

OPINIA ZEWNĘTRZNA

**AUTOR WSKAZANY PRZEZ POSEŁ BARBARĘ DOLNIAK, WICEMARSZAŁKA
SEJMU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

dr hab. prof. UŚ r.pr. Andrzej Torbus

Katedra Postępowania Cywilnego

Wydział Prawa i Administracji

Uniwersytet Śląski

Warszawa, 6 marca 2019 r.

Ekspertyza na temat:

Czy projekt nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego pod nazwą „Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw” (druk nr 3137) pozwala zwiększyć efektywności postępowania cywilnego?

I. Cel nowelizacji

Uzasadnienie projektu nowelizacji (dalej w skrócie: „projekt” lub „nowelizacja”) nie zawiera obszernego, odrębnego wyjaśnienia nadrzędnego celu wprowadzanych zmian. Dominuje jednak w uzasadnieniu zwrot „efektywność”. Pojęcie efektywności jest wieloznaczne. Słowo „*efektywność*” wywodzi się od słów efekt, efektywny oraz efektywnie, wskazujących na rodzaj działania, charakteryzującego się wyższą

skutecznością, wyższą wydajnością, które jest działaniem lepszym niż pewne standardowe działanie przy danym nakładzie środków.¹

W nauce prawa wyodrębnienia się rozumienie efektywności jako wyposażenie podmiotu procesowego w odpowiednie instrumenty służące określonej celowi, a w drugim znaczeniu jako zrealizowanie określonego celu, wynik działania.² W nauce procesu cywilnego wskazuje się nie bez racji, że efektywność to sprawność i szybkość postępowania służąca osiągnięciu sądowej ochrony prawnej. Z tej ogólnej wypowiedzi wynikają dwa powiązane ze sobą funkcjonalnie znaczenia „efektywności postępowania sądowego”. Efektywność to sposób organizacji samego postępowania oraz słuszność orzeczeń wydawanych przez sądy. Te dwa ujęcia można sprowadzić do poglądu na efektywność, którą jest: „sprawności postępowania oraz jego ekonomiki z zachowaniem nadrzędności celu w postaci trafnego rozstrzygnięcia”.³ W dalszej części opinii to rozumienie efektywności zostało przyjęte jako kryterium oceny nowelizacji.

Dla przejrzystości opinii zostanie ona podzielona według zagadnień ze sobą spójnych ze względu na przedmiot regulacji, a nie porządek numeryczny przyjęty w samym projekcie. Dla ułatwienia orientacji Czytelnikowi zmiany w kodeksie postępowania cywilnego (w skrócie: „k.p.c.”), która mają być wprowadzone nowelizacją zostaną oznaczone w skr. „N.k.p.c.”, przepisy dotychczasowe lub niezmienione w skr. jako „k.p.c.”.

Uprzedzając rozważania, Autor opinii pragnie podkreślić, że pomija wszelkie wątki natury politycznej czy publicystycznej, które dla samej materii nowelizacji mają zupełnie irrelevantne znaczenie.

II. Nadużycie prawa (uprawnienia procesowego)

1. Pojęcie nadużycia prawa procesowego

Projektodawcy podkreślają znaczenie nowelizacji z punktu widzenia nowej regulacji nadużycia. Ambicje twórców nowelizacji przerosły jednak rezultat końcowy. W uzasadnieniu (s. 31) stwierdzono, że nadużycie prawa procesowego nie mieści się w zakresie pojęciowym zachowania sprzecznego z dobrymi obyczajami (art. 3 k.p.c.). Jest to teza błędna. Orzecznictwo jednolicie przyjęło wniosek wykładni art. 3 k.p.c.,

¹ P. Wajda, *Efektywność informacyjna rynku giełdowego*, Warszawa 2011 rozdz.1.4.1.wersja elektr. LEX.

² Z. Kmiecik, *Efektywność sądowej kontroli administracji publicznej*, PiP 2010, z. 11-12, s. 21.

³ A. Łazarska, *Rzetelny proces cywilny*, Warszawa 2012, rozdz. 12.1. wersja elektr. LEX.

z którego wynika nakaz dokonywania czynności procesowych zgodnie z dobrymi obyczajami, obejmujący także nienadużywanie praw procesowych.⁴

Ocena projektodawcy o rozłączności znaczeniowej nakazu zachowania zgodnie z dobrymi obyczajami oraz nakazu nienadużywania uprawnień procesowych jest co najmniej chybiona.⁵ Wprowadzenie art. 4¹ N.k.p.c. jest zbędne, skoro zakres jego regulacji mieści się w art. 3 k.p.c. Jeżeli ustawodawca chciał dla ułatwienia wykładni art. 3 k.p.c. doprecyzować jego dyspozycję wystarczyło wprowadzić zwrot „a w szczególności”. To techniczne zaniechanie oparte na nietrafnej opinii doktrynalnej, nie ma istotnego znaczenia dla wykładni art. 3 k.p.c. w zw. z art. 4¹ N.k.p.c. Te dwa przepisy są podstawą dla wyinterpretowania zakresu treściowego jednej normy dotyczącej nadużycia prawa procesowego: „Strony i uczestnicy postępowania obowiązani są przestrzegać dobrych obyczajów, a w szczególności nie nadużywać swojego uprawnienia w sposób sprzeczny z jego celem”.

2. Skutek nadużycia

Niestety projekt nie zawiera fundamentalnej zmiany – powiązania nadużycia z bezskutecznością czynności strony. Projektodawcy nie zdecydowali się na wprowadzenie ogólnej regulacji, która jednoznacznie pozwala na eliminację skutków czynności procesowej, której dokonanie kwalifikuje się jako nadużycie, poprzez sankcję odrzucenia, zwrotu lub pominięcia tego rodzaju czynności procesowej. W istocie zmiana w postaci nowego brzmienia art. 4¹ N.k.p.c. nie wnosi niczego oryginalnego. W nowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że czynność, której przyznaje się ocenę nadużycia prawa jest bezskuteczna.⁶ Szkoda, że Projektodawcy nie zdecydowali się na to rozwiązanie, mimo że pierwotna wersja nowelizacji przewidywała taką regulację.

3. Sankcja za nadużycie

W art. 226² N.k.p.c. przewidziano sankcje za nadużycie: 1. grzywna; 2. nałożenie na stronę obowiązku zwrotu kosztów spowodowanych nadużyciem; 3. zasądzenie zwrotu kosztów poniesionych przez stronę w następstwie nadużycia prawa procesowego przez drugą stronę; 4. podwyższenie odsetek (max. x 2) za zwłokę, którą nadużycie spowodowało – za czas odpowiadający tej zwłoce.

⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2015 r., III UZ 3/15; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2017 r., III SPP 24/17; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 8 marca 2017 r., I ACa 1072/16.

⁵ Tak również w Opinii RCL o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, z dnia 8 lutego 2018 r., nr RL-033 - 9/18, s. 8.

⁶ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2015 r., III UZ 3/15. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 lipca 2018 r., V CSK 384/17.

Trafne jest nałożenie grzywny. Takie rozwiązanie przewiduje m.in. prawo francuskie, szwajcarskie. W pozostałym zakresie – obciążenie strony obowiązkiem zwrotu kosztów procesowych – nowelizacja jest nieprecyzyjna i dubluje już istniejącą regulację (art. 103 § 1 k.p.c.). Zwrot kosztów stronie poniesionych w następstwie nadużycia to rozwiązanie raczej bez szans na obronę. Jak je wyliczyć? Na przykład, jeżeli prawnik (pełnomocnik procesowy) ze stroną uzgodnił stawkę 100 zł za godzinę, to należy się zwrot tej stronie np. 400 zł za dwustronicowe pismo procesowe jej pełnomocnika wskazujące na nadużycie? A jeżeli strony uzgodniły 500 zł za godzinę pracy prawnika, to już wtedy sąd zasądzi 2000 zł? Zasądzenie podwyższonych odsetek – jako swoiste odszkodowanie deliktowe to raczej chybiony pomysł – jak obliczyć czasookres zwłoki spowodowany nadużyciem? Czy dodatkowy czas poświęcony nadużyciu na rozprawie mieści się w pojęciu zwłoki? Brak precyzji, ogólnikowość wskazuje na dystans wobec zasad przyzwoitej legislacji.

III. Nagrywanie przebiegu posiedzenia bez zgody sędziego

W myśl art. 9¹ § 1 N.k.p.c. nie jest wymagane zezwolenie sądu na utrwalanie przez strony lub uczestników postępowania przebiegu posiedzeń i innych czynności sądowych, przy których są obecni, za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk. Dopuszczalność nagrywania audio posiedzenia sądowego nie jest żadną nowością. Zgodnie z obecnie obowiązującym art. 162¹ k.p.c. sąd na wniosek strony wyraża zgodę na utrwalanie przez nią przebiegu posiedzenia za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk, jeżeli nie stoi temu na przeszkodzie względ na prawidłowość postępowania. Strona (uczestnik) mogą rejestrować w formule zapisu dźwięku przebieg rozprawy za zgodą sądu. W piśmiennictwie przyjmuje się, że sąd może odmówić rejestracji tylko w szczególnie zasadnych przypadkach.⁷

Prima facie możliwość rejestracji dźwięku jest korzystna dla sytuacji procesowej stron. W razie potrzeby mogą żądać skorygowania wadliwego protokołu rozprawy.⁸ Ponadto, jak dowodzi praktyka, sędziowie unikają kontrowersyjnych zachowań wiedząc o rejestracji ich czynności, wypowiedzi etc. Wreszcie nagranie strony może okazać się przydatne, jeżeli z przyczyn technicznych nagranie rozprawy przez sam sąd dokonywane na mocy art. 157 § 1 k.p.c. jest wadliwe (niewyraźne, niepełne). Należy przy tym wziąć pod uwagę, że takie nagranie, jak

⁷ J. Gudowski, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Postępowanie rozpoznawcze, t. I, red. T. Ereciński, Warszawa 2016, art. 162(1), pkt 4.

⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 7 czerwca 2018 r., I ACa 1287/17.

każdy rodzaj zapisu rangi prywatnej, nie korzysta z żadnych domniemań co do swojej autentyczności, wiarygodności etc.

Nowelizacja, jak wspomniałem, nie wymaga zgody sądu na rejestrację dźwięku, ale również zgody drugiej strony, świadków lub biegłych. Jest to rozwiązanie normatywne nawiązujące do obowiązującego art. 9 § 2 i 3 k.p.c., który przewiduje nakaz przekazania stronie zapisu audio-video lub tylko audio tzw. „e-protokołu” posiedzenia bez żadnych obostrzeń.

Rozwiązanie obowiązujące obecnie, jak i przyjęte w projekcie są co do zasady trafne, ale mogące prowadzić do negatywnych skutków. Jest raczej faktem notoryjnym, że osoby, które rejestrują przebieg rozprawy, zwłaszcza w sprawach nośnych społecznie, bez większych oporów udostępniają nagrania na popularnych platformach internetowych (np. youtube). Nie istnieją przy tym żadne szczególne ograniczenia, chyba że rejestracji dokonała osobą podlegającą prawu prasowemu (zob. 13 pr.prasowego). Z tego względu rejestrację przebiegu rozprawy i jej upublicznienie traktuje się jako przejaw tzw. jawności zewnętrznej (tzw. jawność masowa). Jawność zewnętrzna oznacza możliwość uczestnictwa na rozprawie osób trzecich – publiczności. Na dobrą sprawę nagranie może być dokonane w sposób niejawny – bez wiedzy sądu i innych osób biorących udział w rozprawie. Sąd nie ma zatem żadnych możliwości w takiej sytuacji nakazać przerwania nagrania, jeżeli uzna, że ewentualne nagranie może naruszać interes prywatny lub publiczny.

