia nie zachodzi, chyba że jedno ze

¹⁰⁹² Tak **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 279.

¹⁰⁹³ **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 279.

¹⁰⁹⁴ **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 280 (autor podaje przykład sytuacji, w której gwarancja zabezpieczała niewystąpienie wad budynku, a beneficjent zażądał jej realizacji w związku z przerwaniem prac budowlanych).

¹⁰⁹⁵ Tak **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 280.

¹⁰⁹⁶ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 270.

¹⁰⁹⁷ Zob. **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 785-786, 787-788.

stanowisk stron jest na pierwszy rzut oka bezzasadne. Istnienie sporu pomiędzy stronami praktycznie eliminuje oczywistość nadużycia¹⁰⁹⁸.

Dla przywołanych wyżej poglądów charakterystyczne jest szerokie ujęcie materialnoprawnych podstaw uzasadniających zarzut nadużycia prawa (niewystąpienie przesłanki materialnej zabezpieczenia) oraz „proceduralne” ograniczenie tej możliwości przez wymóg oczywistości nadużycia¹⁰⁹⁹, a dla poglądu G. Tracza dodatkowo także dość arbitralne ograniczenie tych podstaw odwołujące się do „konkretnego celu gwarancji”.

Pogląd, że żądanie zapłaty przez beneficjenta w sytuacji, w której zabezpieczane gwarancją zobowiązanie w ogóle nie powstało lub wygasło, stanowi nadużycie prawa jest, reprezentowany także przez innych autorów¹¹⁰⁰. Niektórzy autorzy zdają się jednak zakładać, że może tak być tylko „w okolicznościach konkretnego przypadku”, co wyklucza ogólną typizację¹¹⁰¹.

Warto wspomnieć, że pogląd o możliwości powołania się na zarzut nadużycia prawa nie jest także obcy zwolennikom kauzalności zobowiązania gwaranta: dopuszczają oni taką możliwość w innych niż niepowstanie (nieważność)

¹⁰⁹⁸ **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 788.

¹⁰⁹⁹ Zob. też **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności*, Warszawa 2005, s. 211 (autorka wskazuje, że gwarant może odmówić zapłaty sumy gwarancyjnej, jeżeli żądanie zapłaty „jest w sposób oczywisty i bezdyskusyjny wyraźnym nadużyciem prawa”). Po. też **M. Pyziak-Szafnicka**, *Gwarancja autonomiczna*, 1994, nr 2, s. 26 (autorka wskazuje, że dowód musi być na tyle przekonujący, by sędzia na pierwszy rzut oka mógł dokonać oceny, tj. stwierdzić nadużycie). Pogląd dotyczący przesłanki oczywistości odrzuca **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 510 (nie dotyczy to jednak sytuacji takich jak niepowstanie, nieważność czy też wygaśnięcie zobowiązania podstawowego wskutek zapłaty, ponieważ autor uznaje, że w takich sytuacjach nie ma potrzeby odwoływania się do koncepcji nadużycia prawa).

¹¹⁰⁰ Tak – z odwołaniem do art. 87 § 2 p.b. - **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 348.

¹¹⁰¹ **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 274 (autorzy wskazują, że niedopuszczalna byłaby typizacja polegająca na generalnym dopuszczeniu wykorzystania art. 5 k.c. w przypadkach, gdy zobowiązanie objęte gwarancją jest nieważne; „byłoby to bowiem niezgodne z abstrakcyjnym charakterem gwarancji bankowej bezwarunkowej i na każde żądanie”).

zobowiązania podstawowych sytuacjach, które związane są z brakiem materialnych przesłanek zapłaty¹¹⁰².

Do koncepcji nadużycia prawa odwołuje się także orzecznictwo. Stanowisko takie znalazło wyraz w wyroku z dnia 10 lutego 2010 r.¹¹⁰³ - dotyczył on wprowadzie gwarancji ubezpieczeniowej, ale wielokrotnie przywoływane jest jej podobieństwo do gwarancji bankowej - w którym Sąd Najwyższy wskazał, że „Dla bytu i zakresu zobowiązania gwaranta wynikającego z umowy gwarancji zawartej z pozwaną ze względu na brak cechy akcesoryjności nie miało znaczenia istnienie i wysokość zobowiązania wykonawcy z umowy łączącej go z zamawiającym (pozwaną). Ewentualna nieważność tej umowy albo odstąpienie od niej przez jedną ze stron umowy nie miały wpływu na istnienie ważnego zobowiązania gwaranta wobec gwarantariusza z umowy gwarancji ubezpieczeniowej. Gwarant mógłby podnosić wobec gwarantariusza (pozwaney) najwyżej zarzut nadużycia gwarancji, gdyby wbrew postanowieniom umowy gwarancji, odpowiadającym regulacji zawartej w art. 147 ust. 2 oraz art. 151 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gwarantariusz (zamawiający) zażądał realizacji gwarancji nie mając do tego materialno-prawnych podstaw w stosunku prawnym łączącym go z wykonawcą (dłużnikiem). W przypadku spełnienia świadczenia usprawiedliwiona byłaby kondycja na podstawie art. 410 § 2 k.c. Podstawę prawną dla świadczenia gwaranta należałoby ocenić z punktu widzenia stosunku prawnego podstawowego, tj. stosunku prawnego łączącego gwarantariusza - zamawiającego (pozwaną gminę) z wykonawcą inwestycji. Nie byłby to jednak zarzut przysługujący dłużnikowi ze stosunku podstawowego, lecz

¹¹⁰² Zob. **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 509-510; **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 169 (autorka będąca zwolenniczką tezy o kauzalności zobowiązania gwaranta, stwierdza, że „...w tych wszystkich przypadkach, w których beneficjent gwarancji świadomie i celowo działa w zamierze wyrządzenia gwarantowi szkody, tj. jego działanie nacechowane jest złą wolą, należałoby uznać prawo gwaranta do odmowy realizacji gwarancji z powołaniem się na jej nadużycie. Sytuacje takie mogłyby mieć miejsce przykładowo wówczas, gdy: 1) gwarantowana wierzytelność w ogóle nie powstała lub zobowiązanie było dotknięte bezwzględną nieważnością; 2) gwarantowana umowa została rozwiązana przez same strony; 3) dłużnik wykonał gwarantowane zobowiązanie w całości i tym samym zobowiązanie gwaranta wygasło; 4) niewykonanie gwarantowanego zobowiązania miało miejsce z przyczyn obciążających wyłącznie beneficjenta gwarancji; 5) w razie niemożliwości spełnienia świadczenia przez dłużnika, za którą nie ponosi on odpowiedzialności i która powoduje wygaśnięcie zobowiązania gwarantowanego; 6) beneficjent postępuje w sposób sprzeczny z celem gwarancji, np. usiłuje ją zrealizować na poczet innego – niż gwarantowane – zobowiązania)”.

¹¹⁰³ V CSK 233/09, Biul. SN 2010, nr 7, poz. 8.

zarzut gwaranta wynikający z umowy gwarancji ubezpieczeniowej, wykorzystania przez gwarantariusza uprawnień wynikających z gwarancji sprzecznie z celem gwarancji”.

W podobny sposób związek między stosunkiem podstawowym a stosunkiem gwarancji został przedstawiony w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 czerwca 1999 r.¹¹⁰⁴, dotyczącym gwarancji na pierwsze żądanie¹¹⁰⁵. Sąd wskazał w nim, że „...żądanie zapłaty mogło być skutecznie zgłoszone po zdarzeniu, z którym związana była gwarancja, to jest po bezskutecznym upływie terminu zapłaty wyznaczonego Spółce Z. Należy zgodzić się z tym stwierdzeniem, mimo pozornej sprzeczności z istotą gwarancji na pierwsze żądanie. Przed upływem terminów wykupienia weksli w 1993 r. żądanie beneficjenta, zgodne formalnie z brzmieniem gwarancji, stanowiłoby nadużycie prawa wynikającego z celu gwarancji, polegające na przedwczesności jej realizacji i jako prowadzące w oczywisty sposób do bezpodstawnego wzbogacenia beneficjenta nie zasługiwałoby na ochronę”.

Przywołane stanowisko Sądu Najwyższego zdaje się nawiązywać do wcześniejszych orzeczeń, tym niemniej można mieć wątpliwości, czy ma w nich pełne oparcie.

Źródła inspiracji można poszukiwać już w wydanej pod rządem prawa bankowego z 1989 r. uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 16 kwietnia 1993 r.¹¹⁰⁶, w której, eksponując rygorystyczny charakter zobowiązania z gwarancji „bezwarunkowej”, „nieodwoławczej” i „na pierwsze żądanie” - Sąd Najwyższy czuł się w obowiązku podkreślić, że nawet w takim przypadku zobowiązanie banku „nie może być traktowane w sposób bezwzględny”. Przejawiać się to m.in. w tym, że „Z postanowień umowy gwarancyjnej należy wyprowadzić ewentualną ochronę

¹¹⁰⁴ II CKN 402/98, OSNC 2000, nr 1, poz. 16.

¹¹⁰⁵ Klauzula miała tam następujące brzmienie „my, Bank Kredytowo-Handlowy SA w K. (...) zobowiązujemy się nieodwoławnie i bezwarunkowo, niezależnie od ważności i skutków prawnych umowy między MTN Z., Sp. z o.o. a beneficjentem, do zapłacenia całej sumy zobowiązania wraz z odsetkami i innymi kosztami do równowartości kwoty 548.040,- DM (...) w przeliczeniu na złote polskie według kursów sprzedaży dewiz NBP w dniu wymagalności roszczenia z tytułu zobowiązania będącego przedmiotem umowy między MTN Z., Sp. z o.o. a beneficjentem, na Wasze pierwsze pisemne żądania zapłaty, zawierające oświadczenie, że MTN Z., Spółka o.o. nie zapłacił w określonym w umowie terminie kwoty zobowiązania będącego przedmiotem gwarancji”.

¹¹⁰⁶ III CZP 16/93, OSNC 1993, nr 10, poz. 166.

gwaranta oraz **obowiązek honorowania przez beneficjenta celu gwarancji** (art. 65 § 2 k.c.), skoro w wyniku zamieszczenia w gwarancji powyższych klauzul znacznie zminimalizowane zostały przesłanki aktualizujące odpowiedzialność gwaranta. Odmowa zapłaty odszkodowania przez gwaranta mogłaby nastąpić także wówczas, gdy beneficjent gwarancji wykorzystuje to zabezpieczenie do innych celów niż określone w gwarancji (np. stara się jednostronnie rozszerzyć zabezpieczenie gwarancyjne na inne zobowiązania podstawowe niż przewidziane w umowie gwarancyjnej)¹¹⁰⁷. Intencja Sądu wydaje się jasna, choć trudno precyzyjnie uchwycić na czym miałyby polegać „próba rozszerzenia zabezpieczenia gwarancyjnego na inne zobowiązania podstawowe niż przewidziane w umowie gwarancyjnej”, skoro beneficjent gwarancji może po prostu zażądać wypłaty sumy gwarancyjnej, wypełniając formalne warunki zapłaty. Na tym etapie trudno ocenić, w jakim celu gwarancja została zrealizowana.

Zamieszczone w uzasadnieniu uchwały sugestie zostały następnie podchwyczone w wyroku z dnia 25 stycznia 1995 r.¹¹⁰⁸, w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że „Bank, który udzielił drugiemu bankowi (kredytodawcy) gwarancji „bezwarunkowej i na pierwsze żądanie”, może uchylić się od spełnienia świadczenia, jeżeli żądanie beneficjenta stanowi nadużycie prawa (art. 5 k.c.)”. W uzasadnieniu Sąd wyjaśnił, że „Aczkolwiek (...) umowa gwarancji bankowej, opatrzona wspomnianymi klauzulami, jest umową samodzielną, nieakcesoryjną i ponadto abstrakcyjną - zgodnie przyjętą przez Sąd Najwyższy zasadą prawną - to jednak odpowiedzialność gwaranta nie jest nieograniczona i nie może być traktowana w sposób bezwzględny. Z treści umowy należy wyprowadzić przesłanki prawnej ochrony gwaranta, gdy w grę wejdą okoliczności mogące przemawiać w szczególności za tym, że beneficjent nie

¹¹⁰⁷ Por. też **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 169.

