

KACPER GÓRNIAK*

UMOWY DOWODOWE W PROCESIE CYWILNYM

1. WPROWADZENIE

Przedmiotem procesu cywilnego są najczęściej prawa i obowiązki, którymi strony mogą swobodnie rozporządzać. Jeśli spór toczy się, na przykład, o własność rzeczy, to pozwany, który rzecz posiada, może dobrowolnie wydać ją powodowi. Właściciel rzeczy może też zawsze ją zbyć na rzecz innej osoby. Gdy zaś sprawa dotyczy roszczenia wynikającego z umowy, to i ono może zostać w każdej chwili przeniesione lub wygasnąć, zwłaszcza na skutek zwolnienia z długu. Urzeczywistniane w procesie cywilnym prawa i obowiązki należą więc zwykle do swobodnej dyspozycji stron. To cecha, która wyróżnia proces cywilny na tle innych procedur, takich jak proces karny lub postępowanie administracyjne. Zakazem popełniania czynów zabronionych i prawem państwa do karania za ich popełnianie rozporządzać przecież nie wolno. Podobnie jest — przy wszystkich różnicach — z prawami i obowiązkami administracyjnymi. Ponieważ przedmiotem procesu cywilnego strony mogą swobodnie rozporządzać, to nie jest jego koniecznym zadaniem zakończenie sporu (w ogóle) lub zakończenie go w obiektywnie sprawiedliwy sposób. Konstrukcja procesu cywilnego zakłada, że może on zostać w każdej chwili przerwany przez strony z dowolnej przyczyny (np. powód wycofa powództwo). Może on także zakończyć się rozstrzygnięciem obiektywnie niesprawiedliwym (np. dlatego, że pozwany w procesie pozostanie bierny albo w wyniku ugody). Żadna z tych sytuacji nie narusza zasadniczych funkcji procesu cywilnego¹.

* Autor jest doktorantem na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

¹ W pracy tej zupełnie pomijam problematykę postępowań: nieprocesowego, egzekucyjnego i zabezpieczającego (a także postępowania arbitrażowego), ograniczając się — celowo — do procesu cywilnego.

Wskazane cechy procesu cywilnego są zwykle opisywane w postaci dwóch zasad o konstrukcyjnym znaczeniu dla tego postępowania: zasady dyspozycyjności i kontradiktoryjności. Sprawiają one, że proces cywilny ma diametralnie inny sens polityczny niż proces karny lub postępowanie administracyjne. Odmienności jest wiele. Jedna z nich — którą się zajmę — polega na tym, że w procesie cywilnym można sensownie rozważać dopuszczalność i konsekwencje porozumień dotyczących postępowania dowodowego, które są zawierane pomiędzy stronami przed procesem lub w jego toku. Strony tego procesu i tak mogą w każdej chwili przerwać spór sądowy z dowolnej przyczyny, przyznać przeciwnikowi różne fakty czy wycofać żądania. Skoro tak, to — przynajmniej na pierwszy rzut oka — nic nie stoi na przeszkodzie temu, by skutecznie umówiły się, co i w jaki sposób może być dowodzone w procesie, a więc zawarły umowę dowodową. W racjonalnie skonstruowanym systemie porozumienia takie nie mogłyby jednak zostać zaakceptowane w postępowaniu karnym lub administracyjnym.

Artykuł ten powinien spełnić dwa zadania. Po pierwsze, uzasadnić i rozwinąć tezę, zgodnie z którą umowy dowodowe są w pełni spójne z procesem cywilnym zbudowanym na zasadach dyspozycyjności i kontradiktoryjności. Po drugie, zawiera on — inspirowaną badaniami porównawczymi i analizą funkcji procesu cywilnego — prezentację stanowiska aktualnie obowiązującego prawa polskiego w sprawie dopuszczalności, kwalifikacji prawnej, reżimu prawnego i konsekwencji umów dowodowych. Analiza ta uwzględnia zmiany, jakie przyniosła ostatnia nowelizacja kodeksu postępowania cywilnego².

2. POJĘCIE I FUNKCJE UMÓW DOWODOWYCH

Teoretycznie, a więc w oderwaniu od jakiegoś konkretnego systemu prawnego³, przez umowy dowodowe należy rozumieć porozumienia stron przyszłego (i ewentualnego) lub trwającego już procesu cywilnego, które modyfikują reguły prowadzenia postępowania dowodowego w tym procesie, a więc reguły ustalania faktów⁴. Obejmując tym pojęciem porozumienia zmieniające jakąkolwiek regułę dotyczącą postępowania dowodowego, można sobie wyobrazić bardzo wiele wariantów umów dowodowych. Pojedynczych reguł jest przecież w różnych systemach sporo. Analiza porównawcza pozwala jednak wyróżnić cztery najważniejsze typy umów dowodowych: 1) umowy dotyczące środków lub źródeł dowodowych; 2) umowy

² Ustawa o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, druki sejmowe nr 3137, 3457, 3457-A, druk senacki nr 1196; dalej: ustawa z dnia 13 czerwca 2019 r.

³ Z zastrzeżeniem, że jest to tylko postulat. Całkowite oderwanie się od siatki pojęciowej i konstrukcji systemu prawnego, którym badacz zajmuje się na co dzień, jest nieosiągalne.

⁴ Zob. R. Kulski: *Umowy procesowe w postępowaniu cywilnym*, Kraków 2006, s. 284–293.

dotyczące przedmiotu dowodu; 3) umowy dotyczące oceny dowodów; 4) umowy dotyczące ciężaru dowodu⁵.

Ad 1) Umowy dotyczące środków lub źródeł dowodowych można podzielić na pozytywne, czyli wskazujące, za pomocą jakich środków mogą być ustalane fakty w procesie (ma to sens, gdy chodzi o środki dowodowe, których nie przewidziano w ustawie), oraz negatywne, a więc wykluczające możliwość ustalania faktów za pomocą oznaczonych środków dowodowych. Ponadto, umowy te mogą być uniwersalne w tym znaczeniu, że regulują dopuszczalność korzystania ze środków dowodowych w odniesieniu do wszelkich okoliczności dotyczących danej sprawy, albo konkretne, czyli dotyczące oznaczonych w umowie okoliczności (np. postanowienie, zgodnie z którym fakt X może być wykazany tylko za pomocą dowodu z opinii biegłego). Wreszcie, umowy te mogą być rodzajowe, czyli odnosić się do danego typu środka dowodowego (np. dowodu ze świadków lub dowodu z dokumentu), albo indywidualne, jeśli dotyczą indywidualnie oznaczonego (skonkretyzowanego) źródła dowodowego (np. zeznań świadka X albo dowodu z dokumentu Y). Na przykład: umowne wyłączenie możliwości ustalenia treści umowy za pomocą dowodu z zeznań świadków to negatywna, konkretna i rodzajowa umowa dowodowa dotycząca środków dowodowych; ustalenie, że strony mogą dowodzić wszelkich okoliczności danej sprawy za pomocą przysięgi trzech duchownych wymienionych z nazwiska (załóżmy, że jest to środek dowodowy nieprzewidziany w ustawie), jest pozytywną, uniwersalną i indywidualną umową dowodową dotyczącą środków dowodowych.

Ad 2) Umowy dotyczące przedmiotu dowodów, czyli okoliczności, można podzielić na pozytywne, czyli uznające pewne okoliczności na użytek procesu cywilnego za ustalone (wyłączają one możliwość dowodzenia okoliczności przeciwnych do przyznanych), oraz negatywne, a więc uznające pewne okoliczności na użytek procesu cywilnego za nieistniejące (wyłączają one możliwość dowodzenia tych właśnie okoliczności). Z reguły umowy te odnoszą się do pewnych okoliczności bezpośrednio (np. jakiś oznaczony fakt uważa się za ustalony). Niekiedy jednak nakazują wywnioskować zajście danej okoliczności stąd, że ustalono inną okoliczność. Odbywa się to wedle schematu: „jeżeli sąd ustali X, to należy przyjąć, że Y”. Struktura ta odpowiada konstrukcji domniemania, zatem pośrednią umowę dotyczącą dowodów można nazwać umową przewidującą domniemanie. Jeśli jest ono niewzruszalne, to mamy do czynienia z podtypem umowy dotyczącej przedmiotu dowodów; jeśli wzruszalne, to umowa taka stanowi podtyp umowy dotyczącej ciężaru dowodu (zob. dalej). Przydatność wyróżniania tej kategorii porozumienia

⁵ Jeśli chodzi o analizę porównawczą — por. rozważania zawarte w pkt 4 tego artykułu. W literaturze różnych krajów przeprowadzono rozmaite klasyfikacje umów dowodowych; zob. O. Knecht: *Die Beweisverträge im Zivilprozess*, Kleine Schriften zum Zivilprozeßrecht 1937, t. 16, Freiburg 1937, s. 37–40; R. Kulski: *Umowy procesowe...*, *op. cit.*, s. 284–306; O. Pelli: *Beweisverträge im Zivilprozess*, Zürich–St. Gallen 2012, s. 4–44. Ich szczegółowa prezentacja byłaby zbędna. Przedstawiona tu klasyfikacja jest, w mojej ocenie, najbardziej logiczna, jakkolwiek jest ona inspirowana zacytowanymi pracami, a przede wszystkim literaturą niemiecką.

na tle ogólnego typu umów dotyczących przedmiotu dowodów jest niewielka, dlatego w dalszym wywodzie nie będę się do umów kształtujących domniemania odnosił w sposób szczególny, uważając umowy konstruuujące domniemania niewzruszalne za umowy dotyczące przedmiotu dowodów (a wzruszalne — za umowy dotyczące ciężaru dowodu). Wszystkie te umowy muszą się odnosić do oznaczonych okoliczności, ponieważ nie jest możliwe przyznanie „wszystkich okoliczności” ani też uznanie ich za nieistniejące. Znamy wprawdzie umowę przyznającą zasadność danego roszczenia (w tym sensie przyznającą także prawdziwość wszelkich okoliczności, które przesadzają o jego zasadności), jednak sensowniej jest — i tak czynią różne systemy prawne — postrzegać tego rodzaju porozumienie jako uznanie długu (a w toku procesu — jako uznanie powództwa), a nie jako umowę dowodową.

Ad 3) Umowy dotyczące oceny dowodów, czyli ich wiarygodności (wartości), mogą odnosić się do rodzajowo ujętego środka rodzajowego (np. dowodu z zeznań świadków) albo indywidualnie oznaczonego źródła dowodowego (np. dowodu z zeznań wymienionego imiennie świadka X). Dalej, umowy te można podzielić na uniwersalne, które uznają dany środek dowodowy lub dane źródło dowodowe za generalnie bardziej wiarygodne od innego w danej sprawie, oraz konkretne, które odnoszą taką preferencję jedynie do oznaczonych okoliczności. Umowy te mogą być także bezwzględne (uznające dany środek lub dane źródło za najbardziej wiarygodne) albo względne (uznające, że dany środek lub dane źródło są bardziej wiarygodne od innych).

Ad 4) Umowy dotyczące ciężaru dowodu modyfikują wynikającą z reguł ustawowych dyspozycję co do tego, na której ze stron spoczywa ciężar udowodnienia danej okoliczności. Umowy te mogą być tylko konkretne, ponieważ nie da się ustalić, by na jednej ze stron spoczywał ciężar udowodnienia „wszystkich okoliczności”.

Umowy dowodowe są z definicji wiążące dla sądu w postępowaniu cywilnym. Nie można więc uznać za umowę dowodową takiego porozumienia, które jedynie zobowiązuje stronę do, na przykład, nieprzedstawiania danych dowodów. Byłaby to zwykła umowa obligacyjna, niewpływająca na sposób prowadzenia postępowania dowodowego.

Przedstawione pojęcie i podtypy umowy dowodowej są wyłącznie teoretyczne. Dopuszczalność i skuteczność zawierania poszczególnych typów umów dowodowych przedstawia się różnie w różnych systemach prawnych. Niejednolita jest także kwalifikacja prawna takich umów. W niektórych systemach prawnych umowy dowodowe lub ich niektóre typy należą do prawa materialnego, a w innych są umowami procesowymi⁶. Zresztą, kwalifikacja ta jest często sporna. To zatem, czy umowy dowodowe (i w jakim zakresie) są dopuszczalne, a także czy stanowią czynności prawa materialnego, czy procesowego, nie mieści się już w ich teoretycznym pojęciu. Kwestie te rozstrzygają konkretne systemy prawne.

⁶ Zob. rozważania zawarte w pkt 4 artykułu.

Poszczególne typy umów dowodowych pełnią różne funkcje, a w dodatku mogą nabierać różnego znaczenia w konkretnych stanach faktycznych. Wszystkim z nich można jednak przypisać jedno najważniejsze zadanie: łagodzenie ryzyka wynikającego z niepewności co do wyniku procesu cywilnego. Każdemu — spodziewanemu lub trwającemu już — procesowi cywilnemu towarzyszy znaczna niepewność. Strony nie wiedzą, jaki będzie jego wynik, co wynika z niepewności co do tego, po pierwsze, jakiej wykładni przepisów dokona sąd (niepewność prawna), a także co do tego, jaka podstawa faktyczna rozstrzygnięcia zostanie ustalona (niepewność faktyczna). Pierwszy rodzaj niepewności jest niwelowany za pomocą odpowiednio szczegółowych postanowień umownych w sprawie praw i obowiązków stron, które — w granicach, w jakich nie zakazują tego imperatywne przepisy prawa — ustalają stan prawny pomiędzy stronami. Drugi rodzaj niepewności, a więc niepewność faktyczna, może być łagodzony właśnie dzięki umowom dowodowym. Umowy te pozwalają zmniejszyć ryzyko ustalenia nadmiernie zaskakującej dla stron podstawy faktycznej przyszłego rozstrzygnięcia. Odbywa się to w różny sposób w przypadku różnych typów umów dowodowych. Strony mogą z góry wykluczyć dowodzenie lub zaprzeczanie pewnym faktom (umowa dotycząca przedmiotu dowodu), dzięki czemu eliminują ryzyko, że w toku procesu fakt ten zostanie ustalony. Mogą też — przynajmniej — przyjąć, że dany fakt jest udowodniony, nie wykluczając przeciwdowodu (umowa dotycząca ciężaru dowodu), co wprowadzie ryzyka ustalenia tego faktu nie eliminuje, ale przynajmniej je łagodzi. Wreszcie, strony mogą łagodzić ryzyko ustalenia pewnych faktów w sposób pośredni, wykluczając możliwość udowodnienia ich określonymi środkami dowodowymi, czy też przewidyując, że tylko oznaczone środki — uznane przez strony za odpowiednio wiarygodne — mogą być do tego celu użyte. Mogą one wreszcie ustalić wartość pewnych środków lub źródeł dowodowych, co także w sposób pośredni niweluje niepewność faktyczną⁷.

Poza taką funkcją, umowy dowodowe zazwyczaj prowadzą do uproszczenia i przyspieszenia procesu cywilnego, a przez to także do zaoszczędzenia kosztów⁸. Udaje się to dzięki zmniejszeniu liczby czynności, których sąd i strony muszą dokonać w procesie, aby doprowadzić do ustalenia stanu faktycznego. Taką funkcję pełnią umowy dotyczące przedmiotu dowodu i umowy dotyczące ciężaru dowodów, ponieważ uniemożliwiają lub przynajmniej wyłączają konieczność dowodzenia pewnych faktów. Zadanie to spełniają również umowy dotyczące środków dowodowych, o ile wykluczają stosowanie bardziej czasochłonnych środków dowodowych (np. zeznań świadków lub opinii biegłego). Trudno jednak przypisać je innym rodzajom umów dowodowych, jakkolwiek te, które wymienilem, mają w praktyce różnych krajów europejskich największe znaczenie. Z tym zastrzeżeniem można

⁷ Zob. O. Knecht: *Die Beweisverträge...*, op. cit., s. 13–14.

⁸ Zob. O. Pelli: *Beweisverträge...*, op. cit., s. 49–50.

więc uproszczenie i przyśpieszenie postępowania uznać za drugą zasadniczą funkcję umów dowodowych.

3. DOTYCHCZASOWE STANOWISKO POLSKIEJ DOKTRYNY W SPRAWIE DOPUSZCZALNOŚCI UMÓW DOWODOWYCH

W Polsce ani kodeks cywilny⁹, ani kodeks postępowania cywilnego¹⁰ nie zawierają przepisów dotyczących jakiegokolwiek z typów umów dowodowych. Problematyka dowodowa jest uważana za należącą do prawa procesowego. Dotyczy to — uregulowanych w kodeksie postępowania cywilnego — środków dowodowych (art. 235–315 k.p.c.), przedmiotu dowodu (art. 227 k.p.c.) i oceny dowodów (art. 233 k.p.c.)¹¹. Jedynie co do rozkładu ciężaru dowodu — regulowanego wprawdzie w kodeksie cywilnym i innych ustawach z zakresu prawa cywilnego materialnego — uważa się, że ma on zarówno wymiar materialnoprawny, jak i formalny¹². Wymiar materialny ciężaru dowodu wskazuje, która ze stron ponosi ujemne następstwa nieprzeprowadzenia dowodu na daną okoliczność, a wymiar formalny (procesowy) wyraża spoczywający na stronach obowiązek wskazania i dostarczenia dowodów w procesie.

Stosunki prawa procesowego nie są objęte — dotyczącą jedynie stosunków obligacyjnych — zasadą swobody umów (art. 353¹ k.c.)¹³. Oznacza to, że dopuszczalność umów dowodowych, jako zmierzających do osiągnięcia skutków w procesie, nie może być uzasadniana z powołaniem się na tę zasadę. Twierdzi się, że umowy takie stanowiłyby czynności procesowe, a tymczasem strony mogą dokonywać tylko takich czynności procesowych, do których upoważnia je ustawa; stąd wniosek, że umowy dowodowe nie są dopuszczalne¹⁴. Za nieskuteczne uważa się także umowy modyfikujące rozkład ciężaru dowodu, a to dlatego, że narzucałyby pewien sposób postępowania nie żadnej ze stron, lecz sądowi¹⁵. Wybrzmiewa więc z takiego uzasadnienia przekonanie, że jeśli nie da się takich umów uzasadnić zasadą swobody umów, to są one — jako, przynajmniej w części, zmierzające do osiągnięcia skutków procesowych — niedopuszczalne.

⁹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny, t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm.; dalej: k.c.

¹⁰ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego, t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.; dalej: k.p.c.

¹¹ R. Kulski: *Umowy procesowe...*, op. cit., s. 311.

¹² A. Zieliński: *Ochrona praw podmiotowych (w:) System prawa prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne — część ogólna*, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2019, s. 889.

¹³ P. Machnikowski: *Swoboda umów według art. 353¹ k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 169–172.

¹⁴ R. Kulski: *Charakter prawny umów procesowych*, Państwo i Prawo 2002, z. 1, s. 54; R. Kulski: *Umowy procesowe...*, op. cit., s. 307–312.

¹⁵ P. Machnikowski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, Warszawa 2017, art. 6, nb 8.

Gdyby poprzestać na takim ujęciu, to zmianę, którą przyniosła uchwalona niedawno ustawa z dnia 13 czerwca 2019 r., należałoby uznać za przełomową. Nowelizacja ta wprowadziła do kodeksu postępowania cywilnego dział IIa, regulujący nowe, odrębne postępowanie w sprawach gospodarczych. Będący częścią regulacji tego postępowania art. 458⁹ k.p.c. dopuszcza możliwość zawarcia umowy dowodowej, wprowadzając także jej definicję. Zgodnie z nią strony mogą się umówić o wyłączenie określonych dowodów w postępowaniu w sprawie z określonego stosunku prawnego powstałego na podstawie umowy (art. 458⁹ § 1 k.p.c.).

Takie spojrzenie byłoby jednak nieprawidłowe. Twierdzę, że niektóre typy umów dowodowych były dopuszczalne także przed wejściem w życie wskazanej nowelizacji. Wynika to z — odpowiednio rozumianych — zasad dyspozycyjności i kontrydiktoryjności. Takie założenie rzuca na nowe przepisy dotyczące umowy dowodowej zupełnie inne światło. Aby odpowiednio ukierunkować argumentację dowodzącą tej tezy, należy zacząć od analizy prawnoporównawczej, która ukaże status umów dowodowych w systemach prawnych zbliżonych do polskiego (pkt 4 poniżej). Niezbędna jest ponadto analiza aksjologiczna, ilustrująca relację, w jakiej umowy dowodowe pozostają w stosunku do celu procesu cywilnego (pkt 5 poniżej). Dopiero omówienie tych dwóch problemów pozwoli na sformułowanie właściwej wykładni nowych przepisów (pkt 6 poniżej).

