



BIULETYN INFORMACYJNY

OGÓLNOPOLSKIEGO STOWARZYSZENIA REFERENDARZY SĄDOWYCH

Z okazji zbliżających się Świąt Bożego Narodzenia,



Zarząd Stowarzyszenia składa

Członkom Stowarzyszenia

oraz wszystkim

Czytelnikom Biuletynu

życzenia zdrowych, spokojnych i wesołych Świąt

oraz wszelkiej pomyślności w 2011 Roku.

SPIS TREŚCI:

AKTUALNOŚCI..... 1

FORUM..... 2

I. Michał Pałka-Nowe postępowanie pojednawcze i upominawcze czyli przedsąd referendarski inaczej.... 2

II. Anna Kęsik-Sprawozdanie z debaty o reformie sądownictwa, którą w dniu 19 października 2010 roku zorganizowała Helsińska Fundacja Praw Człowieka we współpracy z Wydawnictwem Wolters Kluwer Polska sp. z o.o. 10

AKTUALNOŚCI

- w dniu 25 września 2010 roku odbyło się w Krakowie zebranie Władz Stowarzyszenia, na którym wskazano dalsze kierunki działalności Stowarzyszenia;
- w dniu 6 października 2010 roku Zarząd Stowarzyszenia przesłał pocztą elektroniczną (listem poleconym w dniu 12 października 2010 roku) Ministrowi Sprawiedliwości opinię Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Referendarzy Sądowych do projektu rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie szczegółowego trybu

i sposobu doręczania pism sądowych w postępowaniu cywilnym;

- w dniu 11 października 2010 roku Zarząd Stowarzyszenia przesłał pocztą elektroniczną (listem poleconym w dniu 12 października 2010 roku) Marszałkowi Sejmu RP – Grzegorzowi Schetynie stanowisko Stowarzyszenia w sprawie poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych (druk sejmowy nr 3361);
- w dniu 11 października 2010 roku Zarząd Stowarzyszenia przesłał pocztą elektroniczną (listem poleconym w dniu 12 października 2010 roku) Przewodniczącemu Sejmowej Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka – Ryszardowi Kaliszowi stanowisko Stowarzyszenia w sprawie poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych (druk sejmowy nr 3361);
- w dniu 12 października 2010 roku Zarząd Stowarzyszenia zwrócił się do Ministra Sprawiedliwości z prośbą o informację w zakresie przedstawienia kryteriów dokonywania ocen kwalifikacyjnych referendarzom sądowym, określenia norm dla referendarzy sądowych obligujących do załatwienia określonej liczby spraw oraz problemu braku zwoływania rocznych zebrań dla referendarzy zatrudnionych w danym okręgu; w dniu 2 grudnia 2010 roku (znak DK-I-076-18/10) Zarząd Stowarzyszenia otrzymał stanowisko resortu w zakresie zwoływania corocznych zebrań referendarzy okręgu;
- w dniu 20 października 2010 roku Zarząd Stowarzyszenia przesłał pocztą elektroniczną (listem poleconym w dniu 4 listopada 2010 roku) Ministrowi Sprawiedliwości stanowisko Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Referendarzy Sądowych do projektu Ministerstwa Sprawiedliwości z dnia 27 maja 2010 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw;
- w dniu 13 października 2010 roku Zarząd Stowarzyszenia otrzymał z Ministerstwa Sprawiedliwości Departamentu Sądów Powszechnych (DSP-V-023-20/10) projekt rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości

zmieniającego rozporządzenie w sprawie zakładania i prowadzenia ksiąg wieczystych w systemie informatycznym oraz do projektu rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości zmieniającego rozporządzenie w sprawie prowadzenia ksiąg wieczystych i zbiorów dokumentów; pismem z dnia 3 i 4 listopada 2010 roku Zarząd Stowarzyszenia poinformował Departament Sądów Powszechnych, że nie zgłasza uwag do przedstawionego projektu;

- w dniu 8 listopada 2010 roku Zarząd Stowarzyszenia przesłał pocztą elektroniczną do wiadomości „partnerom społecznym” stanowisko Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Referendarzy Sądowych do projektu Ministerstwa Sprawiedliwości z dnia 27 maja 2010 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw;
- w dniu 16 grudnia 2010 roku przedstawiciele Stowarzyszenia uczestniczyli w posiedzeniu Sejmowej Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka rozpatrującej poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych (druk sejmowy nr 3361).

FORUM

I. Michał Pałka-Nowe postępowanie pojednawcze i upominawcze czyli przedsąd referendarski inaczej

Wstęp

Przedstawione tu założenia są propozycją przemodelowania postępowań: pojednawczego i upominawczego, tak aby efektywniej spełniały one funkcję rozstrzygania konfliktów prawnych poza rozprawą sądową. Podstawowym założeniem prowadzącym do tego celu jest wzmocnienie (w przypadku upominawczego) oraz dodanie (w przypadku pojednawczego) elementów prejudycjalności do istniejących instytucji procesowych.

Prowadzenie postępowań pojednawczego i upominawczego powinno zostać powierzone w całości referendarzowi sądowemu, a to ze względu na: nieautorytatywne formy rozwiązywania konfliktów prawnych oraz przedinstancyjny charakter tych postępowań.

Jest to, jak nietrudno zauważyć, powrót do koncepcji przedsądu referendarskiego¹, z tą różnicą, że:

1. Zamiast tworzyć nową instytucję procesową, proponuję wpasować przedsąd w te instytucje, które już obowiązują, i to tak, żeby nie naruszyć ich istoty, zatem "przedsąd ustny" powinien być fakultatywny, bo takie jest

postępowanie pojednawcze.

2. Proponowane rozwiązania nie są odpowiedzią na potrzeby polityki kadrowej sądownictwa, ale na dostrzegalne wady istniejącego systemu prawa procesowego. Ustrój powinien być dostosowany do procedur, a nie odwrotnie.

W wersji ustnej przedsądu, czyli w postępowaniu pojednawczym, wykluczam: obligatoryjność tego postępowania oraz wydawanie jakiegokolwiek rozstrzygnięcia przez referendarza, choćby rozstrzygnięcia niewładcze (tj. wzruszane środkiem zaskarżenia o charakterze anulatywnym). Wydawanie jakiegokolwiek decyzji procesowej kończącej, nakładałoby bowiem na strony obowiązek dochowania terminu do jej zaskarżenia, a to zniechęcałoby obywateli do korzystania z tej drogi. Terminy to przecież formalizm procesowy, a sądzę, że powinniśmy stworzyć produkt, który sprzedamy obywatelom jako nieskomplikowany (czyli łatwo dostępny dla każdego), tani i szybki sposób na załatwienie sprawy cywilnej.

Wykluczam zbieranie dowodów przez referendarza (za wyjątkiem dokumentów, które strona może złożyć na posiedzeniu pojednawczym), bo postępowanie o charakterze prejudycjalnym nie jest miejscem na przeprowadzanie dowodów. Poza tym, postępowanie dowodowe musi - z natury rzeczy - być w odpowiednim stopniu sformalizowane, tymczasem moim założeniem jest maksymalne odformalizowanie postępowania toczącego się przed referendarzem.