¹¹⁰⁸ III CRN 70/94, OSNC 1995, nr 5, poz. 86. Do orzeczenia tego nawiązuje również wyrok SN z dnia 25 czerwca 1999 r., II CKN 402/98, OSNC 2000, nr 1, poz. 16 (odnośnie do gwarancji „na pierwsze żądanie” Sąd wskazał, że „Zupełna nieakcesoryjność zobowiązania gwaranta powoduje, że wymagalność jego świadczenia powstaje po wezwaniu („żądaniu”) wystosowanym przez beneficjenta. (...) Tak surowe ukształtowanie odpowiedzialności stwarza zagrożenie dla bezpieczeństwa prawnego, dając pole do nadużyć beneficjenta dla uzyskania kosztem gwaranta świadczeń nienależnych, oderwanych od celu, w jakim gwarancja została udzielona, a przy gwarancji typu kauzalnego - od prawnej przyczyny. Dlatego w orzecznictwie Sądu Najwyższego dopuszcza się obronę gwaranta przy pomocy klauzuli nadużycia prawa przez beneficjenta (...), przy czym nadużycie rozważane jest w aspekcie celu gwarancji”).

honoruje celu gwarancji lub wykorzystuje zabezpieczenie dla innych celów niż określone w gwarancji (...) Prowadzi to do wniosku, że bank, który udzielił drugiemu bankowi (kredytodawcy) gwarancji bezwarunkowej i na pierwsze żądanie może uchylić się od spełnienia świadczenia, jeżeli żądanie beneficjenta jest sprzeczne z treścią gwarancji (art. 353¹ k.c.) albo stanowi nadużycie prawa (art. 5 k.c.)”. Należy wspomnieć, że w okolicznościach sprawy gwarancja bankowa została udzielona innemu bankowi jako zabezpieczenie spłaty kredytu przyznanego określonemu przedsiębiorcy, a „nadużycie” polegało na tym, że kredyt został wypłacony innemu przedsiębiorcy powiązanemu kapitałowo z głównym akcjonariuszem kredytodawcy.

Wskazane wyżej sposoby złagodzenia surowej odpowiedzialności gwaranta znalazły akceptację w uchwale pełnego składu Izby Cywilnej z dnia 28 kwietnia 1995 r.¹¹⁰⁹, w której Sąd Najwyższy stwierdził - na poły relacyjnie – że „W doktrynie wyrażany jest pogląd, że przekroczenie przez beneficjenta celu uzyskanego zabezpieczenia może uzasadniać ochronę gwaranta przy użyciu konstrukcji naruszenia przez beneficjenta gwarancji postanowień właśnie umowy gwarancyjnej. Naruszenie to mogłoby być przyjęte, gdyby beneficjent gwarancji wykorzystał udzielone mu zabezpieczenie do innych celów niż wynikające z gwarancji, np. starał się jednostronnie rozszerzyć zabezpieczenie gwarancyjne na inne zobowiązania podstawowe niż określone w umowie gwarancyjnej (...). Poza tym w doktrynie przyznaje się gwarantowi prawo obrony za pomocą zarzutu nadużycia przez wierzyciela gwarancji celu zabezpieczenia, uznając, że przesłanki takiego nadużycia muszą być określone w odniesieniu do konkretnego przypadku. Skuteczność tej obrony przyjmowana jest jednak wyjątkowo, gdy nadużycie gwarancji okazuje się ewidentne, np. gdy gwarancja stała się narzędziem uzyskania nienależnych korzyści, albo gdy jej wykorzystanie jest wynikiem zмовы osób zainteresowanych”. Sąd dodał, że „**W zależności od konkretnych okoliczności sprawy**, obrona taka mogłaby wchodzić w rachubę w przypadku braku stosunku podstawowego, którego zabezpieczenie stanowiło cel gwarancji. Także bowiem wtedy mogłoby mieć miejsce nadużycie prawa podmiotowego w rozumieniu art. 5 k.c. Z uwagi na fakt, że obciążający gwaranta obowiązek świadczenia powstaje już z chwilą powiadomienia go przez beneficjenta gwarancji o niewykonaniu zapłaty przez dłużnika ze stosunku

¹¹⁰⁹ III CZP 166/94, OSNC 1995, nr 10, poz. 135.

podstawowego, obrona, o której wyżej mowa, mogłaby być z reguły podjęta dopiero po realizacji gwarancji. Skuteczne jej przeprowadzenie czyni możliwym uznanie żądania gwaranta zwrotu świadczenia spełnionego na rzecz beneficjenta za uzasadnione w świetle przepisów art. 410 i nast. k.c.”.

Końcowy fragment przytoczonego uzasadnienia ma bardzo istotne znaczenie dla oceny związku między celem zabezpieczenia a możliwością odmowy wypłaty sumy gwarancyjnej. Otóż fragment ten wskazuje, że - w ocenie Sądu - brak zabezpieczanego zobowiązania nie stanowi automatycznie podstawy do odmowy wypłaty sumy gwarancyjnej ze względu na nadużycie prawa, lecz może uzasadniać taką odmowę „w zależności od konkretnych okoliczności sprawy”.

Możliwość odmowy zapłaty ze względu na nadużycie prawa przez wierzyciela uznawana jest także w obcych porządkach prawnych¹¹¹⁰ (przeważnie z uwzględnieniem przesłanki oczywistości¹¹¹¹) oraz w ramach modelowych regulacji międzynarodowych.

I tak, zgodnie z art. IV.G. – 3: 105 (1) DCFR, udzielający zabezpieczenia nie jest zobowiązany uczynić zadość żądaniu wierzyciela, jeżeli za pomocą „istniejącego dowodu” (*present evidence*) zostanie udowodnione, że żądanie „stanowi rażące nadużycie albo podstęp” (*is manifestly abusive or fraudulent*). W tego rodzaju sytuacjach wyjątkowo uznaje się możliwość powołania przez udzielającego zabezpieczenia zarzutów ze stosunku podstawowego¹¹¹². Należy dodać, że w takich sytuacjach art. IV.G. – 3: 105 (2) DCFR przyznaje dłużnikowi możliwość prewencyjnego zakazania spełnienia świadczenia przez udzielającego zabezpieczenia (a) oraz wystąpienia z żądaniem świadczenia przez wierzyciela (b).

¹¹¹⁰ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2720-2722 (żądanie zapłaty uznaje się za nadużycie, jeżeli zabezpieczane ryzyko się nie ziszcilo i nie ma potrzeby naprawienia szkody, a także wtedy, gdy wierzyciel żąda od udzielającego zabezpieczenia świadczenia, do którego nie jest uprawniony względem dłużnika).

¹¹¹¹ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2722-2723.

¹¹¹² Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2718.

Możliwość odmowy zapłaty ze względu na nadużycie prawa przez beneficjenta przyjęta została także w art. 19 Konwencji z 1995 r. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli jest „oczywiste i jasne” (*manifest and clear*), że:

- jakikolwiek dokument nie jest autentyczny albo został podrobiony;
- na podstawie wskazanej w żądaniu i towarzyszących dokumentach zapłata jest nienależna;
- z uwzględnieniem typu i celu zobowiązania żądanie nie ma jakiegokolwiek wyobraźalnej podstawy (zachodzi to w takich sytuacjach, jak:
 - ewentualność lub ryzyko, przed którym zobowiązanie miało zabezpieczać niewątpliwie nie zrealizowało się;
 - zobowiązanie dłużnika zostało uznane za nieważne przez orzeczenie sądowe – chyba że zobowiązanie wskazuje, iż taka ewentualność jest objęta zabezpieczonym ryzykiem;
 - zobowiązanie podstawowe zostało niewątpliwie wykonane zgodnie z oczekiwaniem beneficjenta;
 - jest jasne, że wykonanie zobowiązania podstawowego nie wystąpiło wskutek świadomego, niewłaściwego działania beneficjenta;
 - w przypadku regwarancji – beneficjent regwarancji spełnił swe świadczenie w złej wierze.

gwarant, działając w dobrej wierze, ma prawo wstrzymania zapłaty. Jeżeli w związku z żądaniem zapłaty albo spodziewanym żądaniem istnieje wysokie prawdopodobieństwo wystąpienia ww. sytuacji, art. 19 ust. 3 i art. 20 Konwencji z 1995 r. przyznają zleceniodawcy możliwość żądania, na podstawie natychmiast dostępnego silnego dowodu (*on the basis of immediately available strong evidence*), zastosowania przez sąd środka zabezpieczającego przed uzyskaniem zapłaty przez beneficjenta (w tym wstrzymania zapłaty przez gwaranta) albo – gdy zapłata została

już dokonana – środka blokującego uzyskaną przez beneficjenta zapłatę, jeżeli w jego braku zleceniodawcy groziłaby poważna szkoda.

Ustosunkowując się do omawianego problemu należy stwierdzić, że podstawą odmowy wypłaty sumy gwarancyjnej ze względu na nieważność (nieistnienie) stosunku podstawowego (i nieistnienie zobowiązania) nie może być *per se* cel umowy gwarancji – odmienny pogląd byłby równoznaczny z tezą o przyjęciu koncepcji kauzalności (*causa cavendi*)¹¹¹³ - lecz podstawą taką może być jedynie uzależnione od okoliczności konkretnego przypadku nadużycie gwarancji (art. 5 k.c.)¹¹¹⁴.

Dotychczasowe poglądy doktryny wskazują, że okoliczności, w których żądanie zapłaty stanowi nadużycie prawa, wyodrębnia się przeważnie za pomocą kryterium materialno-formalnego¹¹¹⁵: podstawą odmowy żądania jest okoliczność, że wierzyciel nie jest uprawniony do zabezpieczonej należności w ramach stosunku podstawowego (przesłanka materialna) oraz dodatkowo możliwość udowodnienia w prosty sposób przesłanki materialnej (przesłanka formalna: „**oczywistość nadużycia**”).

¹¹¹³ Zwracają na to uwagę **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 274 (autorzy wskazują, że niedopuszczalna byłaby typizacja polegająca na generalnym dopuszczeniu wykorzystania art. 5 k.c. w przypadkach, gdy zobowiązanie objęte gwarancją jest nieważne; „byłoby to bowiem niezgodne z abstrakcyjnym charakterem gwarancji bankowej bezwarunkowej i na każde żądanie”). Por. też **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 494 (autor zarzuca niekonsekwencję pogładowi, zgodnie z którym, z jednej strony, beneficjentowi przysługuje prawo żądania zapłaty sumy gwarancyjnej także wtedy, gdy zabezpieczona wierzytelność w ogóle nie powstała, a z drugiej strony, że żądanie zapłaty w takich okolicznościach stanowi nadużycie prawa); por. też zastrzeżenia, które zgłasza **S. Czarniecki**, *Charakter prawny gwarancji bankowej „na pierwsze żądanie” (cz. II)*, *Prawo Bankowe* 2005, nr 3, s. 82 (zdaniem autora, teza o abstrakcyjności zobowiązania gwaranta jest pozbawiona praktycznego znaczenia, skoro w celu zgłoszenia zarzutu nadużycia prawa należy poddać ocenie merytoryczną zasadność zgłoszonego przez beneficjenta roszczenia).

¹¹¹⁴ Odmienne jednak **M. Baczyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1217-1218 (zdaniem autora, nietrafne byłoby konstruowanie „nadużycia gwarancji” w nawiązaniu tylko do formuły art. 5 k.c. „Czym innym jest bowiem kwestia poszukiwania generalnej koncepcji (konstrukcji) obrony gwaranta w związku z naruszeniem celu zabezpieczenia (katalog przypadków takiego naruszenia pozostawałby otwarty), a czym innym – możliwość zastosowania (w indywidualnych wypadkach) klasycznej konstrukcji naruszenia prawa podmiotowego z art. 5 k.c. Należy więc wyraźnie odróżnić obie te możliwe płaszczyzny obrony gwaranta *de lege lata*”).