4. UMOWA DOWODOWA W USTAWODAWSTWACH EUROPY KONTYNENTALNEJ

Analiza prawnoporównawcza zawsze może objąć tylko wybrane porządki prawne. Dobrze jednak, jeśli wybór ten nie jest arbitralny. Zasadniczym celem tego opracowania jest przedstawienie źródła, tła i zakresu dopuszczalności umów dowodowych w prawie polskim. Takie zadanie badawcze sprawia, że należy zbadać jedynie porządki prawne, które — w zakresie postępowania cywilnego — mogą być uznane za bliskie prawu polskiemu. Pominę zatem systemy anglosaskie (*common law*), ponieważ koncepcja prawa i samego procesu jest w tych państwach odmienna od przyjmowanej na Kontynencie i w Polsce¹⁶. Skupię się zamiast tego na porządkach prawnych Europy Kontynentalnej (*civil law*), a więc rodzinie, do której należy także prawo polskie. Najwięcej uwagi należy poświęcić prawu niemieckiemu oraz francuskiemu, ponieważ mają one modelowe znaczenie dla większości systemów prawa cywilnego (*civil law*), a przy tym — ze względów historycznych — znacząco wpłynęły one na polskie prawo cywilne materialne i procesowe. Rozwiązania przewidziane w tych krajach — w zakresie umów dowodowych — tworzą zarazem

¹⁶ Zob. — na tle umów dowodowych — J.W. Strong: *Consensual Modifications of the Rules of Evidence: The Limits of Party Autonomy in an Adversary System*, *Nebraska Law Review* 2001, vol. 80, iss. 2, s. 159–170.

dwa różne modele, podzielane także w innych krajach. Pierwszy z nich to model germański (Niemcy, Austria, Szwajcaria), w ramach którego umowy dowodowe postrzegane są jako czynności prawa procesowego. Drugi z nich to model romański (Francja, Włochy, Belgia), w którym umowy dowodowe są umowami prawa materialnego (obligacyjnymi).

4.1. MODEL GERMAŃSKI (NIEMCY, AUSTRIA, SZWAJCARIA) — KONCEPCJA PROCESOWA

Prawo niemieckie¹⁷ — tak samo jak inne systemy germańskie (Austria¹⁸, Szwajcaria¹⁹) — traktuje reguły dotyczące dowodów w postępowaniu cywilnym jako zagadnienie prawa procesowego i normuje je w ustawie procesowej, co uniemożliwia uzasadnienie dopuszczalności umów dowodowych za pomocą zasady wolności umów. Niemiecka ustawa procesowa (*Zivilprozessordnung*; ZPO) nie zawiera przepisów o umownej modyfikacji reguł dowodowych. Mimo to takie umowy (*Beweisverträge*) są powszechnie i zgodnie uważane za dopuszczalne²⁰. Kwalifikuje się je jako czynności procesowe, a nie czynności prawa materialnego, ponieważ zmierzają do wywołania skutków w postępowaniu cywilnym²¹. Możliwość ich zawierania uzasadnia się zasadami dyspozycyjności (*Dispositionsgrundsatz*) i kontradyktoryjności (*Beibringungs- oder Verhandlungsgrundsatz*). Według zasady dyspozycyjności strony mogą rozporządzać przedmiotem procesu cywilnego, a zatem mogą także ograniczać przedmiot procesu, uznając między sobą pewne fakty za ustalone (co wyłącza je spod rozpoznania w procesie) lub odwracając co do nich ciężar dowodu (co ogranicza ich rozpoznanie w procesie)²². Jeśli z kolei według zasady kontradyktoryjności strony powinny same dostarczać dowody na poparcie swoich twierdzeń, to mogą także tę swoją kompetencję ograniczyć, eliminując dopuszczalność pewnych środków dowodowych²³. Uważa się zresztą, że dotyczy to wszelkiego rodzaju umów procesowych (*Prozessverträge*). Choć niemiecka ZPO reguluje niewiele z nich (np. o właściwość miejscową lub rzeczową; o skrócenie

¹⁷ H. Prütting (w:) *Münchener Kommentar zur ZPO*, Beck Online 2016, § 284, nb 1–3; R. Greger (w:) *Zöller Zivilprozessordnung*, Juris 2018, § 284, nb 1–2.

¹⁸ W.H. Rechberger (w:) *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, 3. Band/1. Teilband, Hrsg. H.W. Fasching, A. Konecny, Wien 2017, § 272, nb 1–3.

¹⁹ P. Tuor, B. Schnyder, J. Schmid (w:) P. Tuor, B. Schnyder, J. Schmid, A. Ruomo-Jungo: *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch begründet von Peter Tuor*, Zürich–Basel–Genf 2009, s. 67–68.

²⁰ O. Knecht: *Die Beweisverträge...*, *op. cit.*, s. 57–96; G. Wagner: *Prozessverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen 1998, s. 608–710; K. Schellhammer: *Zivilprozess. Gesetz — Praxis — Fälle*, Heidelberg 2016, s. 617–618; L. Rosenberg, K.H. Schwab, P. Gottwald: *Zivilprozessrecht*, München 2018, s. 375–376; R. Greger (w:) *Zöller...*, *op. cit.*, vor § 284, nb 2b.

²¹ L. Rosenberg, K.H. Schwab, P. Gottwald: *Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, s. 374.

²² H. Prütting (w:) *Münchener...*, *op. cit.*, § 286, nb 161–163; L. Rosenberg, K.H. Schwab, P. Gottwald: *Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, s. 375–376.

²³ O. Knecht: *Die Beweisverträge...*, *op. cit.*, s. 78–91.

terminów; arbitrażową), doktryna i orzecznictwo dopuszczają zawieranie różnego rodzaju umów procesowych z powołaniem się na zasadę dyspozycyjności, z której wynika władza (*Herrschaft*) stron nad procesem (np. przyrzeczenie wycofania środka prawnego; zrzeczenie się środka prawnego; ograniczenia w egzekucji)²⁴.

W ten sposób wyróżnić można trzy rodzaje umów dowodowych, które są w prawie niemieckim skuteczne i wiążą prowadzący postępowanie sąd²⁵. Po pierwsze, są to umowy dotyczące przedmiotu dowodów, które pozwalają stronom uregulować potrzebę (lub brak potrzeby) wykazywania oznaczonych okoliczności w procesie (*Vereinbarungen über die Beweisbedürftigkeit von Tatsachen* lub *Beweisgeständnisverträge*)²⁶. Umowy te wyraźnie odróżnia się od umów ustalających (*Feststellungsvertrag*), które należą do prawa materialnego, jednak rozgraniczenie to w praktyce nie jest proste i wymaga zbadania, czy celem stron było ustalenie pewnej okoliczności w celu uniknięcia procesu (co oznacza materialnoprawną umowę ustalającą), czy też w celu wpłynięcia na przyszły proces (co oznacza umowę dowodową); w wielu wypadkach stronom można przypisać zamiar osiągnięcia obu tych skutków, co spowodowałoby zawarcie teoretycznie dwóch różnych umów²⁷. Po drugie, dopuszcza się umowy ograniczające możliwość stosowania w procesie określonych środków dowodowych (*Beweismittelverträge*), na przykład wykluczające dowód ze świadków co do pewnych okoliczności²⁸. Po trzecie, strony mogą także odwrócić w drodze umowy ciężar dowodu, a więc przesądzić, jakie stanowisko powinno zostać przyjęte przez sąd w sytuacji, w której żadna ze stron nie przeprowadzi dowodu na daną okoliczność (*Beweislastverträge*). Te ostatnie są zresztą — z reguły (choć niejednomyślnie) — uważane za umowy z zakresu prawa materialnego (obligacyjne), a nie procesowego, co jest wynikiem założenia, że sama problematyka rozkładu ciężaru dowodu powinna być zaliczana do prawa materialnego²⁹.

Istnieją takie umowy procesowe, teoretycznie wyróżniane, które jednak nie są w Niemczech uznawane za dopuszczalne, ponieważ ich skutki wykraczają poza to, na co zezwalają zasady kontrydiktoryjności i dyspozycyjności, albo naruszają in-

²⁴ H.J. Musielak: *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, München 2008, Einleitung, nb 67, s. 16; L. Rosenberg, K.H. Schwab, P. Gottwald: *Zivilprozessrecht*, op. cit., s. 375–376; K. Schellhammer: *Zivilprozess...*, op. cit., s. 617–618. W orzecnictwie zob. wyrok niemieckiego Bundesgerichtshof (BGH) z dnia 30 listopada 1972 r., II ZR 135/70, Beck Online nr 31121591, oraz wyrok BGH z dnia 10 października 1989 r., VI ZR 78/89, BGHZ 109, 19–29 i starsze orzeczenia tam cytowane.

²⁵ O. Knecht: *Die Beweisverträge...*, op. cit., s. 37–40; L. Rosenberg, K.H. Schwab, P. Gottwald: *Zivilprozessrecht*, op. cit., s. 684–685; H. Prütting (w:) *Münchener...*, op. cit., § 286, nb 161–162.

²⁶ G. Wagner: *Prozessverträge...*, op. cit., s. 620–543; L. Rosenberg, K.H. Schwab, P. Gottwald: *Zivilprozessrecht*, op. cit., s. 684–685; H. Prütting (w:) *Münchener...*, op. cit., § 286, nb 163; R. Greger (w:) *Zöller...*, op. cit., vor § 284, nb 2b.

²⁷ G. Wagner: *Prozessverträge...*, op. cit., s. 643–649.

²⁸ *Ibidem*, s. 683–697; L. Rosenberg, K.H. Schwab, P. Gottwald: *Zivilprozessrecht*, op. cit., s. 684–685; H. Prütting (w:) *Münchener...*, op. cit., § 286, nb 164; R. Greger (w:) *Zöller...*, op. cit., vor § 284, nb 2b.

²⁹ G. Wagner: *Prozessverträge...*, op. cit., s. 697–699; L. Rosenberg, K.H. Schwab, P. Gottwald: *Zivilprozessrecht*, op. cit., s. 703–704; H. Prütting (w:) *Münchener...*, op. cit., § 286, nb 166.

ne ważne zasady procesowe. Przykładem czynności, która nie może być usprawiedliwiona żadną z zasad ogólnych, jest umowa dowodowa w sprawie, której przedmiotem są prawa i obowiązki, którymi strony nie mogą w żaden sposób rozporządzać (np. większość spraw rodzinnych i opiekuńczych)³⁰. Czynnością, która naruszałaby z kolei inną ważną zasadę procesową, jest umowa regulująca wartość dowodową (wiarygodność) oznaczonego indywidualnie lub rodzajowo środka dowodowego (*Vereinbarungen über die Beweiswürdigung* lub *Beweiswertverträge*), na przykład przewidująca, że zeznaniom konkretnego świadka sąd nie może dać wiary, lub że dowody z dokumentów powinny być uważane za bardziej wiarygodne niż dowody ze świadków. Takie umowy dowodowe nie są dopuszczalne, ponieważ naruszają zasadę swobodnej oceny dowodów, którą uważa się za imperatywną³¹. Z podobnych względów strony nie mogą regulować sposobu korzystania ze środków dowodowych przez sąd, na przykład reguł przesłuchiwania świadków czy powoływania biegłego³².

Podobnie jest w Szwajcarii. W dawniejszej literaturze dopuszczalność umów dowodowych (*Beweisführungsvertrag*) była dyskusyjna, co wynikało z przekonania, że zmierzają one do osiągnięcia skutków prawnych w procesie, mimo że ustawa ich do tego nie upoważnia³³. Dominowało stanowisko wykluczające skuteczność umów dotyczących środków dowodowych i przedmiotu dowodów, ponieważ ograniczałyby one sąd w wykonywaniu jego podstawowego zadania w procesie, jakim jest ustalenie prawdy³⁴. Obecnie jednak przeważa stanowisko dopuszczające zawieranie umów dotyczących środków dowodowych (*Beweismittelvertrag*) i przedmiotu dowodu (nazywanych też umowami co do potrzeby dowodu — *Beweisbedarfvertrag*), powołujące się — wzorem niemieckim — na zasadę kontradyktoryjności (*Verhandlungsmaxime*), co oczywiście ogranicza zakres dopuszczalności umów dowodowych do spraw, których przedmiotem strony mogą swobodnie rozporządzać³⁵. Skuteczne są w prawie szwajcarskim umowy odwracające ciężar dowodu, ponieważ uważa się zgodnie, że problematyka ta należy do prawa materialnego (por. art. 8 szwajcarskiego kodeksu cywilnego), a nie procesowego³⁶.

³⁰ H. Prütting (w:) *Münchener...*, *op. cit.*, § 286, nb 162.

³¹ G. Wagner: *Prozessverträge...*, *op. cit.*, s. 692 i n.; R. Greger (w:) *Zöller...*, *op. cit.*, § 286, nb 8; H. Prütting (w:) *Münchener...*, *op. cit.*, § 286, nb 165.

³² L. Rosenberg, K.H. Schwab, P. Gottwald: *Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, s. 684–685.

³³ Zob. O. Pelli: *Beweisverträge...*, *op. cit.*, s. 55–219.

³⁴ M. Guldener: *Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischen Zivilprozeßrecht*, Zürich 1955, s. 70–71; H. Schmid (w:) *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Zivilgesetzbuch I. Art. 1–456 ZGB*, Hrsg. H. Honsell, N.P. Vogt, T. Geiser, Basel–Genf–München 2002, art. 8, nb 90, s. 126.

³⁵ Zob. A. Jungo: *Zürcher Kommentar. Beweislast. Art. 8 ZGB*, Zürich 2018, s. 129–130, nb 322–327 i literatura tam cytowana.

³⁶ M. Guldener: *Beweiswürdigung...*, *op. cit.*, s. 70; H. Schmid (w:) *Basler Kommentar...*, *op. cit.*, art. 8, nb 91, s. 126; S. Baumgartner, A. Dolge, A.R. Markus, K. Spühler: *Schweizerisches Zivilprozessrecht mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts*, Bern 2018, s. 269–270; A. Jungo: *Zürcher Kommentar...*, *op. cit.*, nb 311–321, s. 126–129.

Inaczej niż w Niemczech i Szwajcarii, dopuszczalność umów dowodowych jest odrzucana w doktrynie i judykaturze austriackiej. Uważa się, że umowy dotyczące przedmiotu dowodów lub ograniczające środki dowodowe naruszałby zasadę swobodnej oceny dowodów (*Beweiswürdigung*)³⁷. Austriacki Oberste Gerichtshof (OGH) w wyroku z dnia 7 października 2003 r. orzekł (powołując się także na dotychczasowe stanowisko literatury), że nieważne są umowy, na mocy których strony nadają dowodom szczególną wartość; nie mogą one być egzekwowane ani też nie można powoływać się na ich naruszenie w toku samego postępowania³⁸. Rozstrzygnięcie to zapadło na tle stanu faktycznego, w którym umowa przewidywała, że rozmiar szkody powinien zostać wyznaczony w sposób wiążący przez oznaczonego eksperta. Sąd uznał, że nie jest związany takim postanowieniem w postępowaniu dowodowym. Wyjaśnił, że umowa taka narusza zakaz procesów umownych (*Verbot des Konventionalprozesse*), co znaczy, że prowadzenie procesu jest zastrzeżone wyłącznie dla państwa. Ponadto, umowa dowodowa stałaby w sprzeczności z § 272 austriackiej ustawy procesowej (*Zivilprozessordnung*; ZPO), który wyraża zasadę swobodnej oceny dowodów. Mimo to, w Austrii dopuszcza się zawieranie umów odwracających ciężar dowodu, uznając, że jest to problematyka prawa materialnego, a nie procesowego³⁹. Odmawianie skuteczności umowom dowodowym kwalifikowanym jako procesowe (dotyczących przedmiotu dowodu lub środków dowodowych) nie może zaskakiwać. W przeciwieństwie do ustawodawstwa niemieckiego lub szwajcarskiego w postępowaniu cywilnym austriackim nie obowiązuje czysta zasada kontradiktoryjności (*Verhandlungsgrundsatz*). Zamiast tego — zgodnie z ideami znakomitego twórcy austriackiej ZPO, Franza Kleina — proces cywilny opiera się na zasadzie współpracy stron i sądu w zakresie zbierania dowodów (*Kooperationmaxime*), nazywanej także ograniczoną zasadą kontradiktoryjności⁴⁰. W procesie tego typu prawda jest istotną wartością, co uzasadnia odrzucenie porozumień — takich, jak umowy dowodowe — które mogą utrudniać jej ustalenie.

4.2. MODEL ROMAŃSKI (FRANCJA, WŁOCHY, BELGIA)

Znaczenie prawa francuskiego w przypadku każdej analizy porównawczej jest spore, ponieważ wpłynęło ono zasadniczo na inne systemy zaliczane dziś w komparatystyce do tzw. romańskich (m.in. Włochy, Belgia, Hiszpania, Portugalia). Nie inaczej jest w sferze dowodów, dlatego stanowisko prawa francuskiego co do umów

³⁷ W.H. Rechberger (w:) *Kommentar...*, op. cit., § 272, nb 3; G.E. Kodek, P.G. Mayr: *Zivilprozessrecht*, Wien 2018, s. 291–292.

³⁸ Wyrok OGH z dnia 7 października 2003 r., 4 Ob 188/03f, RS0118089.

³⁹ W.H. Rechberger (w:) *Kommentar...*, op. cit., vor § 266, nb 38.

⁴⁰ W.H. Rechberger, D.A. Simotta: *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts. Erkenntnisverfahren*, Wien 2017, s. 458–462.

dowodowych może być postrzegane jako pewien model. Cechą charakterystyczną tego modelu jest zakwalifikowanie reguł dowodowych w części do prawa materialnego. Panuje przekonanie, że dowód zapewnia prawom rzeczywistą skuteczność, ponieważ prawa, które nie zostaną udowodnione, nie istnieją (*idem est non esse et non probari*⁴¹)⁴². Wyróżnia się nawet prawo podmiotowe strony procesu do udowodnienia swoich twierdzeń (wywodząc z niego praktyczne konsekwencje)⁴³. Ogólne reguły dotyczące ciężaru dowodu, środków dowodowych i ich wartości dowodowej oraz przedmiotu dowodu są we Francji regulowane w kodeksie cywilnym, a prawo procesowe obejmuje tylko sposób prowadzenia postępowania dowodowego⁴⁴. Podobnie jest — zazwyczaj — w innych systemach romańskich⁴⁵. Część ogólna prawa dowodowego jest zawarta w księdze trzeciej francuskiego kodeksu cywilnego poświęconej różnym sposobom nabywania własności w tytule IVbis „O dowodzeniu zobowiązań” (*De la preuve des obligations*)⁴⁶. Obejmuje on trzy rozdziały (przepisy ogólne; dopuszczalność środków dowodowych; poszczególne środki dowodowe) składające się z przepisów od art. 1353 do 1386-1 francuskiego kodeksu cywilnego. Pozycja prawa dowodowego w systemie prawa jest więc we Francji odmienna niż w Niemczech lub Polsce. Umieszczenie go w ramach prawa materialnego — jak zobaczymy — pozwala doktrynie francuskiej uzasadniać dopuszczalność umów dowodowych za pomocą zasady wolności umów.

⁴¹ Maksyma ta (dosłownie znacząca: „tym samym jest nie istnieć i nie być udowodnionym”) powstała jako zwięzły komentarz do *responsae* Paulusa (D. 26.2.30): „Du sunt Titii, pater et filius: datus est tutor Titius nec apparet, de quo sensit testator: quaero, quid sit iuris. Respondit: is datus est, quem dare se testator sensit: si id non apparet, non jus deficit, sed probatio, igitur neuter est tutor” („Jest dwóch Titiusów: ojciec i syn. Titus został ustanowiony opiekunem i nie wiadomo, którego testator miał na myśli. [Nassenius Apollinaris] pyta, jaką zasadę prawną tu zastosować. [Paulus] udzielił odpowiedzi: ustanowiony został ten, którego testator chciał ustanowić. Jeśli nie ma w tej kwestii jasności, to niemożliwość rozstrzygnięcia, kto jest opiekunem [nie wynika] z braku odnośnych regulacji prawnych, lecz z braku [możliwości] przeprowadzenia dowodu, a zatem żaden [z nich] nie jest opiekunem” — przekład: Digesta Iustiniani. Digesta Justyniańskie. Tekst i przekład. IV. Księgi 20–27, pod red. T. Palmirskiego, Kraków 2014, s. 439).

⁴² J. Carbonnier: *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, Paris 2004, s. 334–335.

⁴³ D. Guével: *Fasc. Unique: Contrats et obligations. Preuve. Charge de la preuve et règles générale* (w:) *JurisClasseur Civil Code*, Lexis 360.fr 2014, art. 1315 i 1315-1, uw. 13. Prawo podmiotowe do dowodzenia twierdzeń może np. uzasadniać naruszenie czyjejs prywatności (np. Cass. Com., 24 mai 2018, n° 17–27969, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000036980475&fastReqId=420684765&fastPos=1>) lub nakazanie pozwanemu przedstawienia należących do niego przedmiotów jako dokumentów (np. Cass. com., 15 fevr. 2011, no 10–30.564, JurisData nr 2011–001976).

⁴⁴ J. Flour, J.L. Aubert, Y. Flour, É. Savaux: *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, Paris 2001, s. 3–5.

⁴⁵ Tak jest w prawie włoskim i belgijskim, o czym będzie mowa dalej. Ponadto, portugalski kodeks cywilny reguluje dowody w rozdziale II („Dowody”) podtytułu IV („O wykonywaniu i ochronie praw”) tytułu II („O stosunkach prawnych”) księgi I („Część ogólna”) w art. 341–396. Z kolei hiszpański kodeks cywilny pierwotnie regulował dowody w rozdziale V („O dowodach zobowiązań”) tytułu I („O zobowiązaniach”) księgi IV („O zobowiązaniach i umowach”) w art. 1088–1253, jednak na mocy ustawy z dnia 7 stycznia 2000 r. w sprawie postępowania cywilnego (LEY 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, Boletín Oficial del Estado z dnia 8 stycznia 2000 r., poz. 59) większość tych przepisów została uchylona, a regulacja dowodów niemal w całości (z wyjątkiem przepisów o dokumentach) mieści się obecnie w nowym hiszpańskim kodeksie postępowania cywilnego (Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000).