Powyższe uwagi uważam za konieczne, jako że niniejszy projekt jest inspirowany projektem tzw. przedsądu referendarskiego. W dalszej części opracowania to pojęcie nie będzie już jednak używane, ponieważ proponuję zmiany w istniejących instytucjach procesowych, nie zaś wprowadzenie nowych instytucji.

Poniżej przedstawiam podstawowe założenia w formie krótkich punktów. Rozwinięcie propozycji (o ile tego wymagają) i argumentacji znajduje się w dalszej części.

1. Istota projektu

1. Postępowania pojednawcze pozostaje postępowaniem ustnym i co do zasady fakultatywnym, a upominawcze - pisemnym i obligatoryjnym.
2. Referendarz sądowy otrzymuje ogólne uprawnienie do prowadzenia postępowania upominawczego (wariant: za wyjątkiem odrzucenia sprzeciwu).²
3. Postępowanie pojednawcze jest prowadzone przez referendarza sądowego.
4. Rola referendarza w postępowaniu pojednawczym nie ogranicza się do asystowania przy zawieraniu ugody, ale polega na aktywnym współdziałaniu ze stronami w rozwiązywaniu sporu, wyjaśnianiu im podstaw prawnych zajmowanych przez nie stanowisk oraz zaproponowaniu ugody o określonej treści.

¹ Grzegorz Karcz, „Przedsądy referendarskie” jako głos w dyskusji nad unormowaniem systemu powoływania osób sprawujących władzę sądowniczą, MPPr 11/2008.

² Referendarz powinien prowadzić także postępowanie nakazowe. Nie jest to jednak przedmiotem niniejszego opracowania.

5. Pozostałe reguły związane z postępowaniem pojednawczym, tj. w szczególności kontrola legalności ugody przez referendarza i konsekwencje niestawiennictwa na posiedzenie - pozostają bez zmian.
6. Przyczyny niedopuszczalności wydania nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym pozostają bez zmian, z tą różnicą, że w przypadku oczywistej bezzadności tylko części żądania, bądź gdy wątpliwości co do przytoczonych przez powoda okoliczności podważają tylko jego część, referendarz wydaje nakaz zapłaty obejmujący tę część żądania, która jest uzasadniona i uprawdopodobniona, a w pozostałym zakresie wydaje rozstrzygnięcie negatywne. Po uprawomocnieniu nakazu zapłaty, całe żądanie, również w zakresie nieuwzględnionym, jest objęte powagą rzeczy osądzonej.
7. Sprzeciw od nakazu zapłaty może złożyć także powód, zaskarżając go w granicach *gravamen*. Sprzeciw pozostaje środkiem anulatywnym.
8. Przesłanki wydania i treść nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym pozostają bez zmian.
9. W postępowaniu upominawczym nakaz zawiera oprócz elementów obecnie wymaganych, także podanie podstawy prawnej zasądzonego nakazem żądania, oraz ewentualne rozstrzygnięcie negatywne wraz z jego podstawą prawną.
10. Referendarz może (fakultatywnie) załączyć do nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym krótkie uzasadnienie, jeśli uzna to za sprzyjające przyjęciu przez strony proponowanego rozstrzygnięcia.
11. Docelowo postępowania pojednawcze, nakazowe i upominawcze powinni prowadzić wyłącznie referendarze. Do czasu uporządkowania sytuacji kadrowej w sądach powszechnych, postępowania te mogą - na zasadzie wyjątku - prowadzić sędziowie³.

2. Korzyści

Korzyści płynące z proponowanych rozwiązań:

1. Zmniejszenie liczby spraw wymagających przeprowadzenia rozprawy i angażowania czasu pracy sędziów. To powinno przełożyć się na przyspieszenie postępowań w referatach sędziów, czyli zwiększenie formalnej dostępności ochrony prawnej. Rozstrzyganie spraw poza rozprawą i na zasadzie prejudycjalności, ma na celu nie tyle przyspieszenie postępowania w sprawach rozpatrywanych każda z osobna (choć i taki skutek należy zakładać), ile raczej udroźnienie systemu sądowej ochrony prawnej rozpatrywanego jako całość.
2. Prejudycjalność postępowania pojednawczego i upominawczego oznacza, że obywatele już na etapie "przedprocesowym" uzyskują - wprowadzie nieautorytatywną i uproszczoną - ale jednak sądową wykładnię wiążących ich *in concreto* norm prawnych i ocenę danej sytuacji spornej. Jest to nic innego jak zwiększenie dostępności ochrony prawnej w sensie materialnym.
3. Uatrakcyjnienie postępowania pojednawczego powinno skutkować większą liczbą spraw kończących się ugodą na tym etapie - efekt koncyliacyjny (zmniejszenie społecznych kosztów wynikających ze sporów prawnych).
4. W sprawach, w których nie dojdzie do ugody z przyczyn innych niż niestawiennictwo, protokół z posiedzenia, zawierający oświadczenia stron oraz sugestie i wyjaśnienia referendarza, stanowi dla sędziego referenta materiał przygotowawczy do wykorzystania w postępowaniu sądowym. Ponadto, precyzowanie stanowisk stron i inne czynności wstępne na rozprawie, wymienione w art. 207 § 2, art. 210 i art. 212 kpc, będą zajmować mniej czasu, bo każda ze stron, jak i sąd, będą mogli odwołać się do protokołu posiedzenia pojednawczego.
5. Deliberatywny model postępowania pojednawczego, w przeciwieństwie do autorytatywnego modelu rozprawy, będzie sprzyjał pojęciu przez strony istoty sprawy, zrozumieniu stanowiska drugiej strony oraz ocenie swoich własnych szans w sporze. Dzięki temu, nawet jeśli nie dojdzie do ugody, strony w dalszym postępowaniu sądowym będą mniej skłonne do składania bezcelowych wniosków, skutkujących nierzadko przewlekłością postępowania.
6. Mniejsza ilość drobnych i prostych spraw o zapłatę będzie trafiać na rozprawę z blahego powodu, tj. przez drobną merytoryczną pomyłkę powoda w pozwie (np. bezpodstawną kapitalizacją odsetek albo bezpodstawnie rozszerzenie okresu ich naliczania).
7. Zmniejszy się skala zjawiska faworyzowania strony powodowej (czyli godzenia w zasadę kontrydiktoryjności) aby zapobiec nadmiernemu przepływowi spraw z repertorium Nc do repertorium C.
8. Zniesienie istotnej różnicy między postępowaniem upominawczym, a europejskim postępowaniem nakazowym zapobiegnie zarzutom o stosowanie przez prawo krajowe tzw. dyskryminacji odwrotnej, czyli stawiania podmiotów wewnętrznych w sytuacji gorszej niż wynikająca ze wspólnotowych regulacji w stosunkach transgranicznych.
9. Bardziej aktywny udział referendarza w "przedprocesowym" załatwianiu spraw oraz ich prejudycjalny charakter przyczyni się - przy okazji - do lepszego przygotowania kandydatów na stanowiska sędziowskie, zaś

³ W sprawach nienależących do wymierzania sprawiedliwości, czyli autorytatywnego rozstrzygania sporów i wymierzania kar (zob. wyr. TK z 10-05-2000, K 21/99), referendarze powinni mieć uprawnienia do wszelkich czynności na podstawie ogólnej zasady, a nie na podstawie wyjątku.

osobom nieaspirującym na takie stanowiska dostarczy pozafinansowych korzyści płynących ze stabilizacji swojej kariery zawodowej na stanowisku referendarza. Ten argument należy jednak traktować jako poboczny, najważniejsze są cele w zakresie gwarancji procesowych stron i usprawnienia "przerobu" w sądach.