¹¹¹⁵ Podobnie co do rozwiązania przyjętego w DCFR **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2718-2719.

Rozwiązanie takie wydaje się uzasadnione. Jak już wyjaśniano na wstępie opracowania celem gwarancji jest zwykle zabezpieczenie określonej wierzytelności. W zasadzie beneficjent powinien zatem zwracać się z żądaniem zapłaty sumy gwarancyjnej tylko w przypadku, gdy z tytułu niespełnienia świadczenia przysługują mu niezaspokojone roszczenia względem dłużnika (inne działanie beneficjenta jest nadużyciem¹¹¹⁶). Jednakże w imię **pewności i szybkości** zabezpieczenia wierzyciela, podstawą aktualizacji obowiązku gwaranta są zwykle tylko przesłanki formalne, co oznacza, że w chwili żądania zapłaty gwarant nie może się powoływać na niespełnienie przesłanek materialnych. Ta ostatnia okoliczność może być - co do zasady - dowodzona dopiero następczo w procesie o zwrot sumy gwarancyjnej w ramach stosunku między dłużnikiem i beneficjentem. Trafnie przyjmuje się jednak, że wyjątek od tego schematu powinien dotyczyć sytuacji, w której bez istotnego uszczerbku dla walorów gwarancji, a więc **szybko i pewnie**, da się wykazać brak przesłanek materialnych, co przyporządkowuje się do przypadków, w których nadużycie jest „oczywiste”¹¹¹⁷. Oczywistość nadużycia powinna tu być oceniana z punktu widzenia gwaranta: ma ona miejsce, gdy nadużycie nie budzi wątpliwości w świetle pozostających w dyspozycji gwaranta środków dowodowych¹¹¹⁸.

Lista tych przypadków nie jest zamknięta i zależy głównie od okoliczności dowodowych. I tak np. rozwiązanie umowy podstawowej czy też zwolnienie dłużnika z długu da się zwykle wykazać z łatwością przez przedstawienie gwarantowi umowy, spełnienie świadczenia przez dłużnika można wykazać potwierdzeniem przelewu bankowego, niewypłacenie kredytu - dokumentami bankowymi potwierdzającymi odmowę jego udzielenia. To, że roszczenie beneficjenta nie jest uzasadnione można również wykazać za pomocą wyroku zapadłego na korzyść dłużnika w stosunku podstawowym (por. art. 375 § 2 k.c.).

¹¹¹⁶ Nie chodzi tu jednak jeszcze o nadużycie w rozumieniu art. 5 k.c.

¹¹¹⁷ W tym kontekście nieprzekonywające wydają się argumenty, które przywołuje **S. Czarnecki**, *Charakter prawny gwarancji bankowej „na pierwsze żądanie” (cz. II)*, Prawo Bankowe 2005, nr 3, s. 82 (zdaniem autora, teza o abstrakcyjności zobowiązania gwaranta jest pozbawiona praktycznego znaczenia, skoro w celu zgłoszenia zarzutu nadużycia prawa należy poddać ocenie merytoryczną zasadność zgłoszonego przez beneficjenta roszczenia).

¹¹¹⁸ W obcych porządkach prawnych jest często sporne, czy środkiem dowodowym mogą być tylko dokumenty – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2723.

Oczywiście to, kiedy mamy do czynienia z nadużyciem, zależy także od przedmiotu zabezpieczenia (jego zakresu).

Pewne wątpliwości może budzić natomiast to, czy w razie nadużycia prawa przez beneficjenta gwarant jest tylko uprawniony (względem beneficjenta), czy – jak przyjmuje się w większości obcych porządków prawnych¹¹¹⁹ - także zobowiązany (względem zleceniodawcy) do powołania się na zarzut nadużycia prawa. Ze względu na obowiązek staranności wynikający z umowy zlecenia (w przypadku banku-gwaranta szczególnie wysokiej) oraz zagrożenia dla interesu zleceniodawcy związane z nienależną zapłatą prawidłowe wydaje się drugie z rozwiązań, które oznacza, że bank-gwarant jest zobowiązany do zachowania należytej staranności przy ocenie przesłanek zapłaty, a naruszenie tego obowiązku pociąga dlań negatywne konsekwencje w ramach stosunku zlecenia.

Wydaje się, że *de lege lata* art. 5 k.c. stwarza wystarczającą podstawę dla przyjęcie proponowanych wyżej rozwiązań. Ze względu na pewność obrotu można jednak rozważyć wyraźną regulację w tym względzie.

Należy dodać, że w doktrynie polskiej już *de lege lata* trafnie uznaje się możliwość prewencyjnej ochrony zleceniodawcy za pomocą postanowienia o udzieleniu zabezpieczenia (zakazanie zapłaty przez bank albo żądania zapłaty przez beneficjenta): przedmiotem zabezpieczenia jest tu roszczenie o zaniechanie działania sprzecznego z obowiązkami obligacyjnymi¹¹²⁰. Wydaje się, że źródłem tego roszczenia w stosunku do gwaranta jest stosunek zlecenia a w stosunku do beneficjenta – ew. stosunek podstawowy. Tym niemniej ze względu na mogące pojawiać się w tym względzie wątpliwości *de lege ferenda* uzasadnione wydaje się wyraźne wprowadzenie instrumentów prewencyjnej ochrony dłużnika na wzór art. IV.G. – 3: 105 (2) DCFR.

¹¹¹⁹ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2723-2724.

¹¹²⁰ Por. **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 789 (zdaniem autora, przedmiotem zabezpieczenia jest „roszczenie o zaniechanie bezprawnej wypłaty gwarancji, jakie służy zleceniodawcy w razie nadużycia gwarancji”).

b) Zależność między gwarancją a zabezpieczeniem rzeczowym

Jeżeli dług zabezpieczony gwarancją jest zabezpieczony również rzeczowo przez osobę trzecią, należy uznać – podobnie jak w przypadku poręczenia¹¹²¹ – że w braku odmiennej umowy wierzyciel ma swobodę w wyborze zabezpieczenia, z którego uzyska zaspokojenie.

Poważne wątpliwości może natomiast budzić sytuacja, w której gwarantowi spłacił beneficjenta. Ze względu na surowy charakter odpowiedzialności gwaranta oraz roszczenia zwrotne przysługujące mu względem zleceniodawcy *de lege lata* należy raczej przyjąć, że gwarantowi, który spłacił beneficjenta nie przysługują subrogacyjne roszczenia zwrotne przeciwko dłużnikowi oraz związane z nim inne zabezpieczenia rzeczowe. Nie zachodzi tu również przypadek odpowiedzialności *in solidum*, ponieważ zaspokojenie beneficjenta przez dłużnika rzeczowego nie zwalnia (w przypadku gwarancji „na żądanie”) gwaranta z zobowiązania, chyba że spełnione są przesłanki nadużycia prawa przez beneficjenta.

Należy zwrócić uwagę, że w przypadku gwarancji bankowej, w której odpowiedzialność gwaranta ma charakter równorzędny względem odpowiedzialności dłużnika, zabezpieczenie osobiste i zabezpieczenie rzeczowe sytuują się na tej samej płaszczyźnie, co przemawia za poddaniem relacji między nimi regułom

¹¹²¹ Zob. uchwałę SN z dnia 5 maja 1993 r., III CZP 54/93, OSNC 1993, nr 12, poz. 219 („Jeżeli przy ustanawianiu podwójnego zabezpieczenia kredytu przez przewłaszczenie na zabezpieczenie oraz przez umowę poręczenia - nie uzgodniono inaczej, to zarówno w kolejności, jak i zakresie realizacji zabezpieczeń decyduje kredytodawca”) z glosami M. Bączyka, Prawo Bankowe 1994, nr 4, s. 79 i J. Gołaczyńskiego, OSP 1994, z. 10, poz. 176 (zdaniem autora, „...każda z umów stanowiących zabezpieczenie wierzytelności winna być traktowana niezależnie, mimo iż służą one zabezpieczeniu jednej wierzytelności. Realizacja jakiegokolwiek formy zabezpieczenia wierzytelności, jeśli powoduje jej zaspokojenie, prowadzi jednak do wygaśnięcia innych form zabezpieczenia”); uchwałę składu siedmiu sędziów SN z dnia 30 września 1996 r., III CZP 85/96, OSNC 1996, nr 12, poz. 153 („W razie zatem ustanowienia dwu lub więcej zabezpieczeń różnego lub tego samego rodzaju strony mogą - uwzględniając różnice i swoistości w rozkładzie ryzyk, związanych z zastosowanymi rodzajami zabezpieczeń (i ewentualnie z innymi jeszcze okolicznościami) - wprowadzać do umów postanowienie co do kolejności, uwarunkowania, zakresu, itp. realizacji danego zabezpieczenia. Jeżeli jednak postanowienie takie do umowy nie zostało wprowadzone, każda umowa o zabezpieczeniu musi być traktowana samodzielnie i odrębnie, nie ma więc podstaw do narzucania korzystającemu z tych zabezpieczeń jakichś ograniczeń w tym względzie. Może on zatem korzystać ze swych uprawnień w sposób, jaki uzna za właściwy, również przez egzekwowanie zapłaty nie spłaconej należności kredytowej od poręczyciela - przed realizacją innego zabezpieczenia”). W doktrynie zob. **M. Bączyk**, *Glosa do uchwały SN z 5 maja 1993 r. (III CZP 54/94)*, Prawo Bankowe 1994, nr 4, s. 81 (zdaniem autora w razie zbiegu zabezpieczeń o kolejności ich realizacji – w braku odmiennej umowy – decyduje sam wierzyciel).

właściwym dla wielości zabezpieczeń osobistych charakteryzowanej już uprzednio *de lege ferenda* w ramach rozważań dotyczących poręczenia. Warto przypomnieć, że takie właśnie rozwiązanie przyjęto w ramach regulacji DCFR.

c) Obowiązki informacyjne

W niektórych obcych porządkach prawnych (Austria, Holandia, do pewnego stopnia w Niemczech) przyjmuje się, że na podstawie ogólnego wymagania dobrej wiary gwarant jest zobowiązany niezwłocznie poinformować beneficjenta o brakach w żądaniu i umożliwić mu w ten sposób ich usunięcie, jeżeli czas na to pozwala¹¹²². Z kolei w Anglii, Francji i Hiszpanii uznaje się obowiązek niezwłocznego poinformowania wierzyciela o odmowie świadczenia¹¹²³. Ma to szczególne znaczenie w przypadku, gdy żądanie zostało złożone na krótki czas przed upływem terminu obowiązywania gwarancji.

Obowiązku takiego nie przewiduje DCFR, natomiast wprowadza go art. 24 URDG 758, który postanawia, że jeżeli gwarant odrzuca żądanie, musi niezwłocznie (nie później niż do zamknięcia piątego dnia roboczego) przekazać prezentującemu żądanie jednokrotne powiadomienie o jego odrzuceniu ze wskazaniem każdej niezgodności, z powodu której gwarant odrzuca żądanie; niedochowanie tego obowiązku pozbawia gwaranta prawa do twierdzenia, że żądanie było nieprawidłowe¹¹²⁴.

Podobne rozwiązanie przyjęto w art. 16 ust. 2 Konwencji z 1995 r., zgodnie z którym w rozsądnym czasie, nie dłuższym niż 7 dni od żądania zapłaty, gwaranta ma obowiązek sprawdzenia żądania i załączonych dokumentów, podjęcie decyzji co do zapłaty i – w razie podjęcia decyzji o odmowie zapłaty - wysłanie powiadomienia

¹¹²² Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2710.

¹¹²³ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2713.

¹¹²⁴ Zob. ICC Polska, *Jednolite Reguły dla Gwarancji Płatnych na Żądanie (URDG 758)*, Publikacja MIH nr 758, Warszawa 2010, s. 26 (art. 24 a postanawia ponadto, że po ustaleniu, iż żądanie nie jest prawidłowe, gwarant może – według własnego wyboru – odrzucić żądanie albo zwrócić się do zlecniodawcy o zniesienie zastrzeżeń, będących źródłem nieprawidłowości żądania).

do beneficjenta za pomocą szybkiego środka ze wskazaniem przyczyn odmowy.