⁴⁶ W pierwotnej wersji francuskiego kodeksu cywilnego (przed reformą z 2016 r.) był to rozdział VI tytułu III księgi III (art. 1315–1369 francuskiego k.c. w pierwotnym brzmieniu).

Orzecznictwo francuskie od ponad 100 lat wydawało rozstrzygnięcia, które co do różnych kwestii szczegółowych (np. rozkładu ciężaru dowodu) wskazywały, że ustawowe reguły dotyczące dowodów nie są elementem porządku publicznego (*l'ordre public*)⁴⁷, co w jurysprudencji francuskiej oznacza, że strony mogą je modyfikować w drodze umowy. Doktryna była w tej kwestii podzielona. Jedni wskazywali, że sposób wymierzania sprawiedliwości jest wyłączną domeną państwa, zatem strony nie mogą go zmieniać, umawiając się co do reguł prowadzenia postępowania dowodowego. Inni wskazywali, że jeśli strony mogą pewnymi prawami swobodnie rozporządzać, to mogą także same regulować, w jaki sposób te prawa powinny być wykazywane. Ostatecznie bowiem jest to kwestia wyłącznie ich prywatnego interesu⁴⁸. Kamieniem milowym okazało się rozstrzygnięcie francuskiego Cour de cassation zawarte w wyroku z dnia 8 listopada 1989 r.⁴⁹, które ukształtowało nie tylko praktykę, lecz ostatecznie także stanowisko samego ustawodawcy. Stan faktyczny tej sprawy dotyczył karty płatniczej wydawanej przez bank. W umowie z klientem znalazło się postanowienie, zgodnie z którym wprowadzenie przez dysponenta karty kodu (PIN) w odpowiednich okolicznościach jest wystarczającym dowodem wykazującym fakt dokonania transakcji. Cour de cassation orzekł, że taka klauzula, określająca sposób wykazania złożenia polecenia płatniczego, jest umową dotyczącą dowodu (*une convention relative à la preuve*), dopuszczalną w przypadku praw, którymi strony mogą swobodnie dysponować. W literaturze zwrócono uwagę, że tezę sformułowano w sposób generalny i że w związku z tym wyrok ten przesądza ogólną dopuszczalność umów dowodowych, wyznaczając także jej granice⁵⁰. Granicą jest to, by umowa dotyczyła praw, którymi strony mogą swobodnie dysponować. Strony mogą więc zawrzeć porozumienie dotyczące dowodzenia praw wynikających z umowy, ale już nie, na przykład, kwestii z zakresu opieki nad dziećmi lub ustalania pokrewieństwa⁵¹. Stanowisko Cour de cassation zostało skrytykowane za to, że w sposób nieusprawiedliwiony rozszerza autonomię stron na sferę zastrzeżoną dla swobodnej władzy sądu, czyli ocenę wartości i wiarygodności dowodów. Tymczasem, gdy tylko strony umowy stają się stronami sporu, interesy, o które toczy się spór, przestają być wyłącznie prywatne, a stają się przedmiotem zainteresowania wymiaru sprawiedliwości⁵². Stanowisko to zostało jednak pod-

⁴⁷ Cass. com. 28 avril 1975, Bull. civ. IV, n° 113; Cass. req. 1er avril 1862, D.P. 1862, 1, 433; Cass. civ. 6 janvier 1936, 1, 115; Cass. civ. 1re. 29 juin 1960, Bull. civ. I, n° 355, s. 292; Cass. civ. Ve, 5 novembre 1952, Bull. civ. I, n° 286; Cass. civ. 2e, 5 avril 1965, Bull. civ. II n° 349; Cass. civ. 1re, 7 mai 1980, Bull. civ. I, n° 142, s. 115; Cass. soc., 27 juin 1979, Bull. civ. V, n° 581, s. 424; Cass. Req. 21 juillet 1926, S. 1926, 1, 319; Cass. civ. 23 novembre 1891, S. 1895, 1, 402; Cass. Civ. 20 mars 1876, S. 1877, 1, 338. Orzeczenia te cytuję za: G. Virassamy: *Cass. Civ. 1re, 8 novembre 1989, deux arrêts — Commentaires*, La Semaine Juridique Edition Générale 1990, n° 46, 14 Novembre 1990, uw. 6–7.

⁴⁸ Zob. prezentację tych stanowisk i literaturę cytowaną przez G. Virassamy: *Cass. Civ. 1re..., op. cit.*, uw. 5.

⁴⁹ Cass. civ., 8 novembre 1989, Bull. Civ. 1989, I, n° 342 z komentarzem G. Virassamy: *Cass. Civ. 1re..., op. cit.*

⁵⁰ G. Virassamy: *Cass. Civ. 1re..., op. cit.*, uw. 8–10.

⁵¹ *Ibidem*, uw. 11.

⁵² *Ibidem*, uw. 12–17.

trzymane⁵³. W 2000 r. zadekretował je sam ustawodawca. Na mocy ustawy z dnia 13 marca 2000 r.⁵⁴ wprowadzono (nieobowiązujący już) art. 1316-2 francuskiego k.c., zgodnie z którym sędzia powinien samodzielnie rozwiązywać sprzeczności pomiędzy dowodami, określając dowolnie, który z nich jest bardziej wiarygodny, chyba że ustawa albo zawarte między stronami porozumienie przewidują inaczej. Przepis ten sugerował więc, że umowy — przynajmniej — co do oceny wiarygodności dowodów są dopuszczalne. W literaturze⁵⁵, a następnie w wyroku Cour de Cassation z dnia 24 lutego 2004 r.⁵⁶ przesądzono także dopuszczalność umów modyfikujących rozkład ciężaru dowodu.

W ramach reformy francuskiego prawa zobowiązań z 2016 r.⁵⁷ przebudowane zostało również kodeksowe prawo dowodów wykazujących zobowiązania (*droit de la preuve des obligations*). Wprowadzono art. 1356 francuskiego k.c., zgodnie z którym umowy dotyczące dowodów (*les contrats sur la preuve*) są ważne, o ile dotyczą praw, którymi strony mogą swobodnie rozporządzać; nie mogą one jednak naruszać ustanowionych przez ustawę domniemań niewzruszalnych ani wpływać na ocenę wiarygodności zeznań lub przysięgi (która jest we Francji odrębnym środkiem dowodowym); nie mogą już także ustanawiać na korzyść jednej ze stron domniemania niewzruszalnego. Przepis ten obejmuje trzy rodzaje umów: 1) co do dopuszczalnych między stronami sposobów dowodzenia (środków dowodowych); 2) co do faktów będących przedmiotem dowodzenia; 3) co do rozkładu ciężaru dowodu⁵⁸. Dopuszczalność zawierania umów dowodowych uważana jest we Francji za przejaw wolności umów⁵⁹, co jest o tyle zrozumiałe, że reguły dowodowe uznawane są za część prawa materialnego. Podkreśla się, że umowy dowodowe w relacjach przedsiębiorców z konsumentami powinny mieć ograniczone znaczenie, ponieważ zwykle będą one uznane za postanowienia abuzywne⁶⁰. Wprowadzenie art. 1356 francuskiego k.c. zostało uznane za zabieg raczej edukacyjny niż normatywny, ponieważ umowy dowodowe i tak były wcześniej dopuszczalne⁶¹. Twierdzi się nawet, że nowy art. 1356 francuskiego k.c. ogranicza dotychczasową swobodę

⁵³ J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, É. Savaux: *Droit civil...*, *op. cit.*, s. 5.

⁵⁴ Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005629200>.

⁵⁵ J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, É. Savaux: *Droit civil...*, *op. cit.*, s. 10–11.

⁵⁶ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 24 février 2004, n° 2–14.005, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007047267>.

⁵⁷ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id>.

⁵⁸ E. Vergès: *Droit de la preuve: une réforme en trompette-l'œil*, La Semaine Juridique — Édition générale 2016, n° 17, 25 avril 2016, s. 838; B. Petit, S. Rouxel: *Art. 1101 et 1102 — Fasc. unique: Contrat (w:) Juris-Classeur Civil Code*, Lexis 360.fr, uw. 42.

⁵⁹ B. Petit, S. Rouxel: *Art. 1101 et 1102...*, *op. cit.*, uw. 42.

⁶⁰ E. Vergès: *Droit de la preuve...*, *op. cit.*, s. 839; P. Malaurie, L. Aynès: *Droit des obligations*, LGDJ 2016, s. 321.

⁶¹ E. Vergès: *Droit de la preuve...*, *op. cit.*, s. 838.

zawierania umów dowodowych, skoro nie jest dopuszczalne, na przykład, ustanawianie niewzruszalnego domniemania na rzecz jednej ze stron⁶². Cour de cassation w wyroku z dnia 6 grudnia 2017 r.⁶³ zastosował jednak zakaz ustanawiania na rzecz jednej ze stron domniemania niewzruszalnego także w postępowaniu, w którym nowy art. 1356 francuskiego k.c. — ze względu na reguły międzyczasowe — nie znalazł zastosowania. Obrazuje to, że w zakresie umów dowodowych stan prawny we Francji zmienił się w 2016 r. nieznacznie. Wspomniany wyrok dobrze zresztą obrazuje granice dopuszczalności umów dowodowych w świetle zakazu ustanawiania domniemania niewzruszalnego. Zapadł on na tle sporu pomiędzy stronami umowy dystrybucyjnej dotyczącej oprogramowania. Dystrybutor wypowiedział umowę, powołując się na wady otrzymanego oprogramowania. Dostawca natomiast powoływał się na klauzulę umowną, według której w braku uwag co do stanu oprogramowania wysłanych przez dystrybutora w określonym terminie należy przyjąć, że oprogramowanie zostało przyjęte bez zastrzeżeń. Cour de cassation ocenił, że tego typu klauzula przerzuca jedynie ciężar dowodu co do istnienia wad i skuteczności wypowiedzenia na dystrybutora. Może on przeprowadzić przeciwdowód, zgodnie z którym oprogramowanie było wadliwe, nawet jeżeli zgłosił usterki po oznaczonym w umowie terminie. Gdyby takiego przeciwdowodu nie dopuścić, doszłoby do ustanowienia — zakazanego — domniemania niewzruszalnego na rzecz dostawcy.

Wzorem prawa francuskiego podąża ustawodawca belgijski. Belgijski kodeks cywilny reguluje dowody w rozdziale VI („O dowodach zobowiązań i dowodach zapłaty”) tytułu III („Ogólnie o umowach lub zobowiązaniach umownych”) księgi III („O sposobach, przez które nabywa się własność”) w art. 1315–1369. Podobnie jak we Francji, w literaturze i orzecznictwie przesądzono, że reguły dotyczące dowodów nie są imperatywne i mogą być przez strony modyfikowane umownie, o ile dotyczy to stosunków o charakterze majątkowym. Strony mogą, w szczególności, zawierać porozumienia, które zmieniają wynikający z ustawy rozkład ciężaru dowodu, wpływają na wiarygodność (hierarchię) dowodów i ograniczają dopuszczalność środków dowodowych⁶⁴. W Belgii trwają też obecnie prace nad nowym kodeksem cywilnym. W ramach nowej kodyfikacji dowodom ma być poświęcona osobna księga ósma kodeksu, która została już przygotowana⁶⁵. Artykuł 8.2, zawarty w projekcie tej księgi, stanowi, że z wyjątkiem norm zawierających definicje i przypadków, gdy ustawa stanowi inaczej, reguły dotyczące dowodów są dyspozytywne (*caractère supplétif*). Sami twórcy tego przepisu podkreślają, że projektowa-

⁶² *Ibidem*, s. 839.

⁶³ Cass. com., 6 déc. 2017, JurisData n° 2017-024789 z komentarzem L. Leveneur, *Contrats Concurrence Consommation* n° 3, Mars 2018, comm. 40.

⁶⁴ Zob. P. Van Ommeslaghe: *Droit des obligations. Tome Troisième. Règime général de l'obligation. Théorie des preuves*, Bruxelles 2010, s. 2224–2226 i bogate orzecznictwo tam cytowane.

⁶⁵ Zob. *Projet de loi portant insertion du Livre 8 “La preuve” dans le nouveau Code civil*, <https://justice.belgium.be/fr/bwcc> (dostęp: 5 lipca 2019 r.).

ny art. 8.2 jedynie precyzuje — akceptowaną dotychczas — możliwość umownej modyfikacji reguł dowodowych⁶⁶.

Nieco mniej liberalne stanowisko w sprawie umów dowodowych zajmuje prawo włoskie. Włoski kodeks cywilny reguluje dowody w tytule II („O dowodach”) księgi VI („O ochronie praw”) w art. 2697–2739. Ustawodawca włoski również więc postrzega reguły dowodowe jako należące do prawa materialnego, uznając, że dowodzenie praw jest warunkiem ich ochrony i rzeczywistej skuteczności⁶⁷. Jedynym przepisem poświęconym umowom dowodowym jest art. 2698 włoskiego k.c. Zgodnie z nim można zawrzeć umowę odwracającą lub modyfikującą ciężar dowodu, chyba że dotyczy ona praw, którymi strony nie mogą swobodnie dysponować, albo skutki umowy nadmiernie utrudniałyby jednej ze stron korzystanie z przysługującego jej prawa. Przepis ten znajduje zastosowanie nie tylko do umów odwracających ustawowy rozkład ciężaru dowodu, lecz także umów „modyfikujących” ciężar dowodu. Ten drugi przypadek odnosi się do umów zmieniających sposób dowodzenia, a w szczególności ograniczających środki dowodowe lub przewidujących wyłączność niektórych środków dowodowych co do wykazania pewnych okoliczności⁶⁸.

Umowy takie są generalnie dopuszczalne w myśl zasady wolności umów (art. 1322 włoskiego k.c.) — co jest o tyle zrozumiałe, że problematyka dowodów należy we Włoszech do prawa materialnego — natomiast art. 2698 włoskiego k.c. ogranicza dopuszczalność za pomocą dwóch zakazów⁶⁹. Pierwszy z nich odwołuje się do kryterium możliwości rozporządzania prawami, które są przedmiotem sporu. Drugie z ograniczeń jest zaś przejawem ochrony słabszej strony stosunku prawnego przed narzucaniem jej — przez stronę silniejszą — umownych ograniczeń dowodowych, które nadmiernie utrudniałyby wykonywanie praw⁷⁰. Nadmierne utrudnienie wykonywania przez stronę jej praw zachodzi częściej, jeśli umowa przerzucająca ciężar dowodu skierowana jest przeciwko stronie dysponującej mniejszą siłą kontraktową⁷¹. Ilustracją tego jest wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzymie z dnia 8 czerwca 2000 r.⁷², w którym uznano, że postanowienie umowy ubezpieczenia od kradzieży, które zobowiązuje ubezpieczonego do udowodnienia, że ubezpieczony lokal został prawidłowo zamknięty lub że kradzież nastąpiła przy użyciu podrobio-

⁶⁶ Uzasadnienie (*Exposé des motifs*) projektu cytowanego w przepisie poprzedzającym, *ibidem*, s. 11.

⁶⁷ L.P. Comoglio: *Le prove civili*, Torino 2004, s. 22.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 284. W wyroku Corte Suprema di Cassazione z dnia 2 lutego 1994 r. rozstrzygnięto, że jeśli strony uzgodniły, że dana okoliczność może zostać udowodniona wyłącznie za pomocą określonych środków dowodowych, nie jest dopuszczalny innego rodzaju (nieprzewidziany w umowie) dowód na tę okoliczność; sąd wyraźnie zaznaczył, że tego rodzaju umowy mieszczą się w granicach wolności umów (art. 1322 włoskiego k.c. — sentenza della Corte di Cassazione civile n. 1070 del 2 febbraio 1994, MGC, 1994, 106; cyt. za: M. Conte (w:) *Commentario al codice civile. Artt. 2697–2739. Prove*, a cura di P. Cendon, Milano 2008, s. 30.

⁶⁹ L.P. Comoglio: *La prove...*, *op. cit.*, s. 282–284.

⁷⁰ *Ibidem*, s. 280–281.

⁷¹ F. Rosso (w:) *Codice civile*, a cura di P. Rescigno, Milano 2001, art. 2698, uw. 3, s. 2810; L.P. Comoglio: *La prove...*, *op. cit.*, s. 285.

⁷² App. Roma 8 giugno 2000 (Giur. Romana, 2002, 5); cyt. za: M. Conte, *op. cit.*, s. 30.

nych kluczy, jest nieważne na mocy art. 2698 włoskiego k.c., ponieważ nadmiernie utrudnia wykonywanie praw wynikających z umowy ubezpieczenia. Dodatkowo, postanowienia dowodowe w sporym zakresie są uważane za abuzywne w stosunkach z konsumentami⁷³.

Dopuszczalne — i odróżniane od umów odwracających ciężar dowodu — są we Włoszech umowy dotyczące przedmiotu dowodu. W wyroku Corte Suprema di Cassazione z dnia 1 czerwca 1991 r.⁷⁴ za skuteczną uznano umowę, zgodnie z którą osoba trzecia ma ustalić rozmiar świadczenia, i staje się on wiążący, jeżeli nie zostanie zakwestionowany przez wierzyciela; zdaniem sądu nie jest to umowa odwracająca ciężar dowodu, ale rozwiązanie, które oznacza, że brak sprzeciwu wierzyciela czyni ustalenie wiążącym również w odniesieniu do dłużnika, wobec czego dłużnik nie może już przeprowadzić dowodu, wykazującego, że rozmiar świadczenia jest mniejszy niż ustalony przez stronę trzecią. Strony nie mogą jednak zawierać umów dotyczących sposobu prowadzenia postępowania dowodowego ani oceny dowodów, ponieważ należy to do wyłącznej kompetencji sądu i stanowi element porządku publicznego w procesie (*ordine pubblico processuale*)⁷⁵.

4.3. PODSUMOWANIE ANALIZY PORÓWNAWCZEJ

Analiza prawnoporównawcza pozwala wyróżnić dwie koncepcje umów dowodowych. Pierwsza z nich to koncepcja procesowa, przyjmowana w systemach germańskich, w ramach której umowy dowodowe są postrzegane jako czynności prawa procesowego. Ich dopuszczalność może być wywodzona z zasad dyspozycyjności i kontrydiktoryjności (jak jest w Niemczech i Szwajcarii), ale wcale nie musi, jeśli priorytet przyzna się konieczności ustalenia przez sąd prawny w sposób nieskrępowany żadnymi porozumieniami (jak jest w Austrii). Wynik zależy od przyjętej w danym ustawodawstwie koncepcji procesu cywilnego. Ustawodawstwa germańskie dopuszczają umowy odwracające ciężar dowodu, uważając je za czynności prawa materialnego. Zgodnie odrzucają — jako naruszające zasadę swobodnej oceny dowodów — umowy dotyczące wiarygodności (oceny) dowodów. Spór o zakres zasad dyspozycyjności i kontrydiktoryjności oraz jej stosunek do zasad prawdy czy swobodnej oceny dowodów ma tam znaczenie, gdy idzie o przesądzenie, czy dopuszczalne są umowy dotyczące przedmiotu dowodzenia i ograniczające dopuszczalność środków dowodowych.

Druga koncepcja jest koncepcją materialnoprawną, która występuje w systemach romańskich. Jest ona rezultatem założenia, według którego takie zagadnienia,

⁷³ L.P. Comoglio: *La prove...*, *op. cit.*, s. 286–287.

⁷⁴ Sentenza della Corte di Cassazione civile n. 6209 del 1 giugno 1991, MGC, 1991, 6; cyt. za: M. Conte, *op. cit.*, s. 30.

⁷⁵ F. Rosso (w:) *Codice civile*, a cura di P. Rescigno, *op. cit.*, s. 281.

jak sposób, przedmiot, ciężar i ocena wiarygodności dowodzenia, należą — przynajmniej w zakresie reguł ogólnych — do prawa cywilnego materialnego. Pozwala to uzasadnić dopuszczalność umów dowodowych zasadą wolności umów. Koncepcja ta dopuszcza, co do zasady, umowy dotyczące przedmiotu dowodu, ograniczające dopuszczalność środków dowodowych, odwracające ciężar dowodu, a także (z wyjątkiem prawa włoskiego) modyfikujące wiarygodność dowodów. Taki jest jej punkt wyjścia, jednak ustawy przewidują często przepisy, których zadaniem jest limitowanie takiej swobody, na przykład zakaz umownego ustanawiania domniekań niewzruszalnych lub nadmiernego utrudniania jednej stronie korzystania z jej praw.

5. UMOWY DOWODOWE A CEL PROCESU CYWILNEGO

Odpowiedź na pytanie, jaka relacja zachodzi pomiędzy umowami dowodowymi a celem procesu cywilnego, okazuje się bardzo znacząca na kilku polach. Po pierwsze, pozwala ona rozstrzygnąć, czy dopuszczenie umów dowodowych jest rozwiązaniem słusznym. Po drugie, odpowiedź ta przyda się także w toku wykładni przepisów dotyczących umowy dowodowej. Przede wszystkim może ona być wskazówką, czy przepisy te mogą podlegać wykładni rozszerzającej (jeśli się okaże, że umowy dowodowe są w pełni zgodne z celem procesu), czy też należy je wyklądać ścieśniająco (gdyby przyjąć, że umowy dowodowe nie są zgodne z celem procesu).