3. Warunki powodzenia

1. Przedstawionych propozycji nie można uważać za cudowny lek na całe zło. Jest to drobny krok na drodze do usprawnienia postępowań sądowych w sprawach cywilnych.
2. Osiągnięcie zakładanych korzyści zależy od zaistnienia czynników dodatkowych, prócz samej zmiany przepisów procesowych:
 - a. stopniowego zwiększania ilości etatów referendarskich w wydziałach procesowych sądów rejonowych i okręgowych,
 - b. spopularyzowania wiedzy o nowych instytucjach prawnych w społeczeństwie, zarówno przez działania o charakterze edukacyjnym, jak i przez przepisy określające sposób pouczenia i wzywania stron postępowania,
 - c. czytelność wezwań i pouczeń sądowych⁴.
3. Skuteczność wprowadzonej nowelizacji (jej wpływ na zatłoczoność spraw poza rozprawą) powinna być przedmiotem okresowej analizy. W razie stwierdzenia dających się usunąć usterek nowej regulacji, należy dokonać odpowiedniej korekty. Ponadto, jeśli doświadczenia będą pozytywne, będzie można stopniowo pogłębiać zmiany, np. obejmując postępowaniem upominawczym roszczenia inne niż pieniężne, albo wprowadzając obligatoryjność postępowania pojednawczego w niektórych kategoriach spraw, oczywiście na podstawie odpowiednich badań empirycznych.
4. Należy zapobiec wypaczeniu istoty wprowadzanych do procedury zmian przez tryb i metody administracyjnego nadzoru. Jeśli referendarz będzie w jakikolwiek sposób premiowany za to, że w jego referacie jest więcej ugód zawartych, albo mniej wpływa sprzeciwów od nakazów, to może to negatywnie wpłynąć na realizację zakładanych celów projektu.
5. Przy okazji dokonywania odpowiednich zmian w kpc, należy także uracjonalnić przepisy o opłatach od pozwu w postępowaniu upominawczym (problem zwracania 3/4 opłaty po uprawomocnieniu nakazu).

4 Bliższe uzasadnienie tego postulatu jest zbyt cenne w związku z wyczerpującym i przekonującym opracowaniem zawartym w raporcie HFPCz pt. *Komunikacja sądów z obywatelami* (http://www.for.org.pl/upload/File/raporty/Raport_Komunikacji_a_Sadow_z_obywatelami_WEB_FINAL.pdf). Wypada jedynie dodać, że najlepsza nawet oferta ochrony prawnej nie zostanie wykorzystana, jeśli władza publiczna nie zadba o jej zrozumiałość dla obywateli.

A. Postępowanie pojednawcze

4. Luka w systemie rozwiązywania sporów

Tryby rozwiązywania konfliktów prawnych dzieli się zazwyczaj na cztery typy⁵: kontraktowy mediacyjny, arbitrażowy i adjudykacyjny. Tryb kontraktowy ze swej istoty nie wymaga regulacji, prawo może co najwyżej nakładać na strony obowiązek podjęcia próby rokowań (np. art. 479¹² § 2 Kpc). Sposób uregulowania w polskim prawie trybów mediacyjnego i arbitrażowego nie jest przedmiotem niniejszego opracowania. Proponowane założenia nowego modelu postępowania pojednawczego mają natomiast wypełnić lukę, jaką jest brak trybu o charakterze mieszanym: adjudykacyjno-mediacyjnym. Chodzi o swoiste "poszerzenie oferty" wymiaru sprawiedliwości wobec obywateli⁶. Oferta ta jest obecnie zawężona do procesu scharakteryzowanego fatalnym splotem zasad kontradiktoryjności i formalizmu procesowego, przez co władza publiczna wycofuje się z aktywnego przeciwdziałania wykluczeniu prawnemu. Zjawisko wykluczenia prawnego, wynikające m.in. z zawłaszczenia procesu sądowego przez prawników,⁷ rozwija się szczególnie pomyślnie na glebie czysto kontradiktoryjnego i sformalizowanego procesu, niezbalansowanego instrumentami inkluzji "człowieka z ulicy" do świata instytucji prawnych. Takim środkiem inkluzji mogłoby być postępowanie pojednawcze z aktywniejszym udziałem organu sądowego.⁸ Istotą prawa cywilnego jest dialog a nie przymus⁹ - ta słusza teza jest przyjmowana zbyt jednostronnie - jako jedynie zachęta do kontradiktoryjności. Sama zaś kontradiktoryjność, bez czynników inkluzji, nie zapewnia habermasowskiej "idealnej sytuacji mowy"¹⁰, jeśli państwo nie dba o to, żeby obie strony sporu wszechstronnie zrozumiały postępowanie sądowe i swoją w nim rolę.

Według przedstawionych tu założeń, w postępowaniu pojednawczym mają przeważać elementy adjudykacyjne, jednakże ma to być procedura w wysokim stopniu odformalizowana i nastawiona "na klienta".

Elementem mediacyjnym w nowym postępowaniu pojednawczym ma być odstąpienie od zasady formalizmu procesowego, aktywny udział referendarza oraz zmierzanie do osiągnięcia ugody.

Odformalizowanie posiedzenia pojednawczego nie oznacza, że powinno ono toczyć się bez żadnych reguł. Te reguły nie powinny być

5 Lech Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2000, s. 168-169; zob. też. Aneta Jakubiak-Miłośnicka, *Alternatywne a sądowe rozstrzyganie sporów sądowych*, Oficyna 2008, rozdz. I.

6 Joachim von Bargen, *Dobre orzecznictwo – stanowisko wobec dyskusji dotyczącej jakości w sądach*, MPr 23-2006

7 zob. Anna Turska, *O podmiotowości prawnej i gotowości dochodzenia należnych praw*, s. 103-120; w: *Prawo i wykluczenie. Studium empiryczne* pod red. A. Turskiej, Warszawa 2010.

8 Albo np. art. 5 Kpc rozbudowany o możliwość udzielania przez referendarza pisemnych i ustnych pouczeń.

9 Andrzej Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984, s. 18.

10 L. Morawski, op. cit. s. 107-109.

jednakże określane przepisami prawa powszechnie obowiązującego, bo to prowadziłyby to wprowadzenia formalizmu niejako "tylnymi drzwiami". Właściwą metodą regulacji i standaryzacji postępowań pojednawczych powinny być natomiast środki oddziaływania miękkiego, określane różnymi nazwami: dobre praktyki, soft law itp. Na początku, konieczne będzie nabycie pewnych doświadczeń z praktyki. W pierwszym etapie wdrażania nowych rozwiązań proceduralnych, można co najwyżej zalecać referendarzom takie oczywistości, jak np. że powinni słuchać uważnie stron, że powinni starać się też czegoś od nich nauczyć, że nie powinni okazywać wyższości, że powinni wręcz uprzedzić strony o tym że "nie jestem alfą i omegą, ale tylko prawnikiem".