Problem jest dostrzegany także w doktrynie polskiej, która zwraca uwagę, że gwarant powinien niezwłocznie zawiadomić beneficjenta o odrzuceniu żądania zapłaty¹¹²⁵. I rzeczywiście istnienie tego rodzaju obowiązku na gruncie prawa polskiego nie może być wykluczone już *de lege lata*. Tym niemniej *de lege ferenda* uzasadnione wydaje się przyjęcie wyraźnego obowiązku w tym względzie: w określonym czasie gwarant powinien ocenić żądanie zapłaty i albo dokonać zapłaty albo poinformować o przyczynach odmowy.

2. Obowiązki wierzyciela (beneficjenta gwarancji)

a) Obowiązki informacyjne

b) Obowiązek zwrotu świadczenia pieniężnego gwaranta

W ramach podstawowych rozważań dotyczących konstrukcji stosunku gwarancji wyjaśniono, że beneficjenta, który zgłosił żądanie zapłaty do gwaranta i zapłatę tę uzyskał, obciąża obowiązek zwrotu gwarantowi sumy gwarancyjnej w przypadku, gdy żądanie to było wadliwe formalnie (niespełnione były przesłanki zapłaty) albo stanowiło nadużycie prawa (*condictio sine causa*).

Jeżeli natomiast świadczenie gwaranta było formalnie należne, nie miało jednak uzasadnienia w stosunku podstawowym, podlega rozliczeniu w ramach relacji między dłużnikiem a beneficjentem.

¹¹²⁵ Zob. **M. Olechowski**, *Glosa do wyroku SN z dnia 25 czerwca 1999 r. (II CKN 402/98)*, PUG 2000, nr 7-8, s. 17.

3. *Zmiana treści zobowiązania gwaranta*

W doktrynie nie budzi wątpliwości, że bank nie może jednostronnie zmienić swego zobowiązania a skuteczność takiej zmiany zależy od zgody beneficjenta gwarancji¹¹²⁶, przy czym sam brak sprzeciwu nie może być uznany za zgodę¹¹²⁷. Nie zależy natomiast od zgody zleceniodawcy, choć w jej braku gwarant naraża się na zarzut nienależytego wykonania zlecenia¹¹²⁸ i brak możliwości żądania zwrotu uiszczonych sumy od zleceniodawcy.

4. *Przelew wierzytelności gwarancyjnej*

Z zasady akcesoryjności poręczenia w doktrynie wyprowadza się wniosek, że przelew wierzytelności głównej pociąga za sobą przejście wynikającego z poręczenia zabezpieczenia na nabywcę (art. 509 § 2 k.c.)¹¹²⁹ oraz uznaje się – mimo braku wyraźnej regulacji normatywnej w tym względzie - iż niedopuszczalny jest przelew samej wierzytelności przeciwko poręczycielowi, bez jednoczesnego przelewu wierzytelności głównej¹¹³⁰.

W rezultacie konsekwencją nieakcesoryjnego charakteru gwarancji powinno być stwierdzenie, że przelew wierzytelności głównej nie pociąga za sobą przejścia wynikającego z gwarancji zabezpieczenia na nabywcę (nie ma tu zastosowania art.

¹¹²⁶ Zob. **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 270; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 343, 350.

¹¹²⁷ Por. art. 11 URDG 758, który wymaga zgody beneficjenta dla zmiany gwarancji i postanawia, że beneficjent może odrzucić zmiany w każdym czasie, dopóki nie powiadomi o jej przyjęciu lub nie wystąpi z żądaniem zapłaty odpowiadającym warunkom gwarancji po zmianie; gwarant jest związany dokonaną zmianą od chwili jej wystawienia, dopóki nie zostanie ona odrzucona przez beneficjenta. Wyraźnej zgody beneficjenta wymaga także art. 8 Konwencji z 1995 r.

¹¹²⁸ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 343.

¹¹²⁹ **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 89. Tak też przyjmuje się w wielu obcych systemach prawnych, w tym także – po zasadniczej zmianie linii orzeczniczej Sądu Kasacyjnego w 2004 r. – we Francji – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2591-2592.

¹¹³⁰ **A. Szpunar**, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, Palestra 1992, nr 11-12, s. 28.

509 § 2 k.c.)¹¹³¹ oraz że dopuszczalny jest przelew samej wierzytelności przeciwko gwarantowi, bez jednoczesnego przelewu zabezpieczanej wierzytelności.

Wnioski te potwierdzał art. 43 prawa bankowego z 1989 r., który stanowił, że „Przelewu wierzytelności z gwarancji bankowej można dokonać tylko wraz z przeniesieniem wierzytelności zabezpieczonej gwarancją”; przepis ten byłby zbędny przy założeniu, że między wierzytelnościami beneficjenta ze stosunku gwarancji i ze stosunku podstawowego zachodzi więź akcesoryjności.

Regulacja ta nie została początkowo przejęta do nowego prawa bankowego, co zaowocowało rozbieżnością zapatrywań doktrynalnych: zdaniem niektórych autorów, przelew wierzytelności z gwarancji był zawsze dopuszczalny, zdaniem innych, był dopuszczalny po zgłoszeniu żądania sumy gwarancyjnej, zdaniem jeszcze innych – był dopuszczalny tylko razem z wierzytelnością zabezpieczoną¹¹³². Podstawą ograniczenia dopuszczalności przelewu miała być „właściwość zobowiązania” (art. 509 § 1 k.c.)¹¹³³.

Ten ostatni pogląd przeniknął również do judykatury. W wyroku z dnia 14 stycznia 2004 r.¹¹³⁴ Sąd Najwyższy uzależnił dopuszczalność przelewu wierzytelności ze stosunku gwarancji (bez zgody gwaranta) od równoczesnego nabycia przez cesjonariusza zabezpieczanej wierzytelności ze stosunku podstawowego. Sąd wskazał mianowicie, że „Z istoty przelewu wynika, że poza zmianą osoby wierzyciela nie ulega zmianie treść przelanej wierzytelności, a zatem w wyniku takiej czynności prawnej nie może ulec pogorszeniu pozycja prawna dłużnika. Z tego względu dokonanie skutecznego przelewu - bez zgody gwaranta - byłoby możliwe tylko wtedy, gdyby w jego wyniku nie powstawała możliwość pogorszenia pozycji prawnej gwaranta, co oznacza, że przelew nie naruszałby

¹¹³¹ Tak **G. Tracz, J. Pisuliński**, *Umowa gwarancji*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 333.

¹¹³² Zob. w tej kwestii **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 303 i n.; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 796.

¹¹³³ Tak np. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 306-307 oraz – jak się wydaje – **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 147. Pogląd omawia **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 354.

¹¹³⁴ I CK 102/03, LEX nr 163973.

właściwości zobowiązania gwaranta. Możliwość taka zachodzi wtedy, gdy wraz z dokonanym przelewem uprawnień z gwarancji cesjonariusz wstępuje w pozycję prawną beneficjenta w zakresie praw i obowiązków, z istnieniem których związana jest umowa gwarancji (np. w wyniku nabycia wierzytelności beneficjenta zabezpieczonego gwarancją zobowiązania)”.

Ograniczenie przelewu wywiedzione przez Sąd z „właściwości” zobowiązania znalazło następnie – w wyniku nowelizacji prawa bankowego, która weszła w życie 1 maja 2004 r.¹¹³⁵ – ponownie wyraźną podstawę normatywną w art. 82 p.b., zgodnie z którym „Przelewu wierzytelności z gwarancji bankowej można dokonać wraz z przeniesieniem wierzytelności zabezpieczonej gwarancją”. W uzasadnieniu projektu nowelizacji wyjaśniono, że zastrzeżenie takie „...jest istotne, gdyż gwarancja jako umowa nieakcesoryjna nie jest "przywiązana" do zabezpieczonego kredytu”.

Doktryna nadal tłumaczy ograniczenie zabezpieczającą funkcją gwarancji¹¹³⁶, a jego wprowadzenie uzasadnia tym, że ze względu na nieakcesoryjny charakter gwarancji jego obowiązywanie „nie było oczywiste”¹¹³⁷.

Przywrócenie wyraźnej regulacji dotyczącej przelewu wierzytelności z gwarancji bankowej nie rozwiązało jednak wszystkich związanych z przelewem wierzytelności.

I tak, w doktrynie sygnalizowana jest wątpliwość co do tego, czy art. 82 p.b. dotyczy tylko zbycia wierzytelności z gwarancji przed zgłoszeniem żądania zapłaty, czy również sytuacji, w której do zbycia dochodzi po zgłoszeniu skutecznego żądania¹¹³⁸.

De lege lata wydaje się jednak, że – *lege non distinguente* – art. 82 p.b. ogranicza dopuszczalność przelewu w obu sytuacjach, a więc niezależnie od tego,

¹¹³⁵ Nowelizacja z dnia 1 kwietnia 2004 r., Dz. U. nr 91, poz. 870.

¹¹³⁶ **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 271. Krytycznie co do tego ograniczenia **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 796 (zdaniem autora, w razie przelewu wierzytelności z gwarancji bankowej pogorszenie sytuacji dłużnika jest wykluczone).

¹¹³⁷ **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 271.

¹¹³⁸ Zob. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 354.

czy ma on nastąpić przez zgłoszeniem skutecznego żądania zapłaty czy po¹¹³⁹. Należy jednak pamiętać, że w świetle art. 86a p.b. regulacja art. 82 p.b. ma charakter dyspozytywny i strony mogą postanowić inaczej¹¹⁴⁰.

Omawiany art. 82 p.b. nie określa skutków przelewu wierzytelności z gwarancji bez zabezpieczanej wierzytelności. Zdaniem niektórych autorów, umowa taka jest nieważna na podstawie art. 58 k.c.¹¹⁴¹. W kontekście dyspozytywnego charakteru art. 82 p.b. bardziej przekonujący jest jednak pogląd, że skutki takiego przelewu nie powinny być bardziej surowe niż w przypadku naruszenia *pactum de non cedendo*, co oznacza, iż przelew taki mógłby być skuteczny w razie potwierdzenia przez bank udzielający gwarancji¹¹⁴².

Artykuł 82 p.b. nie reguluje także skutków przelewu zabezpieczanej wierzytelności bez wierzytelności z gwarancji. W doktrynie wskazuje się, że taki przelew nie wpływa na skuteczność roszczenia gwarancyjnego beneficjenta gwarancji¹¹⁴³. Dyskusyjne jest natomiast, czy po przelewie wierzytelności podstawowej możliwe jest przeniesienie wierzytelności gwarancyjnej: zdaniem niektórych autorów, przelew obu wierzytelności może nastąpić tylko równocześnie¹¹⁴⁴, zdaniem innych – przelew wierzytelności z gwarancji może nastąpić także po przelewie zabezpieczanej wierzytelności¹¹⁴⁵.

¹¹³⁹ Tak **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 796. Por. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 354.

¹¹⁴⁰ Zob. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 354; por. też **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności*, Warszawa 2005, s. 180, 181-182.

¹¹⁴¹ Tak **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 797; ku tej ewentualności skłania się też **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1213.

¹¹⁴² Tak **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 355.

¹¹⁴³ **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1213; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 790.

¹¹⁴⁴ Tak **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 797-798 (autor zastrzega, że nie oznacza to, iż przeniesienie wierzytelności zabezpieczonej pociąga za sobą automatycznie przejście zabezpieczenia).

¹¹⁴⁵ Tak **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 355.

Wskazane wyżej wątpliwości mogą skłaniać do zmiany regulacji dotyczącej przelewu.