W dogmatyce panuje teza, zgodnie z którą celem procesu cywilnego jest realizacja norm prawa cywilnego materialnego, co w zasadzie oznacza zapewnienie efektywnego wykonywania praw i obowiązków cywilnoprawych⁷⁶. Akurat z punktu widzenia pytania o relację tego celu do umów dowodowych przedstawiona odpowiedź nie jest szczególnie przydatna. Umowy dowodowe ani nie ułatwiają, ani nie utrudniają urzeczywistniania praw i obowiązków cywilnoprawnych stron, albo też — patrząc na rzecz z przeciwnej strony — ułatwiają to i utrudniają jednocześnie. Ułatwiają, ponieważ najczęściej zapewnią szybsze rozstrzygnięcie sprawy i to w sposób (w sensie proceduralnym) zgodny z ustaleniami i przewidywaniami skonfliktowanych stron. Utrudniają, ponieważ zwiększają zwykle ryzyko błędnego ustalenia stanu faktycznego, co ostatecznie doprowadzi do nieprawidłowej realizacji norm prawa materialnego (np. urzeczywistni się prawo, które w rzeczywistości stronie nie przysługiwało). Ujęcie, zgodnie z którym proces cywilny ma służyć urzeczywistnianiu praw i obowiązków materialnoprawnych, ogranicza poszukiwanie funkcji procesu do wnętrza systemu prawa. Cel umiejscowiony jest w tym

⁷⁶ Zob. H.F. Gaul: *Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses*, Archiv für die civilistische Praxis 1968, nr 168, s. 27–62; O. Jauernig: *Kilka uwag o celu procesu cywilnego*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1984, z. 3, s. 61–70.

przypadku wewnątrz tego systemu. Warto zadać pytanie idące dalej, a mianowicie dlaczego normy prawa materialnego powinny być urzeczywistniane na drodze procesu cywilnego. Należy tym samym poszukać celu procesu cywilnego poza systemem prawnym, zastanawiając się, do czego służy on ludziom, a nie jakiemuś elementowi systemu prawa (np. prawu cywilnemu materialnemu)⁷⁷. W takiej perspektywie można sformułować dwie propozycje.

Pierwsza z nich jest taka, że proces cywilny służy — podobnie jak, na przykład, proces karny — całemu społeczeństwu. Taki proces powinien urzeczywistniać prawa i obowiązki cywilnoprawne stron, ponieważ jest to zgodne z obiektywnie rozumianymi wymogami sprawiedliwości. W praktyce, ustawodawca wychodzący z takiego założenia powinien skonstruować proces cywilny, w którym dążenie do realizacji praw i obowiązków cywilnoprawnych miałyby miejsce z urzędu, nie byłoby nieograniczone aktywnością, a rozstrzygnięcie (wyrok) musiałoby opierać się na ustaleniach zgodnych z prawdą (w ramach tzw. zasady prawdy materialnej). Byłby to zatem proces inkwizycyjno-śledczy. Z tak pomyślanym procesem cywilnym dopuszczalność zawierania umów dowodowych stałaby w fundamentalnej sprzeczności.

Druga, przeciwległa propozycja jest taka, że proces cywilny służy samym skonfliktowanym stronom. Taki proces urzeczywistnia ich prawa i obowiązki, ponieważ dąży do zakończenia zaistniałego między nimi konfliktu. W praktyce, ustawodawca podzielający takie założenie powinien skonstruować proces, w którym ciężar wszczęcia i prowadzenia procesu spoczywałby w całości na stronach, a rozstrzygnięcie musiałoby opierać się na ustaleniach, które wynikają z przedstawionego przez strony materiału dowodowego. Dla takiego systemu nie byłoby ważne odnalezienie tzw. prawdy materialnej, a raczej rozstrzygnięcie zaistniałego konfliktu, chociażby opierało się ono na nieprawdziwych ustaleniach. Byłby to więc proces zbudowany na zasadach dyspozycyjności i kontradiktoryjności. Z tak ujętym procesem cywilnym umowy procesowe pozostawałyby w pełnej zgodzie. Ich dopuszczenie jest konsekwencją założenia, że proces służy stronom (a nie obiektywnie rozumianej sprawiedliwości), realizuje ich interesy (a nie interesy społeczeństwa), a jego przebieg i wynik zależą od ich aktywności. Umowy dowodowe wynikają, po pierwsze, z zasady dyspozycyjności. Skoro to żądania stron wyznaczają granice tego, co staje się przedmiotem procesu, to nie ma przeszkód, by przedmiot ten został z góry przez nie ograniczony na drodze umowy dowodowej. Ostatecznie to wyłącznie samych stron dosięgną konsekwencje takiego uzgodnienia. Umowy dowodowe są, po drugie, konsekwencją zasady kontradiktoryjności. Jeśli ciężar przytaczania faktów i gromadzenia dowodów spoczywa na stronach, to znaczy, że są one dysponentami tych czynności i mogą zgodnie ograniczyć lub rozszerzyć swoje możliwości w tym zakresie.

⁷⁷ Zob. P. Machnikowski: *Prawne instrumenty ochrony zaufania przy zawieraniu umowy*, Wrocław 2010, s. 143–144.

Spór o dopuszczalność umowy dowodowej należałoby zatem rozstrzygnąć przez odpowiedź na pytanie, komu ma służyć proces cywilny: stronom czy społeczeństwu. Podobnie i trafnie ujął to E. Waśkowski, rozważając pytanie o dopuszczalność przyznania pozasądowego. Autor ten stwierdził, że „odpowiedź na to pytanie zależy od rozstrzygnięcia zasadniczej kwestji co do znaczenia woli stron w procesie cywilnym. Mianowicie, jeżeli uważać, za jedyny cel procesu cywilnego wykrycie prawdy materialnej, to musimy wywnioskować, że wola stron nie może mieć znaczenia decydującego i przeszkadzać sądowi w dochodzeniu prawdy, a więc że sąd ma prawo i nawet obowiązek, nie krępując się przyznaniem strony, sprawdzić je za pomocą innych dowodów. [...] Przeciwnie, kto podziela pogląd, że wola stron powinna odgrywać ważną rolę w procesie cywilnym, albowiem celem procesu jest ostatecznie wykonanie przymusowe praw prywatnych, któremi ich podmioty mogą rozrządzać według upodobania, ten wywnioskuję, że przyznanie strony, będąc wyrazem woli niezaprzeczenia twierdzeniom przeciwnika, zwolnienia go od ciężaru dowodzenia i przez to zapobieżenia przeprowadzeniu dowodu, obowiązuje sąd do zaniechania tego przeprowadzenia”⁷⁸.

Pozostaje więc pytanie, która z przedstawionych wizji procesu cywilnego jest lepsza. Zakładając, że w procesie cywilnym urzeczywistniane mają być prawa i obowiązki cywilnoprawne, tak jak je rozumiemy obecnie, trzeba przyjąć, że bardziej efektywna jest koncepcja procesu kontradyktoryjnego i realizującego zasadę dyspozycyjności. Jest tak z dwóch powiązanych ze sobą powodów. Inkwizycyjno-śledczy proces cywilny byłby, naprzód, nieekonomiczny, a w konsekwencji przeczyłby całkowicie właściwościom praw i obowiązków, które byłyby jego przedmiotem.

Nieekonomiczność procesu inkwizycyjno-śledczego jest rezultatem ryzyka, że sąd będzie realizował prawa jednej ze stron wbrew jej woli. Wiele procesów kończyłoby się, na przykład, zasądzeniem obowiązku zapłaty lub wydania rzeczy na korzyść osoby, która takiej korzyści nie chce lub nie potrzebuje. Powodowałoby to dwa problemy. Po pierwsze, wyniki tych procesów mogłyby w ogóle nie być egzekwowane, ponieważ do przyjęcia wielu świadczeń (np. przyjęcia nieruchomości) i wykonywania wielu praw (np. własności) nie sposób nikogo zmusić. Po drugie, nawet gdyby to się udało (np. dlatego, że dana suma pieniężna zostałaby przelana na rachunek bankowy strony bez jej aktywności), to dokonana w ten sposób alokacja zasobów byłaby ekonomicznie nieefektywna. Korzyści trafiałyby bowiem do osoby, która ich nie ceni.

Mankamenty te obrazują niespójność pomiędzy procesem, w którym aktywność stron nie jest wymagana, a właściwościami praw i obowiązków cywilnoprawnych, których realizacja bez aktywności podmiotów nie jest możliwa. Na wady te odporny jest proces realizujący zasady kontradyktoryjności i dyspozycyjności. Jeśli urzeczywistnienie praw strony w procesie musi być rezultatem jej własnej aktywności, to

⁷⁸ E. Waśkowski: *Przyznanie stron w procesie cywilnym*, wydane nakładem autora, 1927, s. 4–5.

ryzyko, że wynik procesu nie zostanie wyegzekwowany, jest znikome. Nie ma też zagrożenia, że korzyści zasądzone w procesie trafią do osoby, która ich nie ceni. Zachodzi wówczas pełna spójność pomiędzy procesem oraz właściwościami praw i obowiązków cywilnoprawnych, które są w nim realizowane. Innymi słowy, jeśli prawo cywilne materialne w danym systemie jest zbudowane na zasadzie autonomii woli, to efektywny proces cywilny musi opierać się na zasadach dyspozycyjności i kontradiktoryjności.

Problem ten rozstrzygnął zresztą również E. Waśkowski, udzielając podobnej i w pełni trafnej odpowiedzi na pytanie, która z koncepcji procesu — służącego stronom i ich interesem, czy społeczeństwu i sprawiedliwości — jest właściwa. Stwierdził on, że „prawo prywatne jest prawem zdecentralizowanym, osobiście wolnym; w jego dziedzinie panuje wola jednostki; jego zasadę podstawową stanowi autonomia prywatna, pozwalająca każdemu regulować swe stosunki podług swej woli i za wzajemnym porozumieniem z innymi korzystającymi z takiej autonomii osobnikami. [...] Z panującej w zakresie tych stosunków zasady autonomii prywatnej wynika zasada podstawowa procesu cywilnego — zasada dyspozycyjna, która zawiera się w prawie stron do rozrządzania: 1) przedmiotem procesu (*res in iudicium deducta*), t.j. żądaniami zgłoszonymi w formie skarg i, 2) środkami zaczepnymi i odpornemu. Z jednej strony, od podmiotu prawa całkiem zależy, czy zwrócić się do sądu o ochronę swego pogwałconego prawa czy znosić jego naruszenie (*nemo invitatus agere cogitur; nemo iudex sine actore; volenti non fit injuria*); od niego też zależy określenie rozmiarów żądanej ochrony (*iudex ne eat ultra petita partium*); po wytoczeniu procesu on jest władny cofnąć skargę lub zawrzeć układ pojednawczy z pozwanym. Z drugiej strony, w czasie postępowania sądowego tak powód, jak i pozwany mogą rozrządzać środkami walki procesualnej: zgłaszać zarzuty i ekspozycje, prosić o przesłuchanie świadków, składać dokumenty, odwoływać się do wyższych instancji i.t.d., lub zachowywać się zupełnie biernie i nie bronić się. Wypływając z autonomii prywatnej, zasada dyspozycyjna ma charakter bezwzględny. Aczkolwiek ustawodawca mógłby ją przekroczyć, mógłby, naprz., nakazać, żeby sądy rozpoczynały i prowadziły w dalszym toku postępowanie pomimo żądania stron i żeby zasądziły dłużników wbrew woli wierzycieli, lecz to nie miałooby żadnego znaczenia praktycznego, albowiem skoro strona, która wygrała proces, nie zechce skorzystać z jego rezultatów, skoro naprz., powód zechce zwrócić pozwanejmu rzecz, która została od niego odebrana na mocy wyroku sądowego, to nie można mu w tem przeszkodzić, ponieważ prawo własności do rzeczy stanowi prawo prywatne, którem podmiot może rozporządzać podług swego upodobania”⁷⁹.

Okazuje się zatem, że jeśli proces cywilny ma realizować prawa i obowiązki cywilnoprawne w interesie samych stron (zgodnie z właściwościami tych praw i obowiązków), to umowy dowodowe należałoby uznać za generalnie dopuszczalne.

⁷⁹ *Ibidem*, s. 11–12.

Jest to jednak tylko ogólna konkluzja *de lege ferenda*. Konkretna regulacja procesu cywilnego w danym systemie prawnym jest zwykle bardziej złożona, niż by to wynikało z obu przedstawionych modeli tego procesu. Przejdźmy zatem do analizy dopuszczalności i skuteczności umów dowodowych w polskim procesie cywilnym.

6. OBECNE STANOWISKO PRAWA POLSKIEGO W SPRAWIE UMÓW DOWODOWYCH

6.1. DOPUSZCZALNOŚĆ UMÓW DOWODOWYCH W ŚWIECIE ZASAD OGÓLNYCH

Na początku należy rozstrzygnąć, czy i ewentualnie w jakim zakresie umowy dowodowe są w naszym prawie dopuszczalne na podstawie zasad ogólnych, czyli z pominięciem nowego art. 458⁹ k.p.c. Tylko w taki sposób uda się ujawnić, czy przepis ten ma znaczenie pozwalające, wprowadzając możliwość zawierania umowy dowodowej, czy też limitujące, ograniczając dotychczasową swobodę zawierania umów dowodowych.

Wbrew panującemu stanowisku polskiej doktryny, należy uznać, że umowy dowodowe są co do zasady dopuszczalne, a wynika to z zasad dyspozycyjności i kontradyktoryjności. Tezie takiej nie stoi na przeszkodzie argument, zgodnie z którym wszelkie umowy procesowe muszą być przewidziane przez ustawę lub, jak się niekiedy dodaje, „wyraźnie” przewidziane w ustawie (zob. pkt 3 powyżej)⁸⁰. Argument ten jest oparty na błędzie metodologicznym, polegającym na utożsamianiu przepisów prawnych z normami prawnymi. System prawny nie składa się z przepisów prawnych, które są tylko jednostkami redakcyjnymi tekstu prawnego i stanowią jedno z wielu możliwych źródeł dekodowania norm. System prawny składa się z norm⁸¹. Jakakolwiek teza, zgodnie z którą jedyną możliwą podstawą prawną pewnej czynności jest „wyraźna” wypowiedź ustawodawcy, jest zawsze błędna. Podstawą prawną może być norma prawna, którą dekodujemy niekiedy z wyraźnego bądź niewyraźnego przepisu prawnego, a innym razem z zasad ogólnych konstruujących dany fragment systemu. Norma prawna nie może być „wyraźna” bądź „niewyraźna”. Jest ona obecna w systemie prawnym bądź nie, ale z pewnością nie można jej oceniać z punktu widzenia przejrzystości. Nieprzejrzyste może być, co najwyżej, czyjeś postrzeganie normy prawnej. Przyjmując takie założenia, powinno się stwierdzić, że są dopuszczalne także umowy procesowe nieprzewidziane w kodeksie postępowania cywilnego, o ile można znaleźć dla nich podstawę prawną

⁸⁰ Zob. obszerniejszą jego krytykę O. Knechta: *Die Beweisverträge...*, *op. cit.*, s. 70–78.

⁸¹ Z. Ziemiński: *Przepis prawny a norma prawna*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1960, z. 1, s. 105–122.

w systemie postępowania cywilnego, niekoniecznie wysłowioną w konkretnym czy „wyraźnym” przepisie ustawy. Podstawą prawną zawierania umów dowodowych są zasady kontradiktoryjności i dyspozycyjności, które współtworzą ten system, mając nie mniejsze znaczenie niż ten czy inny przepis kodeksu postępowania cywilnego. Nie dotyczy to jednak wszystkich typów umów dowodowych. Niektóre z nich nie mogą być uzasadniane ani za pomocą zasady dyspozycyjności, ani kontradiktoryjności, bądź też muszą być uznane za niedopuszczalne ze względu na kolizję z innymi zasadami. Aby zilustrować to, czy i na ile wolno zawierać umowy dowodowe w świetle zasad ogólnych, należy odnieść się do poszczególnych typów tych umów, wyróżnionych powyżej w pkt 2.

1. Jeśli chodzi o umowy dotyczące środków lub źródeł dowodowych, to za dopuszczalne należy uznać negatywne umowy dowodowe, czyli wyłączające możliwość ustalania faktów za pomocą oznaczonych środków dowodowych bądź rezerwujące pewien środek lub źródło dowodowe jako wyłączny dla ustalenia danej okoliczności. Dotyczy to także umów uniwersalnych, czyli ogólnie wykluczających dany środek dowodowy lub dane źródło dowodowe w procesie. Wynika to z zasady kontradiktoryjności, zgodnie z którą powoływanie dowodów należy do stron. Jeśli zastosowanie danego środka dowodowego, na przykład zeznań świadków, zależy od tego, czy strony wystąpią w tym zakresie z odpowiednim wnioskiem o przeprowadzenie dowodu, to logicznym przedłużeniem tej zasady jest możliwość zrzeczenia się takiej możliwości przez obie strony względem siebie w drodze umowy. Umowa taka jest wiążąca dla sądu, ale tylko w tym sensie, że powinien on oddalić wniosek strony o przeprowadzenie dowodu za pomocą środka, co do którego została zawarta pomiędzy stronami procesu umowa wyłączająca możliwość jego zastosowania. Sąd będzie mógł to uczynić, rzecz jasna, tylko jeżeli zainteresowana oddaleniem strona udowodni zawarcie odpowiedniej umowy dowodowej. Umowa taka nie może być natomiast wiążąca dla sądu działającego, wyjątkowo, z urzędu (art. 232 zd. 2 k.p.c.). Tu bowiem chodzi już o kompetencje sądu, a nie stron. Oznacza to, że mimo jej zawarcia, sąd może zastosować wyłączony umownie środek dowodowy, jeżeli dopuszcza z urzędu dowód niewskazany przez stronę. Negatywne umowy dotyczące środków dowodowych są dopuszczalne, niezależnie od tego, czy wyłączają możliwość skorzystania z danego środka dowodowego tylko na oznaczoną okoliczność (np. zakaz dowodu ze świadków na okoliczność treści umowy), czy też czynią to w odniesieniu do wszelkich okoliczności danej sprawy (np. generalny zakaz dowodu z opinii biegłego w sporze pomiędzy stronami). Dopuszczalne są także indywidualne umowy dowodowe, które zakazują posługiwania się danym źródłem dowodowym (np. oznaczonym dokumentem lub dowodem z zeznań wymienionego świadka). Zakazane są jednak pozytywne umowy dotyczące środków dowodowych, jeśli wskazują środki dowodowe, których nie przewidziano w ustawie (z uwzględnieniem art. 309 k.p.c.), na przykład przysięgę lub ordalia. Jest tak dlatego, że składanie wniosków o przeprowadzenie dowodów nieprzewidzianych

w ustawie procesowej nie leży już w granicach zasady kontrydiktoryjności. Strony nie mogą składać takich wniosków w samym procesie, nie mogą zatem także skutecznie umówić się co do ich stosowania w umowie. Są one związane katalogiem środków dowodowych przewidzianym w kodeksie postępowania cywilnego, który jednak nie jest zupełnie zamknięty (art. 309 k.p.c.).