Elementami adjudykacyjnymi są natomiast: brak wpływu stron na osobę "arbitra" (w ograniczonym zakresie można dopuścić właściwość przemianą sądu), nieobjęcie przebiegu negocjacji tajemnicą i kontrola zawartej przez strony ugody. Ważnym adjudykacyjnym elementem takiego modelu postępowania jest skoncentrowanie referendarza na odnalezieniu prawnych, a nie pozaprawnych przyczyn konfliktu, czyli tzw. "widocznej części góry lodowej"¹¹. Prawne aspekty sprawy są bowiem łatwiejsze do wyartykułowania w sądzie (przy udziale funkcjonariusza sądu). Postępowanie pojednawcze ma bowiem być zorientowane zasadniczo retrospektywnie¹² i stanowić propozycję dla stron, których konflikt wynika bardziej z niepewności co do prawa. Dla stron, których konflikt ma swoje najważniejsze źródła w okolicznościach natury np. psychologicznej, właściwym trybem jego rozwiązania powinna być mediacja, jako postępowanie o zasadniczej prospektywnej orientacji. Obywatele wdający się w spór są zawsze zorientowani prospektywnie. Po zdarzeniu wywołującym konflikt, chcą ułożyć sobie życie na przyszłość. Okazuje się jednak, że często mogą, a wręcz pragną spróbować osiągnąć to za pomocą procedury sądowej, nastawionej retrospektywnie.

5. Potencjał tkwiący w postępowaniu pojednawczym

Obecnie jedyną praktycznie korzyścią z wniosku o zawezwanie do próby ugodowej jest dla wierzyciela przerwanie biegu przedawnienia. Należy więc przemodelować postępowanie pojednawcze tak, by obie strony dostrzegły korzyści z rozstrzygnięcia sprawy na posiedzeniu pojednawczym. Dlatego należy im zaproponować postępowanie będące w istocie swobodną dyskusją połączoną z sondowaniem przeciwnika i uzyskaniem danych potrzebnych do oceny swoich szans w ewentualnym procesie.¹³ Jest wysoce prawdopodobne, że duża część sporów zostanie zakończona na tym etapie ugodą, dzięki

temu właśnie, że obywatel uzyska względnie szybką i przystępną informację o swoich szansach w sprawie. Chodzi tylko o to, by obywatel mógł osiągnąć ten cel bez konieczności angażowania się w kontradictoryjny proces (albo w sformalizowane i kosztowne postępowanie nieprocesowe), którego naturalny formalizm i dystans dzielący strony od sądu, stoją na przeszkodzie prostemu "załatwieniu sprawy".

Natomiast w tych sprawach, które z powodu niedościa stron do porozumienia trafią jednak na wokandę, protokół posiedzenia pojednawczego wraz z zawartymi w nim oświadczeniami stron i treścią zaproponowanej przez referendarza ugody, stanowić będzie materiał pomocniczy dla sędziego na rozprawie. Dzięki niemu sędzia powinien mniej czasu poświęcać na precyzowanie stanowisk stron poprzez wymianę pism przygotowawczych (art. 207 § 2 kpc) oraz zadawanie pytań wyjaśniających na samej rozprawie (art. 212 kpc). Na posiedzeniu pojednawczym strony powinny mieć też możliwość złożenia pisemnych oświadczeń, dokumentów i ich odpisów. Jeśli strony nie zawrą ugody i jedna z nich wnieśli następnie pozew/wniosek o wszczęcie postępowania, to powinna, we własnym interesie, powołać się w tym pozwie/wniosku na akta postępowania pojednawczego.

6. Korzyści

Tak zarysowana koncepcja postępowania pojednawczego łączy w sobie kilka funkcji, jakie ma ono spełniać:

1. koncyliacyjną, bo referendarz powinien nakłaniać strony do ugody, wyjaśniając im podstawy prawne (lub brak tychże) dla ich żądań i zarzutów, kreując u stron poczucie odpowiedzialności za los ich sprawy;
2. przygotowawczą, o której mowa była wyżej (jest to - mówiąc na marginesie - nawiązanie do historycznych tradycji jakie wiążą się z nazwą "referendarz");
3. legitymizacyjną ("*legitymizacja działania sądu przez dialog i transparenję*"¹⁴);
4. prejudycjalną, ponieważ referendarz przedstawia stronom swoisty prejudykat, jakim jest zaproponowana przezeń treść ugody. Propozycja ta jest wprowadzona niewiążąca dla stron i oparta na zasadzie "opt-in" (odwrotnie niż w przypadku nakazu zapłaty, który jest oparty na zasadzie "opt-out"), jednakże można ją nazwać prejudykatem, ponieważ jest poparta autorytetem funkcjonariusza państwowego.

Stanowiska stron, wyjaśnienia referendarza i zaproponowana przez niego treść ugody są elementem protokołu z posiedzenia. Protokół powinien zawierać, prócz wskazania miejsca, czasu i uczestników posiedzenia, tylko to co konieczne dla weryfikacji tytułu egzekucyjnego - czyli treść ugody podpisanej przez strony, oraz to, co może się okazać przydatne dla sędziego w przypadku niezawarcia ugody - czyli oświadczenia stron i treść

11 Zob. *Prawnik w mediacji* pkt 1 (<http://www.mediacjajestemza.pl/Prawnik-w-mediacji/>)

12 L. Morawski, op. cit. s. 177.

13 Byłaby to procedura podobna do begijskiej "*mediation judiciaire*", zob. opis wyróżnionego projektu w konkursie Rady Europy pn. "Kryształowa waga sprawiedliwości": <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepcj/events/edcj/cristal/ProjetBelgMediation2005.pdf>.

14 Ewa Łętowska, *Niedomagająca legitymizacja trzeciej władzy* (w:) *Perspektywy wymiaru sprawiedliwości*, dodatek do MP 3/2010.

zaproponowanej przez referendarza ugody. Strony muszą być pouczone o tym, że treść składanych propozycji i oświadczeń nie jest poufna.

Również sąd powinien mieć z urzędu możliwość odwołania się do protokołu posiedzenia pojednawczego w toku czynności wstępnych, dzięki czemu będą one zajmować mniej czasu. Dlatego też protokół powinien być podpisywany zarówno przez referendarza, jak i przez uczestników posiedzenia. Powinno to zapobiec pochopnemu podważaniu treści protokołu.