Rozważając postulaty *de lege ferenda* należy mieć na względzie, że kwestia dopuszczalności przeniesienia wierzytelności z gwarancji budzi istotne wątpliwości także w obcych porządkach prawnych¹¹⁴⁶. W niektórych krajach (np. w Niemczech) przelew wierzytelności uznaje się za dopuszczalny, w innych za niedopuszczalny, a w jeszcze innych przyjmuje się, że wymaga on zgody gwaranta (tak np. wyraźnie art. 2321 ust. 4 k.c.francuskiego)¹¹⁴⁷; w Austrii i Holandii za dopuszczalny uznaje się przelew wierzytelności z gwarancji łącznie z zabezpieczoną wierzytelnością¹¹⁴⁸. Przeważnie przyjmuje się przy tym, że przelew zabezpieczanej wierzytelności nie pociąga za sobą automatycznie przelewu wierzytelności z gwarancji¹¹⁴⁹.

Wątpliwości te znalazły odzwierciedlenie w modelowych regulacjach o charakterze międzynarodowym.

I tak np. art. 9 Konwencji z 1995 r. dopuszcza przelew prawa do żądania zapłaty tylko jeżeli gwarancja na niego zezwala, przy czym samo dopuszczenie przelewu, bez sprecyzowania, czy wymagana jest zgoda gwaranta, gwarant jest nim związany tylko, jeżeli wyraził na to zgodę.

Podobnie czyni art. 33 URDG 758, stanowiąc, że „Gwarancja jest przenośna, jedynie jeśli wyraźnie stanowi, że jest „przenośna” i ponadto tylko wtedy, gdy cesjonariusz nabył prawa i obowiązki cedenta wynikające ze źródłowego stosunku umownego¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁶ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2739-2741.

¹¹⁴⁷ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2740-2741.

¹¹⁴⁸ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2742.

¹¹⁴⁹ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2742.

¹¹⁵⁰ Zob. ICC Polska, *Jednolite Reguły dla Gwarancji Płatnych na Żądanie (URDG 758)*, Publikacja MIH nr 758, Warszawa 2010, s. 31-32.

Z kolei zgodnie z art. IV.G. – 3:108 DCFR, wierzytelność wynikająca z niezależnego zabezpieczenia może być przelana albo w inny sposób przeniesiona¹¹⁵¹ (1), z istotnym wyjątkiem (2), dotyczącym zabezpieczenia „na pierwsze żądanie”, kiedy to żądać świadczenia może tylko pierwotny wierzyciel, a wierzytelność może być przeniesiona tylko wtedy, gdy tak postanowiono w zabezpieczeniu (nie wyłącza to możliwości przeniesienia prawa do dochodów wynikającego z już zgłoszonego żądania¹¹⁵²).

Regulacje te wskazują, że zwłaszcza w przypadku gwarancji „na pierwsze żądanie”, w których ze względu na możliwe nadużycia osoba wierzyciela jest istotna dla gwaranta, pełna swoboda dysponowania wierzytelnością wydaje się dyskusyjna. Należy jednak podkreślić, że wątpliwości te dotyczą tylko przeniesienia prawa do żądania świadczenia, natomiast powszechnie dopuszcza się przelew roszczeń o świadczenia (dochody) z zabezpieczenia, należne w razie żądania zapłaty¹¹⁵³. Wprost postanawia to art. 10 Konwencji z 1995 r.¹¹⁵⁴ oraz art. 33 (g) URDG 758, wskazując, że niezależnie od tego, czy gwarancja jest przenośna, beneficjent „może przenieść jakiegokolwiek wpływy, do których może być lub może stać się upoważniony w ramach gwarancji”, z zastrzeżeniem, iż gwarant nie będzie zobowiązany zapłacić cesjonariuszowi tych wpływów, chyba że sam wyrazi na to zgodę¹¹⁵⁵.

¹¹⁵¹ Dotyczy to także przejścia *mortis causa* – zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2738.

¹¹⁵² **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2737-2738, 2739.

¹¹⁵³ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2739.

¹¹⁵⁴ Zgodnie z art. 10 „1. Unless otherwise stipulated in the undertaking or elsewhere agreed by the guarantor/issuer and the beneficiary, the beneficiary may assign to another person any proceeds to which it may be, or may become, entitled under the undertaking.

2. If the guarantor/issuer or another person obliged to effect payment has received a notice originating from the beneficiary, in a form referred to in paragraph 2 of article 7, of the beneficiary's irrevocable assignment, payment to the assignee discharges the obligor, to the extent of its payment, from its liability under the undertaking”.

¹¹⁵⁵ Zob. ICC Polska, *Jednolite Reguły dla Gwarancji Płatnych na Żądanie (URDG 758)*, Publikacja MIH nr 758, Warszawa 2010, s. 32.

F. Stosunek między gwarantem a zleceniodawcą

1. Prawa i obowiązki gwaranta

a) Roszczenia gwaranta po zaspokojeniu wierzyciela

(1) *Z osobistego stosunku zlecenia udzielenia gwarancji*

W doktrynie zgodnie zwraca się uwagę, że gwarancja bankowa udzielana jest wyłącznie na zlecenie¹¹⁵⁶ (art. 80 p.b.), choć – jak już wskazywano - przeważa zarazem pogląd, iż zawarcie umowy zlecenia nie jest niezbędną przesłanką ważności gwarancji bankowej¹¹⁵⁷. Tym niemniej w praktyce banki udzielają gwarancji wyłącznie na zlecenie¹¹⁵⁸.

W doktrynie wskazuje się, że umowa zlecenia udzielenia gwarancji, w której bank zobowiązuje się do udzielenia gwarancji bankowej, powinna określać przynajmniej: osobę beneficjenta gwarancji, cel zabezpieczenia oraz sumę gwarancyjną¹¹⁵⁹. Może także określać inne postanowienia gwarancji bankowej, np. warunki zapłaty¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁶ **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 267; **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności*, Warszawa 2005, s. 179.

¹¹⁵⁷ **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 483; **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1199; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 312; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 757-758.

¹¹⁵⁸ Zob. **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 483; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 757-758 (autor zastrzega, że trudno sobie wyobrazić w praktyce wystawienie gwarancji bez zlecenia: udzielenie gwarancji „musi poprzedzać zawarcie porozumienia przynajmniej z potencjalnym beneficjentem. Porozumienie to, nawet nieformalne, w praktyce zawsze będzie spełniać przesłanki kwalifikacji jako zlecenia z art. 734 § 1 k.c.”).

¹¹⁵⁹ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 314.

¹¹⁶⁰ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 314.

Zlecniodawcą jest z reguły osoba, której zobowiązanie ma być zabezpieczone gwarancją¹¹⁶¹, a więc dłużnik w stosunku podstawowym, jednak może nim być również inna osoba np. spółka powiązana kapitałowo z dłużnikiem¹¹⁶².

Z poczynionych uprzednio rozważań dotyczących konstrukcji stosunku gwarancji wynika, że istnienie stosunku zlecenia ma istotne znaczenie w razie zapłaty przez gwaranta sumy gwarancyjnej. W takim przypadku – jak wyjaśniono – nie budzi wątpliwości, że na mocy stosunku zlecenia gwarantowi przysługuje względem zlecniodawcy roszczenie z art. 742 k.c.¹¹⁶³. Roszczenie to podlega dwuletniemu przedawnieniu (art. 751 pkt 1 k.c.), a art. 87 ust. 2 p.b. nie ma do niego zastosowania¹¹⁶⁴.

(2) Subrogacyjne

W rodzimej doktrynie – podobnie jak w wielu obcych porządkach prawnych¹¹⁶⁵ - jest natomiast sporne, czy poza roszczeniami wynikającymi ze zlecenia udzielenia gwarancji gwarantowi przysługują także roszczenia z art. 518 § 1 pkt 1 k.c., w myśl którego osoba trzecia, która spłaca wierzyciela, nabywa spłaconą wierzytelność do wysokości dokonanej zapłaty, jeżeli płaci cudzy dług, za który jest odpowiedzialna osobiście.

¹¹⁶¹ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 312.

¹¹⁶² **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 312. Zob. też art. 2 URDG 758.

¹¹⁶³ Co do różnych uproszczonych metod zaspokojenia tego roszczenia zob. **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1208-1209.

¹¹⁶⁴ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 400-401; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 819.

¹¹⁶⁵ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2746-2747 (subrogację wyklucza się w Belgii, Hiszpanii, Holandii, Niemczech, Portugalii, z tym że w Niemczech przyjmuje się, iż strony gwarancji uzganiają zwykle w sposób dorozumiany przelew zabezpieczonej wierzytelności na gwaranta, a w braku takiego postanowienia, beneficjent może być zobowiązany do przelewu ze względu na zabezpieczający cel gwarancji; subrogację w spłaconą wierzytelność -przeważnie wraz z zabezpieczeniami - dopuszcza się natomiast w Austrii, Francji, Grecji, we Włoszech i w Anglii, w tym ostatnim przypadku – pod warunkiem pełnej zapłaty).

Przeważa pogląd, że płacąc beneficjentowi gwarancji gwarant nie wstępuje w miejsce zaspokojonego wierzyciela na podstawie art. 518 k.c.¹¹⁶⁶, ponieważ zobowiązanie gwaranta jest nieakcesoryjne¹¹⁶⁷; zobowiązuje się on tylko do zapłacenia sumy gwarancyjnej i tym samym **nie jest odpowiedzialny** za dług dłużnika ze stosunku podstawowego¹¹⁶⁸ - spłaca **własny** dług¹¹⁶⁹. Strony mogą jednak przewidzieć taki skutek w umowie gwarancyjnej¹¹⁷⁰.

Zdaniem niektórych zwolenników tego poglądu, świadczenie gwaranta stanowi wykonanie zobowiązania dłużnika ze stosunku podstawowego i tym samym powoduje jego wygaśnięcie¹¹⁷¹ (gwarant i dłużnik odpowiadają *in solidum*)¹¹⁷².

Silnie reprezentowane jest jednak również stanowisko odmienne, zgodnie z którym niezależność zobowiązania gwaranta od zabezpieczanego zobowiązania

¹¹⁶⁶ Tak **E. Łętowska**, *Umowa o świadczenie przez osobę trzecią*, Warszawa 1970, s. 148; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 176-177; **E. Niezbecka**, [w:] E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności bankowych*, Kraków 2000, s. 148; **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1218; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 349 (zdaniem autora, art. 518 § 1 pkt 1 k.c. nie ma zastosowania do gwarancji bankowej, bo bank nie jest odpowiedzialny za dług zleceniodawcy gwarancji); **R. Szostak**, *Poręczenia i gwarancje wadialne (na tle zamówień publicznych)*, PS 1999, nr 1, s. 28. Tak też – w odniesieniu do gwarancji czystych - **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 793.

¹¹⁶⁷ Tak **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 176.

¹¹⁶⁸ Por. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 349 (zdaniem autora, art. 518 § 1 pkt 1 k.c. nie ma zastosowania do gwarancji bankowej, bo bank nie jest odpowiedzialny za dług zleceniodawcy gwarancji). Tak też – w odniesieniu do gwarancji czystych - **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 793.

¹¹⁶⁹ **E. Łętowska**, *Umowa o świadczenie przez osobę trzecią*, Warszawa 1970, s. 148; **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 177; **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 275; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 349.

¹¹⁷⁰ **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 177; **Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska**, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 275.

¹¹⁷¹ **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 177; **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1219 (autor wskazuje, że wypłata sumy gwarancyjnej powoduje wygaśnięcie wierzytelności gwarantowanej w zakresie dokonanej wypłaty); por. też **E. Łętowska**, *Umowa o świadczenie przez osobę trzecią*, Warszawa 1970, s. 146 (autorka przyjmowała, że jeżeli za szkodę odpowiadała osoba trzecia, to spełnienie świadczenia przez gwaranta z art. 391 k.c., zwalnia osobę trzecią od ciężącego na niej obowiązku odszkodowawczego). Odmienne **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 297-298 (autor uzasadnia to stwierdzeniem, że świadczenie gwaranta nie ma charakteru odszkodowawczego).

¹¹⁷² **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 177. Odmienne **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 297-298 (autor uzasadnia to stwierdzeniem, że świadczenie gwaranta nie ma charakteru odszkodowawczego).

nie stoi na przeszkodzie uznaniu, że spełniając świadczenie, gwarant powinien korzystać z dobrodziejstwa art. 518 § 1 pkt 1 k.c.¹¹⁷³.