2. Dopuszczalne na zasadach ogólnych są również umowy dotyczące przedmiotu dowodów, czyli okoliczności. Chodzi naprzód o umowy pozytywne, ustalające daną okoliczność i wyłączające możliwość dowodzenia w procesie okoliczności do niej przeciwnej. Dopuszczalne są też umowy negatywne, a więc uznające pewne okoliczności na potrzeby procesu za nieistniejące. Te z kolei wyłączają możliwość dowodzenia tych właśnie okoliczności w procesie. Dopuszczalność obu typów umów (pozytywnej i negatywnej) wynika z zasady dyspozycyjności. Zgodnie z tą zasadą strony mogą rozporządzać przedmiotem procesu. Wyznaczenie zakresu żądań, który jest przedmiotem procesu, należy więc do stron, a to z kolei rzutuje na zakres faktów, które należy ustalić w celu weryfikacji roszczeń. Jeśli strony w procesie same ustalają, jakie okoliczności są nim objęte (formułując odpowiednie żądania), to mogą także z góry ograniczyć zakres tych okoliczności w umowie, przesądzając na przykład, że pewne okoliczności są z góry ustalone (zakazując przeciwdowodu), a inne z góry uznane za nieistniejące (zakazując dowodu). Strony mogą również w umowie ustanawiać domniemania („jeśli ustalony zostanie fakt X, to należy przyjąć Y”) i to zarówno wzruszalne (dopuszczające przeciwdowód), jak i niewzruszalne (zakazujące przeciwdowodu). Te pierwsze są podtypem umowy odwracającej ciężar dowodu. Te drugie natomiast są podtypem umowy dotyczącej przedmiotu dowodu, który można nazwać pośrednim. Zwykła (bezpośrednia) konstrukcja umowy dotyczącej przedmiotu dowodu zasadza się na schemacie: „jeżeli dojdzie do procesu, to należy przyjąć, że Y”. Umowa statuująca niewzruszalne domniemanie (pośrednia) polega na schemacie: „jeżeli dojdzie do procesu, w którym sąd ustali fakt X, to należy przyjąć, że Y”. Konstrukcja umowy dotyczącej przedmiotu dowodu nie obejmuje uznania „wszelkich okoliczności uzasadniających roszczenie”. Tego rodzaju porozumienia powinny być kwalifikowane — tak jak było dotychczas — jako pozasądowe uznanie roszczenia (długu)⁸², będące czynnością prawa materialnego (w przypadku uznania właściwego) lub jedynie oświadczeniem wiedzy (w przypadku uznania niewłaściwego), albo też — gdy druga strona także czyni jakieś ustępstwa — jako ugoda. Uznanie ani ugoda nie mają skutków bezpośrednio wiążących sąd w postępowaniu dowodowym. Konsekwencje zarówno uznania właściwego, jak i ugody są dalej idące niż skutki jakiejkolwiek umowy dowodowej, ponieważ są to materialnoprawne czynności ustalające likwidujące niepewność dotyczącą stosunku

⁸² Co do uznania właściwego — M. Pyziak-Szafnicka: *Uznanie długu*, Łódź 1995, s. 106–191; co do ugody — M. Pyziak-Szafnicka (w:) *System prawa prywatnego*, t. 8, *Prawo zobowiązań — część szczegółowa*, pod red. I. Panowicz-Lipskiej, Warszawa 2011, s. 975–976.

prawnego⁸³. Uznanie właściwe i ugoda eliminują potrzebę dowodzenia faktów, które miały miejsce przed ich nastąpieniem. Przypisywanie im więc, dodatkowo, skutków umowy dotyczącej przedmiotu dowodów byłoby zbędne. Natomiast uznanie niewłaściwe nie wyraża woli wywołania żadnych skutków prawnych, co wyklucza także przyznanie mu konsekwencji umowy dowodowej. Umową dotyczącą przedmiotu dowodu nie jest również sądowe uznanie powództwa, oceniane zgodnie z art. 213 k.p.c. Zarówno uznanie roszczenia (długu), jak i uznanie powództwa są czynnościami nakierowanymi nie tyle na pojedyncze fakty, ile na przysługiwanie danej osobie jakichś praw, więc także z tej przyczyny nie mieszczą się w konstrukcji umowy dowodowej. Nie jest umową dotyczącą przedmiotu dowodu przyznanie okoliczności w czasie procesu, uregulowane w art. 229 i 230 k.p.c. Z tych samych przyczyn nie są skuteczne umowy, na mocy których strony regulowałyby sposób przeprowadzenia dowodów przez sąd (np. sposób odebrania zeznań od świadka), reguły koncentracji materiału procesowego i inne aspekty, które w samym procesie nie należą do ich swobodnej decyzji.

Powstaje problem odgraniczenia umowy dotyczącej przedmiotu dowodu od materialnoprawnych umów ustalających dotyczących pojedynczych okoliczności. Jeśli umowne ustalenie jakiejś okoliczności jest ustępstwem, które jedna ze stron czyni w zamian za inne ustępstwo, to mamy do czynienia z ugodą, która — o czym była już mowa — ma skutki dalej idące niż umowa dowodowa. Gdy jednak ustalenie to jest ustępstwem tylko jednej ze stron (a druga z nich jest jego wyłącznym beneficjentem), i nie jest ono nakierowane na roszczenie (tak jak uznanie długu), to pojawia się pytanie, jaką umowę zawarto. W literaturze nie rozstrzygnięto jeszcze, na ile ma sens przyjęcie w prawie polskim konstrukcji materialnoprawnej umowy ustalającej pewne okoliczności (na wzór niemieckiej *Feststellungsvertrag*). Dostrzega się jednak problem umów ustalających, niebędących uznaniem roszczenia ani ugodą⁸⁴. Trzeba zatem rozgraniczyć jakoś takie umowy od pozytywnej bądź negatywnej umowy co do przedmiotu dowodów. Decydować powinien zamierzony przez strony skutek. Jeśli celem umowy jest wpłynięcie na postępowanie dowodowe w procesie (przez wykluczenie dowodu lub przeciwdowodu dotyczącego jakiejś okoliczności), to dochodzi do zawarcia umowy dowodowej. Jeśli zaś celem jest pozaprocesowe usunięcie niepewności stron co do danej okoliczności, czyli upewnienie się co do niej, to następuje zawarcie jednostronnej umowy ustalającej. Zazwyczaj, ustalając pewien fakt, strony zmierzają zarówno do osiągnięcia skutku materialnoprawnego w postaci ograniczenia zakresu okoliczności spornych pomiędzy nimi poza procesem, jak i procesowego w postaci wykluczenia dowodu w postępowaniu skierowanym przeciwko ustalonej okoliczności. W toku wykładni i kwalifikacji oświadczeń woli należałoby zwykle przyjąć, że strony jednostronnej

⁸³ M. Pyziak-Szafnicka: *Uznanie...*, *op. cit.*, s. 132–143.

⁸⁴ Zob. R. Morek (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, Legalis 2019, art. 917, uw. 9.1.

umowy ustalającej bądź wykluczającej pewną okoliczność zmierzają do zawarcia obu umów: materialnoprawnej (likwidującej niepewność) i procesowej (ograniczającej możliwość dowodu w procesie). Nie jest jednak wykluczone, że zamiarem strony objęte będą wyłącznie skutki pozaprosesowe (co oznacza zawarcie umowy ustalającej) albo wyłącznie skutki procesowe (co oznacza zawarcie umowy dotyczącej przedmiotu dowodu).

3. Nie są dopuszczalne umowy dotyczące oceny dowodów, czyli ich wartości. Jest tak dlatego, że ocena ta w procesie nie należy do stron, przez co nie wolno jej modyfikować z powołaniem się na zasadę dyspozycyjności lub kontrydiktoryjności. Ocena ta jest przedmiotem wyłącznej i swobodnej kompetencji sądu w ramach zasady swobodnej oceny dowodów (art. 233 k.p.c.), zatem strony nie mogą w nią ingerować.

4. Dopuszczalne są umowy dotyczące rozkładu ciężaru dowodu, które modyfikują wynikającą z reguł ustawowych dyspozycję co do tego, na której ze stron spoczywa ciężar udowodnienia danej okoliczności. Dyspozycja ta wskazuje, jaką okoliczność sąd powinien przyjąć za prawdziwą, jeśli żadna ze stron nie przeprowadzi co do niej (lub okoliczności przeciwnej) dowodu (np. w świetle art. 415 w zw. z art. 6 k.c., sąd powinien przyjąć, że wyrządzenie szkody nie było zawinione, jeśli powód nie dowiedzie winy pozwanego). Ustawa zawsze obciąża jedną ze stron ryzykiem co do braku dowodu na daną okoliczność. Nawet jeśli ryzyko to postrzegać jako — w całości lub części — należące do prawa procesowego⁸⁵, to wciąż możliwość jego przerzucenia na drugą stronę powinna być uzasadniona zasadami dyspozycyjności kontrydiktoryjności. Konsekwencje ustawowej reguły nakładającej na jedną ze stron ciężar dowodu są zawsze objęte dyspozycją stron w procesie. To od stron zależy, czy w ramach formułowania żądań (co wyznacza też zakres faktów istotnych dla sprawy) oraz aktywności w przedstawianiu dowodów będą one tej regule przeciwdziałać. Jeśli strony są obciążane ryzykiem braku dowodu przez ustawę, a następnie mogą to ryzyko zwalczać (formułując żądania i przedstawiając dowody), to mogą one również przerzucić je na drugą stronę w drodze umowy. Wniosek ten wspiera też — jeśli podziela się przyjęte w tej pracy założenia — wnioskowanie *a maiori ad minus* odniesione do reguły, według której dopuszczalne jest zawieranie umów w sprawie przedmiotu dowodów. Wnioskowanie to przedstawia się w sposób następujący: jeśli strony mogą uznać pewne okoliczności za z góry ustalone (i przez to prawdziwe) bądź nieprawdziwe, co siłą rzeczy zawsze przełamuje także ustawowy rozkład ciężaru dowodu, to tym bardziej mogą zawrzeć umowę, z której wynika, że pewne okoliczności nie są wprawdzie z góry uznane za prawdziwe, ale należy je uznać za ustalone, gdyby żadna ze stron nie przeprowadziła co do nich dowodu.

⁸⁵ Co — jak pokazuje analiza prawnoporównawcza — można kwestionować.

Przedstawione tu stanowisko w sprawie dopuszczalności umów dowodowych w świetle zasad ogólnych wspiera wykładnia prawnoporównawcza. W naszym systemie nie ma wprawdzie podstaw do przyjęcia koncepcji materialnoprawnej umów dowodowych (tak jak we Francji), dlatego ich dopuszczalność nie może być wywodzona z zasady swobody umów. Nie bardzo jednak wiadomo, dlaczego umowy dowodowe (w podanym wyżej zakresie) wywodzone są — w ramach koncepcji procesowej umów dowodowych — z zasad kontradiktoryjności i dyspozycyjności w nauce niemieckiej, natomiast odrzuca się ich dopuszczalność w Polsce. Z wnikliwych badań R. Flejszara wynika tymczasem jasno, że nie ma istotnych różnic pomiędzy treścią tych zasad w prawie cywilnym procesowym w Niemczech i Polsce⁸⁶.

Również zasada kontradiktoryjności obowiązuje u nas obecnie w wersji wzorowanej na rozwiązaniach niemieckich, to znaczy niezakładającej zasadniczych ustępstw na rzecz aktywności sądu w toku gromadzenia dowodów (inaczej niż w okresie obowiązywania kodeksu postępowania cywilnego z 1932 r., który w tym zakresie wzorował się na rozwiązaniach zawartych w austriackiej ZPO i ideach Franza Kleina)⁸⁷. O ile więc można kwestionować dopuszczalność umów dowodowych na tle takiego systemu postępowania cywilnego, jak austriacki, o tyle trudno o podstawy do takiej tezy w systemie polskim, opartym — tak jak prawo niemieckie i szwajcarskie — na zasadach dyspozycyjności i kontradiktoryjności (zob. powyżej pkt 4.1).

Dopuszczalność umów dowodowych wynika, ostatecznie, z wizji procesu cywilnego, jaka została przyjęta w naszym kodeksie postępowania cywilnego. Jest to proces służący stronom, a nie społeczeństwu, i zmierza on do realizacji ich interesów, a nie obiektywnie rozumianej sprawiedliwości. Przemawia za tym nie tylko zbudowanie tego procesu na zasadach dyspozycyjności i kontradiktoryjności, lecz także jednoznaczna preferencja ustawodawcy dla ugodowych sposobów rozstrzygnięcia procesu (art. 10, art. 187 § 1 pkt 3, art. 205² § 1 pkt 1, art. 205⁶ § 2, art. 210 § 2² k.p.c.). Świadczy ona dobitnie o tym, że celem polskiego procesu cywilnego jest zażegnanie powstałego konfliktu pomiędzy stronami, a nie sformułowanie obiektywnie słusznego rozstrzygnięcia. Nawet wysłowiony w art. 3 obowiązek składania oświadczeń procesowych zgodnie z prawdą nie jest obowiązkiem prawnym, ale jedynie obowiązkiem o charakterze moralnym i etycznym⁸⁸. Jak bowiem trafnie

⁸⁶ R. Flejszar: *Zasada dyspozycyjności w procesie cywilnym*, Warszawa 2016, s. 351–403.

⁸⁷ Zob. K. Knoppek: *Zasada kontradiktoryjności a wykrywanie prawdy i problem dopuszczenia dowodów z urzędu* (w:) *System prawa procesowego cywilnego*, t. II, *Postępowanie procesowe przed sądem pierwszej instancji*, cz. II, pod red. T. Wiśniewskiego, Warszawa 2016, s. 85–108.

⁸⁸ T. Ereciński (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I, *Postępowanie rozpoznawcze*, pod red. T. Erecińskiego, Warszawa 2016, art. 3, uw. 1. Podobnie — o zakazie „przekształcania sądu orzekającego w sąd opiekuńczy dla strony” pisze K. Knoppek: *Zasada kontradiktoryjności...*, *op. cit.*, s. 103. O wartości czy wręcz — współcześnie — konstytucyjnej konieczności ukształtowania procesu cywilnego jako kontradiktoryjnego — zob. wyrok SN z dnia 12 grudnia 200 r., V CKN 175/00, OSP 2001, z. 7–8, poz. 116.

stwierdził T. Ereciński, „państwo nie może przed sądem cywilnym prowadzić obywatela za rękę jako opiekun, który najlepiej wie, co jest dla niego dobre, a co złe”⁸⁹. W tak pomyślanym procesie dopuszczalność wymienionych powyżej umów dowodowych jest czymś oczywistym. Materialnoprawnej autonomii woli, przejawiającej się w swobodzie umów i innych czynności prawnych, odpowiada procesowa autonomia stron, która znajduje wyraz właśnie w zasadach dyspozycyjności i kontrydiktoryjności. To te zasady, a nie zasada prawdy, są konstrukcyjnym i dominującym aksjologicznie fundamentem polskiego procesu cywilnego.

Można by wreszcie przedstawionej analizie postawić zarzut, zgodnie z którym pomija ona, że normy prawa procesowego są adresowane do sądu i jako takie należą do prawa publicznego. Nasuwałby się wniosek, że ich modyfikacja w drodze umowy nie jest dopuszczalna. W odniesieniu do reguł dowodowych⁹⁰ — nie byłby to wniosek trafny. Normy dotyczące dowodów znacząco różnią się od innych norm prawa procesowego, których niewątpliwie nie wolno zmieniać umową (dotyczących np. wymogów formalnych pism procesowych, doręczeń, porządku prowadzenia postępowania). Nie są one wprost adresowane do sądu, lecz do stron, od których zależy, czy określone dowody zostaną wykorzystane w postępowaniu i jakie okoliczności zostaną za ich pomocą wykazane. Sąd jest jedynie dalszym adresatem tych norm, reagującym na aktywność stron. Warto ponadto odwołać się do klasycznego kryterium podziału prawa na publiczne i prywatne, wskazanego przez Ulpiana, jakim jest interes (korzyść) realizowany przez normę: prywatny (stron) bądź publiczny (państwa)⁹¹. Trudno wątpić, że na przykład przepisy konstruuujące wymogi pozwu lub apelacji albo ograniczające w czasie dopuszczalność korzystania z różnych środków procesowych realizują interes publiczny. Reguły przewidujące możliwość korzystania ze środków i źródeł dowodowych, powołania ich na określone okoliczności oraz rozkładające między stronami ciężar dowodu realizują natomiast wyłącznie interes samych stron. Nie należy ich więc zaliczać do prawa publicznego bądź — co pozostaje oczywiście poza zakresem tych rozważań — powinno się inaczej zdefiniować podział na prawo publiczne i prywatne, uwzględniając między innymi to, że reguły dowodowe mogą być modyfikowane umownie w takim zakresie, w jakim regulowane nimi sytuacje należą do dyspozycji stron. Tak czy inaczej, jak trafnie zauważył F. Longchamps de Bèrier, nie można ograniczać autonomii stron, upierając się przy czysto dogmatycznych przesłankach⁹². Analiza dopuszczalności umów dowodowych musi się skupiać na analizie norm prawnych, a przede wszyst-

⁸⁹ T. Ereciński (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, art. 3, uw. 8.

⁹⁰ A także niektórych innych reguł prawa procesowego cywilnego, których analiza pozostaje poza zakresem tego artykułu.

⁹¹ „Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, ius privatum est quod ad singulorum utilitatem” (D. 1.1.1.2).

⁹² F. Longchamps de Bèrier: *Z uwag do metodologii prawa prywatnego: argumenty historyczny, dogmatyczny i prawnoporównawczy na przykładzie darowizny na wypadek śmierci oraz zapisu windykacyjnego* (w:) *Prawo obce w doktrynie prawa polskiego*, pod red. A. Wudarskiego, Warszawa 2016, s. 308–309.

kim ich funkcji. Zaliczenie reguł dowodowych do prawa prywatnego lub publicznego może być wynikiem tej analizy (jeśli w ogóle uznać ten podział za potrzebny), ale nie może być jej przesłanką. W przeciwnym razie popadlibyśmy w skrajny dogmatyzm, który w toku wykładni pomija funkcje norm i realizowane przez nie interesy, a zamiast tego każe polegać na apriorycznych założeniach co do budowy systemu prawa i zakwalifikowania określonej grupy norm (np. procesowych) do obszaru tego systemu nazywanego prawem publicznym.

6.2. PRZEPISY KODEKSU POSTĘPOWANIA CYWILNEGO O UMOWIE DOWODOWEJ (ART. 458⁹ K.P.C.)

Zaprezentowane stanowisko co do dopuszczalności zawierania umów dowodowych — z wyłączeniem umów przewidujących zastosowanie środków dowodowych przewidzianych w ustawie oraz umów dotyczących oceny dowodów — rzuca właściwe światło na przeprowadzoną niedawno zmianę kodeksu postępowania cywilnego. Artykuł 458⁹ § 1 k.p.c. stanowi, że strony mogą się umówić o wyłączenie określonych dowodów w postępowaniu w sprawie z określonego stosunku prawnego powstałego na podstawie umowy (umowa dowodowa), a z umiejscowienia tego przepisu wynika, że dotyczy on jedynie postępowania w sprawach gospodarczych. Rozwiązanie takie należy postrzegać jako ograniczenie dotychczasowej ogólnej dopuszczalności umów dowodowych i to na kilku płaszczyznach.

Na początku należy ustalić, do jakiego typu umów dowodowych nowa regulacja wprost się odnosi. „Wyłączenie określonych dowodów” może być rozumiane jako wyłączenie środków dowodowych (np. dowodu z dokumentu), źródeł dowodowych (np. dowodu z zeznań wymienionego świadka) lub jako wyłączenie przedmiotu dowodów, czyli dowodu na pewne okoliczności (np. dowodu na okoliczność zawarcia umowy). Wynika to z wieloznaczności słowa „dowód”. Artykuł 458⁹ § 7 k.p.c., przewidując, że „fakty, które miałyby zostać wykazane dowodami wyłączonymi przez umowę dowodową, sąd może ustalić na podstawie twierdzeń stron”, wskazuje jasno, że ustawodawca przez umowę dowodową rozumie umowne wyłączenie dopuszczalności środków dowodowych. Chodzi zatem o umowę dotyczącą środków dowodowych w sensie negatywnym, zarówno konkretną (dotyczącą oznaczonych okoliczności), jak i uniwersalną (dotyczącą wszelkich okoliczności danej sprawy). *A maiori ad minus*, przepis ten należy również odnieść do umów wyłączających dopuszczalność posłużenia się indywidualnie oznaczonym źródłem dowodowym (np. zeznaniami imiennie wymienionego świadka lub oznaczonego indywidualnie dokumentu).

Ponieważ dopuszczalność umów dowodowych wywodzi się ostatecznie z autonomii prywatnej, to porozumienia wyłączające środki lub źródła dowodowe mogą odnosić się nawet do kryteriów potocznie uważanych za „dyskryminujące”

(np. wykluczenie dowodu ze świadków określonej płci), łącznie z kryteriami nieostryimi (np. wykluczenie świadków „cieszących się złą opinią”), które podlegają wykładni zgodnie z art. 65 k.c. stosowanym tu w drodze analogii (o czym zob. pkt 6.3 poniżej). Strony mają tu pełną swobodę. Z bardziej racjonalnych typów porozumień można wskazać na przykład wyłączenie dowodu z przesłuchania stron lub ze świadków będących pracownikami stron danej umowy. Powszechnie wiadomo, że tego rodzaju dowody są często powoływane w celu wydłużenia postępowania. Można także wyłączyć dopuszczalność powoływania na okoliczność treści umowy dowodów innych niż dokument obejmujący tę umowę, osiągając skutek podobny do materialnoprawnej klauzuli wyłączności dokumentu (*merger clause*).