7. Stosunek referendarza względem sprawy

Referendarz, z poszanowaniem zasady równouprawnienia stron, powinien aktywnie pomagać stronom w sformułowaniu swoich stanowisk względem sprawy. Może więc dopytywać strony o podstawy faktyczne ich twierdzeń i zarzutów, w tym zadawać pytania zmierzające do usunięcia niekonsekwencji i sprzeczności zawartych w stanowiskach stron. Powinien także zwracać uwagę stronom na ewentualną bezpodstawność ich żądań i zarzutów. Nienaruszona pozostaje więc zasada "*da mihi factum dabo tibi ius*". Referendarz w żadnym wypadku nie działa na zasadzie inkwizycyjności, bowiem strona ma swobodę wyjawić lub zataić poszczególne okoliczności faktyczne lub dowody. Referendarz nie jest jednak sędzią, zatem nie musi nabierać wody święconej w usta po wywołaniu sprawy i wypuszczać ją dopiero przed wydaniem wyroku¹⁵. W swobodnej rozmowie strony przedstawiają mu fakty, a referendarz przedstawia stronom normy prawne (uwaga: nie przepisy, ale normy).

Ponadto, należy zastrzec, że referendarz w takim postępowaniu ma jednak zmierzać do załagodzenia konfliktu, a przeciwdziałać jego eskalacji. Dlatego nowe przepisy o postępowaniu pojednawczym powinny też jasno ograniczyć pole działania referendarza do granic sprawy zakreślonej przez strony. Referendarzowi nie wolno zwracać uwagi stronom na dodatkowe żądania i zarzuty, które mogłyby podnieść, a których nie podniosły. Może jednak wyjaśnić stronom konsekwencje prawne zgłoszonych przez nie okoliczności faktycznych, choćby miało to doprowadzić do podniesienia nowych żądań i zarzutów.

8. Dowody

W postępowaniu pojednawczym oczywiście **nie ma miejsca na przeprowadzanie dowodów**, jednakże referendarz powinien starać się uzyskać od stron informacje o możliwych do przeprowadzenia dowodach. Ma to ułatwić obu stronom wyobrażenie sobie swoich szans w ewentualnym postępowaniu przed sądem. Powinien też zawsze zwracać uwagę stronom na art. 6 kc, lub inne reguły rozkładu ciężaru dowodu, jeżeli akurat w danej sprawie mają zastosowanie, oraz ich praktyczne konsekwencje dla danej sprawy. Nierespektowanie zasady rozkładu ciężaru dowodu przez obywateli

nieobeznanych z sądownictwem jest bowiem jedną z przyczyn przewlekłości postępowań, bowiem strony często składają wnioski i oświadczenia procesowe zbędne nawet z punktu widzenia ich własnych interesów, lub składają je zbyt późno.

9. Kontrola ugody

Kontrola legalności i zgodności z zasadami współżycia społecznego ugody odbywa się tak jak obecnie, z tą różnicą, że w przypadku gdy ugoda nadaje się do wykonania, referendarz nadaje jej z urzędu na tym samym posiedzeniu klauzulę wykonalności i od razu wręcza stronom odpisy. Wszystkie te czynności mają być podjęte z urzędu, a zatem nie podlegałyby opłacie, co ma stanowić dodatkową zachętę do skorzystania z tej formy rozstrzygnięcia sporu.

10. Schematyczny przebieg

1. Wnioskodawca składa wniosek, w którym oznacza sprawę i swoje stanowisko (im będzie dokładniejszy tym większe prawdopodobieństwo że przeciwnik się stawi i podejmie dyskusję; należy pozostawić wnioskodawcy do wyboru, czy chce tylko przerwać bieg przedawnienia, czy też rzeczywiście wdać się w przedprocesowy spór w sądzie).
2. Sąd wysyła przeciwnikowi odpis złożonych przez wnioskodawcę dokumentów wraz z pouczeniem o konsekwencjach niestawiennictwa, ale także o: możliwości przedstawienia swoich racji, poznania racji przeciwnika, poznania poglądu referendarza na sprawę oraz zawarcia ugody o treści zaproponowanej przez referendarza lub innej (wezwanie powinno nie tylko grozić, ale i zachęcać). Odpisy sporządza sekretariat sądu - wyjątek od art. 128 kpc, należy bowiem maksymalnie ograniczyć wymogi formalne wniosku.
3. Jeśli wzywający nie stawi się na posiedzenie, referendarz wydaje postanowienie o nałożeniu na niego kosztów, zgodnie z art. 186 § 1 Kpc.
4. Jeśli przeciwnik się nie stawi, referendarz zaznacza to w protokole.
5. Na posiedzeniu strony dyskutują pod kierunkiem referendarza. Dyskusja zmierza do określenia istoty i granic sporu, wyjaśnienia co jest niesporne, jaki jest rozkład ciężaru dowodu, jakie są możliwe do przeprowadzenia dowody, jakie argumenty prawne przemawiają za racjami stron.
6. Referendarz w trakcie dyskusji stara się rozemścić, czy spór wynika bardziej z prawnych czy pozaprawnych przyczyn; w tym drugim przypadku nakłania strony do ugody, nie proponując jednak konkretnej jej treści, przedstawia natomiast konsekwencje prawne ugody sądowej (że jest tytułem egzekucyjnym itd.).
7. Jeśli strony nie zawrą ugody, referendarz informuje o możliwości skorzystania z mediacji i jeśli strony wyrażają zgodę - kieruje je do

¹⁵ Artur Zawadowski, *Sędzia "sfinks", (w:) Perspektywy wymiaru sprawiedliwości*, dodatek do MPr 3/2010.

- mediacji.
8. Jeśli z rozznania referendarza wynika, że spór wynikł raczej na tle niepewności co do prawa, proponuje treść ugody i ustnie przedstawia uzasadnienie prawne takiej ugody. Ponownie zwraca stronom uwagę na rozkład ciężaru dowodu w sprawie, tak by mogły ocenić swoje szanse w procesie.
 9. Strony oświadczają, czy wyrażają zgodę na ugodę w brzmieniu zaproponowanym przez referendarza. Jeśli tak, sporządza on odpisy protokołu zawierające tekst ugody i wydaje wraz ze stwierdzeniem wykonalności. Jeśli nie - nakłania strony do zawarcia ugody innej treści.
 10. Strony zawierają ugodę o treści innej niż zaproponowana przez referendarza.
 11. Referendarz, jeśli nie wydaje postanowienia o uznaniu ugody za niedopuszczalną (art. 184 zd. 2 Kpc), wydaje odpisy ugody ze stwierdzeniem wykonalności.

Wszystko odbywa się na jednym posiedzeniu. Jeśli strony oświadczą, że potrzebują czasu, aby przemyśleć ugodę zaproponowaną przez referendarza, lub inną, referendarz zamyka posiedzenie i poucza strony, że mogą w terminie 2 tygodni na piśmie złożyć jednostronne oświadczenie o zaakceptowaniu ugody zaproponowanej na posiedzeniu. Jeżeli obie strony złożą w terminie takie oświadczenia, zawartą w ten sposób ugodę uważa się za ugodę sądową, podlegającą wykonaniu w drodze egzekucji. Referendarz nadaje z urzędu klauzulę wykonalności.