IV. Eliminacja czynności – pism bezzasadnych (pieniaczych, kwerulanckich)

1. Bezzasadny wniosek o wyłączenie sędziego

W pełni zasadny jest projektowany art. 53¹ N.k.p.c., który przewiduje pozostawienie w aktach sprawy bez żadnych dalszych czynności wniosków o wyłączenie sędziego opartych na już wcześniej zgłoszonych okolicznościach lub oparty wyłącznie na okolicznościach związanych z rozstrzygnięciem przez sąd o dowodach. Strona nie będzie mogła bez końca uruchamiać postępowania o wyłączenie tylko w celu uruchamiania postępowania w tej incydentalnej sprawie.

Obecnie znana jest praktyka celowego wnoszenia bezzasadnych wniosków o wyłączenie sędziego tylko w celu opóźnienia postępowania w następstwie oczekiwania na wydanie postanowienia o odrzuceniu wniosku. Nie jest to jednak zmiana przełomowa, skoro obecnie postanowienie sądu odrzucające wniosek nie podlega zaskarżeniu (obecnie art. 53¹ k.p.c. w zw. z art. 394 § 1 pkt 10 k.p.c.).

Żałuję, że projektodawcy nie dostrzegli wypowiedzi R. Reiwer, który zauważył, że na postanowienie sądu oddalające wniosek kwalifikowany jako oczywiście bezzasadny przysługuje zażalenie na ogólnych zasadach (art. 394 § 1 pkt 1 lub art. 394² § 1 k.p.c.). Należało wprowadzić unormowanie na mocy którego, oczywiście bezzasadny wniosek o wyłączenie podlega odrzuceniu, co wyklucza zaskarżenie i tym samym przewleczenie postępowania.⁹

2. Oddalenie powództw oczywiście bezzasadnych

Nowelizacja przewiduje „błyskawiczny mechanizm” eliminacji pozwów pieniaczych (bezzasadnych). Wedle art. 191¹ § 1 - 3 N.k.p.c., jeżeli z treści pozwu i załączników oraz z okoliczności wniesienia pozwu wynika oczywista bezzasadność powództwa będzie ono mogło zostać oddalone na posiedzeniu niejawnym bez konieczności wdrażania postępowania naprawczego i nadawania mu biegu.

Nadmienić należy, że tego rodzaju pozwy są przejawem nadużycia prawa w myśl zasady, że nikt nie może czerpać korzyści z własnej niegodziwości (*nemo turpitudine suam allegans*).¹⁰ Tym samym art. 191¹ § 1 N.k.p.c. jest spójny z art. 3 k.p.c. i 4¹ N.k.p.c. To rozwiązanie jest, co do zasady, słuszne, ale w praktyce będzie dotyczyło ułamka spraw. Podkreślenia wymaga, że chodzi o sprawy, w których bez trudu, na pierwszy rzut oka można przyjąć na podstawie treści pisma powoda „oczywistą bezzasadność”.¹¹ Sąd winien ocenić czy bez potrzeby głębszej analizy faktów powołanych dla uzasadnienia żądania, dla każdego prawnika jest jasne, że nie może być ono chociażby w części uwzględnione.¹²

Przesłanka „oczywistej bezzasadności” nie jest nieznaną systemowi prawa procesowego. W myśl art. 96 ust. 4 u.k.s.c.¹³ w wypadku, gdy powództwo o ustalenie ojcostwa okaże się oczywiście bezzasadne, sąd w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie może obciążyć powoda nieuiszczonymi kosztami sądowymi. Z kolei na mocy 109 u.k.s.c. sąd odmawia zwolnienia od kosztów stronie w razie oczywistej bezzasadności dochodzonego roszczenia lub obrony praw. Do oczywistej bezzasadności nawiązują także inne przepisy natury procesowej:

⁹ R. Reiwer, Wyłączenie sędziego w procesie cywilnym, Warszawa 2016, rozdz. IV, § 4, pkt VI. Wersja elektr. LEX.

¹⁰ Ł. Błaszczak, A. Michalak, Oczywiście bezzasadne powództwo w dziedzinie praw własności przemysłowej, PS 2013, nr 11 – 12, s. 111 – 112, 118. Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie, z dnia 5 września 2012 r., I ACz 1245/12.

¹¹ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego dnia 26 sierpnia 2008 r., III BP 3/08.

¹² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 czerwca 2008 r., P 37/07, OTK-A 2008, nr 5, poz. 80. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 października 1984 r., II CZ 112/84; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 24 września 2015 r., I ACz 1585/15.

¹³ Ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz.U.2018.300 t.j

art. 22 ust. 1 u.z.n.k., art. 424⁹ k.p.c. 499 §1 pkt 1, art. 53¹ k.p.c. (w brzmieniu do 20.7.2011 r.), art. 35 ust. 3 lit. a EKPCz.

Trafnie zauważa się w doktrynie i orzecznictwie, że ustalenie oczywistej bezzasadności wynika z braku jakiejkolwiek wątpliwości, że roszczeniu nie przysługuje ochrona prawna. Każda – chociażby najmniejsza – wątpliwość uniemożliwia, wyklucza powołanie się na omawianą przesłankę.¹⁴ Paradoksalnie każdy wypadek wszechstronnego rozważenia okoliczności faktycznych i prawnych, ich pogłębiona analiza wyklucza istnienie „oczywistej bezzasadności”.¹⁵ Tym samym przepis art. 191¹ § 1 N.k.p.c. będzie stosowany rzadko i ostrożnie, bo wszakże łatwo na jego podstawie może dojść do eliminacji konstytucyjnego prawa do sądu (art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji). Z tego względu wymagana jest wykładnia restrykcyjna, zawężająca w celu zapewnienia dochodzenia roszczenia zgodnie z gwarancjami konstytucyjnych standardów.¹⁶

Na marginesie wskazuję, że słusznie wprowadza się w art. 191¹ § 4 N.k.p.c. nakaz uzasadnienia wyroku oddalającego, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego.¹⁷

3. Błąd co do sprawy cywilnej

Nowelizacja przewiduje w art. 186¹ N.k.p.c.: „Pismo, które zostało wniesione jako pozew, a z którego nie wynika żądanie rozstrzygnięcia sporu o charakterze sprawy cywilnej, przewodniczący zwraca wnoszącemu bez żadnych dalszych czynności, chyba że wyjątkowe okoliczności uzasadniają nadanie mu biegu”.

Niestety nie jestem pewny, o co chodziło Projektodawcom. Czy odrzucenie pozwu z art. 199 § 1 pkt 1 k.p.c. przez sąd postanowieniem jest zbyt czasochłonne i trzeba je zastąpić zwrotem pozwu zarządzeniem przewodniczącego? Paradoks wynika z tego, że nie wyeliminowano art. 199¹ k.p.c., który chroni stronę w razie błędnej oceny sprawy jako sprawy cywilnej. Owszem w dawnej doktrynie wskazuje się, że wnoszenie sprawy do sądu, która nie przynależy do drogi sądowej uzasadnia klasyfikację powództwa jako bezzasadnego,¹⁸ ale *de lege lata* jest to błędne.

¹⁴ K. Korzan, Postępowanie nieprocesowe, Warszawa 2004, s. 82-83. Tenże, Koszty postępowania cywilnego, Gdańsk 1992, s. 82. M. Waligórski, Proces cywilny - funkcja i struktura, Warszawa 1947, s. 192. postanowienie Sądu Najwyższego z 18 stycznia 1966 r., I CZ 124/65. Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 7 stycznia 2013 r., I ACz 2274/12.

¹⁵ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 3 listopada 2009 r., I ACz 744/09.

¹⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 czerwca 2008 r., P 37/07, OTK-A 2008, nr 5, poz/ 80.

¹⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 stycznia 2006 r., SK 30/05, OTK-A 2006, Nr 1, poz. 2

¹⁸ Ś. Kruszelnicki, Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego z 1930 r., cz. 1, Poznań 1938, s. 168–169.

Nienależenie sprawy do drogi sądowej wymaga odrzucenia pozwu z powodu braku bezwzględnej przesłanki procesowej.

Nowelizacja jest niespójna. Utrzymano regułę odrzucenia pozwu w razie braku drogi sądowej (nie-cywilny charakter sprawy, art. 199 § 1 pkt 1 k.p.c.) i jednocześnie wprowadzono mechanizm zwrotu pozwu. W jakim celu? Domniemanie właściwości sądu powszechnego (art. 177 Konstytucji) wymaga raczej odrzucenia pozwu wraz z pouczeniem, do jakiego sądu należy wnieść sprawę, a nie jego zwrotu.¹⁹ Być może chodzi wyłącznie o błędne wniesienie pozwu zamiast pisma inicjującego postępowanie przed organem administracji lub zamiast pisma o wszczęcie postępowania karnego do prokuratora. Co istotne odrzucenie pozwu według nowelizacji następuje na posiedzeniu niejawnym (poza rozprawą) w następstwie wydania postanowienia przez jednego sędziego (nawet jeżeli sprawę sądzi skład trzyosobowy). Zarówno na takie postanowienie sądu, jak i zarządzenie przewodniczącego stronie przysługuje zażalenie. Nie ma zatem racjonalnych podstaw do wprowadzenia tego przepisu. Z punktu widzenia efektywności postępowania nie osiągnięto żadnych korzyści.

V. Wyłączenie sędziego

1. Eliminacja wniosku o wyłączenie sędziego

Na pełną pochwałę zasługuje wyeliminowanie jako podstawy wyłączenia sędziego wyrażenie przez niego poglądu co do prawa i faktów przy wyjaśnianiu stronom czynności sądu lub nakłanianiu do ugody (art. 49 § 2 N.k.p.c.). Jest to spójne z nowym ujęciem roli sędziego jako aktywnego arbitra w ustalaniu kwestii spornych faktycznych i prawnych oraz organu skłaniającego do zawarcia ugody.

2. Przeniesienie sprawy do innego sądu

Nieco zaskakuje przesadna podejrzliwość wobec sędziów w projekcie, czego wyrazem jest art. 48¹ N.k.p.c., który przewiduje w przypadku wyłączenia sędziego na podstawie art. 48 § 1 pkt 1–4 k.p.c. wyznaczenie przez sąd przełożony innego sądu do rozpoznania sprawy. Projektodawcy przyjęli, że sędziowie z tego samego sądu będą orzekać w sposób stronniczy, niejako zgodny z interesem sędziego wyłączonego. To koncept oparty na założeniu złej woli, kumoterstwa w środowisku sędziów. Nie wykluczam, że wpływ na regulację miały skargi dotyczące małych sądów rejonowych, w których kilku sędziów tworzących cały sąd, pozostaje w pewnej codziennej komitywie, ale w dużych sądach rejonowych i okręgowych założenie, że

¹⁹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 maja 2002 r., III CKN 53/02.

sędziowie pozostają w ścisłych relacjach towarzyskich jest pozbawione racjonalności. Rozwiązanie populistyczne, które z oczywistych przyczyn prowadzi do przewlekłości postępowania. Paradoks polega na tym, że jednocześnie Sąd Najwyższy ma kompetencje do przeniesienia sprawy do innego sądu, niż właściwy miejscowo, jeśli zachodzi obawa co do interesu wymiaru sprawiedliwości, bezstronności sędziów (art. 45¹ N.k.p.c.). Zbędne jest tworzenie dodatkowego mechanizmu zabezpieczenia.

VI. Właściwość sądu

1. Właściwość miejscowa – łącznik świadczenia charakterystycznego

Nieco zaskakuje uregulowanie w k.p.c. właściwości przemiennej miejscowej dla spraw dotyczących umów (art. 34 N.k.p.c.). Wykorzystano znaną międzynarodowemu prawu prywatnemu i procesowemu koncepcję łącznika świadczenia charakterystycznego (typowego dla danego rodzaju umowy). Jak sądzę nowa regulacja art. 34 N.k.p.c. jest wzorowana na art. 7 rozporządzenia 1215/2012.²⁰ Obecnie sąd bada i ustala miejsce wykonania umowy na podstawie art. 454 k.c., po wejściu w życie nowelizacji będzie musiał ustalić, w którym miejscu zostało wykonane charakterystyczne dla tej umowy świadczenie.