Zastosowanie art. 518 § 1 pkt 1 k.c. zostało odrzucone przez Sąd Najwyższy w serii orzeczeń wydanych w krótkim okresie czasu na gruncie zbliżonych stanów faktycznych.

Seria ta rozpoczęta została postanowieniem z dnia 21 października 2004 r.¹¹⁷⁴, w którym Sąd Najwyższy wskazał, że „...wnioskodawca nie zawarł z uczestnikiem postępowania (...) umowy poręczenia, lecz udzielił mu gwarancji bankowej, co skutkuje jego samoistną odpowiedzialnością, a nie odpowiedzialnością osobistą lub rzeczową, która jest przesłanką zastosowania art. 518 § 1 pkt 1 k.c. Konsekwencją takiego ustalenia jest prawidłowe, bo wynikające z braku podstaw faktycznych do zastosowania art. 518 § 1 pkt 1 k.c., stanowisko Sądu odwoławczego, że wnioskodawca nie mógł wstąpić w prawa wierzyciela z mocy ustawy”.

W ocenie Sądu na przeszkodzie zastosowaniu art. 518 § 1 pkt 1 k.c. stało to, że odpowiedzialność gwaranta ma charakter „samoistny” i nie jest to odpowiedzialność osobista lub rzeczowa.

Zbliżona argumentacja wykorzystana została w postanowieniu z dnia 4 listopada 2004 r.¹¹⁷⁵, w której Sąd Najwyższy odrzucił możliwość zastosowania art. 518 § 1 pkt 1 k.c. dlatego, że gwarant – inaczej niż poręczyciel - spłaca własny dług będący konsekwencją udzielonej gwarancji bankowej, a „umowa gwarancji bankowej, wyrażająca tzw. stosunek zapłaty, nie ma charakteru akcesoryjnego i potwierdza

¹¹⁷³ **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 298-301; **G. Tracz, J. Pisuliński**, *Umowa gwarancji*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 333 (autorzy wskazują, że gdy swoje zobowiązanie wykona jeden z gwarantów, wstąpi on w prawa zaspokojonego wierzyciela z wyjątkiem praw, które przysługiwały wierzycielowi do pozostałych gwarantów); **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 514 (ze wskazaniem, że spłacając własne zobowiązania gwarant płaci także cudzy dług); **A. Koch**, *Umowa gwarancji bankowej jako postać umowy o świadczenie przez osobę trzecią (art. 391 k.c.)*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci profesora Leopolda Steckiego*, Toruń 1997, s. 449. Tak też – jednak wyłącznie w odniesieniu do gwarancji zwykłych - **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 793 (z odwołaniem do podobieństwa do poręczenia).

¹¹⁷⁴ V CK 197/04, niepubl.

¹¹⁷⁵ V CK 198/04, LEX nr 277881.

samoistne zobowiązanie banku wobec beneficjenta”. Zgodnie z sugestią Sądu nieakcesoryjność zobowiązania gwaranta sprawa, że nie płaci on cudzego długu.

Niemal identyczne stanowisko zostało sformułowane w kolejnym postanowieniu z dnia 4 listopada 2004 r.¹¹⁷⁶, w którym Sąd Najwyższy wskazał, że „...dla zastosowania przepisu art. 518 § 1 pkt 1 k.c. decydujące znaczenie ma okoliczność, czy wnioskodawca płacił cudzy dług, za który jest odpowiedzialny osobiście w wyniku ewentualnego zawarcia umowy poręczenia, czy też przesłanka określona tym przepisem nie wystąpiła wobec odpowiedzialności wnioskodawcy wynikającej z ewentualnego udzielenia przezeń gwarancji bankowej”.

W innym orzeczeniu z dnia 4 listopada 2004 r.¹¹⁷⁷ Sąd stwierdził natomiast, że „skarżący nie zawierał umowy poręczenia, ale udzielił gwarancji bankowej i z tego właśnie tytułu powstała jego odpowiedzialność (...), nie była to zatem odpowiedzialność osobista ani rzeczowa za dług (...)”.

Sąd Najwyższy podtrzymał swój pogląd także w postanowieniu z dnia 16 grudnia 2004 r.¹¹⁷⁸. Co jednak równie istotne, Sąd nie wykluczył możliwości zastosowania do gwaranta art. 97 ustawy o księgach wieczystych i hipotece, zgodnie z którym: „Jeżeli dłużnikowi osobistemu, który zaspokoił wierzyciela hipotecznego, przysługuje roszczenie zwrotne względem właściciela nieruchomości obciążonej albo względem jego poprzednika prawnego, hipoteka przechodzi na dłużnika aż do wysokości przysługującego mu roszczenia. Jednakże gdy wierzyciel został zaspokojony tylko w części, przysługuje mu co do pozostałej części pierwszeństwo przed hipoteką dłużnika osobistego”. W konkretnej sprawie zastosowaniu tego przepisu – będącego w ocenie Sądu przepisem szczególnym w stosunku do art. 518 § 1 pkt 1 k.c. – stał na przeszkodzie brak udokumentowania przez gwaranta, że przysługuje mu roszczenie zwrotne do dłużnika głównego.

¹¹⁷⁶ V CK 199/04, niepubl.

¹¹⁷⁷ V CK 200/04, niepubl.

¹¹⁷⁸ V CK 203/04, LEX nr 465040 (Sąd wskazał tam, że: „wnioskodawca (...) nie mógł (...) być uznany za osobę, która weszła w prawa zaspokojonego wierzyciela w rozumieniu art. 518 § 1 pkt 1 k.c. (...) sam fakt zaspokojenia wierzyciela hipotecznego (...) nie stwarzał po jego stronie takiego uprawnienia. Musiałaby to być spłata cudzego długu, za który wnioskodawca byłby odpowiedzialny osobiście lub rzeczowo. Tymczasem (...) wnioskodawca spłacał własny dług zaciągnięty w wyniku umowy (...) zmieniającej umowy gwarancji (...)”).

Pogląd o braku możliwości zastosowania art. 518 § 1 pkt 1 k.c. do gwaranta, który wykonał swe zobowiązanie względem beneficjenta gwarancji, został podtrzymany także w późniejszych orzeczeniach¹¹⁷⁹.

Stanowisko to wymaga ponownego przemyślenia, zwłaszcza, że rozstrzygnięcie omawianej kwestii nie jest pozbawione znaczenia praktycznego. Po pierwsze, możliwa jest sytuacja, w której zlecenie udzielenia gwarancji okazało się nieważne, a wówczas gwarant nie będzie mógł na podstawie tej umowy żądać zwrotu spełnionego świadczenia od dłużnika¹¹⁸⁰ (pozostaje mu wówczas roszczenie z bezpodstawnego wzbogacenia¹¹⁸¹); hipotetycznie możliwa jest także sytuacja, w której gwarancja udzielona została bez zlecenia¹¹⁸². Po drugie, kwestia nie jest błaha także z tego względu, że zastosowanie surogacji mogłoby być korzystniejsze dla gwaranta niż umowa zlecenia dlatego, iż oznaczałoby, że wraz z wierzytelnością główną przechodzą na gwaranta uprawnienia uboczne (zwłaszcza zabezpieczenia ustanowione przez dłużnika) albo przywileje (np. pierwszeństwo zaspokojenia w przypadku upadłości dłużnika¹¹⁸³). Po trzecie, możliwa jest sytuacja, w której zleciodawcą gwarancji nie był dłużnik ze stosunku podstawowego¹¹⁸⁴.

¹¹⁷⁹ Zob. postanowienia z dnia 27 stycznia 2005 r. w sprawach V CK 201/04, V CK 202/04 i V CK 204/04, wszystkie niepubl. (w pierwszej ze spraw Sąd wskazał, że „Skoro (...) w sprawie nie wykazano, że wnioskodawca udzielił Bankowi Amerykańskiemu poręczenia, lecz ostało się ustalenie, że była to gwarancja bankowa, to uznać należy za trafny pogląd Sądu Okręgowego, iż **skutkowało to powstaniem odpowiedzialności samoistnej gwaranta, a nie odpowiedzialności osobistej lub rzeczowej**, o której jest mowa w art. 518 § 1 pkt. 1 k.c. Tym samym prawidłowa jest konkluzja Sądu, iż wnioskodawca nie mógł wstąpić w prawa wierzyciela z mocy tego przepisu ustawy, a zatem zarzut kasacji jego naruszenia jest niesłuszny; podobnie w drugiej ze spraw Sąd wskazał, że „...wnioskodawca nie zawarł z uczestnikiem postępowania (...) umowy poręczenia, lecz udzielił mu gwarancji bankowej co skutkuje jego **samoistną odpowiedzialnością a nie odpowiedzialnością osobistą lub rzeczową**, która jest przesłanką zastosowania art. 518 § 1 pkt 1 k.c. Konsekwencją tego ustalenia było trafne stanowisko Sądu drugiej instancji, że wnioskodawca nie mógł wstąpić w prawa wierzyciela z mocy ustawy”).

¹¹⁸⁰ W doktrynie przyjmuje się, że ważność umowy zlecenia gwarancji nie stanowi przesłanki warunkującej ważność zobowiązania banku-gwaranta – zob. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 344.

¹¹⁸¹ **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 323; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 794.

¹¹⁸² Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 296; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 312.

¹¹⁸³ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 296; **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 349.

¹¹⁸⁴ Zob. **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 295.

Rozstrzygnięcie omawianej kwestii powinno uwzględniać, że – zgodnie z przeważającym poglądem - zapłata sumy gwarancyjnej zwalnia z zobowiązania dłużnika głównego¹¹⁸⁵, co zdaje się czynić zadość wymaganiom art. 518 § 1 pkt 1 k.c. Wprawdzie płacąc sumę gwarancyjną gwarant płaci własny dług (podobnie zresztą jak poręczyciel), jednakże za zastosowaniem wskazanego przepisu przemawia zabezpieczający cel gwarancji. Może dziwić to, że eksponowany w wielu orzeczeniach w celu moderowania surowości zobowiązania gwaranta zabezpieczający cel gwarancji jest całkowicie pomijany w kontekście stosowania art. 518 § 1 pkt 1 k.c.

Nie przekonuje zapatrywanie¹¹⁸⁶, że interesy gwaranta zabezpiecza wystarczająco regres przysługujący gwarantowi przeciwko dłużnikowi zabezpieczonej wierzytelności, będącemu zleceniodawcą gwarancji. Nie tylko dlatego, że - jak już wskazywano - umowa zlecenia może być nieważna (unieważniona), lecz również z tego względu, iż regres z umowy zlecenia nie korzysta z przywilejów związanych z zabezpieczoną wierzytelnością, a ponadto dłużnik ze stosunku podstawowego nie musi być zleceniodawcą udzielenia gwarancji.

Wszystko to zdaje się przemawiać za zastosowaniem art. 518 § 1 pkt 1 k.c. także w przypadku, w którym świadczenie gwaranta zaspokaja interes wierzyciela. Ze względu na surowość i samodzielność zobowiązania gwaranta należy jednak *de lege lata* uznać, że gwarant nie nabywa praw przeciwko innym podmiotom, które udzieliły zabezpieczenia: analogiczne zastosowanie art. 509 § 2 k.c. może natomiast uzasadniać wstąpienie w zabezpieczenia rzeczowe ustanowione przez samego dłużnika¹¹⁸⁷.

¹¹⁸⁵ Tak **A. Szpunar**, *Zabezpieczenia osobiste wierzytelności*, Sopot 1997, s. 177; **A. Koch**, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System prawa prywatnego, Tom 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 513; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 792; odmiennie **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 140 (zdaniem autora, zapłata sumy gwarancyjnej nie prowadzi do automatycznego zwolnienia dłużnika z długu, jeżeli brak jest szczególnego porozumienia w tej mierze, zawartego między dłużnikiem a wierzycielem).

¹¹⁸⁶ ZOb. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 350.