11. Koszty postępowania

Obecnie art. 23 pkt 3 Uksk przewiduje 40 zł opłaty sądowej od wniosku o wezwanie do próby ugodowej. Opłaty sądowe spełniają funkcję nie tylko fiskalną. Ich dodatkową funkcją (przynajmniej w procesie) jest zapobieganie pieniactwu¹⁶. Jeżeli postępowanie pojednawcze ma spełniać opisane tu oczekiwania, to powinno się do niego raczej zachęcać niż zniechęcać. Wydaje się więc zasadnym, by zachęcić obywateli do skorzystania z nowej formy ochrony prawnej, np. przez czasowe zwolnienie od opłaty sądowej wniosku o wezwanie do próby ugodowej, choćby przez pierwszy rok obowiązywania nowych przepisów. Nieuzyskane przez Skarb Państwa koszty powinny się zwrócić dzięki odciążeniu wokand. Na koszty postępowania pojednawczego nakładane na stronę niestawiającą składałyby się więc tylko koszty ewentualnego zastępstwa procesowego (i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa). To i tak o wiele więcej niż koszty sądowe, więc powinno to stanowić wystarczającą zachętę do stawiennictwa na posiedzenie pojednawcze.

Inną opcją godną rozważenia jest zmiana art. 186 § 2 kpc w taki sposób, by przeciwnik ponosił koszty próby ugodowej na rzecz wzywającego w przypadku każdego, a nie tylko nieusprawiedliwionego niestawiennictwa na

posiedzenie, chyba że usprawiedliwi swoją nieobecność okolicznościami o charakterze nadzwyczajnym. Uważam, że jest to uzasadniony interesem społecznym nacisk na obywatela, aby dał szansę na rozwiązanie konfliktu prawnego bez potrzeby wszczynania normalnego sądowego postępowania.

B. Postępowanie upominawcze

12. Stan obecny

Istotą postępowania upominawczego jest dostarczenie wierzycielowi względnie szybko tytułu egzekucyjnego, jeśli na etapie postępowania pisemnego okaże się, że jego roszczenie jest bezsporne. Jednakże organ państwowy nie może nakładać sankcji państwowego przymusu tym roszczeniom, które są w sposób oczywisty bezzasadne, lub umotywowane w sposób budzący wątpliwości, choćby nawet dłużnik - z jakichkolwiek powodów - miał zaniechać wdawania się w spór.

Dlatego też obowiązują przepisy art. 499 pkt 1 i 2 kpc. Polskie postępowanie upominawcze należy więc do "*evidence family*", czyli tej grupy systemów w Europie, gdzie żądanie wierzyciela podlega badaniu pod kątem pewnych minimalnych wymogów merytorycznych, nie tylko formalnych, zanim ciężar decyzji o wdaniu się w spór zostanie przerzucony na dłużnika¹⁷. Nakaz zapłaty jest więc prejudykatem, bowiem obu stronom postępowania komunikuje, że organ sądowy na posiedzeniu niejawnym uznał żądanie powoda za w miarę uzasadnione i uprawdopodobnione.

13. Krytyka obecnego modelu

Powyższe założenia leżące u podstaw polskiego modelu należy uznać za słuszne. Problem jednak w tym, że po pierwsze organ sądowy nie podaje na jakich podstawach prawnych (prawa materialnego) się oparł, a to często ułatwiłoby pozwanemu zrozumienie istoty sprawy i ocenę swoich szans. Po drugie, jeśli uzna roszczenie powoda za oczywiście bezzasadne lub jego twierdzenia za budzące wątpliwości, to powód dowie się o tym przez sam fakt powiadomienia go o terminie rozprawy. Nie ma on natomiast sposobności aby dowiedzieć się co konkretnie w jego pozwie wzbudziło wątpliwości, albo w jakim zakresie jego roszczenie zostało uznane za oczywiście bezzasadne. Najistotniejszym chyba mankamentem obecnego modelu postępowania upominawczego jest bowiem konieczność procedowania na zasadzie albo-albo (wszystko albo nic), charakterystycznej raczej dla systemów "no-evidence", w których żądanie powoda podlega badaniu prawie wyłącznie pod kątem formalnym, a nakazy zapłaty są wydawane raczej przez urzędników sądowych. Jeśli bowiem roszczenie zgłoszone w pozwie jest bezzasadne tylko w części, to oznacza to konieczność zastosowania art. 498 § 2

17 Szerzej na temat obowiązujących w Unii Europejskiej systemów: Zielona Księga KE COM(2002) 746 (str. 17-19): http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2002/com2002_0746en01.pdf.

16 W. Siedlecki, Z. Świeboda, 2001, s. 177.

kpc i wyznaczenia rozprawy. Bywa - stosunkowo często - że oczywiście bezzasadna jest ta część żądania, którą można by określić mianem nieistotnej. Np. powód zawyża roszczenie przez nieprawidłowe wyliczenie skapitalizowanych odsetek, albo w ogóle bezpodstawnie je kapitalizuje, względnie żąda ich za okres poprzedzający dzień wymagalności roszczenia głównego. Często tego typu merytoryczne błędy wynikają z nieznanomości prawa (np. strona żąda trzykrotności zadatku, albo odsetek umownych przewyższających stopę odsetek maksymalnych). Bywa i tak, że z okoliczności można się domyślać, że zawyżenie żądania jest skutkiem omyłki rachunkowej lub pisarskiej.

Skutki tego są dwojakie. Po pierwsze, zbyt dużo spraw, które nadawałyby się do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym, trafia na rozprawę. Gdyby strona powodowa otrzymała nakaz zapłaty, w którym w sposób syntetyczny (tj. przez przytoczenie przepisu prawa) ujęta byłaby przyczyna uznania jego roszczenia za częściowo bezzasadne, to z pewnością w większości takich spraw, zaakceptowałyby takie rozstrzygnięcie i nie wnosiła sprzeciwu. Nakaz zapłaty powinien być prejudykatem skierowanym zarówno do pozwanego jak i do powoda. Postępowanie upominawcze prowadzone na zasadzie albo-albo jest zatem anachronizmem w obliczu większego niż przed laty i stale zwiększającego się wpływu spraw cywilnych do sądów powszechnych.

Po drugie, z powodów oportunistycznych, uwarunkowanych niestety niewłaściwymi metodami nadzoru nad działalnością sądów, sądom za bardzo zależy aby "zakreślić sprawę" bez wyznaczania rozprawy. Dlatego też szeroko stosowaną praktyką jest pomaganie powodowi w uzupełnieniu nie tylko formalnych, ale i merytorycznych braków pozwu o zapłatę. Jeśli więc twierdzenia pozwu nie powodują rażąco oczywistej bezzasadności roszczenia, a jedynie są niekompletne lub w inny sposób budzące wątpliwości, to wzywa się powoda do wyjaśnień, lub sprecyzowania pozwu "pod rygorem rozpoznania sprawy z pominięciem przepisów o postępowaniu upominawczym" (bywa że i pod rygorem oddalenia powództwa, ale chyba wizytatorzy starają się to tępić). Bywa też stosowana rozszerzająca interpretacja art. 187 § 1 pkt 2 kpc. Wezwania są dosyć ogłędne, ale i tak jest to przedłużanie postępowania oraz naruszanie zasady równości stron - poprzez aktywne udzielanie pomocy powodowi przez organ procesowy.