Nie jest wyjaśnione w uzasadnieniu nowelizacji, w jaki sposób zmiana art. 34 N.k.p.c. przyczyni się do efektywności postępowania. Wzmiankuje się wyłącznie o tym, że wyklucza się właściwość sądu miejsca spełnienia świadczenia pieniężnego. Jest to wyjaśnienie niepełne i powierzchowne. W sytuacji, kiedy na przykład dwie strony umówiły się na dostawę towaru X w miejscu Y i dostawca nie wykonał świadczenia, obecnie odbiorca może wytoczyć powództwo w sądzie miejsce zapłaty świadczenia odszkodowawczego – zazwyczaj oddział banku w mieście siedziby odbiorcy. Po nowelizacji dochodzenie odszkodowawczego roszczenia pieniężnego będzie dopuszczalne w sądzie miejsca, w którym było lub miało być spełnione świadczenie charakterystyczne (np. miejsce świadczenie usługi). W wypadku międzynarodowego postępowania cywilnego posłużyć się koncepcją łącznika świadczenia charakterystycznego służy koncentracji jurysdykcji w sporach, w których roszczenia z tego samego stosunku prawnego wykazują obiektywny związek z różnymi państwami. Eliminuje się poprzez łącznik świadczenia charakterystycznego powiązanie sprawy z różnymi państwami na rzecz powiązania

²⁰ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych.

tylko jednym z nich. Pod tym względem można stwierdzić sensowność nowelizacji, która zmierza do koncentracji spraw sądowych wynikających z tego samego stosunku prawnego w jednym sądzie i tym samym w razie potrzeby ich łączenia w celu rozpoznania w jednym postępowaniu (art. 209 k.p.c.).

Nadmienić należy, że ustalanie świadczenia charakterystycznego czy miejsca jego wykonania nie jest oczywiste. Paradoksalnie sądy polskie będą musiały sięgnąć do orzecznictwa TSUE powstałego na gruncie art. 7 rozporządzenia 1215/2012. Bogate orzecznictwo Trybunału wskazuje na poważne rozbieżności, kazuistykę.²¹ Może to spowodować niepewność strony powodowej co do tego jaki sąd jest właściwy.

2. Właściwość w sprawach konsumenckich

Na aprobatę zasługuje art. 31 § 2 N.k.p.c., który wyklucza właściwość przemianą w sprawie przeciwko konsumentowi. To bardzo dobra zmiana, chroniąca konsumenta, który będzie mógł zostać pozwany w miejscu zamieszkania. Jest to rozwiązanie gwarantujące, iż konsument nie będzie rezygnował z obrony swych praw ze względu na koszty dojazdu do sądu odległego od jego miejsca zamieszkania. Omawiana regulacja jest w pełni zgodna z kierunkiem orzecznictwem przyjętym przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej²² oraz nowszym orzecznictwem Sądu Najwyższego.²³

3. Właściwość miejsca zamieszkania (siedziby powoda) – tzw. rozproszony delikt; ochrona interesów strony słabszej

Nowelizacja przewiduje, że w niektórych sprawach (np. przeciwko osobom naruszającym dobra osobiste przy wykorzystaniu środków masowego przekazywania art. 35¹ N.k.p.c.; przeciwko bankom – art. 37² N.k.p.c.) można wytoczyć przed sąd właściwy dla miejsca zamieszkania, siedziby powoda. To rozwiązanie zasługujące na pełną aprobatę.

Od lat dyskutuje się o problemie właściwości sądu w sprawach z tzw. deliktu rozproszonego w wariacie deliktu prasowego, kiedy publikacja prasowa ma zasięg ogólnokrajowy lub regionalny, a nawet ponadnarodowy.²⁴ Przyjęte unormowanie

²¹ A. Torbus, Jurysdykcyjny łącznik forum executionis contractus w rozporządzeniu nr 44/2001, Europejski Przegląd Sądowy 2008, nr 7, s. 14–21.

²² A. Torbus, Ochrona konsumenta jako strony zapisu na zagraniczny sąd polubowny. Materiały pokonferencyjne, ADR Arbitraż i Mediacja 2009, nr 2, s. 93–100.

²³ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 października 2017 r., III CZP 42/17.

²⁴ Zob. P. Ryłski, Pojęcie miejsce zdarzenia wywołującego szkodę w sprawach deliktowych na podstawie art. 5 pkt 3 Rozporządzenia nr 44/01, St.lur. 2007, z. XLVII, s. 233.

odpowiada pogładowi przyjętemu przez TSUE.²⁵ Poszkodowany naruszeniem jego dobra osobistego będzie mógł wytoczyć powództwo w miejscu jego zamieszkania (siedziby), niezależnie od tego, jaki zasięg geograficzny miała rozpowszechniona publikacja. Nowe uregulowanie będzie szczególnie istotne dla spraw wynikających z rozpowszechnieniem informacji w Internecie, kiedy istotnie trudno „umieścić” terytorialnie miejsce naruszenia dobra osobistego.

4. Właściwość w sprawach dotyczących nieruchomości lub z nią powiązanych (art. 38 N. k.p.c.).

Nowelizacja rozszerzyła katalog spraw, dla których przewidziana jest właściwość miejscowa wyłączna o spory z udziałem samoistnego posiadacza (224–228 i art. 230, 231 k.c.). Przy założeniu, że chodzi o spory powiązane z nieruchomością zmiana dotychczasowego brzmienia art. 38 N.k.p.c. wydaje się zasadna, a tym samym wpływa na poprawę efektywności. Zastrzeżenie budzi zwrot „roszczenia z art. 224–228 i art. 230 Kodeksu cywilnego, o ile są związane z nieruchomością” (art. 38 § 1 pkt 4 k.p.c.). Zwrot „roszczenia (..) związane z nieruchomością” jest nieostry, a tym samym będzie prowadził do rozbieżności w orzecznictwie. Projektodawcy chyba sami zdają sobie sprawę, że niektóre spory będą wykazywały luźną więź z nieruchomością, skoro dopuszczają zmianę właściwości sądu miejsca położenia nieruchomości na właściwość innego sądu (art. 48 § 4 N.k.p.c.). Cel, jakim było zwiększenia poziomu efektywności postępowania poprzez łącznik położenia nieruchomości w rejonie czy okręgu sądu, został osiągnięty połowicznie.

5. Wyznaczenie sądu właściwego

W myśl art. 45 N.k.p.c., jeżeli na podstawie przepisów Kodeksu nie można w świetle okoliczności sprawy ustalić właściwości miejscowej, Sąd Najwyższy oznaczy sąd, przed który należy wytoczyć powództwo na wniosek sądu, do którego wniesiono pozew.

Zmiana w art. 45 N.k.p.c. ma znaczenie raczej minimalne, jako że dotyczy spraw, dla których nie można ustalić właściwości miejscowej. Są to nader rzadkie sprawy wynikające głównie z przepisów rozporządzeń europejskich, które przewidują jednocześnie jurysdykcję krajową i miejscową (tzw. konkretna właściwość międzynarodowa), mimo że przepisy prawa krajowego nie przewidują takiej

²⁵ Wyrok Trybunału z dnia 30 listopada 1976 r., Handelskwekerij G. J. Bier BV przeciwko Mines de potasse d'Alsace SA., sprawa nr 21-76.

właściwości albo w sprawach, w których istnieje jurysdykcja krajowa, ale jednocześnie brak stosownej regulacji właściwości miejscowej²⁶ (np. w wypadku jurysdykcji krajowej koniecznej).

Zmiana jest nieznaczna, gdyż o ile dotychczas Sąd Najwyższy wyznaczał sąd właściwy na wniosek powoda złożony jeszcze przed wytoczeniem powództwa w sprawie lub na wniosek sądu niewłaściwego, do którego wniesiono pozew, to według nowego brzmienia art. 45 N.k.p.c. taki wniosek będzie mógł złożyć tylko sąd niewłaściwy. Oznacza to, że powód niepotrafiący ustalić sądu właściwego miejscowo będzie składał pozew wedle własnej fantazji, zaznaczając jednocześnie, że wybór sądu jest przypadkowy. Przepis jest uzasadniony z dwóch przyczyn. Po pierwsze, sąd powszechny będzie mógł przekazać sprawę do sądu właściwego, którego nie mógł prawidłowo ustalić z powodu braku wiedzy lub błędu powód. Po drugie, niewątpliwie ta zmiana art. 45 N.k.p.c. nieco odciąży Sąd Najwyższy.

6. Zmiana sądu właściwego na jego wniosek ze względu na dobro wymiaru sprawiedliwości, w szczególności na społeczne postrzeganie sądu jako organu bezstronnego

Dalece dyskusyjne dla zasady niezawisłości jest przyznanie Sądowi Najwyższemu z kompetencji na mocy art. 45¹ § 1 N.k.p.c. do przekazania sprawy do rozpoznania innemu sądowi, jeżeli wymaga tego dobro wymiaru sprawiedliwości, w szczególności wzgląd na społeczne postrzeganie sądu jako organu bezstronnego. Nieostre i wieloznacznie pojęcia „dobra wymiaru sprawiedliwości” i „postrzegania sądu jako organu bezstronnego” może zostać wykorzystane do wykładni dla doraźnych celów niekoniecznie godnych pochwały. Jest to o tyle oczywiste, że omawiany art. 45¹ N.k.p.c. nie przewiduje terminu na przekazanie sprawy do innego sądu w imię „dobra wymiaru sprawiedliwości”. Oznacza to, że istnieje potencjalne niebezpieczeństwo przekazania sprawy w toku spraw zwłaszcza pod naciskiem dobrze zorganizowanej kampanii propagandowej, mimo że realnie nie zachodzi niebezpieczeństwo podważenia dobra wymiaru sprawiedliwości, kiedy już klaruje się kierunek rozstrzygnięcia. Omawiany przepis będzie służył do instrumentalnego sterowania miejscem rozpoznania spraw.

Omawiany przepis nowelizacji wymaga dla zastosowania uprzedniego wniosku sądu rozpoznającego sprawę (art. 45¹ § 2 N.k.p.c.). Jest to pewna

²⁶ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2010 r., II PO 2/10.

gwarancja przed narzuceniem sądowi swoistego wniosku o zrzeczenie się własnej właściwości.

7. Badanie z urzędu właściwości tzw. miejscowej usuwalnej (względnej)

Projektodawcy wprowadzili istotną zmianę w porównaniu ze stanem obecnym, nakazując sądowi badanie z urzędu właściwości miejscowej (art. 200 § 1² N.k.p.c.), która może zostać objęta umową prorogacyjną (art. 46 k.p.c.).

Pozostaje niewyjaśnione przekonywująco uzasadnienie, dlaczego sąd ma z urzędu badać (art. 200 § 2¹ k.p.c.) właściwość w sprawie zdatnej prorogacyjnie (art. 46 k.p.c.), ale tylko do czasu doręczenia pozwu pozwanemu. Po doręczeniu pozwu sąd bada właściwość tylko na zarzut pozwanego. Jeżeli pozwany nie podniesie takiego zarzutu, to sąd niewłaściwy staje się z mocy prawa właściwy. Taka reguła obowiązywała do 2007 r. i nie była przy tym powszechnie akceptowana.²⁷

To przepis wadliwie skonstruowany, jego sens niejasny. Z jakich powodów sąd ma samodzielnie i władczo decydować zamiast pozwanego, czy sprawa ma zostać przekazana do innego sądu? Należało się zdecydować – albo sąd w sprawie zdatnej prorogacyjnej zawsze bada właściwość z urzędu (chyba, że co innego stanowi *lex specialis*), albo tylko na zarzut pozwanego.

VII. Inni uczestnicy postępowania

1. Rzecznik konsumentów

Zmieniono dotychczasową treść art. 63³ k.p.c. nadając mu nowe brzmienie: „W sprawach o ochronę konsumentów powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów może wytaczać powództwa na rzecz konsumentów, a także wstępować, za zgodą konsumentów, do postępowań w tych sprawach w każdym ich stadium”.