Przepis art. 458⁹ § 1 k.p.c. nie jest jedynie egzemplifikacją generalnej dopuszczalności zawierania takich umów, która wynika już z zasady kontrydiktoryjności. Realizuje on także cel ochronny. Ograniczając skuteczność umów dowodowych do postępowania w sprawach gospodarczych, chroni się zarazem stronę lub strony przed niekorzystnymi skutkami takich umów w innych konfiguracjach procesowych. Strony procesu nieprowadzonego w ramach postępowania w sprawach gospodarczych są uważane za nieprofesjonalne (najczęściej będą to stosunki konsumenckie lub powszechne). Wyłączenie możliwości wykorzystywania umowy dowodowej w tych przypadkach jest zabiegiem świadomym i uzasadnionym albo ochroną słabszej strony stosunku prawnego (w stosunkach konsumenckich), albo brakiem rzeczywistej potrzeby dopuszczania skomplikowanych czynności procesowych (w stosunkach powszechnych). Tak zidentyfikowane ograniczenie dopuszczalności umów dowodowych należy przez analogię zastosować do innego rodzaju — dopuszczalnych w świetle zasad ogólnych — umów dowodowych niż uregulowane wprost umowy ograniczające środki lub źródła dowodowe. Są one — w przypadku podmiotów nieprofesjonalnych — znacznie większym zagrożeniem dla możliwości zrealizowania przysługujących stronom praw niż umowa wyłączająca środki lub źródła dowodowe. Również więc umowy dowodowe w sprawie przedmiotu dowodów oraz dotyczące rozkładu ciężaru dowodu są wiążące, tylko jeżeli proces jest prowadzony w ramach postępowania w sprawach gospodarczych (art. 458⁹ § 1 k.p.c. *per analogiam*)⁹³. Okazuje się zatem, że na mocy nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego zasady dyspozycyjności i kontrydiktoryjności zostały osłabione, ponieważ nie obejmują one już dopuszczalności zawierania umów dowodowych przez

⁹³ To, w jakich rodzajach spraw stosuje się przepisy o postępowaniu w sprawach gospodarczych, jest już kwestią wykładni art. 458¹ § 1 k.p.c. (zawężający je do spraw rozpoznawanych w procesie) i art. 458² k.p.c., który wymienia katalog takich spraw. Uwzględnia on m.in. sprawy z powództwa przeciwegzekucyjnego (art. 458² § 1 pkt 12 k.p.c.) — na wagę tej kwestii trafnie zwrócił uwagę W. Górecki w dyskusji nad moim referatem wygłoszonym na zebraniu naukowym Katedry Prawa Cywilnego UJ pt. „Umowy dowodowe w procesie cywilnym” (Kraków, 18 października 2019 r.). Otwarte pozostawiam pytanie, czy katalog spraw z art. 458² k.p.c. jest w pełni adekwatny z punktu widzenia celów regulacji postępowania w sprawach gospodarczych i czy w konsekwencji jego przepisy w całości lub w części (a w tym art. 458⁹ k.p.c.) nie powinny być niekiedy stosowane przez analogię także do innych spraw rozpoznawanych w procesie.

podmioty nieprofesjonalne. Jest to posunięcie słuszne, ponieważ umowy dowodowe w obrocie konsumenckim — o ile nie byłyby wynegocjowane przez obie strony — należałoby i tak uznać za klauzule abuzywne niewiążące konsumenta na podstawie art. 385¹ k.c. Wynika to z uwzględnienia pkt 1 lit. q załącznika do dyrektywy Rady 93/13/EWG w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich⁹⁴, w którym tego rodzaju porozumienia (ograniczające dostępność dowodów, odwracające ciężar dowodu oraz — wnioskując *a fortiori* — dotyczące przedmiotu dowodu) uznano za takie, które mogą być uznane za nieuczciwe, czyli tzw. klauzule szare⁹⁵. W stosunkach powszechnych nie występuje zaś potrzeba dopuszczania skomplikowanych i ryzykownych czynności procesowych, jakimi są umowy dowodowe. Umowy dowodowe (dotyczące środków lub źródeł dowodowych, przedmiotu dowodu lub ciężaru dowodu) mogą więc być skutecznie powoływane, prowadząc do konieczności oddalenia stosownych wniosków dowodowych przez sąd, tylko w postępowaniu w sprawach gospodarczych. W konkluzji można więc stwierdzić, że nowelizacja kodeksu postępowania cywilnego istotnie zawężyła (a nie poszerzyła) zakres dopuszczalności umów dowodowych.

Ograniczenie dopuszczalności umów dowodowych do postępowania w sprawach gospodarczych rodzi jednak problem wynikający z zakresu spraw, w jakich ten rodzaj postępowania powinien być stosowany. Zgodnie z art. 458⁶ § 1 k.p.c., na wniosek strony, która nie jest przedsiębiorcą lub jest przedsiębiorcą będącym osobą fizyczną, sąd rozpoznaje sprawę z pominięciem przepisów dotyczących postępowania w sprawach gospodarczych. Pojawia się ryzyko, że norma ta może zostać wykorzystana do ubezskuteczniania zawartych wcześniej umów dowodowych. Ryzyko to jest aksjologicznie neutralne, jeżeli stroną do tego dążącą jest podmiot niebędący przedsiębiorcą, a to z uwagi na generalne założenie, że umowy dowodowe powinny służyć podmiotom profesjonalnym. Jest ono jednak nieakceptowalne, jeśli w celu ucieczki od ograniczeń wynikających z zawartej umowy dowodowej przedsiębiorca będący osobą fizyczną złoży wniosek o przeprowadzenie postępowania z pominięciem przepisów o postępowaniu w sprawach gospodarczych. Sytuacja taka zaburzałaby całkowicie zaufanie w stosunkach profesjonalnych. Strony przecież uzgodniły pierwotnie, że dany środek dowodowy w sporze pomiędzy nimi nie jest dopuszczalny, co następnie okaże się nieskuteczne, tylko dlatego że jedna z nich, przedsiębiorca będący osobą fizyczną (czyli podmiot profesjonalny), zgłosi wniosek o przeprowadzenie procesu z pominięciem przepisów o postępowaniu w sprawach gospodarczych. Należy jednak pamiętać, że zasady ogólne przemawiają na rzecz

⁹⁴ Dz. Urz. UE L 95 z 1993 r., s. 29.

⁹⁵ O znaczeniu katalogu klauzul szarych zawartego w załączniku do dyrektywy 93/13/EWG — w kontekście implementowanego do polskiego porządku prawnego (por. art. 385³ pkt 23 k.c.) w sposób niepełny pkt 1 lit. q tego załącznika — dla wykładni polskiego art. 385¹ k.c. zob. F. Zoll (w:) *Prawo bankowe. Komentarz*, t. II, pod red. F. Zolla, Kraków 2005, art. 109, uw. 67; F. Zoll: *Oświadczenie o poddaniu się egzekucji jako klauzula abuzywna. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 22 września 2010 r. (VI ACa 185/10)*, *Monitor Prawa Bankowego* 2012, nr 9, s. 42.

generalnej dopuszczalności umów dowodowych (ograniczających środki lub źródła dowodowe; dotyczących przedmiotu dowodu i odwracających ciężar dowodu). Ograniczenie wynikające z art. 458⁹ § 1 k.p.c., które dopuszcza te umowy tylko w postępowaniu w sprawach gospodarczych, przestaje być uzasadnione, gdy ucieczka od tego postępowania następuje na wniosek przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną. Należy zatem uznać, że funkcja tego ograniczenia uzasadnia odejście od niego w takiej sytuacji i uznanie, że umowa dowodowa w każdej dopuszczalnej postaci pozostaje skuteczna i wiąże sąd, jeśli sprawa nie jest rozpatrywana w ramach postępowania w sprawach gospodarczych tylko z powodu wniosku przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną złożonego na podstawie art. 458⁶ § 1 k.p.c. Metodą wykładni, która prowadzi do takiej konkluzji, jest redukcja celowościowa (niem. *teleologische Reduktion*). Zabieg ten służy do wypełnienia tzw. luki ukrytej (*verdeckte Lücke*), czyli przypadku, w którym językowe brzmienie przepisu jest zbyt szerokie z punktu widzenia jego celu. Wypełnienie takiej luki polega na dodaniu do tego przepisu, w toku wykładni, zastrzeżenia (ograniczenia), które wiernie oddaje jego cel⁹⁶. Metoda ta stanowi odwrotność wykładni rozszerzającej. Ważne racje systemowe i funkcjonalne uzasadniają zawężenie zakresu zastosowania lub normowania badanego przepisu, tak samo, jak pozwalają one niekiedy na ich poszerzenie w drodze wykładni rozszerzającej lub analogii. Istotną racją uzasadniającą redukcję celowościową, która zawęży bezskuteczność umów dowodowych poza postępowaniem w sprawach gospodarczych (przez dodanie zastrzeżenia, że nie dotyczy to sytuacji, gdy sprawa nie jest rozpatrywana w tym postępowaniu z powodu wniosku przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną), jest ochrona zaufania w stosunkach profesjonalnych.

Artykuł 458⁹ § 1 k.p.c. pozwala na zawieranie umowy dowodowej tylko w sprawie z określonego stosunku prawnego powstałego na podstawie umowy. Chodzi zatem o prawa i obowiązki obligacyjne powstające w stosunku umownym, w tym zarówno roszczenia pierwotne (o wykonanie zobowiązania z umowy zgodnie z jego treścią), jak i wszelkie roszczenia wtórne (np. o naprawienie szkody wyrządzonej naruszeniem zobowiązania; o zwrot świadczenia po odstąpieniu od umowy). Te ostatnie powstają bowiem na skutek przekształcenia treści stosunku umownego, a nie na skutek powstania nowego stosunku prawnego. Tak jest w przypadku ustawowego (sankcyjnego) prawa odstąpienia od umowy (np. z art. 491 k.c.), ponieważ jego skutkiem jest przekształcenie się stosunku zobowiązaniowego powstałego na mocy umowy w taki, którego treścią jest obowiązek zwrotu spełnionych świadczeń oraz ewentualnie naprawienie szkody i dokonanie rozliczeń⁹⁷. Podobnie należy

⁹⁶ Zob. K. Larenz: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin–Heidelberg 1991, s. 391–392. Ten sam autor podsumowuje, że „redukcja celowościowa jest ściśle powiązana z teleologią, nieodłącznym elementem prawa. Jeśli więc przy tym zabiegu przestrzegane są właściwe ograniczenia, to redukcja jest tak samo zgodna z prawem jak każdy inny rodzaj interpretacji celowościowej” (s. 391 — tłum. własne).

⁹⁷ G. Tracz: *Sposoby jednostronnej rezygnacji z zobowiązań umownych*, Warszawa 2007, s. 77–80; F. Zoll (w:) *System prawa prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań — część ogólna*, pod red. A. Olejniczaka, Warszawa 2018,

podejść do skutków umownego prawa odstąpienia (art. 395 k.c.)⁹⁸ i wypowiedzenia zobowiązania o charakterze ciągłym⁹⁹. Wygaśnięcie roszczeń o spełnienie świadczenia (pierwotnych), które następuje na skutek wskazanych czynności następnych (odstąpienia umownego, ustawowego lub wypowiedzenia), nie oznacza bowiem wygaśnięcia łączącego strony stosunku prawnego, a polega tylko na zmianie jego treści. Nie stoi na przeszkodzie uwzględnieniu umowy dowodowej powstanie zbiegu różnych reżimów odpowiedzialności. Może to być, na przykład, zbieg, w ramach którego dane roszczenie procesowe znajduje oparcie nie tylko w reżimie odpowiedzialności kontraktowej, lecz także deliktowej (gdy naruszenie zobowiązania stanowi jednocześnie czyn niedozwolony), albo zbieg roszczenia o wykonanie zobowiązania lub wydanie nienależnego świadczenia z roszczeniem windykacyjnym (art. 222 § 1 k.c.). Pojawienie się tego rodzaju zbiegów nie jest tu istotne, ponieważ dla normy prawa procesowego, przewidującej spoczywający na sędzie obowiązek uwzględnienia umowy dowodowej, wystarczy, że roszczenie procesowe może być wywodzone ze stosunku umownego. Nie ma zaś znaczenia, że — oprócz tego — może być ono wywodzone z innych reżimów prawnych. Inaczej mówiąc, hipoteza art. 458⁹ § 1 k.p.c. zawiera jedynie wymóg, by badane w procesie roszczenie procesowe znajdowało oparcie w stosunku umownym, i nic ponadto. To, że znajduje ono oparcie także w innych stosunkach prawnych, nie może takiej normy ubezskuteczyć.

Ograniczenie skuteczności umów dowodowych do stosunków umownych jest przejawem ogólnej koncepcji, zgodnie z którą umowa dowodowa jest dopuszczalna, o ile dotyczy praw i obowiązków, które są objęte zasadą swobody umów. Zasada swobody umów jest przejawem zasady autonomii woli w prawie prywatnym, ta zaś jest odpowiednikiem uzasadniającej dopuszczalność umów dowodowych zasady dyspozycyjności. Ustawodawca postanowił powiązać ze sobą te dwie zasady (swobody umów i dyspozycyjności) właśnie na płaszczyźnie umowy dowodowej. Można było przyjąć inną koncepcję, a w szczególności przewidzieć, że umowa dowodowa jest dopuszczalna, o ile przedmiotem procesu są prawa, którymi strony mogą swobodnie rozporządzać. Wówczas źródłem ograniczenia nie byłaby, jak jest teraz, zasada swobody umów (powiązana z zasadą dyspozycyjności), lecz zasada autonomii woli jako taka. Ustawodawca ujął jednak dopuszczalność umowy dowodowej wąsko, wiążąc ją ze stosunkami umownymi. Wyklucza to na przykład umowę dowodową w sporze o własność rzeczy (na podstawie art. 222 § 1 k.c.) lub w sporach z tytułu deliktów, mimo że dotyczą one praw, którymi strony mogą swobodnie rozporządzać. Jest to o tyle niespójne, że samo postępowanie w sprawach gospodarczych nie musi wcale dotyczyć stosunków umownych (por. art. 458² § 1

s. 1259–1263; K. Panfil: *Odstąpienie od umowy jako sankcja naruszenia zobowiązania*, Warszawa 2018, s. 284–298; w orzecznictwie trafnie wyrok SN z dnia 25 lutego 2015 r., IV CSK 395/14, LEX nr 1665598.

⁹⁸ G. Tracz: *Sposoby...*, *op. cit.*, s. 79–80.

⁹⁹ *Ibidem*, s. 78.

pkt 1 k.p.c.). Nie sędzę więc, by takie ograniczenie umowy dowodowej było uzasadnione. Dlatego należy je ograniczyć do uregulowanej w art. 458⁹ k.p.c. umowy negatywnej w sprawie środków lub źródeł dowodowych. Nie może mieć ono zastosowania w drodze analogii ani wykładni rozszerzającej do innych dopuszczalnych umów dowodowych, takich jak umowy dotyczące przedmiotu dowodów i odwracających ciężar dowodu. W przypadku tych ostatnich pozostaje jednak ograniczenie, spotykane w innych systemach prawnych, zgodnie z którym strony mogą zawierać umowy dowodowe tylko w takich stosunkach prawnych, którymi wolno im swobodnie dysponować. Można więc zawierać umowy dotyczące przedmiotu dowodu lub odwracające ciężar dowodu w ramach stosunków obligacyjnych, które powstają w ramach autonomii stron (przede wszystkim umowne), a także takich, które w ramach tej autonomii mogą być rozwiązywane lub modyfikowane, mimo że powstają z mocy ustawy (deliktowe, z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia, zapisu zwykłego i in.). Można także zawierać takie umowy w przypadku stosunków prawnorzeczowych (np. w razie sporu o własność), o ile dotyczą one praw, którymi strony mogą dysponować. W każdym razie związanie umową dowodową dotyczy tylko stron danego porozumienia, a nie ma skutku przeciwko innym podmiotom.

Artykuł 458⁹ § 2 k.p.c., który dla umowy dowodowej wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności lub zawarcia ustnie przed sądem, również jest ograniczeniem dotychczasowej wolności zawierania umowy dowodowej, tyle że na płaszczyźnie formalnej. Trudno jednak dostrzec w tym przepisie jakiś szczególnie istotny cel ochronny, który uzasadniałby stosowanie go przez analogię do pozostałych dopuszczalnych umów dowodowych. Jego zakres zastosowania ogranicza się zatem do umowy ograniczającej środki dowodowe, zdefiniowanej w art. 458⁹ § 1 k.p.c.

Artykuł 458⁹ § 3 k.p.c. przewiduje, że umowa dowodowa zawarta pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu jest nieważna. Zakaz ten również powinien być ograniczony do umów dowodowych wyłączających środki lub źródła dowodowe. Zastrzeżenie warunku lub terminu nie powoduje bezskuteczności umów dotyczących przedmiotu i ciężaru dowodu¹⁰⁰. Dość powiedzieć, że warunkowe są na przykład umowy dowodowe statuujące domniemania (np. jeśli inwestor nie zgłosi zastrzeżeń w ciągu siedmiu dni od oddania obiektu, to uważa się, że nie ma on wad fizycznych). Tego rodzaju porozumienia pozwalają stronom regulować przyszłe (i ewentualne) postępowanie dowodowe z uwzględnieniem dynamiki relacji pomiędzy nimi, wiążąc potrzebę przeprowadzenia pewnego dowodu z określonymi zdarzeniami (np. na mocy umowy dowodowej można z faktem przyjęcia przez wierzyciela świadczenia

¹⁰⁰ Tak trafnie M. Kućka w dyskusji nad moim referatem wygłoszonym na zebraniu naukowym Katedry Prawa Cywilnego UJ pt. „Umowy dowodowe w procesie cywilnym” (Kraków, 18 października 2019 r.). W Niemczech również dopuszcza się zawieranie umów procesowych, w tym zresztą umowy ograniczającej środki dowodowe, pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu — zob. L. Rosenberg, K.H. Schwab, P. Gottwald: *Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, s. 376.

związać skutek w postaci wyłączenia dowodu na okoliczność, że świadczenie było spełnione nienależycie).

Powołanie się na umowę dowodową może nastąpić zasadniczo w dowolnym momencie, z uwzględnieniem ogólnych reguł wynikających z koncentracji materiału procesowego (art. 458⁵ k.p.c.), z których wynika, że powinno to nastąpić, co do zasady, w pozwie (w przypadku powoda) lub odpowiedzi na pozew (w przypadku pozwanego). Sąd powinien uwzględnić umowę dowodową powołaną później jedynie wyjątkowo (art. 458⁵ § 4 k.p.c.), na przykład jeśli umowę dowodową zawarto ustnie przed sądem już po złożeniu pierwszych pism w sprawie, a także gdy sam określił inny termin do powołania przez stronę twierdzeń i dowodów (art. 458⁵ § 3 k.p.c.). Ustawa ogranicza jednak możliwość kwestionowania umowy dowodowej w procesie. Zgodnie z art. 458⁹ § 4 k.p.c., zarzut jej nieważności lub bezskuteczności można podnieść najpóźniej na posiedzeniu, na którym powołano się na tę umowę, a jeśli uczyniono to w piśmie procesowym — najpóźniej w następnym piśmie procesowym albo na najbliższym posiedzeniu. Jest to ograniczenie surowe, nieprzewidujące żadnego wyjątku (art. 458⁵ § 4 k.p.c. nie znajduje zastosowania), ale zrozumiałe. Chroni ono porządek i ekonomię postępowania. Chodzi o to, by odmowa przeprowadzenia pewnego dowodu przez sąd, co zwykle stanie się impulsem do podejmowania przez jedną ze stron dalszych działań procesowych, nie była niweczona na skutek zakwestionowania umowy dowodowej. Jest to więc ograniczenie w pełni zrozumiałe. Należy je przez analogię stosować do umów dotyczących przedmiotu dowodu oraz ciężaru dowodu z dokładnie tych samych względów, a więc w imię porządku i ekonomii postępowania.

Według art. 458⁹ § 6 k.p.c. sąd nie dopuści z urzędu dowodu wyłączonego umową dowodową. Rozwiązanie to stanowi pewien eksces, ponieważ dochodzi tym samym do przyznania umowie dowodowej znaczenia prawnego, które wykracza poza to, co wynika z zasad dyspozycyjności i kontradyktoryjności. Strony uzyskują możliwość ograniczenia ustawowej kompetencji sądu (a nie swojej własnej) do dopuszczenia z urzędu dowodu niewskazanego przez stronę (art. 232 zd. 2 k.p.c.). Przepisu tego nie wolno z tego względu stosować przez analogię do innych umów dowodowych niż umowa ograniczająca środki dowodowe (art. 458⁹ § 1 k.p.c.). Oznacza to, że sąd może — gdy jest to uzasadnione wedle zasad ogólnych — przeprowadzić z urzędu dowód na okoliczności, co do których strony zawarły umowę dowodową ustalającą ich prawdziwość i wyłączającą możliwość przeciwdowodu.

6.3. STOSOWANIE DO UMÓW DOWODOWYCH PRZEPISÓW KODEKSU CYWILNEGO

Ustawowa regulacja umowy dowodowej — nawet po rozciągnięciu niektórych jej przepisów w drodze analogii na inne umowy dowodowe niż umowa ogranicza-

jąca środki lub źródła dowodowe (konkretna lub uniwersalna) — nie jest wyczerpująca. Umowa dowodowa, w każdej z odmian, jest w prawie polskim czynnością (umową) procesową, a nie czynnością prawną (prawa materialnego), ponieważ zmierza do osiągnięcia skutków w postępowaniu cywilnym, a nie w obrębie prawa materialnego¹⁰¹. Umowy, które jedynie zobowiązują do pewnych działań lub zaniechań podczas postępowania dowodowego, nie stanowią umów dowodowych (ani w ogóle czynności procesowych), lecz zwykłe umowy obligacyjne, do których stosuje się wyłącznie przepisy prawa cywilnego materialnego¹⁰². Sformułowanie kompletnego reżimu prawnego umów dowodowych — mimo kwalifikowania ich jako czynności procesowe — wymaga jednak sięgnięcia w drodze analogii do niektórych przepisów kodeksu cywilnego o czynnościach prawnych. Chodzić musi wyłącznie o kwestie nieuregulowane w ustawie procesowej. Nie jest to przy tym sytuacja nadzwyczajna. Prawo procesowe nie reguluje wielu dopuszczalnych według zasad dyspozycyjności i kontradiktoryjności umów procesowych i w przypadku ich wszystkich pojawia się potrzeba posiłkowego stosowania przepisów kodeksu cywilnego w drodze analogii¹⁰³. Podobnie jest w Niemczech¹⁰⁴. W Polsce zaś potrzeba stosowania przepisów kodeksu cywilnego o czynnościach prawnych nie budzi wątpliwości, na przykład, w odniesieniu do umowy arbitrażowej (także wśród zwolenników kwalifikowania jej jako czynności procesowej)¹⁰⁵. Należy jednak zaznaczyć, że przepisy prawa materialnego normują umowy dowodowe, o ile są one zawierane poza procesem¹⁰⁶, a więc inaczej niż „ustnie przed sądem” (art. 458⁹ § 1 k.p.c.). W tym ostatnim przypadku podlegają przepisom prawa procesowego (np. co do zdolności sądowej, procesowej, pełnomocnictwa procesowego, odwołałości i in.). „Przed sądem” można przy tym zawrzeć jedynie umowę ograniczającą środki dowodowe (art. 458⁹ § 1 k.p.c.). Uzgodnienie przed sądem „umowy dotyczącej przedmiotu lub ciężaru dowodu” byłoby przyznaniem czy też rezygnacją z aktywności w zakresie dowodzenia, a nie umową dowodową.