Należy też zwrócić uwagę na niezręczne sformułowanie treści nakazu zapłaty w art. 502 § 1 kpc: termin dwutygodniowy odnosi się zarówno do wniesienia sprzeciwu jak i do spełnienia świadczenia. Sugeruje to - myśląc - że przez okres nieprawomocności nakazu świadczenie jest niewymagalne. A przecież nakaz zapłaty nie jest orzeczeniem konstytutywnym, naliczanie odsetek za opóźnienie nie ulega przecież zawieszeniu przez okres od wydania nakazu do jego uprawomocnienia.

Ponadto, warto wziąć przykład z

przepisów o europejskim nakazie zapłaty¹⁸: nakaz lub pouczenie powinny wyraźnie wskazywać dłużnikowi że organ sądowy nie badał żadnych dowodów w sprawie, lecz jedynie uznał roszczenie powoda za w miarę prawdopodobne i co do zasady wykazane, na podstawie samych jego twierdzeń.

14. Propozycje zmian

Jak wynika z powyższych wywodów, wzmocnienie elementów prejudycjalności w postępowaniu upominawczym, poprzez dodanie możliwości częściowego "oddalenia" powództwa nakazem zapłaty, będzie korzystne zarówno dla wierzycieli, jak i dla dłużników.

Najogólniej mówiąc, należy przekształcić nakaz zapłaty z prejudycjalnego rozstrzygnięcia sprawy zgodnie z ŻĄDANIEM powoda w prejudycjalne rozstrzygnięcie zgodnie z NIEBUDZĄCYMI WĄTPLIWOŚCI TWIERDZENIAMI powoda. Nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym jest przecież kontaminacją dwóch instytucji procesowych: wyroku zaocznego i uznania powództwa¹⁹, a przecież dopuszczalność częściowego oddalenia żądania w wyroku zaocznym nie budzi wątpliwości. W żadnym wypadku **nie należy wprowadzać do postępowania upominawczego jakichkolwiek elementów postępowania dowodowego**. Zasadą powinno pozostać, że powód w pozwie przedstawia okoliczności faktyczne uzasadniające żądanie i składa wnioski dowodowe, ale samych dowodów składać nie musi. Nie postuluję też powielenia w postępowaniu upominawczym zasad wyłożonych w art. 339 § 2 kpc. Nie ma potrzeby aby referendarz oddalał w nakazie zapłaty żądanie bezzasadne. Chodzi jedynie o to, aby nastąpiła odmowa wydania tytułu egzekucyjnego dla roszczenia bezspornego, które jest bezzasadne w sposób oczywisty. Odmowa wydania nakazu nie byłaby oddaleniem powództwa w ścisłym sensie (to bowiem może nastąpić tylko w wyroku) i mogłaby mieć dwojaką postać w zależności od podstawy. Referendarz "uznaje za oczywiście bezzasadne" żądanie w części podlegającej art. 499 pkt 1 kpc, a "pozostawia bez rozpoznania" w części podlegającej art. 499 pkt 2 kpc bądź w ogóle nieznaną żądanie żadnego pokrycia w uzasadnieniu pozwu. Oznaczałoby to, że referendarzowi wolno zasądzić poniżej żądania (nigdy powyżej). Sprzeciw od nakazu zapłaty powinien móc złożyć również powód, oczywiście w zakresie rozstrzygnięcia negatywnego. W sprzeciwie powód powinien wskazać w jakim zakresie zaskarża nakaz zapłaty. Rozstrzygnięcie o uznaniu oczywistej bezzasadności byłoby obłożone powagą rzeczy osądzonej w przypadku niezaskarżenia go w terminie przez powoda sprzeciwem. Natomiast rozstrzygnięcie o pozostawieniu bez rozpoznania - także w przypadku niezłożenia w terminie przez powoda wniosku o dalsze prowadzenie

18 Rozporządzenie nr 1896/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. ustanawiające postępowanie w sprawie europejskiego nakazu zapłaty (Dz. Urz. UE L Nr 399 str. 1).

19 Henryk Mądrzak, *Postępowanie nakazowe i upominawcze po noweli z 24.5.2000 r. (wybrane zagadnienia)*, Mon.Pr. 2000/12.

postępowania.

Niezaskarżony nakaz byłby zatem prawomocny materialnie nie tylko w części zasądzonej, ale i w części negatywnej. Niewniesienie przez powoda sprzeciwu oznaczałoby po prostu, że powód przyjmuje propozycję i staje się ona wiążąca pomiędzy stronami na skutek sankcji nadawanej przez państwo. Tak samo przecież w części zasądzonej - pozwany nie wnosząc sprzeciwu - po prostu przyjmuje propozycję i zgadza się, żeby nadano jej państwową sankcję.

Pozostawienie bez rozpoznania przez referendarza części roszczenia, nie oznaczałoby automatycznie konieczności wyznaczenia rozprawy. Decyzja o tym czy postępowanie ma być kontynuowane, należałoby do wierzyciela, który mógłby w określonym terminie od doręczenia nakazu (najlepiej 2 tygodnie, tak jak dla pozwanego), złożyć sprzeciw albo wniosek o wydanie nakazu zapłaty. Jeśli ten drugi wniosek byłby poparty okolicznościami dostatecznie opisanymi oraz niebudzącymi wątpliwości - referendarz wyda kolejny nakaz (uzupełniający), w przeciwnym wypadku - skieruje sprawę na rozprawę.

Sprzeciw pozostaje środkiem anulatywnym (w granicach zaskarżenia) i powoduje skierowanie sprawy na rozprawę.

Powaga rzeczy osądzonej obejmowałaby:

- część roszczenia zasądzoną i niezaskarżoną sprzeciwem przez pozwanego,
- część roszczenia uznaną za oczywiście bezzasadną, o ile powód nie wniósł w tym zakresie sprzeciwu, oraz
- część roszczenia pozostawioną bez rozpoznania, o ile powód w terminie 2 tygodni nie złożył ani sprzeciwu ani wniosku o kontynuowanie postępowania.

15. Proponowany model na tle rozwiązań wspólnotowych i innych państw²⁰

W prawie francuskim, art. 1405-1420²¹ *Code de procedure civile* przewidują, że nakaz zapłaty wydaje się w takim zakresie w jakim żądanie wierzyciela jest uzasadnione i umotywowane²². Wierzyciel, który nie zgadza się z częściowym nakazem zapłaty po prostu nie kieruje sprawy do egzekucji, a sam nakaz po upływie okresu przewidzianego prawem - upada.

Francuski system należy do "evidence family", więc możliwość częściowego tylko uwzględnienia żądania w nakazie zapłaty wydaje się tam czymś oczywistym. Środkiem wzruszenia takiego ordonansu przez wierzyciela jest po prostu niedoręczenie go dłużnikowi. W systemie polskim to nie wchodzi w grę, ponieważ doręczeń dokonuje z

urzędu sam sąd.