Sensowna zmiana eliminująca wadliwość obecnej regulacji, która zezwalała na wstąpienie rzecznika konsumenta do sprawy tylko za zgodą powoda (art. 63³ k.p.c.). Co więcej ten przepis nie był w pełni koherentny z art. 42 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.2019.369 t.j.). Obecnie te przepisy są ze sobą spójne, mimo że utrzymano frazę „W sprawach o ochronę konsumentów”, która powoduje na gruncie *legis latae* rozbieżności interpretacyjne w zakresie zastosowania przepisu art. 63³ k.p.c. tylko do spraw, w których powodem jest konsument. Nowelizacja za sprawą wykładni pozwala na jednoznaczny wniosek, że rzecznik konsumenta będzie mógł wstąpić do postępowania niezależnie, czy

²⁷ Krytycznie W. Siedlecki, Kodeks Postępowania Cywilnego. Komentarz, r.1, Warszawa 1975, s. 370. Za, uchwała siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 25 października 1965 r., III CO 58/6, OSNCP 1966, nr 7-8, poz. 107.

konsument jest powodem czy pozwanym. Odmienna interpretacja zakładałaby, że zmiana treści przepisu jest pozorna, skoro rzecznik może działać wyłącznie za zgodą powoda, którym jest konsument. Ta zmiana jest trafna z punktu widzenia efektywności postępowania, jako że wzmacnia ochronę prawną słabszej strony stosunku prawnego.

2. Interwenient uboczny

Zmiany w art. 77 § 1 k.p.c. czysto stylistyczne, w zasadzie zbędne, skoro dotychczasowe brzmienie nie powodowało problemów wykładniczych. Dodano w art. 77 nową jednostkę redakcyjną w brzmieniu „§ 1¹. Do pisma niespełniającego wymogów, o których mowa w § 1, stosuje się odpowiednio przepis art. 130”. Przepis niepotrzebny, nikt nie kwestionuje stosowania art. 130 k.p.c. do pisma procesowego, w którym osoba trzecia zgłasza swe wstąpienie do sprawy jako interwenient uboczny.

Odmienna, pozytywna ocena wynika z analizy projektowanego art. 78 § 1 i 2 N.k.p.c. Na aprobatę zasługuje rozwiązanie, że opozycja wobec wstąpienia interwenienta powinna zostać wniesiona przed najbliższym posiedzeniem jawnym, a nie jak do tej pory przed rozprawą. Z oczywistych względów zostaje skrócony okres na skorzystanie z tego środka prawnego służącego do wykluczenia interwenienta ubocznego ze sprawy. Również pozytywny wpływ na efektywność postępowania będzie miało rozstrzygnięcie opozycji na posiedzeniu niejawnym (art. 178 § 2 w zw. z art. 148 § 3 N.k.p.c.), zamiast jak obecnie na rozprawie (78 § 2 k.p.c.). W sprawach skomplikowanych czy budzących wątpliwości sąd ma kompetencje do wyznaczenia posiedzenia jawnego (art. 148 § 2 k.p.c.), nie ma zatem obaw przed pochopnym i powierzchownym rozpoznaniem opozycji.

VIII. Koszty procesu

1. Odsetki od zasądzonych kosztów procesu (art. 98 1¹, 2¹ N.k.p.c.)

Należy odnieść się z uznaniem do wysiłku Projektodawców, którzy zdecydowali się na wyraźne uregulowanie obowiązku uiszczania odsetek za opóźnienie w uiszczeniu stronie procesu kosztów procesowych. To zagadnienie jest nader sporne w doktrynie, a orzecznictwo przyjęło pogląd, że odsetki od tego rodzaju roszczenia nie przysługują.²⁸ Jest to pogląd błędny, gdyż roszczenie o zwrot kosztów, mimo że znajduje umocowanie w regulacji natury publicznoprawnej ma

²⁸ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 1996 r., III CZP 1/96; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 31 sierpnia 2017 r., I ACa 120/17; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 2011 r., III CZP 16/11.

naturę roszczenia prywatnoprawnego. Argumenty wysuwane w orzecznictwie są o tyle nietrafne, że donoszą się do akcesoryjności formalnej roszczenia o kosztach wobec roszczenia będącego przedmiotem postępowania.

Nowelizacja precyzyjnie określa, że nie chodzi o zasądzone koszty procesu, ale koszty przyznanie drugiej stronie. Te zaś koszty mają funkcję kompensacyjną wydatków poniesionych na obronę swych praw. Za równie trafne przyjmuję rozwiązanie przyjęte w § 1², na mocy którego w szczególnie uzasadnionym przypadku, na wniosek strony, która w toku procesu poniosła szczególnie wysoki wydatek podlegający zwrotowi, sąd może przyznać jej odsetki przewidziane w § 1¹ od kwoty równej temu wydatkowi za czas od dnia jego poniesienia przez stronę do dnia zapłaty. Kategoria wydatków jest ściśle określona w ustawie o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, a tym samym omawiany przepis ukierunkowany jest praktycznie na koszty uiszczone przez stronę na podstawie postanowienia wydanego w toku procesu o obowiązku uiszczenia kosztów na opinię biegłego, względnie o zaliczkę na poczet tych kosztów (art. 288 k.p.c.). W niektórych procesach wysokość zaliczek jest gigantyczna, a tym samym nowelizacja znajduje pełne uzasadnienie wynikające z praktyki.

2. Poniesienie kosztów w wypadku niestawiennictwa strony na posiedzeniu na posiedzeniu

W art. 103 k.p.c. dodano § 3 pkt 1, zgodnie z którym sąd może, niezależnie od wyniku sprawy, włożyć na jedną ze stron obowiązek zwrotu kosztów w części wyższej, niż nakazywałby to wynik sprawy, a nawet zwrotu kosztów w całości, jeżeli nie stawiała się w celu udziału w czynności sądu i nie usprawiedliwiła swego niestawiennictwa. Przepis zbędny, jedynie uszczegóławiający ogólną, syntetyczną normę zawartą w art. 103 § 1 k.p.c. W uzasadnieniu projektu brak stosownego wyjaśnienia, skąd idea tak szczegółowej regulacji. Ten przepis nie wnosi niczego istotnego do efektywności postępowania.

IX. Ustanowienia adwokata lub radcy prawnego na wniosek strony

Na mocy znowelizowanego art. 117 § 6 N.k.p.c. wniosek o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego zgłoszony po raz pierwszy w postępowaniu kasacyjnym lub w postępowaniu ze skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia sąd przekazuje do rozpoznania sądowi pierwszej instancji, chyba że uzna wniosek za oczywiście uzasadniony. Zmianę oceniam pozytywnie, jego celem jest zaoszczędzenie Sądowi Najwyższemu żmudnego

badania stanu majątkowego strony wnioskującej o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego.

Tak również oceniam pozostawienie w aktach bez rozpoznania ponownego wniosku o ustanowienie tzw. pełnomocnika z urzędu opartego na tych samych podstawach. Obecnie taki ponowny, powielany wniosek podlega odrzuceniu, pozostawienie go w aktach czyni zbędnym wydawanie orzeczenia na posiedzeniu niejawnym.

X. Pisma procesowe (formalizm procesowy)

1. Zmiana art. 49 ustawy prawo o ustroju sądów powszechnych – naruszenie powagi sądu w piśmie procesowym.

W Kodeksie postępowania cywilnego brak odpowiednika art. 142 KPC z 1932 r., na mocy którego za ublżenie w piśmie powadze sądu lub użycie słów obraźliwych sąd mógł skazać winnego na niebagatelną grzywnę. *De lege lata* podstawą do zastosowania sankcji wobec dopuszczającego się obrazy sądu jest art. 49 § 1 PrUSP, w myśl którego w razie naruszenia powagi albo ublżenia sądowi sąd może ukarać grzywną lub orzec o zastosowaniu innych kar w nim wymienionych, łącznie z karą pozbawienia wolności. Według jednego z poglądów środki prawne przewidziane w art. 49 PrUSP są stosowane wyłącznie w ramach tzw. policji sesyjnej (tylko na posiedzeniu jawnym).²⁹

Nowelizacja art. 49 PrUSP eliminuje powyższą lukę legislacyjną poprzez wprowadzenie nowego przepisu (§ 3) na mocy, którego przepisy § 1 i 2 stosuje się także, gdy czynu określonego w § 1 dopuszczono się w piśmie złożonym w sądzie lub za pośrednictwem środków komunikowania się na odległość, o ile istnieje pewność co do osoby sprawcy. Niestety zbędne i sprzeczne z prawem do rzetelnego procesu jest objęcie sankcjami osoby trzeciej, dopuszczającej się obrazy sądu za pośrednictwem środków komunikowania się na odległość. W tym zakresie przepis wadliwy i służy karaniu osób, które nie są stronami (uczestnikami postępowania).

2. Nowelizacja art. 126 k.p.c.

Nowelizacja wprowadziła zmiany zasadniczo natury redakcyjnej w art. 126 § 1 pkt 1 i 2 N.k.p.c. oraz natury uszczegóławiającej (art. 126 § 1 pkt 5 i § 1¹ N.k.p.c.). Dotychczasowy pkt 1 został podzielony na dwie odrębne jednostki redakcyjne odpowiednio regulujące nakaz oznaczenia sądu (art. 126 § 1 pkt 1 N.k.p.c.) oraz

²⁹ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2003 r., I KZP 1/03, OSNKW 2003, Nr 3–4, poz. 26.

stron, ich przedstawicieli ustawowych i pełnomocników (art. 126 § 1 pkt 2 N.k.p.c.). W omawianym zakresie nowelizacja nie ma zatem merytorycznego znaczenia.

Zmieniono treść pkt 5, którego dotychczasowe brzmienie przeniesiono do pkt 7. Na mocy pkt 5 w nowym brzmieniu na wnoszącym pismo procesowe spoczywa ciężar wskazania faktów, na których opiera swój wniosek lub oświadczenie oraz wskazanie dowodu na potwierdzenie każdego z tych faktów, jeżeli jest to konieczne dla rozstrzygnięcia. Zmiana nie ma istotnego znaczenia dla dotychczasowej praktyki, aczkolwiek zasadnie rozszerza obowiązek formułowania twierdzeń o faktach i przytoczenia dowodów odnośnie do każdego pisma procesowego, a nie wyłącznie pisma przygotowawczego (art. 127 N.k.p.c.). Nieco zaskakuje obowiązek wyłącznie wskazania dowodów w piśmie procesowym, a nie ich załączania bez możliwości wskazywania, które mają być przeprowadzone na rozprawie. Nie sposób wykluczyć, że projektodawcy przyjęli, że wskazanie dowodów jest tożsame z ciężarem ich załączenia (art. 127 N.k.p.c.). Wykładnia literalna prowadząca do wniosku, że strona ma jedynie wskazywać dowody bez ich załączenia byłaby zaprzeczeniem zasady wspierania postępowania i koncentracji materiału dowodowego. Wprowadzenie obowiązku dołączania załączników (§ 1¹) jest zbędne wobec brzmienia art. 128 k.p.c.³⁰

Projektodawcy w uzasadnieniu podkreślili, że zmiana treści art. 127 k.p.c. wpisuje się w nową koncepcję posiedzeń sądowych (Uzasadnienie s. 8). Nowelizacja art. 127 k.p.c. ma ograniczony zasięg i w zasadzie jest zbędna. W porównaniu z dotychczasowym brzmieniem art. 127 k.p.c. nakaz wskazania (załączania dowodów) przeniesiono do art. 126 § 1 pkt 5 N.k.p.c. Nowością jest sformułowanie nakazu wyszczególnienia, które fakty strona przyznaje, a którym zaprzecza. Jest to zmiana niekoniecznie niezbędna. Po pierwsze, nakaz wypowiedzenia się co do twierdzeń dotyczy właśnie faktów. Nie ma zatem potrzeby odrębnego nakazywania wypowiedzi co do faktów, skoro w tym samym przepisie ów nakaz już istnieje w innej szacie słownej – wypowiedzenie się co do twierdzeń drugiej strony.³¹ Po drugie, ciężar ustosunkowania się do twierdzeń przeciwnika procesowego wynika wprost z art. 217 § 1 k.p.c. (przed nowelizacją), pośrednio z art. 230 KPC. Po wejściu w życie nowelizacji ciężar przytaczania twierdzeń będzie wynikać z art. art. 205³ § 1 N.k.p.c.

³⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2014 r., II CZ 72/14.

³¹ Zob. E. Budniak – Rogalska, Przepis art. 207 k.p.c. jako instrument realizacji zasady koncentracji materiału procesowego w postępowaniu cywilnym – uwagi wybrane po pięciu latach obowiązywania, PPC 2018 2018, nr 1, s. 47 – 48.

(co do okoliczności wskazanych przez przewodniczącego albo istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy).³²

Wzmocnienie omawianego nakazu poprzez „wyszczególnienie faktów” nie zmienia dotychczasowej linii orzeczniczej, w której dominuje zapatrywanie o wadliwości ogólnikowego zaprzeczenia twierdzeniom strony przeciwnej.³³ Jak stwierdził Sąd Najwyższy: „Fakty i dowody związane z konkretnymi okolicznościami, z którymi się pozwany nie zgadza powinien on wskazać, jeśli ma to służyć obronie jego racji, powinien się on ustosunkować do twierdzeń strony powodowej.”³⁴ Nowelizacja nie wprowadza istotnego *novum*.

3. Faktyczna eliminacja formularzy

Projektodawcy przyjęli założenie, że należy ograniczyć składanie pism procesowych w postępowaniu procesowym na urzędowych formularzach poprzez eliminację przepisów nakazujących korzystania z nich. Rezygnacja z obligatoryjnego posłużenia się formularzami wynika z okoliczności, że zawodowi pełnomocnicy nie potrzebują uproszczonego sposobu redagowania treści pism procesowych, a strony działające przed sądem samodzielnie, które nie potrafią sporządzić pisma procesowego w zwykłej formie, nie potrafią również wypełnić formularzy. Zniesienie obowiązku stosowania formularzy nie oznacza zakazu ich stosowania: strony mogą z nich korzystać dobrowolnie (Uzasadnienie, s. 147). W następstwie poczynionych zmian uchylono art. 187¹, art. 493 § 2, art. 505², art. 503 § 2 k.p.c. W moim przekonaniu rozwiązanie sprzyjające efektywności postępowania. Formularze są niejasne, wyjaśnienia nasycone pojęciami prawnymi, które dla „przeciętnego” obywatela mogą być niejasne.

4. Zwrot pisma procesowego wniesionego przez zawodowego pełnomocnika (art. 130^{1a} N.k.p.c.).

Zwrot pisma bez wezwania do uzupełnienia braków ma zdyscyplinować zawodowych pełnomocników do przestrzegania rygorów formalnych pism procesowych. Przepis art. 130^{1a} N.k.p.c. nawiązuje do art. 479^{8a} § 1, § 2 *a limine* i § 3 dodanego do k.p.c. ustawą z dnia 16.11.2006 r.³⁵, która weszła w życie 20.03.2007 r., a następnie uchylonego ustawą z dnia 5.12.2008 r.³⁶, która weszła w życie

³² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2018 r., I CSK 237/17.

³³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2014 r., V CSK 78/14.

³⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9. Lipca 2009 r., III CSK 341/08.

³⁵ Dz.U. Nr 235, poz. 1699.

³⁶ Dz.U. Nr 234, poz. 1571.

1.07.2009 r. O ile co do zasady działania oba przepisy są zbliżone, to w art. 479^{8a} § 1 k.p.c. obostrzony formalizm procesowy dotyczył pism wszczynających postępowanie.³⁷ Już wówczas wskazywano na wątpliwości co do zgodności tego uregulowania z art. 45 ust. 1 i 35 Konstytucji.³⁸

Wydaje się jednak, że o ile w art. 479^{8a} § 3 KPC wykazywał oczywiste konstytucyjne mankamenty w zakresie niemożności wniesienia ponownie pisma pozbawionego braków formalnych, to art. 130^{1a} § 3 N.k.p.c. przewiduje tego rodzaju uprawnienie. Na mocy art. 130^{1a} § 1 i 4 N.k.p.c. jeżeli pismo procesowe wniesione przez zawodowego pełnomocnika nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, przewodniczący lub referendarz zwraca pismo wraz stronie bez wezwania do jego poprawienia lub uzupełnienia. Zgodnie z art. 394 § 1 pkt 2 N.k.p.c. oraz 398²² § 1 N.k.p.c. stronie, której zarządzeniem zwrócono pismo będzie przysługiwało jedynie zażalenie na zarządzenie przewodniczącego lub skarga na czynności referendarza sądowego na zwrot pozwu, w pozostałym zakresie (co do innych pism) zarządzenie jest niezaskarżalne.

W zarządzeniu o zwrocie wskazuje się uchybienia formalne, które mogą zostać wyeliminowane poprzez wniesienie kolejnego, formalnie prawidłowego pisma procesowego w terminie tygodnia od dnia doręczenia zarządzenia (§ 2 i 3). Pismo to, o ile nie jest dotknięte brakami, wywołuje skutek od daty pierwotnego wniesienia (§ 3). Nieuzupełnienie braków lub ich wadliwe poprawienie powoduje zwrot pisma, a to pismo nie wywołuje skutków procesowych. Wówczas strona jest zmuszona wnieść nowe pismo, o ile ze względu na terminy procesowe jest ono dopuszczalne. W wypadku pozwu strona, o ile chce dochodzić swojego roszczenia będzie musiała wnieść nowy pozew. Zgodnie z § 3 zdanie trzecie dopuszczalna jest ponowna kontrola braków formalnych istniejących już w pierwszym, zwróconym piśmie. Jeżeli przewodniczący (referendarz sądowy) pierwotnie nie dostrzegł tych uchybień, ma obowiązek zarządzić kolejny zwrot pisma ze wskazaniem tych pierwotnych uchybień. W takiej sytuacji pismo procesowe, zwrócone powtórnie może zostać po raz kolejny uzupełnione w terminie tygodnia i jeżeli nie jest dotknięte brakami, wywołuje skutek od daty pierwotnego wniesienia (§ 3 zdanie trzecie).

³⁷ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2008 r., V CZ 66/08.

³⁸ P. Telenga, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, red. A. Jakubecki, wyd. III, art. 479^{8a}. Wersja elektr. LEX.

Jak wynika z powyższych rozważań Projektodawcy zafundowali skomplikowany i rozwlekły sposób naprawy uchybień formalnych pism procesowych przez zawodowych pełnomocników. Jest to zabieg legislacyjny zbędny, nie przyspiesza postępowania. Obecna regulacja 130 § 1 k.p.c. jest znacznie efektywniejsza. Przewodniczący wzywa do uzupełnienia braków formalnych pod rygorem zwrotu pisma. Uregulowanie proste i czytelne.

5. Obowiązek uiszczenia opłaty od pisma wnoszonego przez zawodowego pełnomocnika

Przepis art. 130^{2a} N.k.p.c. nawiązuje do art. 130² § 3 KPC w brzmieniu sprzed 1.07.2009 r. Projektodawcy nie uznali za trafne umożliwienie zawodowemu uzupełnienie braku fiskalnego w następstwie zwrotu środka zaskarżenia. Według ich stanowiska: „Wniesienie środka zaskarżenia dotkniętego oczywistą wadą w postaci nieuiszczenia opłaty w ogóle nie powinno się zdarzyć osobie, która zawodowo zajmuje się reprezentacją innych przed sądem i nosi tytuł adwokata lub radcy prawnego. Tymczasem przypadki takie wciąż się zdarzają – ze wszystkimi związanymi z tym negatywnymi konsekwencjami dla sprawności postępowania. Doświadczenia praktyki wskazują, że tylko ostry rygor jest w stanie spowodować, że wymóg ten będzie dochowywany.”³⁹ Dopuszczalność takiej regulacji zgodnie z przepisami Konstytucji została potwierdzona w wyroku TK z 17 11.2008 r., SK 33/07. Przepis niewątpliwie przyspiesza postępowanie, ale trudno zaprzeczyć, że jest bardzo restrykcyjny.

6. Obowiązek uiszczenia opłaty w razie zmiany lub rozszerzenia powództwa

Wprowadzono istotną zmianę na mocy art. 130³ N.k.p.c. w porównaniu z dotychczasowym stanem prawnym. Rozszerzenie powództwa lub inna zmiana żądania (art. 193 k.p.c.) skutkująca powstaniem obowiązku uiszczenia opłaty zostały wyłączone z § 2. Tym samym powód jest zobowiązany do uiszczenia opłaty w terminie tygodnia. Zaniechanie uiszczenia powoduje, że czynność będzie bezskuteczna (pismo zostanie zwrócone). Przepis § 2 jako *lex specialis* wobec art. 130² k.p.c. wymaga uprzedniego wezwania przez przewodniczącego do uiszczenia należnej opłaty także w razie wniesienia pisma modyfikującego powództwo przez zawodowego pełnomocnika. Dopiero nieuiszczenie opłaty lub uiszczenie w zaniżonej wysokości uzasadnia zastosowania 130² § 2 KPC. Przepis

³⁹ Zestawienie uwag i propozycji zgłoszonych w toku uzgodnień międzyresortowych i opiniowania wraz ze stanowiskiem Ministerstwa Sprawiedliwości co do ich zasadności do projektu ustawy o zmianie ustawy-Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, MS 2018, s. 22.

sprzyja efektywności postępowania zapobiegając pochopnej zmianie powództwa, która obecnie nie jest powiązana z obowiązkiem uiszczenia opłaty pod rygorem zwrotu, gdyż o niej ostatecznie sąd rozstrzyga w orzeczeniu kończącym postępowanie.

XI. Doręczenie odpisów pism procesowych wraz załącznikami

1. Doręczanie odp. pism procesowych wraz z zał. między zawodowymi pełnomocnikami

Za trafne przyjmuję rozwiązanie przyjęte w art. 132 § 1³ N.k.p.c. regulujące bezpośrednio doręczanie pism procesowych wraz załącznikami między zawodowymi pełnomocnikami na ich adres elektroniczny lub fax (raczej obecnie nieczęsty sposób komunikacji na odległość). Nowelizacja niewątpliwie przyspieszy postępowanie. To rozwiązanie z oczywistych względów tymczasowe, od lat cierpliwie czekamy na uruchomienie platformy elektronicznej (elektronicznego biura podawczego) obsługującej wszystkie rodzaje postępowania cywilnego.

Zgadzam się z Projektodawcami, którzy wprowadzili wymóg zgody pełnomocników na tego rodzaju doręczenie. W razie konieczności przesyłania załączników, których zeskanowanie jest utrudnione (np. mapy, rysunki techniczne, zdjęcia, niewyraźne kopie etc.) pełnomocnik wybierze tradycyjny sposób doręczenia. Wadą nowej regulacji, jest dopuszczalność zmiany sposobu doręczania elektronicznego tylko na zgodny wniosek. W moim przekonaniu, jeżeli jest to uzasadnione rodzajem załącznika na wniosek pełnomocnika przewodniczący zarządzeniem powinien zezwalać na tradycyjne doręczenie.

2. Doręczanie pozwanemu pozwu lub innego pisma procesowego wywołującego potrzebę podjęcia obrony jego praw za pośrednictwem komorników sądowych.

Niewątpliwą nowością normatywną jest projektowana w art. 1391 N.k.p.c. kompetencja komornika sądowego do doręczenia pism procesowych. Nie dostrzegam szczególnych zagrożeń w idei dokonywania doręczeń przez komornika. Nie jest to jednak koncept nowy, ale opracowany przez zespół pod kierunkiem prof. F. Zedlera i dyskutowany już 2014 r. na posiedzeniu Komisji Kodyfikacyjnej. Jak można przypuszczać, Autor projektu miał dostęp do dokumentów powstałych na potrzeby pracy tej Komisji.