¹¹⁸⁷ Por. **G. Tracz, J. Pisuliński**, *Umowa gwarancji*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 333 (autorzy wskazują, że gdy swoje zobowiązanie wykona jeden z gwarantów,

De lege ferenda uzasadnione wydaje się uregulowanie tej istotnej kwestii w sposób ogólny i wyraźny. Rozwiązanie to musi zostać skorelowane z regulacją dotyczącą wielości zabezpieczeń, ponieważ solidarna odpowiedzialność zabezpieczających pozostaje w kolizji z prostym nabyciem zabezpieczeń przez poręczyciela wstępującego w prawa zaspokojonego wierzyciela (szerzej w tej kwestii w dalszej części opracowania).

Należy również mieć na względzie, że zastosowanie surogacji nie jest idealnym zabezpieczeniem interesów gwaranta. Mechanizm subrogacji sprawia, że gwarant nabywa spłaconą wierzytelność w takim kształcie, w jakim przysługiwała ona wierzycielowi. Oznacza to m.in., że roszczenie nabyte przez gwaranta na podstawie art. 518 § 1 pkt 1 przedawnia się w terminie przewidzianym dla przedawnienia roszczenia beneficjenta gwarancji wobec dłużnika głównego (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 17 lipca 2003 r.¹¹⁸⁸, w której przyjęto, że roszczenie nabyte przez poręczyciela na podstawie art. 518 § 1 pkt 1 przedawnia się w terminie przewidzianym dla przedawnienia roszczenia wierzyciela wobec dłużnika głównego¹¹⁸⁹).

Oznacza to również, że co do zasady dłużnik może podnieść przeciwko gwarantowi zarzuty, które przysługiwały mu przeciwko wierzycielowi. W szczególności dłużnik może przeciwstawić gwarantowi zarzut potrącenia roszczenia przysługującego mu osobiście przeciwko byłemu wierzycielowi.

W tej sytuacji w celu pełnej ochrony interesów gwaranta należałoby mu przyznać – podobnie jak poręczycielowi (co wyjaśniono już uprzednio) – roszczenie osobiste (niezależne od zlecenia i subrogacji) o zwrot wszystkiego, co gwarant zapłacił, z wyjątkiem odsetek, które powstały w okresie osobistego opóźnienia gwaranta w zapłacie.

wstąpi on w prawa zaspokojonego wierzyciela z wyjątkiem praw, które przysługiwały wierzycielowi do pozostałych gwarantów).

¹¹⁸⁸ III CZP 43/03, OSNC 2004, nr 10, poz. 151.

¹¹⁸⁹ Pod rządem kodeksu zobowiązań odmiennego poglądu bronił **L. Domański**, *Institucje kodeksu zobowiązań. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 778-779 (autor wskazywał, że z chwilą przejścia wierzytelności na poręczyciela bieg przedawnienia wierzytelności, rozpoczęty przeciwko dłużnikowi, ulega przerwaniu; w konsekwencji autor przyjmował też, że dłużnik nie może bronić się tym, iż

Podobne rozwiązanie zaproponowano w art. IV.G. – 2:113 DCFR, która to regulacja znajduje „odpowiednio” (*with appropriate adaptations*) zastosowanie do roszczeń przysługujących osobie, która udzieliła niezależnego zabezpieczenia osobistego (art. IV.G. – 3: 109 DCFR). Przyjęto tam, że udzielający zabezpieczenia może żądać od dłużnika zwrotu spełnionego świadczenia zabezpieczającego. W tym samym zakresie wstępuje ponadto w prawa zaspokojonego wierzyciela. Prawa te pozostają w zbiegu (art. IV.G. – 2:113 (1)¹¹⁹⁰).

W razie częściowego spełnienia świadczenia, przysługujące wierzycielowi prawo przeciwko dłużnikowi ma pierwszeństwo względem części, w którą wstąpił udzielający zabezpieczenia (art. IV.G. – 2:113 (2)¹¹⁹¹).

W DCFR postanowiono także, że na mocy wstąpienia w prawa wierzyciela udzielający zabezpieczenia nabywa z mocy prawa wszelkie zabezpieczenia, niezależnie od jakichkolwiek ograniczeń umownych albo wyłączeń dotyczących przeniesienia tych zabezpieczeń uzgodnionych z dłużnikiem. Prawa przeciwko innym udzielającym zabezpieczenia mogą być jednak wykonywane tylko w granicach wskazanych w art. IV.G. – 1:106 (art. IV.G. – 2:113 (3)¹¹⁹²). Wstąpienie obejmuje tu zatem w istocie tylko prawa przysługujące przeciwko dłużnikowi.

Wydaje się, że idea roszczenia osobistego przysługującego gwarantowi w razie zaspokojenia wierzyciela warta jest przeszczepienia na rodzimy grunt. Roszczenie to powinno przysługiwać gwarantowi równolegle z wierzytelnością nabytą przez subrogację.

poręczycie było udzielone bez jego wiedzy i uważać siebie za zwolnionego od odpowiedzialności przed poręczycielem z chwilą upływu terminu przedawnienia swego długu względem wierzyciela).

¹¹⁹⁰ „The security provider has a right to reimbursement from the debtor if and in so far as the security provider has performed the security obligation. In addition the security provider is subrogated to the extent indicated in the preceding sentence to the creditor's rights against the debtor. The right to reimbursement and rights acquired by subrogation are concurrent”.

¹¹⁹¹ „In case of part performance, the creditor's remaining partial rights against the debtor have priority over the rights to which the security provider has been subrogated”.

¹¹⁹² „By virtue of the subrogation under paragraph (1), dependent and independent personal and proprietary security rights are transferred by operation of law to the security provider notwithstanding any contractual restriction or exclusion of transferability agreed by the debtor. Rights against other security providers can be exercised only within the limits of IV.G.– 1:106 (Several security providers: internal recourse)”.

b) Obowiązek starannego ustalenia spełnienia warunków zapłaty

Roszczenie o zwrot uiszczonej sumy gwarancyjnej na podstawie umowy zlecenia przysługuje gwarantowi co do zasady tylko wtedy, gdy zapłata sumy gwarancyjnej może być uznana za wydatek poczyniony „w celu należytego wykonania zlecenia” (art. 742 zd. 1 k.c.).

Ogólnie rzecz biorąc, zapłata może być oceniona w ten sposób wtedy, gdy gwarant dołożył należytej staranności przy sprawdzeniu, czy żądanie beneficjenta czyni dokładnie zadość wymaganiom określonym w gwarancji¹¹⁹³ (por. art. 14 (1) i art. 16 (1) zd. 1 Konwencji z 1995 r.¹¹⁹⁴).

Jeżeli warunki zapłaty sprowadzają się do dołączenia określonych dokumentów albo oświadczeń, gwarant musi ocenić zgodność dokumentów oraz oświadczeń z tymi warunkami¹¹⁹⁵, nie ma natomiast obowiązku sprawdzania ich zgodności ze stanem faktycznym, co potwierdzał art. 82 ust. 1 p.b. w pierwotnym brzmieniu, stanowiąc, że „Bank pośredniczący w wykonaniu świadczenia gwarancyjnego ani też gwarant nie są obowiązani sprawdzać okoliczności, jakie wynikają z dokumentów towarzyszących żądaniu zapłaty. Przyjęcie żądania zapłaty czy też towarzyszących mu dokumentów dotkniętych wadami powodującymi ich nieważność bądź nieskuteczność stanowi ryzyko banku, który je przyjął”¹¹⁹⁶.

¹¹⁹³ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2707-2708.

¹¹⁹⁴ Zgodnie z art. 14 (1): “In discharging its obligations under the undertaking and this Convention, the guarantor/issuer shall act in good faith and exercise reasonable care having due regard to generally accepted standards of international practice of independent guarantees or stand-by letters of credit”; w myśl art. 16 (1) zd. 1: “The guarantor/issuer shall examine the demand and any accompanying documents in accordance with the standard of conduct referred to in paragraph 1 of article 14”.

¹¹⁹⁵ Zob. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 343; **M. Olechowski**, *Glosa do wyroku SN z dnia 25 czerwca 1999 r. (II CKN 402/98)*, PUG 2000, nr 7-8, s. 17.

¹¹⁹⁶ Zbliżoną myśl wyraża lapidarnie art. 6 URDG 758, zgodnie z którym „Gwaranci zajmują się dokumentami, a nie towarami, usługami lub wykonaniem, do których dokumenty mogą się odnosić” – zob. ICC Polska, *Jednolite Reguły dla Gwarancji Płatnych na Żądanie (URDG 758)*, Publikacja MIH nr 758, Warszawa 2010, s. 16.

Skreślenie tego przepisu w wyniku nowelizacji prawa bankowego, która weszła w życie 1 maja 2004 r.¹¹⁹⁷, nie może być odczytane jako zmiana stanu prawnego¹¹⁹⁸, choć uzasadniano je wskazując, że przepis „...jest źle sformułowany: jak bank może nie być obowiązany sprawdzać okoliczności zawartych w dokumentach, które towarzyszą żądaniu zapłaty? W praktyce bankowej nie ma miejsca na takie "płacenie na ślepo" żądań zapłaty. Inną rzeczą jest, że bank sprawdza przy zapłacie gwarancji tylko to, co wynika z treści gwarancji. Zdanie drugie z ust. 1 też jest zbędne. Ustawa zakłada, że bank nie wie, że jeżeli przyjmie i zapłaci "żądanie zapłaty czy też towarzyszące mu dokumenty dotknięte wadami powodującymi ich nieważność bądź nieskuteczność", to czyni to na własne ryzyko. Trudno jest sobie wyobrazić, żeby bank płacił za dokument, o którym wie, że jest nieważny". Uzasadnienie jest niejasne¹¹⁹⁹, jednakże nie wydaje się, by jego intencją było odwrócenie zasady wyrażonej w uchylonym przepisie. Wydaje się – potwierdza to całość wyводу - że kontrola „okoliczności zawartych w dokumentach”, o których mowa w uzasadnieniu, to sprawdzenie „ważności” dokumentów.

Za taką interpretacją przemawia także взгляд na charakter gwarancji oraz to – co trafnie dostrzega się w doktrynie - że bank zwykle nie ma praktycznych możliwości sprawdzenia, czy okoliczności wskazane w dokumentach odpowiadają rzeczywistości stanowi rzeczy¹²⁰⁰ (np. czy dłużnik prawidłowo wykonał zabezpieczone zobowiązanie).

Stwierdzenie, że gwarant nie ma obowiązku sprawdzania zgodności dokumentów ze stanem faktycznym ma istotne znaczenie, ponieważ oznacza, iż

¹¹⁹⁷ Nowelizacja z dnia 1 kwietnia 2004 r., Dz. U. nr 91, poz. 870.

¹¹⁹⁸ Tak też **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 318.

¹¹⁹⁹ Por. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 318 (autor zwraca uwagę, że do uzasadnienia wkładło się nieporozumienie, ponieważ wynika z niego, że bank jest zobowiązany sprawdzić okoliczności zawarte w dokumentach towarzyszących żądaniu zapłaty, gdyż bank „nie może płacić na ślepo”).

¹²⁰⁰ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 318-319.

obowiązek zwrotu wypłaconej sumy obciąża zleceniodawcę także wtedy, gdy okoliczności wskazane w dokumentach okazały się nieprawdziwe¹²⁰¹.

Sytuacja przedstawia się inaczej wówczas, gdy bank wypłacił sumę gwarancyjną, nie dopełniając obowiązku sprawdzenia zgodności żądania zapłaty z warunkami gwarancji (a żądanie nie odpowiadało tym warunkom)¹²⁰² albo wiedząc, że żądanie zapłaty stanowi nadużycie prawa¹²⁰³. W takim przypadku w doktrynie wskazuje się, że gwarant nie jest uprawniony do żądania zwrotu wypłaconej sumy¹²⁰⁴, ponieważ wydatek gwaranta trudno wówczas uznać za należyte wykonanie umowy zlecenia (zob. art. 742 k.c.)¹²⁰⁵ albo – według innego ujęcia – żądanie takie stanowi nadużycie prawa¹²⁰⁶. Bardziej prawidłowe wydaje się jednak twierdzenie, że gwarant może wprawdzie żądać zwrotu uiszczonych sumy, jednakże ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą za nienależyte wykonanie zlecenia, a zleceniodawca może potrącić z roszczeniem zwrotnym gwaranta, przysługujące przeciwko gwarantowi roszczenie odszkodowawcze¹²⁰⁷.