¹⁰¹ Podzielam przy tym stanowisko, zgodnie z którym umowy procesowe są czynnościami prawa procesowego, a nie materialnego (obszernie i trafnie uzasadnione przez R. Kulskiego: *Charakter prawny...*, *op. cit.*, s. 54–65). Opór przed taką kwalifikacją wynika chyba tylko stąd, że przepisy kodeksu postępowania cywilnego nie regulują zagadnień związanych z zawarciem (wadliwością, wykładnią itd.) umów procesowych, co zmusza wielu autorów do uznawania umów procesowych za czynności prawa materialnego, po to, by odnaleźć dla nich jakiś reżim prawny (przepisy kodeksu cywilnego). Taki zabieg pomija jednak, że luki w systemie prawa cywilnego są czymś powszechnym i niezbędnym do jego funkcjonowania, natomiast analogia — zupełnie oczywistą metodą ich wypełniania.

¹⁰² Por. L. Rosenberg, K.H. Schwab, P. Gottwald: *Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, s. 375.

¹⁰³ To, na ile inne umowy procesowe, nieuregulowane w kodeksie postępowania cywilnego, są dopuszczalne, nie zostało jeszcze w Polsce zbadane. Można jedynie zachęcić do podjęcia tej problematyki, wskazując, że wiele rozważań zawartych w tej pracy da się odnieść do — niektórych — innych typów umów procesowych.

¹⁰⁴ L. Rosenberg, K.H. Schwab, P. Gottwald: *Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, s. 376; K. Schellhammer: *Zivilprozess...*, *op. cit.*, s. 617.

¹⁰⁵ Za wielu M. Tomaszewski (w:) *System prawa handlowego*, t. 8, *Arbitraż handlowy*, pod red. A. Szumańskiego, Warszawa 2015, s. 340.

¹⁰⁶ Por. K. Schellhammer: *Zivilprozess...*, *op. cit.*, s. 617.

Do umów dowodowych zawieranych poza procesem nie należy bezpośrednio stosować przepisów o zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych (art. 11–22 k.c.). Zdolność osoby do bycia podmiotem umowy dowodowej i jej zawarcia należy rozstrzygać zgodnie z przepisami kodeksu postępowania cywilnego o zdolności sądowej (art. 64 k.p.c.) i procesowej (art. 65 k.p.c.). To samo dotyczy reprezentacji osób pozbawionych zdolności procesowej (art. 66 k.p.c.) i reprezentacji podmiotów innych niż osoby fizyczne (art. 67 k.p.c.). Stosowanie w zakresie zdolności do zawarcia umowy dowodowej przepisów prawa procesowego, a nie materialnego (art. 11–22 k.c.), ma jednak o tyle niewielkie znaczenie, że przepisy procesowe ostatecznie i tak odsyłają do regulacji prawa materialnego¹⁰⁷.

Do umowy dowodowej nie należy natomiast stosować art. 68–71 k.p.c., ponieważ mają one sens jedynie w odniesieniu do takich czynności procesowych, które są dokonywane w toku postępowania (a nie, jak w przypadku umów dowodowych, przed jego rozpoczęciem). To samo dotyczy przepisów o pełnomocnictwie procesowym (art. 86–97 k.p.c.). Zamiast tego, do zawierania umów procesowych przez pełnomocnika należy w drodze analogii stosować przepisy o pełnomocnictwie zawarte w art. 98–109 k.c. oraz przepisy o prokurze (art. 109¹–109⁸ k.c.). Do umów dowodowych znajdzie analogiczne zastosowanie większość przepisów o czynnościach prawnych. Z art. 56 k.c. wynika, że umowa dowodowa może wywołać także skutki w niej niewyrażone, a wynikające z ustawy, z zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów. Duże znaczenie ma art. 58 k.c., który stosowany przez analogię stanowi, że umowa dowodowa sprzeczna z ustawą lub mająca na celu jej obejście (art. 58 § 1 k.c.), a także sprzeczna z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 k.c.) jest nieważna, a gdyby stanowiła ona tylko element umowy, to jej ważność w całości lub części należy rozstrzygnąć na podstawie art. 58 § 3 k.c. Za nieważne na tej podstawie należałoby uznać, na przykład, umowy pozbawiające możliwości posłużenia się danym środkiem lub źródłem dowodowym tylko jednej ze stron. Naruszałyby one zasadę równości broni w procesie cywilnym, a zatem byłyby sprzeczne z prawem. Za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i nieważne z mocy art. 58 § 2 k.c. należałoby uznać umowy dowodowe, które godzą w racjonalność prowadzenia procesu cywilnego. Nieważna więc byłaby, na przykład, umowa dotycząca ograniczająca środki dowodowe, zgodnie z którą okoliczność zawarcia i treści umowy, którą strony zawarły w formie pisemnej, nie może być wykazywana za pomocą dowodu z dokumentu; umowa dotycząca przedmiotu dowodu wyłączająca możliwość zaprzeczania ustalonej przez strony okoliczności, która jest obiektywnie niemożliwa (np. ustalająca, że nieruchomość jest nawiedzona przez duchy). Analogiczne zastosowanie do umowy dowodowej mają również przepisy o składaniu i wykładni oświadczeń woli (art. 60–65 k.c.), trybach zawarcia

¹⁰⁷ Podobnie jest na tle umowy arbitrażowej — zob. M. Tomaszewski (w:) *System prawa handlowego*, op. cit., t. 8, s. 345.

umowy (66–72¹ k.c.), a także o wzorcach umownych, ponieważ postanowienia odpowiadające umowie dowodowej mogą być w nich zawarte (art. 384–385 k.c.). Problem abuzywności klauzul obejmujących postanowienia dowodowe nie pojawi się jednak, gdyż na postanowienia te i tak można powołać się jedynie w ramach postępowania w sprawach gospodarczych (art. 458⁹ k.p.c.), co wyklucza sytuację, w której stroną takiego sporu byłby konsument.

Zmianę w tym zakresie wprowadził jednak uchwalony niedawno art. 385⁵ k.c., zgodnie z którym przepisy dotyczące konsumenta, a w tym art. 385¹–385³ k.c., stosuje się do osoby fizycznej zawierającej umowę bezpośrednio związaną z jej działalnością gospodarczą, gdy z treści tej umowy wynika, że nie posiada ona dla niej charakteru zawodowego. Przepis ten obejmuje umowę zawartą przez przedsiębiorcę, która wykazuje wprowadzić bezpośredni związek z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą, lecz jednocześnie jej zawieranie nie należy do przedmiotu tej działalności. Może to być, na przykład, umowa, na podstawie której przedsiębiorca prowadzący biuro doradcze (przedmiotem jego działalności jest świadczenie usług doradztwa) kupuje meble stanowiące wyposażenie tego biura¹⁰⁸. Stosując art. 385⁵ k.c. przez analogię do umowy dowodowej dowolnego typu, należy najpierw ocenić, czy jej zawarcie należało do przedmiotu działalności przedsiębiorcy. W tym celu — ze względu na akcesoryjność stosunku procesowego wynikającego z zawarcia umowy procesowej (o czym zob. pkt 6.4 poniżej) — należy odwołać się do treści stosunku podstawowego wynikającego z zawarcia umowy obligacyjnej. Jeśli umowa obligacyjna — tworząca stosunek zobowiązaniowy, którego dotyczy umowa dowodowa — jest objęta hipotezą art. 385⁵ k.c., to dopuszczalne jest również stwierdzenie, że towarzysząca jej umowa procesowa jest abuzywna, o ile nie wynegocjowano jej indywidualnie i była sprzeczna z dobrymi obyczajami, naruszając interes przedsiębiorcy (art. 385¹ § 1 w zw. z art. 385⁵ k.c. *per analogiam*)¹⁰⁹.

Przepisy o formie czynności prawnych należy stosować w całości do umów dowodowych innych niż umowa ograniczająca środki (lub źródła) dowodowe, z tym zastrzeżeniem, że żadna forma szczególna nie jest w ich przypadku wymagana przez ustawę. Wymóg może jednak wynikać z *pactum de forma* (art. 76 k.c. *per*

¹⁰⁸ Zob. szerzej K. Górniak, K. Wielgus: *Ochrona przedsiębiorców poszła za daleko*, Dziennik Gazeta Prawna — Tygodnik Prawnik z 27 sierpnia 2019 r., s. D2–D3.

¹⁰⁹ Poza zakresem tej pracy leży kwestia, jak rozumieć przesłanki abuzywności w sytuacji, w której mają one wyjątkowo dotyczyć przedsiębiorcy (z mocy art. 385⁵ k.c.), a nie konsumenta. Z pewnością ich znaczenie będzie w tym przypadku zupełnie inne. Zakres postanowień abuzywnych z uwagi na naruszenie interesów przedsiębiorcy jest znacznie węższy niż zakres postanowień abuzywnych z uwagi na naruszenie interesu konsumenta. Także klauzula generalna sprzeczności z dobrymi obyczajami nabiera znacznie łagodniejszego znaczenia, gdy stosuje się ją przez odesłanie z art. 385⁵ k.c. do umowy zawartej pomiędzy przedsiębiorcami. Z pewnością umowy dowodowe zawierane pomiędzy przedsiębiorcami nie mogą być uznane za abuzywne *per se* (jak byłoby w przypadku stosunków konsumenckich). Nie znajduje też w tym zakresie zastosowania prawo unijne (ponieważ art. 385⁵ k.c. nie implementuje żadnych norm prawa unijnego, będąc wyłączną inicjatywą ustawodawcy krajowego). Nie ma tu nawet podstaw do stosowania wykładni zorientowanej na prawo unijne, którego nakazy — gdy idzie o zakaz postanowień abuzywnych — są skrojone wyłącznie pod obrót konsumencki.

analogiam), co ostatecznie może spowodować konieczność zastosowania któregoś z przepisów o formie czynności prawnych (art. 73–81 k.c. *per analogiam*). Natomiast w odniesieniu do umowy ograniczającej środki dowodowe, której formę reguluje art. 458⁹ § 3 k.p.c., zastosowanie mogą znaleźć tylko niektóre z tych przepisów (art. 76, 77, 77¹, 78¹, 79 k.c. *per analogiam*). W ramach *pactum de forma* strony mogą przewidzieć dalej idący wymóg umożliwiający zawarcie, zmianę lub rozwiązanie umowy dowodowej ograniczającej środki dowodowe (art. 76–77 k.c. *per analogiam*), ale nie mogą złagodzić wymogów przewidzianych w art. 458⁹ § 3 k.p.c.

Do umów dowodowych należy stosować przez analogię przepisy o wadach oświadczeń woli (art. 82–88 k.c.). Nie mogą zaś znaleźć zastosowania przepisy o warunku zawieszającym lub rozwiązującym ani terminie początkowym lub końcowym (art. 89–94 i art. 116 k.c.) ze względu na niedopuszczalność zastrzegania w umowach dowodowych warunków ani terminów. Umowy dowodowe nie powodują powstania żadnych roszczeń w znaczeniu prawa materialnego, które mogłyby ulegać przedawnieniu, co wyłącza możliwość zastosowania przepisów o przedawnieniu (art. 117–125 k.c.).

Ilekcroć umowa dowodowa dotknięta jest jakąś wadą (nieważności bezwzględnej, unieważnialności, bezskuteczności), z dowolnej przyczyny, to nie jest dopuszczalne powoływanie się na tę wadę później niż na posiedzeniu, na którym powołano się na tę umowę, a jeśli uczyniono to w piśmie procesowym — później w następnym piśmie procesowym albo na najbliższym posiedzeniu. Wynika to z art. 458⁹ § 4 k.p.c., który znajduje — o czym była mowa — analogiczne zastosowanie do umów dowodowych innych niż umowa ograniczająca środki dowodowe. Wynika z tego także, że nie jest dopuszczalne unieważnienie umowy dowodowej po opisanie w art. 458⁹ § 4 k.p.c. chwili. Aby zapewnić tej normie skuteczność, należy zakaz ten rozciągnąć również na oświadczenie strony o uchyleniu się od umowy dowodowej z powołaniem się na błąd, podstęp lub groźbę. Oświadczenie to nie będzie mogło zostać przywołane w formie zarzutu w procesie, jeśli zostanie złożone kontrahentowi (zgodnie z art. 61 k.c. *per analogiam*) po momencie wynikającym z art. 458⁹ § 4 k.p.c.

Szczególnie problematyczna może być wykładnia oświadczeń stron dotyczących dowodów oraz kwalifikowanie ich jako umowy dowodowej określonego typu. Z reguły wiadomo, kiedy strony chcą ograniczyć dopuszczalność pewnych dowodów co do konkretnej okoliczności¹¹⁰ lub uniwersalnie¹¹¹. To samo dotyczy wyłączenia

¹¹⁰ Np. postanowienie w umowie lub wzorcu umownym o treści: „W sporze pomiędzy stronami dotyczącym stosunku powstałego w wyniku zawarcia niniejszej umowy nie jest dopuszczalny dowód z opinii biegłego na okoliczność rozmiaru szkody wyrządzonej przez jedną ze stron drugiej stronie na skutek naruszenia zobowiązania”.

¹¹¹ Np. postanowienie w umowie lub wzorcu umownym o treści: „W sporze pomiędzy stronami dotyczącym stosunku powstałego w wyniku zawarcia niniejszej umowy nie jest dopuszczalny dowód z zeznań świadków”.

oznaczonych źródeł dowodowych¹¹². Mogą jednak pojawić się przypadki wątpliwe. Do takich można zaliczyć, na przykład, klauzulę wyłączności dokumentu (*merger clause*). Jest to postanowienie umowy, które zabrania stronom powoływać się — w celu ustalenia treści łączącego je stosunku prawnego — na oświadczenia stron złożone przed zawarciem umowy, a nieobjęte jej dokumentem. Pytanie o skuteczność takiej klauzuli w prawie polskim ma z pewnością wymiar materialnoprawny, ponieważ wymaga rozstrzygnięcia, jaki jest zakres konsensu pomiędzy stronami, a także czy reguły wykładni oświadczeń woli stron mogą podlegać umownej modyfikacji. W tym zakresie dotychczas prowadzony spór w tej sprawie pozostaje aktualny¹¹³. W klauzuli wyłączności dokumentu można jednak dopatrywać się ponadto zamiaru wykluczenia możliwości przedstawienia w procesie innych źródeł dowodowych pochodzących sprzed zawarcia umowy niż jej dokument. Taka wykładnia i kwalifikacja tego postanowienia umownego zwykle — ale nie wolno tu formułować zbyt stanowczych konkluzji — odpowiadałaby woli stron, które je uzgodniły. Klauzula wyłączności dokumentu ma więc nie tylko wymiar materialnoprawny, lecz także procesowy i w ramach tego drugiego można ją kwalifikować jako umowę dowodową. Ma to na przykład taką konsekwencję, że jest ona skuteczna w procesie, o ile zawarły ją podmioty, których spór będzie rozpatrywany w ramach postępowania w sprawach gospodarczych, a więc w zasadzie podmioty profesjonalne. Jest to rezultat z aksjologicznego punktu widzenia zasadny¹¹⁴.

Dalsze problemy z wykładnią i kwalifikacją oświadczeń woli pojawiają się przy rozpoznaniu i rozróżnieniu umów dowodowych dotyczących przedmiotu dowodu (okoliczności) oraz odwracających ciężar dowodu. Nie jest na przykład jasne, jak rozumieć takie oto oświadczenie: „jeżeli inwestor nie zgłosi wykonawcy zastrzeżeń co do stanu obiektu w ciągu siedmiu dni od jego odebrania, to uważa się, że obiekt nie miał wad”. Można je kwalifikować jako klauzulę materialnoprawną, zgodnie z którą przesłanką przysługiwania inwestorowi uprawnień z tytułu rękojmi za wady fizyczne obiektu jest zgłoszenie wady w ciągu siedmiu dni, a więc postanowienie modyfikujące (lub precyzujące) regulację art. 563 k.c. (w związku z art. 656 i 638 § 1 k.c.). Z reguły byłaby to jednak wykładnia za daleko idąca. Zamiarem stron tak sformułowanego porozumienia nie jest całkowite wyłączenie uprawnień z rękojmi w przypadku niezgłoszenia wad w wymaganym terminie. Nie przypadkiem postanowiły one, że wówczas „uważa się, że obiekt nie miał wad”, a nie że „inwestor traci uprawnienia z rękojmi”. Należałoby takie postanowienie uznać raczej za umowę dowodową, choć nie jest jasne, w jakiej z odmian. Jedną z możliwych interpre-

¹¹² Np. postanowienie w umowie lub wzorcu umownym o treści: „W sporze pomiędzy stronami dotyczącym stosunku powstałego w wyniku zawarcia niniejszej umowy nie jest dopuszczalny dowód z zeznań świadków będących pracownikami zatrudnionymi przez jedną ze stron”.

¹¹³ Zob. F. Zoll: *Uwagi do art. 92 projektu — tzw. merger clause*, Transformacje Prawa Prywatnego 2010, nr 4, s. 61–65; P. Machnikowski (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, art. 65, nb 30–33.

¹¹⁴ Ograniczenie stosowania klauzuli wyłączności dokumentu na niekorzyść konsumenta proponował (niestanowczo) F. Zoll: *Uwagi do art. 92...*, *op. cit.*, s. 65.

tacji jest taka, że jest to umowa dowodowa dotycząca przedmiotu dowodu, zgodnie z którą dowód na okoliczność istnienia wad niezgłoszonych w ciągu siedmiu dni od odebrania obiektu jest niedopuszczalny. Inna interpretacja byłaby taka, że wady zgłoszone po tym okresie nadal są prawnie relewantne i mogą być podstawą wykonywania uprawnień z rękojmi, jednak ciężar ich dowiedzenia w procesie spoczywałby w całości na inwestorze. Ustalenie, czy strony w takim wypadku chciały wyłączyć możliwość przeciwdowodu, czy jedynie ustalić, że ciężar dowodu spoczywa w takich wypadkach na inwestorze, jest trudne i nie sposób dokonać go w oderwaniu od konkretnego stosunku prawnego. Wszelkie jednak ustanawiane pomiędzy stronami ustalenia faktyczne, konstruowane według schematu: „jeśli X, to uważa się, że Y”, powinny być kwalifikowane raczej jako umowy dowodowe, przy czym należy zawsze rozważyć, czy chodziło o całkowite wyłączenie przeciwdowodu, czy jedynie o przerzucenie ciężaru dowodu na drugą stronę.

6.4. AKCESORYJNOŚĆ STANU ZWIĄZANIA UMOWĄ DOWODOWĄ WZGLĘDEM STOSUNKU PODSTAWOWEGO

Zawarcie umowy dowodowej przed rozpoczęciem procesu powoduje powstanie pomiędzy stronami stanu związania nią. Jest to pewien stosunek prawny (procesowy, a nie materialnoprawny). Pojawia się pytanie o relację tego stosunku do stosunku prawnego, którego dotyczą ustalone w umowie dowodowej reguły dotyczące dowodów. Relacja ta — pomiędzy stosunkiem związania umową dowodową a „stosunkiem podstawowym” — może być z powodzeniem wyjaśniona za pomocą kategorii akcesoryjności (znanej m.in. z problematyki zabezpieczeń lub dodatkowych zastrzeżeń umownych). Stosunek związania umową dowodową jest akcesoryjny względem stosunku podstawowego, o ile ten ostatni jest stosunkiem obligacyjnym. Ze względu na wieloznaczność pojęcia akcesoryjności należy tę tezę rozwinąć.