Wprowadzona reguła, że po dokonaniu nieskutecznego doręczenia *per aviso* ma zostać uruchomiona procedura doręczenia przez komornika przedłuży

postępowanie. Zwrócić jednak należy uwagę, że pojęcie efektywności postępowania nie jest zawężone wyłącznie do ekonomii postępowania, maksymalnego skrócenia jego trwania. Efektywność to również realizacja gwarancji objętych prawem do sądu. Doręczenie pozwu jest właśnie fundamentalną gwarancją procesową, która umożliwia pozwanemu obronę jego praw. Dodać należy, że obecnie niemożność skutecznego doręczenia i tak powoduje *de lege lata* uruchomienie wpadkowego postępowania o ustanowienie kuratora. Trafnie zwraca się uwagę w uzasadnieniu projektu, że fikcyjne doręczenie w wielu przypadkach jedynie pozornie przyspiesza postępowanie, jako że dopiero na etapie postępowania egzekucyjnego następuje podjęcie skutecznej obrony prowadzącej do zniweczenia skuteczności orzeczenia wydanego w postępowaniu rozpoznawczym.

Celowość wyposażenia komornika w kompetencje doręczeniowe wynika z założenia, że doręczenie pisma wszczynającego postępowanie należy przeprowadzić za pośrednictwem funkcjonariusza publicznego, który posiada uprawnienia w przedmiocie możliwości sprawdzenia okoliczności zamieszkiwania adresata pod adresem doręczenia. Komornik jest już w chwili obecnej podmiotem, za pośrednictwem którego sąd dokonuje doręczenia. Jednocześnie przepisy postępowania egzekucyjnego pozwalają komornikowi na zwracanie się o informacje do różnych podmiotów. Zgodnie z art. 761 § 1 k.p.c. komornik może zasięgać od organów administracji publicznej, organów wykonujących zadania z zakresu administracji publicznej, organów podatkowych, organów rentowych, banków, spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych, przedsiębiorstw maklerskich, organów spółdzielni mieszkaniowych, zarządów wspólnot mieszkaniowych oraz innych podmiotów zarządzających mieszkaniami i lokalami użytkowymi, jak również innych instytucji i osób nieuczestniczących w postępowaniu informacji niezbędnych do prowadzenia egzekucji. Wobec tego racjonalne stało się jedynie rozszerzenie zakresu tego uprawnienia na postępowanie co do doręczenia pism sądowych.⁴⁰

Nie oceniam krytycznie nałożenia na powoda ciężaru zwrócenia się do komornika o doręczenie, zamiast przekazania tego obowiązku sądowi (przewodniczącemu). Z praktycznego punktu widzenia skuteczność tej nowej regulacji zależy od racjonalnie ekwiwalentnego wynagrodzenia komornika za poszukiwania pozwanego.

⁴⁰ K. Markiewicz, A. Torbus, I. Wolwiak, Założenia doręczeń w nowym postępowaniu cywilnym, *Polski Proces Cywilny* 2014, nr 2, s. 301 – 314.

Nie wydaje się uzasadnione wprowadzenie skutku nieskutecznego doręczenia za pośrednictwem komornika w postaci zawieszenia postępowania (odesłanie w art. 139¹ § 2 N.k.p.c. do art. 177 § 1 pkt 6 k.p.c.). Ten przepis stawia pod znakiem zapytania podstawę dla ustanowienia kuratora dla nieznanego z miejsca pobytu wobec niemożności ustalenia miejsca zamieszkania pozwanego, także w następstwie fiaska doręczenia pisma przez komornika.⁴¹

XII. Zastrzeżenie do protokołu (art. 162 N.k.p.c.)

Jestem daleki od przypisywania Twórcom projektu nowelizacji sztympowości i przywiązania do jednej idei w postaci przyspieszenia postępowania kosztem innych wartości objętych zakresem znaczeniowym efektywności postępowania. Przykładem takiego elastycznego podejścia jest zmiana art. 162 k.p.c., który nakazuje zgłoszenie zastrzeżenia do protokołu w trakcie posiedzenia sądowego. W praktyce sądy żądają bardzo precyzyjnego wskazania, jaki przepis k.p.c. został naruszony, a jest przy tym oczywiste, że strona zwłaszcza nie reprezentowania przez zawodowego pełnomocnika, a często i taki pełnomocnik, nie są w stanie *a vista* sformułować prawidłowe i wyczerpujące zastrzeżenie. Na aprobatę zasługuje zatem zmiana art. 162 k.p.c. polegająca na złagodzeniu omówionego rygoru poprzez dopuszczalność zgłoszenia zastrzeżenia najpóźniej na kolejnym posiedzeniu (art. 162 N.k.p.c.). To przykład poświęcenia szybkości postępowania na rzecz zapewnienia efektywnej obrony praw procesowych.

XIII. Postępowanie pojednawcze

Trafnie wprowadzono wymóg przedstawiania propozycji ugodowych w zawiadaniu do próby ugodowej (art. 185 § 1¹ N.k.p.c.). To realnie przyspieszy postępowanie pojednawcze. Zawiadzany od razu będzie mógł ocenić, czy w ogóle jest zainteresowany zawarciem ugody.

Obecnie art. 185 § 1 k.p.c. nie wymaga nawet podjęcia jakichkolwiek wstępnych pertraktacji przedprocesowych, skoro samo wezwanie do próby ugodowej jest wyrazem woli kompromisowego zakończenia sporu. Samodzielność postępowania pojednawczego czyni zbędnym wykazanie uprzedniego podjęcia działań koncyliacyjnych. *De lege lata* we wniosku nie jest nawet konieczne przedstawienie ogólnikowych propozycji ugodowych, a wyłącznie zwięzłe określenie przedmiotu sprawy cywilnej. Postępowanie pojednawcze jest również wykorzystane dla „zmiękczenia” przeciwnika, rozpoznania jego argumentów i spodziewanej taktyki

⁴¹ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 14 września 2017 r., I ACz 1329/17.

procesowej. Częstokroć wszczęcie postępowania poprzedza, li tylko, lapidarne wezwanie do zapłaty zespolone ze wspaiałomyślną propozycją redukcji części odsetek. Nieznaczące ustępstwa stanowią taktyczną zachętę do udziału w postępowaniu. Dzięki tego rodzaju nieuczciwemu postępowaniu zyskuje się zarówno przerwę biegu przedawnienia, jak również przewagę w przyszłym procesie.⁴²

Zmiana stanu prawnego przewidziana w projekcie nowelizacji pozwala na uprzednią, jednoznaczną ocenę, czy propozycje ugodowe są realne i stanowią przejaw rzeczywistej woli osiągnięcia kompromisu.

XIV. Mediacja

1. Wysokość wynagrodzenia mediatora

Zmieniono brzmienie art. 98¹ § 1 k.p.c. poprzez wprowadzenie frazy „Przysługujące mediatorowi wynagrodzenie i zwrot wydatków nie mogą być wyższe niż określone w przepisach wydanych na podstawie § 4”. Nowelizacja art. 98¹ § 1 k.p.c. jest zbędna, jej jedynym celem jest eliminacja patologicznych sytuacji, gdy mediator żąda wynagrodzenia wyższego, niż wynikającego z rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości, które jednoznacznie określa wynagrodzenie mediatora w następstwie skierowania stron do mediacji na podstawie postanowienia sądu. Zmiana niczego nie wnosi i jest przejawem zbędnej drobiazgowości. Jeżeli wynagrodzenie mediatora reguluje akt rangi rozporządzenia, to jaki jest sens wpisywania do ustawy, że mediatorowi należy się wynagrodzenie określone w tymże rozporządzeniu, a w żadnym wypadku wyższe.

2. Zasądzenie kosztów postępowania w następstwie niestawienia się strony na posiedzeniu mediacyjnym

Proponowana w nowelizacji zmiana art. 103 k.p.c. poprzez wprowadzenie nowego § 3 jest połowicznie trafna. Zmiana polega na tym, że strona przegrywająca w sprawie ponosi koszty procesowe, jeżeli nie stawiała się na posiedzenie mediacyjne bez usprawiedliwienia i tym samym uniemożliwiła prowadzenie mediacji. Rozwiązanie jest kierunkowo słuszne, gdyż zakłada, że orzekanie w sprawie było zbędne, jeżeli spór mógł zakończyć się na etapie mediacji. Przepis jest nieprecyzyjny – nie określa, czy niestawienie się na jedno z posiedzeń mediacyjnych już powoduje

⁴² A. Torbus, Zawezwanie do zawarcia ugody w postępowaniu pojednawczym a problem nadużycia prawa, w: Jus et remedium. Księga jubileuszowa Profesora Mieczysława Sawczuka, red. A. Jakubecki, J.A. Strzępka, Warszawa 2010, s. 594 – 608.

obowiązek poniesienia kosztów, czy wystarczy niestawiennictwo na pierwsze posiedzenia.

W praktyce przepis 103 § 3 N.k.p.c. będzie miał minimalne znaczenie. Będzie dotyczył tych sytuacji, kiedy strona przegrywająca uzna powództwo lub cofnie pozew w tej części, w jakiej była gotowa zawrzeć ugodę, ale wobec nieobecności przeciwnika na posiedzeniu mediacyjnym zawarcie ugody stało się niemożliwe. Rozwiązanie słuszne, ale praktycznie będzie dotyczyło ułamka spraw i tylko w sytuacji, gdy niestawiennictwo na posiedzeniu mediacyjnym jednej strony połączone jest z uznaniem powództwa przez drugą stronę lub cofnięciem pozwu przez powoda. Jest jasne, że jeżeli mimo braku stawiennictwa na posiedzeniu mediacyjnym jednej strony, druga strona w postępowaniu przed sądem bezpodstawnie, uporczywie zwalcza powództwo lub podważa zasadności obrony przeciwnika, to wówczas zasądzenie kosztów na jej rzecz jest niesłuszne w razie przegrania przez nią procesu.

Nowelizacja art. 103 k.p.c. powinna nakładać sankcję na stronę postępowania, która zgodziła się przed sądem na mediację, ale bez usprawiedliwienia nie stawiała się na posiedzenie mediacyjne uniemożliwiając prowadzenie mediacji. W takiej sytuacji ta strona powinna ponieść w całości koszty mediacji niezależnie od wyniku procesu. Stroną, która godzi się na mediację niezależnie czy przed wszczęciem postępowania czy po tym zdarzeniu, ale nie stawia się na posiedzenie bez usprawiedliwienia, doprowadzając do zakończenia mediacji, powinna ponieść w całości koszty mediacji. Powyższa teza nie jest sprzeczna z zasadą dobrowolności mediacji.