Pewną trudność sprawia precyzyjne określenie, jak daleko sięgać powinna staranność gwaranta w ocenie prawidłowości załączonej do żądania dokumentacji. W tej kwestii przeważnie przyjmuje się, że – w braku szczególnych postanowień

¹²⁰¹ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 319.

¹²⁰² Zob. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 343.

¹²⁰³ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 319; por. też **G. Tracz**, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 277-278 (autor wskazuje, że gwarant jest zobowiązany do poniesienia przysługującego mu zarzutu nadużycia prawa, a jeżeli tego nie uczyni może odpowiadać względem zleceniodawcy za doznana przezeń z tego powodu szkodę).

¹²⁰⁴ Zob. **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 319, 343. **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 794 (autor wskazuje, że zleceniodawca nie jest zobowiązany do zwrotu, jeżeli gwarant zapłacił sumę gwarancyjną, mimo że „mógł i powinien był podnieść zarzut niezrealizowania się zabezpieczonego rezultatu”).

¹²⁰⁵ Por. też **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 318; **T. Spyra**, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 794.

¹²⁰⁶ Tak **A. Zacharzewski**, *Nadużycie gwarancji bankowej przez jej beneficjenta*, *Prawo Bankowe* 2006, nr 11, s. 47.

¹²⁰⁷ Tak **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2719.

w tym względzie - gwarant ma obowiązek „ogólnej kontroli autentyczności dokumentu”¹²⁰⁸ albo ma obowiązek upewnić się, że załączone dokumenty „z punktu widzenia ich cech zewnętrznych wydają się być (...) zgodne z warunkami gwarancji oraz między sobą. Dokumenty powinny być oryginalne, nie mogą budzić *prima facie* wątpliwości co do swej autentyczności”¹²⁰⁹. Warto wspomnieć, że art. 19 URDG 758 wyraża to lapidarnie w ten sposób, że „Gwarant ustali, bazując wyłącznie na prezentacji, czy na podstawie jej cech zewnętrznych wydaje się ona być **prezentacją zgodną**” („*The guarantor shall determine, on the basis of a presentation alone, whether it appears on its face to be complying presentation*”)¹²¹⁰. Z kolei z art. 16 (1) zd. 2 Konwencji z 1995 r. wynika, że gwarant powinien ocenić powierzchowną zgodność (*facial conformity*) dokumentów z postanowieniami gwarancji oraz ich zgodność między sobą¹²¹¹.

c) Obowiązek gwaranta zawiadomienia dłużnika i skutki jego naruszenia

Nie budzi wątpliwości celowość powiadomienia przez gwaranta zleceniodawcy gwarancji (zwykle dłużnika ze stosunku podstawowego) o skierowanym do gwaranta żądaniu zapłaty. W doktrynie wskazuje się, że pozwala ono dłużnikowi na ewentualne wykazanie, iż żądanie zapłaty stanowi nadużycie prawa przez beneficjenta gwarancji (np. dlatego, że dłużnik uiścił już należność), czego bank samodzielnie ustalić nie jest w stanie¹²¹². Pozwala także na zastosowanie procesowych środków zabezpieczających, które mogą powstrzymać beneficjenta przed zgłoszeniem żądania zapłaty albo gwaranta przed dokonaniem tej zapłaty. Uwagi te można uzupełnić, wskazując, że stosowne powiadomienie może

¹²⁰⁸ Tak T. Spyra, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz, Tom I*, Kraków 2005, s. 780.

¹²⁰⁹ Zob. M. Olechowski, *Glosa do wyroku SN z dnia 25 czerwca 1999 r. (II CKN 402/98)*, PUG 2000, nr 7-8, s. 17.

¹²¹⁰ Zob. ICC Polska, *Jednolite Reguły dla Gwarancji Płatnych na Żądanie (URDG 758)*, Publikacja MIH nr 758, Warszawa 2010, s. 23.

¹²¹¹ „In determining whether documents are in facial conformity with the terms and conditions of the undertaking, and are consistent with one another, the guarantor/issuer shall have due regard to the applicable international standard of independent guarantee or stand-by letter of credit”.

¹²¹² Por. J. Pisuliński, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 318.

zapobiegać podwójnej zapłacie oraz umożliwia dłużnikowi zwrócenie uwagi na braki formalne żądania zapłaty¹²¹³.

W doktrynie jest natomiast sporne, czy gwarant ma obowiązek powiadomienia zleceniodawcy gwarancji (zwykle dłużnika ze stosunku podstawowego) o skierowanym doń żądaniu zapłaty¹²¹⁴.

Obowiązek taki uznaje się w większości obcych porządków prawnych¹²¹⁵ i przewiduje go także art. IV.G. – 3:102 (1) (a) DCFR, dotyczący zabezpieczeń niezależnych, który przewiduje, że zabezpieczający ma obowiązek natychmiastowego poinformowania dłużnika o otrzymanym żądaniu zapłaty ze wskazaniem, czy w ocenie zabezpieczającego, świadczenie powinno być przezeń spełnione.

Obowiązek niezwłocznego powiadomienia przewiduje także art. 16 URDG 758, rozciągając go nie tylko na żądanie zapłaty, ale także na każdy alternatywny dla żądania zapłaty wniosek o przedłużenie terminu wygaśnięcia gwarancji. Regułę tę uzupełnia art. 22 URDG 758 nakazujący gwarantowi niezwłoczne przekazanie zleceniodawcy kopii żądania i wszelkich związanych z nim dokumentów.

Warto wspomnieć, że art. IV.G. – 3:102 (1) (b) i (c) DCFR, nakłada na zabezpieczającego także obowiązek natychmiastowego poinformowania dłużnika o dokonanej przez zabezpieczającego zapłacie albo o odmowie zapłaty (z podaniem przyczyn odmowy). Ten pierwszy zapobiegać ma niebezpieczeństwu podwójnej zapłaty, ten drugi ma umożliwiać wyjaśnienie sytuacji między zabezpieczającym a dłużnikiem¹²¹⁶.

Wydaje się, że *de lege lata* tego rodzaju obowiązki gwaranta można uzasadnić w oparciu o reguły ogólne, a w szczególności o art. 740 k.c., zgodnie z którym

¹²¹³ Por. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Munich 2009, s. 2704-2705.

¹²¹⁴ **J. Pisuliński**, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 317-318.

¹²¹⁵ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Munich 2009, s. 2705-2706.

¹²¹⁶ Zob. **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Munich 2009, s. 2705.

„Przyjmujący zlecenie powinien udzielać dającemu zlecenie **potrzebnych wiadomości o przebiegu sprawy**, a po wykonaniu zlecenia lub po wcześniejszym rozwiązaniu umowy złożyć mu sprawozdanie”.

Tym niemniej *de lege ferenda* uzasadnione wydaje się wyraźne wprowadzenie tego rodzaju obowiązku w ramach regulacji dotyczącej gwarancji bankowej.

Skutki zaniedbania przez gwaranta zadośćuczynienia temu obowiązkowi można oceniać różnie. Po pierwsze, można uznać, że – w sytuacji, w której żądanie beneficjenta stanowiło nadużycie prawa, czego dłużnik łatwo mógł dowieść - zapłata sumy gwarancyjnej nie stanowi należytego wykonania umowy zlecenia gwarancji. W rezultacie gwarant nie mógłby dochodzić zwrotu spełnionego świadczenia na podstawie art. 742 k.c. i byłby zdany na roszczenia z bezpodstawnego wzbogacenia. Po drugie, wskazuje się, że żądanie regresowe gwaranta, który w złej wierze spełnił świadczenie, może stanowić nadużycie prawa¹²¹⁷. Po trzecie, można bronić poglądu, że gwarant ponosi odpowiedzialność za szkodę związaną z niewykonaniem obowiązku zawiadomienia i w stosownym zakresie – niezbędnym dla zapobieżenia powstaniu tej szkody – jego roszczenie regresowe ulega redukcji.

Ku ostatniej koncepcji skłonili się twórcy DCFR, którzy w art. IV.G. – 3:102 (2) DCFR postanowili, że jeżeli udzielający zabezpieczenia nie uczyni zadość powyższemu obowiązkowi jego roszczenia względem dłużnika ulega zmniejszeniu w zakresie niezbędnym dla zapobieżenia powstaniu – w wyniku tego zaniedbania – szkody dłużnika.

Rozwiązanie takie wydaje się bliższe ogólnym regułom odpowiedzialności kontraktowej i zasługuje na aprobatę zarówno *de lege lata* jak i *de lege ferenda*.

2. Obowiązki dłużnika

Ze względu na samodzielny charakter zobowiązania gwaranta w przypadku gwarancji bankowej nie ma potrzeby wprowadzania regulacji analogicznej do 886 k.c.

G. Wielość gwarantów

W literaturze wskazuje się, że w razie zabezpieczenia wierzytelności więcej niż jedną gwarancją, zobowiązania gwarancyjne są względem siebie autonomiczne¹²¹⁸. Beneficjent może zgłosić roszczenie do wszystkich gwarantów, do kilku wybranych lub do jednego, aż do całkowitego zaspokojenia swoich roszczeń¹²¹⁹ (niektórzy autorzy wspominają w tym kontekście o odpowiedzialności *n solidum*¹²²⁰).

Może być kwestią sporną, czy i w jakim zakresie gwarant, który zaspokoił beneficjenta, może żądać zaspokojenia od pozostałych gwarantów, co ma znaczenie przede wszystkim wtedy, gdy zleceniodawca okazał się niewypłacalny. W tej kwestii M. Bączyk wskazuje, że gwarantom nie przysługują względem siebie roszczenia kompensacyjne¹²²¹.

Pogląd ten wydaje się uzasadniony *de lege lata*. *De lege ferenda* należy natomiast tę kwestię uregulować według omówionego już uprzednio wzorca dotyczącego wielości poręczycieli (uwzględniającego także uregulowanie tej kwestii w ramach DCFR¹²²²). Oznacza to w szczególności przyjęcie reguły, że gwaranci odpowiadają względem beneficjenta, jak i między sobą według przepisów o solidarności, z tym że – jeżeli z treści stosunku między gwarantami nie wynika nic innego – gwarant, który prawidłowo (zgodnie z warunkami zapłaty) zaspokoił beneficjenta w całości lub części, może żądać zwrotu od pozostałych gwarantów w częściach proporcjonalnych do rozmiaru ich zobowiązań w chwili zaspokojenia

¹²¹⁷ Tak **A. Zacharzewski**, *Nadużycie gwarancji bankowej przez jej beneficjenta*, Prawo Bankowe 2006, nr 11, s. 47.

¹²¹⁸ Zob. **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności*, Warszawa 2005, s. 211-212; **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1220.

¹²¹⁹ **I. Heropolitańska**, *Prawne zabezpieczenie wierzytelności*, Warszawa 2005, s. 212.

¹²²⁰ Zob. **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1220.

¹²²¹ **M. Bączyk**, *Umowa gwarancji bankowej*, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006, s. 1220.

¹²²² Uregulowanie art. IV.G. – 1:106 DCFR dotyczy wielości zarówno zależnych jak i niezależnych zabezpieczeń osobistych.

beneficjenta. W tych samych proporcjach każdy z poręczycieli powinien być uprawniony do udziału w korzyściach uzyskanych przez poręczyciel od dłużnika.

Tym niemniej wydaje się, że regulacja ta powinna dotyczyć tylko sytuacji, w której przedmiot zabezpieczenia był ten sam¹²²³ oraz te same były określone w gwarancjach przesłanki zapłaty.

¹²²³ Por. też **Ch. v. Bar, E. Clive** (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 2550-2551.