Powstanie stosunku związania umową dowodową zależy od powstania stosunku prawnego, który jest jego podstawą. Nieważność lub inna wadliwość stosunku podstawowego powoduje więc nieważność lub nieskuteczność stanu związania umową dowodową. Sąd powinien uwzględnić umowę dowodową dotyczącą danego stosunku prawnego, tylko jeżeli uzna, że był on ważny. Gdyby się okazało, że umowa będąca podstawą sporu jest nieważna, to związana z nią umowa dowodowa powinna być przez sąd pominięta. Ma to znaczenie na przykład wtedy, gdy roszczenie procesowe znajduje oparcie w umowie, jednak na wypadek uznania jej za nieważną może ono być nadal wywodzone z — na przykład — bezpodstawnego wzbogacenia lub deliktu. Jeśli sąd uzna umowę obligacyjną kreującą stosunek podstawowy za nieważną, nie powinien uwzględniać żadnych konsekwencji zawarcia umowy dowodowej. Strony mogą jednak zawrzeć umowę dowodową co do stosun-

ku prawnego, który powstanie dopiero w przyszłości. Nie jest to umowa warunkowa, ponieważ powstanie tego ostatniego stosunku jest warunkiem prawnym (*conditio iuris*) powstania stanu związania umową dowodową. W konsekwencji, dopuszczalne jest także uzgodnienie, według którego umowa dowodowa dotyczy oznaczonego, umownego stosunku prawnego, przy czym rozciąga się na stosunek, który miałyby łączyć strony na wypadek, gdyby zawierana umowa obligacyjna okazała się nieważna (np. regulowany przez przepisy o nienależnym świadczeniu). Może ono jednak dotyczyć tylko innych umów dowodowych niż umowa ograniczająca środki dowodowe ze względu na konieczne powiązanie tej ostatniej ze stosunkiem powstałym na podstawie umowy (art. 458⁹ § 1 k.p.c.).

Jeśli stosunek podstawowy z jakichkolwiek przyczyn wygaśnie: *ex tunc* (np. na skutek unieważnienia) bądź *ex nunc* (np. na skutek rozwiązania przez sąd), to wygaśnie także umowa dowodowa. Nie ma już bowiem stosunku, w ramach którego mogłaby ona okazać się skuteczna. Należy jednak przypomnieć, że stosunek prawny pomiędzy stronami nie ustaje na skutek wykonania umownego lub ustawowego prawa odstąpienia od umowy, ponieważ uprawnienia te powodują przekształcenie — a nie ustanie — zobowiązaniowego stosunku prawnego. Tym samym, wykonanie tych uprawnień nie powoduje ustania stanu związania umową dowodową.

Akcesoryjność stosunku związania umową dowodową względem stosunku podstawowego wyraża się także w sytuacji przeniesienia praw lub obowiązków z tego stosunku. Co do zasady, stosunek ten przechodzi na nabywcę praw lub obowiązków ze stosunku podstawowego¹¹⁵. Jest tak naprzód w razie sukcesji singularnej. Może ona być skutkiem przelewu wierzytelności ze stosunku podstawowego (w myśl stosowanych *per analogiam* art. 509 § 2 i art. 513 k.c.); translatywnego przejęcia długu ze stosunku podstawowego (art. 524 k.c. *per analogiam*); zapisu windykacyjnego wierzytelności ze stosunku podstawowego (art. 981¹ § 2 pkt 2 k.c.); nabycia przedsiębiorstwa obejmującego wierzytelność (art. 55² k.c.) lub dług (art. 55⁴ k.c.) ze stosunku podstawowego, także z tytułu zapisu windykacyjnego (art. 981¹ § 1 pkt 3 k.c.). We wszystkich tych przypadkach reguła, zgodnie z którą stan związania umową dowodową przechodzi na nabywcę wierzytelności lub długu ze stosunku podstawowego, jest bezwzględnie wiążąca. Strony przelewu ani przejęcia długu nie mogą postanowić inaczej, ponieważ w przeciwnym razie pozycja — odpowiednio — dłużnika bądź wierzyciela uległaby na skutek cesji albo przejęcia długu pogorszeniu. Dłużnik (w razie cesji) bądź wierzyciel (w razie przejęcia długu) mają przecież wynikającą z umowy możliwość powołania się na umowę dowodową w przyszłym lub trwającym procesie. Możliwości tej nie można ich pozbawić,

¹¹⁵ Podobnie przyjmuje się w odniesieniu do stanu związania stron umową arbitrażową — za wielu M. Mazur: *Moc wiążąca umów procesowych na przykładzie zapisu na sąd polubowny*, Kwartalnik ADR 2011, nr 1, s. 45–51 (niezależnie od stanowiska co do kwalifikowania tej umowy jako materialnej bądź procesowej). W istocie problematyka ta jest wspólna dla wszelkich umów procesowych — zob. L. Rosenberg, K.H. Schwab, P. Gottwald: *Zivilprozessrecht*, op. cit., s. 377–378.

chyba że sami wyrażą na to zgodę, co byłoby równoznaczne z zawarciem umowy rozwiązującej stan związania umową dowodową.

Ponadto, stosunek związania umową dowodową przechodzi na nabywcę pod tytułem ogólnym, jeśli sukcesja uniwersalna obejmuje prawa i obowiązki ze stosunku podstawowego. Dotyczy to dziedziczenia — gdy w skład spadku wchodzi wierzytelność lub dług ze stosunku podstawowego — oraz innych przypadków sukcesji uniwersalnej (np. w razie podziału lub łączenia spółek).

Z akcesoryjności stanu związania umową dowodową wynika także, że nie może on być przeniesiony samodzielnie, czyli w oderwaniu od stosunku podstawowego. Nie miałoby to zresztą żadnego sensu konstrukcyjnego ani ekonomicznego.

Akcesoryjność w opisanym tu znaczeniu może występować, tylko jeżeli stosunek podstawowy jest stosunkiem obligacyjnym, a przez to względnym, a więc wiążącym jedynie jego strony. Wykluczona jest jakakolwiek bezwzględna (*erga omnes*) lub rozszerzona skuteczność (np. co do każdorazowego właściciela danej rzeczy) umów dowodowych. Nie wolno więc nigdy rozciągać ich skutków na osoby, które danej umowy nie zawarły. Strony, pomiędzy którymi istnieje spór o, na przykład, własność rzeczy, mogą zawrzeć umowę dowodową (inną niż wykluczona w tym wypadku, bo zarezerwowana z mocy art. 458⁹ § 1 k.p.c. dla stosunków umownych umowa ograniczająca środki dowodowe), ale będzie ona zawsze skuteczna tylko pomiędzy nimi. Stan związania taką umową nie przejdzie na nabywcę danej rzeczy, ponieważ nie występuje stosunek akcesoryjności pomiędzy (względnym) stanem związania umową dowodową a bezwzględnym prawem własności rzeczy. Taki stan związania umową dowodową — niezwiązany z żadnym względnym stosunkiem podstawowym — wygasa wraz ze śmiercią jednej ze stron.

7. WNIOSKI

1. Teoretycznie można wyróżnić cztery najpowszechniej występujące typy umów dowodowych: (a) umowy dotyczące dopuszczalności środków lub źródeł dowodowych (ograniczające albo poszerzające dopuszczalność środków przewidzianych w ustawie); (b) umowy dotyczące przedmiotu dowodów, czyli zabraniające dowodu co do pewnych okoliczności; (c) umowy dotyczące wiarygodności dowodów (ustalające ich hierarchię); (d) umowy przerzucające wynikający z ustawy ciężar dowodu pewnych okoliczności na drugą stronę. Umowy takie służą minimalizowaniu ryzyka wynikającego z niepewności co do tego, w oparciu o jaką podstawę faktyczną sąd rozstrzygnie proces, a ponadto zmniejszeniu czasu i kosztów postępowania.

2. W systemach kontynentalnych wyróżnić można dwie zasadnicze koncepcje umów dowodowych. Pierwsza (a) z nich — germańska — kwalifikuje te umowy jako czynności prawa procesowego, uznając reguły dotyczące dowodów za wyłącznie proceduralne. W Niemczech umowy ograniczające środki dowodowe i umowy

dotyczące przedmiotu dowodu są dopuszczalne i skuteczne — mimo braku przepisów szczególnych na ich temat — co uzasadnia się zasadami dyspozycyjności i kontradiktoryjności. Podobnie jest — mimo wątpliwości wyrażanych w dawniejszej literaturze — w Szwajcarii. W Austrii odrzuca się skuteczność takich umów w przekonaniu, że naruszałaby one zasadę swobodnej oceny dowodów i utrudniały sądowi nadmiernie odnalezienie prawdy, tyle jednak, że proces cywilny austriacki nie realizuje w pełni zasady kontradiktoryjności, zastępując ją zasadą współpracy stron i sądu w zakresie dowodzenia twierdzeń. Systemy germańskie zgodnie uznają za skuteczne umowy przerzucające ciężar dowodu na drugą stronę, postrzegając tę problematykę jako materialnoprawną. Druga (b) z koncepcji — romańska — kwalifikuje reguły ogólne dotyczące dowodów jako zagadnienie prawa materialnego. Są one dzięki temu dopuszczalne w świetle zasady wolności umów. Przepisy szczególne mogą jednak tę wolność limitować. We Francji zakazane jest, na przykład, ustanawianie domniemań niewzruszalnych, a we Włoszech umów, które nadmiernie utrudniają jednej ze stron wykonywanie jej praw.

3. Umowy dowodowe są spójne z procesem cywilnym, który został zaprojektowany w celu ochrony interesów stron. Są one przejawem władzy, jaką strony mają nad procesem, opisywanej za pomocą zasad dyspozycyjności i kontradiktoryjności. Podzielając taką wizję procesu cywilnego, a odrzucając proces, który — służąc społeczeństwu — stoi na straży prawdy i obiektywnie rozumianej sprawiedliwości — umowy dowodowe powinny być oceniane pozytywnie. Jak długo prawo cywilne materialne oparte jest na zasadzie autonomii woli, tak długo jakakolwiek inna koncepcja procesu cywilnego niż odwołująca się do zasad kontradiktoryjności i dyspozycyjności byłaby nieuzasadniona.

4. Konstrukcja polskiego procesu cywilnego pozwala na zawieranie umów ograniczających środki lub źródła dowodowe, umów dotyczących przedmiotu dowodu oraz umów odwracających ciężar dowodu (nawet jeśli postrzegać tę problematykę jako, przynajmniej w części, procesową). Wynika to z przyznania prymatu zasadom dyspozycyjności i kontradiktoryjności, a zarazem uznania, że tzw. zasada prawdy materialnej jest raczej postulatem etycznym niż zasadą konstruującą proces.

5. Nowo wprowadzony art. 458⁹ k.p.c., dotyczący *expressis verbis* tylko umów ograniczających środki dowodowe, limituje dotychczasową swobodę zawierania umów dowodowych. Przyznaje on skuteczność umowom dowodowym, o ile sprawa jest rozpatrywana w ramach postępowania w sprawach gospodarczych. Oznacza to zarezerwowanie tych umów dla podmiotów profesjonalnych. Wyraźny i słuszny cel ochronny takiego rozwiązania uzasadnia rozciągnięcie wskazanego ograniczenia na wszelkiego rodzaju umowy dowodowe, także takie, które nie są objęte pojęciem umowy dowodowej w rozumieniu art. 458⁹ k.p.c., czyli umowy dotyczące przedmiotu dowodu oraz umowy odwracające ciężar dowodu.

6. Artykuł 458⁹ k.p.c. ogranicza możliwość zawarcia „umowy dowodowej” (czyli umowy ograniczającej środki dowodowe) jedynie do stosunków powstałych

na podstawie umowy. Jest to przejaw związania autonomii stron procesu z autonomią podmiotów prawa materialnego. Pojęcie stosunku umownego należy rozumieć szeroko, obejmując nim również stosunki powstałe na skutek zawarcia nieważnej umowy. Wskazanej normy nie należy rozciągać na inne umowy dowodowe niż uregulowana obecnie umowa ograniczająca środki dowodowe. Umowy dotyczące przedmiotu dowodu i ograniczające środki dowodowe są dopuszczalne w ramach stosunków, którymi strony mogą swobodnie dysponować (doprowadzać do ich powstania, zmieniać je lub rozwiązywać), a więc nie tylko stosunków umownych.

7. W sprawach nieuregulowanych w kodeksie postępowania cywilnego do umów dowodowych należy stosować przepisy kodeksu cywilnego o czynnościach prawnych. Dotyczy to, między innymi, skutków i nieważności czynności prawnych, wykładni oświadczeń woli, trybów zawarcia umowy, wad oświadczeń woli, przedstawicielstwa i wzorców umownych.

8. Zawarcie umowy dowodowej powoduje powstanie procesowego stosunku związania stron jej postanowieniami. Stan ten jest akcesoryjny względem stosunku podstawowego, którego dotyczy uregulowany umownie sposób dowodzenia, o ile ten ostatni jest stosunkiem obligacyjnym. Nieważność, nieskuteczność lub wygaśnięcie stosunku podstawowego powoduje wygaśnięcie stanu związania umową dowodową. Ponadto, stan ten — co do zasady — przechodzi na nabywcę praw lub obowiązków ze stosunku podstawowego. Akcesoryjność taka nie może zachodzić, jeśli stosunek podstawowy nie jest stosunkiem obligacyjnym. W takiej sytuacji stan związania umową dowodową nie może być przeniesiony na inną osobę.

BIBLIOGRAFIA

- Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Zivilgesetzbuch I. Art. 1–456 ZGB*, Hrsg. H. Honsell, N.P. Vogt, T. Geiser, Basel–Genf–München 2002.
- Baumgartner S., Dolge A., Markus A.R., Spühler K.: *Schweizerisches Zivilprozessrecht mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts*, Bern 2018.
- Carbonnier J.: *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, Paris 2004.
- Codice civile*, a cura di P. Rescigno, Milano 2001.
- Commentario al codice civile. Artt. 2697–2739. Prove*, a cura di P. Cendon, Milano 2008.
- Comoglio L.P.: *Le prove civili*, Torino 2004.
- Digesta Iustiniani. Digesta Justyniańskie. Tekst i przekład. IV. Księgi 20–27*, pod red. T. Palmirskiego, Kraków 2014.
- Flejszar R.: *Zasada dyspozycyjności w procesie cywilnym*, Warszawa 2016.
- Flour J., Aubert J.-L., Flour Y., Savaux É.: *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, Paris 2001.

- Gaul H.F.: *Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses*, Archiv für die civilistische Praxis 1968, nr 168, s. 27–62.
- Górniak K., Wielgus K.: *Ochrona przedsiębiorców poszła za daleko*, Dziennik Gazeta Prawna — Tygodnik Prawnik z 27 sierpnia 2019 r., s. D2–D3.
- Guével D.: *Fasc. Unique: Contrats et obligations. Preuve. Charge de la preuve et règles générale* (w:) JurisClasseur Civil Code, Lexis 360.fr 2014.
- Guldener M.: *Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischen Zivilprozeßrecht*, Zürich 1955.
- Jauernig O.: *Kilka uwag o celu procesu cywilnego*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1984, z. 3, s. 61–70.
- Jungo A.: *Zürcher Kommentar. Beweislast. Art. 8 ZGB*, Zürich 2018.
- Knecht O.: *Die Beweisverträge im Zivilprozess*, Kleine Schriften zum Zivilprozeßrecht 1937, t. 16, Freiburg 1937.
- Knoppek K.: *Zasada kontradyktoryjności a wykrywanie prawdy i problem dopuszczenia dowodów z urzędu* (w:) *System prawa procesowego cywilnego*, t. II, *Postępowanie procesowe przed sądem pierwszej instancji*, cz. II, pod red. T. Wiśniewskiego, Warszawa 2016, s. 108–134.
- Kodek G.E., Mayr P.G.: *Zivilprozessrecht*, Wien 2018.
- Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, Warszawa 2017.
- Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, Legalis 2019.
- Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I, *Postępowanie rozpoznawcze*, pod red. T. Erecińskiego, Warszawa 2016.
- Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, 3. Band/1. Teilband, Hrsg. H.W. Fasching, A. Konecny, Wien 2017.
- Kulski R.: *Charakter prawny umów procesowych*, Państwo i Prawo 2002, z. 1, s. 53–65.
- Kulski R.: *Umowy procesowe w postępowaniu cywilnym*, Kraków 2006.
- Longchamps de Bérier F.: *Z uwag do metodologii prawa prywatnego: argumenty historyczny, dogmatyczny i prawnoporównawczy na przykładzie darowizny na wypadek śmierci oraz zapisu windykacyjnego* (w:) *Prawo obce w doktrynie prawa polskiego*, pod red. A. Wudarskiego, Warszawa 2016, s. 285–330.
- Machnikowski P.: *Prawne instrumenty ochrony zaufania przy zawieraniu umowy*, Wrocław 2010.
- Machnikowski P.: *Swoboda umów według art. 353¹ k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005.
- Malaurie P., Aynès L.: *Droit des obligations*, LGDJ 2016.
- Mazur M.: *Moc wiążąca umów procesowych na przykładzie zapisu na sąd polubowny*, Kwartalnik ADR 2011, nr 1, s. 39–51.
- Münchener Kommentar zur ZPO*, Beck Online 2016.
- Musielak H.J.: *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, München 2008.

- Panfil K.: *Odstąpienie od umowy jako sankcja naruszenia zobowiązania*, Warszawa 2018.
- Pelli O.: *Beweisverträge im Zivilprozess*, Zürich–St. Gallen 2012.
- Petit B., Rouxel S.: *Art. 1101 et 1102 — Fasc. unique: Contrat (w:) Juris-Classeur Civil Code*, Lexis 360.fr.
- Prawo bankowe. Komentarz*, t. II, pod red. F. Zolla, Kraków 2005.
- Projet de loi portant insertion du Livre 8 “La preuve” dans le nouveau Code civil*, <https://justice.belgium.be/fr/bwcc> (dostęp: 5 lipca 2019 r.).
- Pyziak-Szafnicka M.: *Uznanie długu*, Łódź 1995.
- Rechberger W.H., Simotta D.A.: *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts. Erkenntnisverfahren*, Wien 2017.
- Rosenberg L., Schwab K.H., Gottwald P.: *Zivilprozessrecht*, München 2018.
- Schellhammer K.: *Zivilprozess. Gesetz — Praxis — Fälle*, Heidelberg 2016.
- Strong J.W.: *Consensual Modifications of the Rules of Evidence: The Limits of Party Autonomy in an Adversary System*, *Nebraska Law Review* 2001, vol. 80, iss. 2, s. 159–170.
- System prawa handlowego*, t. 8, *Arbitraż handlowy*, pod red. A. Szumańskiego, Warszawa 2015.
- System prawa prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań — część ogólna*, pod red. A. Olejniczaka, Warszawa 2018.
- System prawa prywatnego*, t. 8, *Prawo zobowiązań — część szczegółowa*, pod red. I. Panowicz-Lipskiej, Warszawa 2011.
- Tracz G.: *Sposoby jednostronnej rezygnacji z zobowiązań umownych*, Warszawa 2007.
- Tuor P., Schnyder B., Schmid J., Ruomo-Jungo A.: *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch begründet von Peter Tuor*, Zürich–Basel–Genf 2009.
- Van Ommeslaghe P.: *Droit des obligations. Tome Troisième. Régime général de l’obligation. Théorie des preuves*, Bruxelles 2010.
- Vergès E.: *Droit de la preuve: une réforme en trompe-l’œil*, *La Semaine Juridique — Édition générale* 2016, n° 17, 25 avril 2016, s. 837–840.
- Virassamy G.: *Cass. Civ. Ire, 8 novembre 1989, deux arrêts — Commentaires*, *La Semaine Juridique Edition Générale* 1990, n° 46, 14 Novembre 1990.
- Wagner G.: *Prozessverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen 1998.
- Waśkowski E.: *Przyznanie stron w procesie cywilnym*, wydane nakładem autora, 1927.
- Zieliński A.: *Ochrona praw podmiotowych (w:) System prawa prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne — część ogólna*, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2019.
- Ziemiński Z.: *Przepis prawny a norma prawna*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1960, z. 1, s. 105–122.
- Zoll F.: *Oświadczenie o poddaniu się egzekucji jako klauzula abuzywna. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 22 września 2010 r. (VI ACa 185/10)*, *Monitor Prawa Bankowego* 2012, nr 9, s. 40–45.

Zoll F.: *Uwagi do art. 92 projektu — tzw. merger clause*, Transformacje Prawa Prywatnego 2010, nr 4, s. 61–65.

Zöller Zivilprozessordnung, Juris 2018.

Słowa kluczowe: umowa dowodowa, umowa procesowa, zasada dyspozycyjności, porównawcze prawo procesowe, cel procesu cywilnego.

KACPER GÓRNIAK

AGREEMENTS TO MODIFY THE RULES OF EVIDENCE IN THE CIVIL PROCEEDINGS

S u m m a r y

The article deals with agreements executed between parties of the pending or future civil proceedings that modify the statutory rules of evidence. Such agreements had been considered by Polish jurisprudence as inadmissible. In 2019, however, the Code of Civil Procedure has been thoroughly amended and now contains new Article 458⁹. This provision introduced the concept and scope of an agreement to modify rules of evidence. Against this background, the author advocates for two main theses. Firstly, in author's opinion agreements to modify rules of evidence are fully coherent with the adversarial objective of civil proceedings and carry out the principle of party-disposition. Secondly, the author argues that the agreements to modify evidence had been admissible even before introduction of new provisions into the Polish Code of Civil Procedure. Both views are supported by in-depth comparative analysis (covering continental civil-law countries, in particular Germany and France) and axiological considerations. These views cast a new light on the recently adopted amendment, which the article thoroughly analyzes against those assumptions.

Keywords: agreements to modify the rules of evidence, procedural contract, principle of party-disposition, comparative procedural law, aim of civil process.