Za trafne przyjmuję wykorzystanie pojęcia „dobrowolności” w celu odróżnienia postępowań, w których uczestniczenie jest obligatoryjne. Dobrowolność w tym ujęciu jest z oczywistych względów przeciwstawiona nakazowi przystąpienia do mediacji. Dobrowolność mediacji to nic innego jak gwarancja, że sąd lub inna władza publiczna nie może zmusić strony sporu do przystąpienia do mediacji. Zwrot „mediacja obligatoryjna” to w takim ujęciu zbędny oksymoron. Tym samym „dobrowolność” wedle tego poglądu to nic innego jak kryterium podziału między przymusowym postępowaniem pojednawczym, postępowaniem z udziałem podmiotu, który niezależnie od stron formułuje treść ugody a „dobrowolną mediacją”. Dobrowolność mediacji nie oznacza samowoli, polegającej na tym, że strona sporu wedle własnej arbitralnej decyzji może odmówić przystąpienia do mediacji. Dobrowolność jest

dwukierunkowa – bez przymusu obie strony godzą się na mediację i wyłącznie obie mogą z niej zrezygnować. Jeżeli jednak została zawarta umowa lub wydane postawienie sądu, które strona zaakceptowała powstaje obowiązek przystąpienia do mediacji, co oznacza co najmniej konieczność odbycia jednego posiedzenia mediacyjnego, na którym wymagane jest współdziałanie stron.⁴³

3. Zmiana sposobu uiszczania wynagrodzenia mediatora

Niestety zmienia się w nowelizacji obowiązującą od 1.01.2016 r. regulację, na mocy której wynagrodzenie mediatora było wypłacane z „kasy sądu” i zasądzane od stron w razie skierowania stron do mediacji przez sąd. Powrócono do zasady, że strony mają płacić bezpośrednio mediatorowi jego wynagrodzenie (art. 183⁵ § 2 N.k.p.c.). W praktyce przed 1.01.2016 r. mediatorzy odmawiali prowadzenia mediacji, jeśli strony odmawiały zapłaty „z góry”. Sądy kwestionowały stanowisko mediatorów, uznając, że nie jest wanny powód dla odmowy mediowania (art. 183² § 4 k.p.c.). Właśnie z tej przyczyny wprowadzono od 1.01.2016 r. regulację, iż sądy miały na wniosek mediatora wypłacać mu wynagrodzenie w sposób zbliżony do sytuacji biegłego. Nowelizacja prowadzi do powrotu starych problemów. Częściowo wadliwe skutki nowelizacji łagodzi wyjątek od tej zasady (w razie zwolnienia strony od kosztów – wynagrodzenia mediatora wypłaca się na mocy postanowienia sądu). Zdaję sobie sprawę, że w praktyce sądy zasądzają wynagrodzenie mediatora jak składnik kosztów procesowych dopiero po zakończeniu postępowania w sprawie. Mediatorzy oczekują na wypłatę wynagrodzenia kilka miesięcy. W moim przekonaniu należało odpowiednio – na korzyść mediatora – zmienić art. 288 k.p.c. lub wprowadzić w ustawie o kosztach sądowych przepis jasno wskazujący sądom dopuszczalność tymczasowego pokrycia kosztów wynagrodzenia mediatora z „kasy sądu”.

XV. Zażądanie na dowodów znajdujących się w sądach, urzędach lub u osób trzecich

Do raczej niekontrowersyjnych zmian mających na celu przyspieszenie postępowania zaliczam zmianę art. 187 § 1 pkt 2 k.p.c. poprzez wprowadzenie przesłanki dopuszczalności złożenia wniosku o żądanie przez sąd przedłożenia dowodów znajdujących się w sądach, urzędach lub u osób trzecich, wraz z uprawdopodobnieniem, że strona sama uzyskać ich nie może. Zmiana wbrew

⁴³ A. Torbus, Mediation in civil matters and the acces to justice, w: Judicial management versus indepedece of judiciary, red. D. Szumiło-Kulczycka, K. Gajda – Roszczynialska, Warszawa 2018, s. 139 i n.

pozorom ułatwia stronie złożenie takiego wniosku dotyczącego odpisów lub wypisów z tzw. akt urzędowych. Obecnie w myśl art. 250 k.p.c. strona musi udowodnić, że uzyskanie takiego dokumentu było niemożliwe.⁴⁴ Strony nadużywają uprawnienia z art. 250 k.p.c. z prostej przyczyny – uzyskanie wypisów, odpisów jest z reguły powiązane z ciężarem uiszczenia opłaty. Jeżeli takie żądanie wystosuje sąd, wówczas urzędy mają obowiązek przedstawić dokument bez pobierania stosownej opłaty.⁴⁵ Zmiana nie jest radykalna, gdyż dotyczy tylko pozwu, a ponadto nieco ułatwia powodowi złożenie wniosku na mocy art. 250 k.p.c., jako że wystarczy wyłącznie uprawdopodobnienie okoliczności, że uzyskanie dokumentu (odpisu, wypisu) było niemożliwe.

XVI. Zarzut potrącenia

Wprowadzono w nowelizacji nowy przepis, który stanowi efekt mariażu dobrych intencji, znajomości praktyki, ale częściowo niezbyt przemyślanej koncepcji teoretycznej.

„Art. 203¹ N.k.p.c.:

§ 1. Podstawą zarzutu potrącenia może być tylko wierzytelność pozwanego z tego samego stosunku prawnego co wierzytelność dochodzona przez powoda, chyba że wierzytelność pozwanego jest niesporna lub uprawdopodobniona dokumentem nie pochodzącym wyłącznie od pozwanego.

§ 2. Pozwany może podnieść zarzut potrącenia nie później niż przy wdaniu się w spór co do istoty sprawy albo w terminie dwóch tygodni od dnia, gdy jego wierzytelność stała się wymagalna.

§ 3. Zarzut potrącenia może zostać podniesiony tylko w piśmie procesowym. Do pisma tego stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące pozwu, z wyjątkiem opłat”.

1. Termin na złożenie oświadczenia woli o potrąceniu

W pełni się zgadzam i popieram w całej rozciągłości wprowadzenie terminu na podniesienie takiego zarzutu (§ 2). Obecnie w doktrynie dominuje tzw. „teoria oświadczenia”, w myśl której pozwany, mimo że dysponuje uprawnieniem do potrącenia (art. 498 i n. k.c.) nie musi w toku procesu dokonać potrącenia.⁴⁶ W rezultacie akceptacji tej teorii przez orzecznictwo w pełni aprobuje się sytuację, kiedy pozwany wedle własnego uznania powołując się na uprawnienie do potrącenia,

⁴⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2003 r., I CK 176/03.

⁴⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 kwietnia 1974 r., II CZ 39/74.

⁴⁶ M. Lisiewski, Glosa do Orzeczenia SN z dnia 19 sierpnia 1958 (4 CR 894/57), OSPiKA 1960, nr 6, s. 337 i n. L. Stępnia, Potrącenie w systemie polskiego prawa cywilnego, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk 1975, s. 160.

podnosi tzw. zarzut potrącenia dopiero przed sądem II instancji, a nie rzadko dopiero na etapie egzekucji w ramach powództwa przeciwegzekucyjnego (art. 840 k.p.c.). Jak twierdzi Sąd Najwyższy, w art. 498-505 k.c. całościowo unormowano instytucję potrącenia, jego dopuszczalność, formę i skutki. Przepisy te odnoszą się do każdego oświadczenia o potrąceniu, niezależnie od tego, czy zostało ono złożone w procesie, czy poza procesem. Ze względu na materialnoprawny charakter instytucji potrącenia, przepisy procesowe nie mogą decydować o tym, czy i kiedy strona powinna złożyć określone materialnoprawne oświadczenie woli stwarzające nowy stan materialnoprawny. Przepisy art 3 § 1 i art. 217 § 1 k.p.c. mają na względzie „okoliczności faktyczne sprawy”, a więc te okoliczności, które istniały przed zamknięciem rozprawy w sądzie I instancji i mogły wpłynąć na wynik sprawy. Unormowanie potrącenia przyjęte w kodeksie cywilnym powoduje, że dopóki pozwany nie złoży materialnoprawnego oświadczenia woli o potrąceniu, dopóty nie powstaje – ze względu na samo istnienie wierzytelności wzajemnej – żadna okoliczność faktyczna mogąca mieć wpływ na wynik sprawy, którą pozwany miałby przytoczyć przed zamknięciem rozprawy.⁴⁷ Słabością teorii oświadczenia jest praktycznie umożliwienie szachowania powoda i sąd przez pozwanego wobec wyeliminowania barier czasowych dla wykorzystania potrącenia w formie zarzutu potrącenia w postępowaniu cywilnym. Eliminacja terminu dla wykorzystania potrącenia stanowi otwarcie drogi do przewlekłości postępowania i jak określił E. Wengerek umożliwia to pozwanemu „rzucanie kłód pod nogi wierzycielowi”.⁴⁸ Projekt jest w pełni zgodny z tezą E. Wengerka i zasługuje na zdecydowane poparcie!

2. Charakter prawny zarzutu potrącenia

W projekcie trafnie przyjęto, że zarzut potrącenia to czynność procesowa, u podstaw której znajduje się oświadczenie materialnoprawne o potrąceniu. Powyższe nakazuje dokonanie bezzwłocznie zarzutu w formie pisemnej czynności procesowej (§ 3). Objęcie formalizmem procesowym zarzutu potrącenia skłania do wniosku, że ustawodawca przyjął w art. 203¹ N.k.p.c., że ta czynność ma naturę procesową lub mieszaną, natomiast skutek potrącenia jest elementem stanu faktycznego, którego zaistnienie zależy od spełnienia wymogów procesowych i materialnych. Jest to rozwiązanie trafne i pozwala odejść od sztucznej koncepcji, że jeżeli oświadczenia ma zostać złożone przez pełnomocnika lub wobec pełnomocnika

⁴⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 1972 r. I CR 396. Uchwały Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 1973 r., III CZP 73/73; z dnia 30 lipca 1974 r. III CZP 44/74; z dnia 14 października 1993 r., III CZP 141/93.

⁴⁸ E. Wengerek, Przeciwegzekucyjne powództwa dłużnika, Warszawa 1967, s. 118 i n.

procesowego, ów winien dysponować pełnomocnictwem natury prywatnoprawnej.⁴⁹ Kończąc ten wątek, należałoby zatem przyjąć, że orzecznictwo Sądu Najwyższego niestety trwale przyczynia się do budowy „chińskiego” muru między materialnoprawnym potrąceniem a procesowym zarzutem. Projekt ów podział eliminuje.⁵⁰

Niestety nowelizacja nie rozstrzyga, czy rygory z art. 203¹ N.k.p.c. dotyczą także tzw. zarzutu potrącenia informującego o potrąceniu dokonanym poza procesem – zazwyczaj przed jego wszczęciem. Nie wykluczam, że projektodawcy przyjęli, że art. 203¹ N.k.p.c. dotyczy tylko sytuacji, kiedy już po wszczęciu procesu pozwany może skorzystać z potrącenia (złożyć stosowane oświadczenie woli w formie czynności procesowej), tak jak w wypadku art. 505⁴ § 2 k.p.c.⁵¹ Brak jednak podstaw do tak jednoznacznej tezy.

3. Wymóg potrącenia wierzytelności określonego rodzaju

W nowelizacji przewidziano, że pozwany może przedstawić do potrącenia wierzytelność z tego samego stosunku prawnego co wierzytelność dochodzona przez powoda, chyba że wierzytelność pozwanego jest niesporna lub uprawdopodobniona dokumentem nie pochodzącym wyłącznie od pozwanego (§ 3). Już na wstępie niejasne jest co rozumieć przez „uprawdopodobnienie” wierzytelności dokumentem nie pochodzącym wyłącznie od pozwanego. Osoba trzecia miałaby świadczyć w formie dokumentu, że pozwanemu przysługuje bezsporna wierzytelność? Jest to jednak zastrzeżenie mniejszego kalibru.

W omawianym zakresie nowelizacja tylko pozornie przyspieszy rozstrzygnięcie sporu. W ten sposób dochodzenie wielu wierzytelności, które mogą być przedmiotem potrącenia w już toczącym się postępowaniu, będzie możliwe albo w powództwie wzajemnym, albo poprzez wytoczenie odrębnego powództwa. Zamiast jednego procesu zaczynie się więc toczyć drugi, równoległy do niego. Pozwany, który w trakcie procesu nie będzie mógł się bronić, podnosząc zarzut potrącenia wzajemnych wierzytelności, będzie mógł to zrobić na etapie postępowania egzekucyjnego. Powód szybciej uzyska wyrok, jednak gdy zostanie nadana klauzula wykonalności lub powód skieruje sprawę do komornika, dłużnik wniesie powództwo opozycyjne na podstawie art. 840 k.p.c., wskazując na potrącenie, na które nie mógł

⁴⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2016 r., II CSK 862/14.

⁵⁰ A. Torbus, Zarzut potrącenia, w: Rozprawy z prawa prywatnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Popiołkowi, red. M. Jagielska, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar, Warszawa 2017, s. 1268 i n

⁵¹ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2005 r., III CZP 56/05.

się powołać w toku procesu. Wprost na taką możliwość wskazują sami Projektodawcy w art. 840 w § 1 pkt 2 N.k.p.c., przewidując, że po powstaniu tytułu wykonawczego dłużnik (były pozwany), może powołać się na niedopuszczalny w postępowaniu procesowym zarzut potrącenia.

Nie sposób wyjaśnić sensowności tej propozycji. Z jednego prostego powodu. Już po zakończeniu postępowania i przegraniu sprawy pozwany będzie mógł skorzystać z potrącenia niedopuszczalnego w postępowaniu rozpoznawczym! Tym samym powód wygra sprawę, wyrok stanie się prawomocny, ale zostanie wyeliminowana jego wykonalność w następstwie wytoczenia powództwa przeciwegzekucyjnego w oparciu o zarzut potrącenia „zakazany” w postępowaniu rozpoznawczym.

Przyspieszenie postępowania jest pozorne. Pozwany zamiast bronić się w postępowaniu rozpoznawczym – będzie się bronił w ramach powództwa opozycyjnego. Zamiast jednej sprawy sądowej będą wszczęte dwa postępowania dotyczące tego samego – to jest obowiązku świadczenia dochodzonego w powództwie.

XVII. Uwagi końcowe

- 1. Nadużycie prawa procesowego (art. 4¹, art. 226² N.k.p.c.):** regulacja niespójna, brak unormowania następstwa bezskuteczności czynności nadużycia prawa. Przewidziane sankcje za nadużycie prawa procesowego są oparte na nieprecyzyjnych założeniach. Wpływ na efektywność postępowania będzie znikomy.
- 2. Nagrywanie przebiegu posiedzenia sądu bez zgody sądu (art. 9¹. § 1 N.k.p.c.):** rozwiązanie wzmacniające jawność postępowania, aczkolwiek nowelizacja nie wprowadza istotnego *novum* – obecnie strona może dokonać zapisu audio za zgodą sędziego. Nowelizacja relatywnie nie zmienia już istniejącej reguły jawności postępowania.
- 3. Bezzasadny wniosek o wyłączenie sędziego (art. 53¹ N.k.p.c.):** trafne rozwiązanie, pozwalające na przyspieszenie postępowania. Na tle obecnego stanu prawnego nowelizacja nie jest przełomowa, gdyż *de lege lata* taki wniosek podlega odrzuceniu postanowieniem, po wejściu w życie nowelizacji wniosek będzie pozostawiany w aktach bez rozpoznania. Niestety nie uregulowano problemu wniosków oczywiście bezzasadnych.

4. **Oddalenie powództw oczywiście bezzasadnych (191¹ N.k.p.c.):** unormowanie zasadne z punktu widzenia efektywności postępowania. W praktyce jego znaczenie będzie relatywnie skromne wobec konieczności ostrożnego i restrykcyjnego wykładania tego przepisu.
5. **Błąd co do sprawy cywilnej (art. 186¹ N.k.p.c.):** przepis niejasny, kolizyjny wobec regulacji odrzucenia pozwu (art. 199 § 1 pkt 1 k.p.c.). Wpływ nowelizacji na efektywność postępowania znikomy. Obecnie pozew, z którego nie wynika żądanie klasyfikowane jako sprawa cywilna podlega odrzuceniu postanowieniem zaskarżalnym zażaleniem, w projekcie przewidziano zwrot zarządzeniem przewodniczącego, które również jest zaskarżalne zażaleniem. Z punktu widzenia efektywności postępowania nowelizacja raczej zupełnie zbędna.
6. **Zakaz wyłączenia sędziego (art. 49 § 2 N.k.p.c.):** Na pełną pochwałę zasługuje wyeliminowanie jako podstawy wyłączenia sędziego wyrażenia przez niego poglądu co do prawa i faktów przy wyjaśnianiu stronom czynności sądu lub nakłanianiu do ugody (art. 49 § 2 N.k.p.c.).
7. **Przeniesienie sprawy do innego sądu (art. 48¹ N.k.p.c.):** przepis motywowany nadmiernym populizmem, oparty na założeniu złej woli, kumoterstwa w środowisku sędziów. Jego wprowadzenie prowadzi do zbędnej przewlekłości postępowania.
8. **Właściwość miejscowa – łącznik świadczenia charakterystycznego (art. 34 N.k.p.c.):** zmiana dyskusyjna, ale służąca koncentracji sporów wynikających z tego samego stosunku prawnego w jednym sądzie. Wydaje się, że ma ona akceptowane znaczenie dla efektywności postępowania.
9. **Właściwość w sprawach konsumenckich (art. 31 § 2 N.k.p.c.). Właściwość miejsca zamieszkania (siedziby powoda) – tzw. rozproszony delikt; ochrona interesów strony słabszej (art. 35¹ N.k.p.c.; art. 37² N. k.p.c.):** nowelizacja zasługuje na pełną akceptację. Zwiększono gwarancje efektywności postępowania poprzez ustanowienie właściwości miejscowej w oparciu o łącznik miejsca zamieszkania (siedziby) powoda.
10. **Właściwość w sprawach dotyczących nieruchomości lub z nią powiązanych (art. 38 N. k.p.c.):** nowelizacja pozwala na szerszą koncentrację sporów w tym samym sądzie wynikających ze stosunków powiązanych z prawem własności nieruchomości.

- 11. Wyznaczenie sądu właściwego (art. 45 N.k.p.c.):** zmiana jest nieznaczna, gdyż o ile dotychczas Sąd Najwyższy wyznaczał sąd właściwy wniosek powoda złożony jeszcze przed wytoczeniem powództwa w sprawie lub na wniosek sądu niewłaściwego, do którego wniesiono pozew, to według nowego brzmienia art. 45 N.k.p.c. taki wniosek będzie mógł złożyć tylko sąd niewłaściwy. Wpływ na efektywność postępowania raczej ograniczony – nastąpi odciążenie pracy SN.
- 12. Zmiana sądu właściwego na jego wniosek ze względu na dobro wymiaru sprawiedliwości, w szczególności na społeczne postrzeganie sądu jako organu bezstronnego (art. 45¹ § 1 N.k.p.c.):** nowelizacja nader dyskusyjna. Omawiany przepis będzie służył do instrumentalnego sterowania miejscem rozpoznania spraw pod wpływem nacisku mass mediów. W moim przekonaniu przepis mający znaczenie na poły propagandowe, a przez to zbędny.
- 13. Badanie z urzędu właściwości tzw. miejscowej usuwalnej (względnej, art. 200 § 1² N.k.p.c.):** zmiana zbędna, sprzeczna z ideą autonomii procesowej. Pozostaje niewyjaśnione przekonujący uzasadnienie, dlaczego sąd ma z urzędu badać (art. 200 § 2¹ k.p.c.) właściwość w sprawie zdatnej prorogacyjnie (art. 46 k.p.c.), ale tylko do czasu doręczenia pozwu pozwanemu.
- 14. Inni uczestnicy postępowania – rzecznik konsumentów (63³ k.p.c.), interwenient uboczny (art. 77 N.k.p.c.):** projekt zasługuje na poparcie. Wyeliminowano wątpliwości co do uprawnienia rzecznika konsumenta występowania po stronie pozwanego konsumenta. Również pozytywny wpływ na efektywność postępowania będzie miało rozstrzygnięcie opozycji na posiedzeniu niejawnym (art. 178 § 2 w zw. z art. 148 § 3 N.k.p.c.), zamiast jak obecnie na rozprawie (78 § 2 k.p.c.).
- 15. Koszty procesu. Odsetki od zasądzonych kosztów procesu (art. 98 1¹, 2¹ N.k.p.c.):** należy odnieść się z uznaniem do wysiłku Projektodawców, którzy zdecydowali się na wyraźne uregulowanie obowiązku uiszczania odsetek za opóźnienie w uiszczeniu stronie procesu kosztów procesowych. Nowelizacja zapewnia ochronę prawną.
- 16. Poniesienie kosztów w wypadku niestawiennictwa strony na posiedzeniu (art. 103 § 3 N.k.p.c.):** Przepis zbędny, jedynie uszczegóławiający ogólną, syntetyczną normę zawartą w art. 103 § 1 k.p.c. W uzasadnieniu projektu brak stosownego wyjaśnienia, skąd idea tak szczegółowej regulacji. Ten przepis nie wnosi niczego istotnego do efektywności postępowania.

- 17. Obowiązek uiszczenia opłaty w razie zmiany lub rozszerzenia powództwa (130³ N.k.p.c.):** zmiana korzystna dla efektywności postępowania, wpływa na ograniczenie pochopternej zmiany powództwa.
- 18. Pisma procesowe (at. 126 i n. N. k.p.c.):** Zmiany w swej masie bez szczególnego znaczenia dla efektywności postępowania. Poza trzema wyjątkami. Trafnie wprowadzono sankcję za obrazę sądu w piśmie procesowym (art. 49 ustawy o ustroju sądów powszechnych). Co do zasady bardzo restrykcyjny art. 130^{2a} N.k.p.c. nakazujący zwrot nieopłaconego środka zaskarżenia wnoszonego przez zawodowego pełnomocnika efektywnie przyspieszy postępowanie. Faktyczna rezygnacja z wnoszenia pism na formularzach wydaje się zasadna.
- 19. Doręczenia (art. 132 § 1³ N.k.p.c.):** w moim przekonaniu przyjęto w projekcie rozwiązania zasadniczo słuszne i wpływające na efektywność postępowania zarówno co do doręczenia bezpośredniego pism między zawodowymi pełnomocnikami, jak i doręczeń za pośrednictwem komorników sądowych.
- 20. Zastrzeżenie do protokołu (art. 162 N.k.p.c.).** To przykład poświęcenia szybkości postępowania na rzecz zapewnienia efektywnej obrony praw procesowych. Nowelizacja w pełni zasługująca na aprobatę.
- 21. Postępowanie pojednawcze (art. 185 § 1¹ N.k.p.c.):** trafnie wprowadzono wymóg przedstawiania propozycji ugodowych w zawezwaniu do próby ugodowej. To realnie przyspieszy postępowanie pojednawcze.
- 22. Mediacja:** niestety zmiany częściowo zbędne (art. 98¹ § 1 N.k.p.c.), niedopracowane (103 N.k.p.c.), raczej niesprzyjające efektywności mediacji (art. 183⁵ § 2 N.k.p.c.).
- 23. Zażądanie dowodów znajdujących się w sądach, urzędach lub u osób trzecich (art. 187 § 1 pkt 2 N.k.p.c.):** nowelizacja korzystna dla osiągnięcia efektywności postępowania. Zmiana nie jest radykalna, gdyż dotyczy tylko pozwu, a ponadto nieco ułatwia powodowi złożenie wniosku na mocy art. 250 k.p.c., jako że wystarczy wyłącznie uprawdopodobnienie okoliczności, że uzyskanie dokumentu (odpisu, wypisu) było niemożliwe.
- 24. Zarzut potrącenia (art. 203¹ N.k.p.c.):** nowelizacja w dużym stopniu zasadna, niestety wprowadzenie wymogu dopuszczalności wniesienia zarzutu potrącenia dotyczącego tylko niektórych wierzytelności wzajemnych pozwanego powoduje, że przyspieszenie postępowania będzie pozorne.

Reasumując, nowelizacja nie spełnia radykalnych oczekiwań na zwiększenie efektywności postępowania. Z powyżej powołanych 24 punktów, jedynie trzynaście zyskało w pełni pozytywną opinię. Część zmian dotyczy kwestii o marginalnym znaczeniu – nie kwestionuję ich zasadności, ale wagi dla całości postępowania. Niektóre rozwiązania mają nader istotne znaczenie zarówno dla ekonomii procesowej, jak i zapewnienia wydawania słusznych i sprawiedliwych orzeczeń. W moim przekonaniu projekt wymaga jednak pewnych korekt i dopracowania.