Zgodnie z art. 10 i 11 rozporządzenia 1896/2006, organ sądowy wzywa powoda do zajęcia stanowiska, czy zgadza się on na modyfikację pozwu, a jeśli się nie zgodzi, lub nie prześle odpowiedzi w terminie, to pozew jest w całości odrzucany. Słabością tego modelu jest przedłużenie postępowania. Ponadto, warto pamiętać, że na kształt procedury e.n.z. ma wpływ fakultatywność tego postępowania. Widać jednak wyraźnie, że w procedurze e.n.z. wierzyciel otrzymuje prejudykat o treści negatywnej zanim sprawa trafi na rozprawę. Otrzymuje go w formie wezwania do przyjęcia lub odrzucenia propozycji wydania nakazu na kwotę niższą od żądanej. W prawie krajowym obecnie wierzyciel nie może na to liczyć, bowiem jedyną dopuszczalną prawem formą zakomunikowania mu, że żądanie jest bezzasadne lub budzące wątpliwości, choćby częściowo, jest wyznaczenie rozprawy (co oznacza przedłużenie procesu windykacji i wzrost jego kosztów). Natomiast formą niedopuszczoną przez kpc, ale stosowaną ze względów oportunistycznych, jest wezwanie powoda do uzupełnienia lub poprawienia twierdzeń pozwu pod rygorem "rozpoznania sprawy z pominięciem przepisów o postępowaniu upominawczym". W tym drugim przypadku jest to pokrzywdzenie dłużnika, bowiem sąd faworyzuje w ten sposób jego przeciwnika. Widać więc wyraźnie, że prawo krajowe stawia zarówno wierzycieli jak i dłużników w sytuacji gorszej niż prawo wspólnotowe.

16. Uproszczenie procedury

Można iść dalej i uprościć w postępowaniu upominawczym etap badania wymogów formalnych pozwu. Zamiast wezwania do uzupełnienia braków przez przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie, referendarz po prostu wydawalby od razu nakaz obejmujący takie świadczenie, jakie wynika z okoliczności przytoczonych przez powoda, a w pozostałym zakresie pozostawiałby pozew bez rozpoznania. Jednakże wymóg przedstawienia okoliczności należy zachować. Nie może być tak, że nakaz wydaje się na podstawie samego żądania nie mającego oparcia w jakichś twierdzeniach powoda.

17. Tło prakseologiczne

Wyposażenie referendarza w uprawnienia do wykonywania czynności w procesie oraz w biurowości powinno mieć na względzie przepływ spraw w i pomiędzy referatami. Przyznanie ustawą referendarzowi uprawnienia do wykonywania jakiejś czynności nie ma sensu, dopóki czynność ta jest na tle ciągu pozostałych czynności procesowych i biurowych na tyle prosta i odosobniona, że nie oplaca się przekazywać referendarzowi akt tylko w tym celu żeby on dokonał tej czynności. Na kompetencje referendarza trzeba więc spojrzeć nie przez pryzmat poszczególnych czynności, ale przez pryzmat rodzajów spraw rozpoznawanych w sądach. Kompetencje owe powinny być tak skonstruowane (dotyczy to w tym samym stopniu sędziego i asystenta), żeby dany funkcjonariusz sądu wykonywał

20 Nakaz zapłaty w innych językach: order for payment, injonction de payer, заповед за плацане, platební rozkaz (cs), ingiunzione di pagamento, konanie o platobnom rozkaze (sk), plačilni nalog (sl)

21

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnArticleDeCode?code=CPRCIV0.rcv&art=1405>

22 zob. też pkt 3.3.6 Zielonej Księgi COM(2002) 746 (strona 32).

- przy wsparciu sekretariatu - wszystkie czynności należące do toku właściwego postępowania lub do jego etapu.

18. Konieczność przeformułowania kompetencji referendarza

Z doświadczeń wymienianych w środowisku referendarzy wynikają ogromne rozbieżności w interpretowaniu ich kompetencji w poszczególnych sądach. Zdarzają się z jednej strony przypadki sądów, w których referendarze nawet wydają postanowienia o odrzuceniu sprzeciwu. Podnosi się bowiem, że skoro referendarz może wydać nakaz zapłaty, to może wydać i inne orzeczenia, które zmierzają do jego uprawnocnienia. Z drugiej strony bywają sądy, gdzie referendarzowi nie wolno nawet sprostować wydanego przez siebie nakazu, bo brak na to wyraźnego szczegółowego upoważnienia w ustawie.

Źródłem tych problemów jest obecne brzmienie i praktyka wykładni art. 47¹ kpc²³. Skutkiem obecnego stanu prawnego i praktyki wykładni tego przepisu jest nadmiernie ostrożne, wręcz lękliwe podejście do kompetencji referendarza. Natężenie tej lękliwości bywa różne, stąd i różna praktyka w sądach w odniesieniu do zakresu kompetencji referendarza. Należy zatem tak przeformułować art. 47¹ kpc, aby uwydatnić jego porządkowy, a nie gwarancyjny charakter. Normy proceduralne pełnią bowiem nie tylko funkcję gwarancyjną (zabezpieczając interesy stron w postępowaniu) ale i porządkującą (zapewniają sprawne prowadzenie postępowania, zmierzającego do jego rychłego i sprawiedliwego zakończenia). Funkcja porządkująca ma zaś dwojaki aspekt: 1 - w wymiarze konkretnej sprawy i 2 - w wymiarze ogółu spraw toczących się przed sądem. Zatem należy brać pod uwagę nie tylko jak dane rozwiązanie procesowe wpływa na sprawność postępowania w sprawie, ale też jak wpływa na sprawność urzędowania sądu, który często podobnych spraw rozpoznaje setki miesięcznie. Zarysowane w poprzednim punkcie prakseologiczne tło problemu kompetencji referendarza, skłania do takiego podejścia w tworzeniu i stosowaniu prawa procesowego, aby uwydatnić porządkową funkcję przepisów przyznających kompetencje referendarzowi, zaś funkcję gwarancyjną pozostawić ustawie zasadniczej bądź ustawie o ustroju sądów powszechnych. Chodzi o to, żeby "niesędziowska" część kadry orzeczniczej sądów mogła prowadzić całościowo pewne postępowania lub ich wyodrębnione etapy, bowiem w konsekwencji będzie to oznaczać, że i sędzia nie będzie odrywany od swoich konstytucyjnych obowiązków, żeby np. uchylić nakaz zapłaty z powodu niemożności doręczenia, zawiesić postępowanie, oddalić wnioski o koszty zastępstwa w postępowaniu klauzulowym czy nawet (sic!) wydać zarządzenie o archiwizacji akt.

W odniesieniu do przedstawionego tu

zarysu zmian w postępowaniu upominawczym, proponuję, żeby referendarz mógł wydawać wszelkie orzeczenia i zarządzenia w postępowaniach upominawczym, tak jak już obecnie może orzekać w elektronicznym upominawczym.

19. Perspektywa długookresowa

Jeśli taki model obligatoryjnego pisemnego "przedsądu" sprawdzilby się w sprawach o zapłatę, można byloby zastosować podobne procedury także do innych spraw, np. o świadczenia inne niż pieniężne. W prawie francuskim istnieje taka skrócona procedura dla roszczeń niepieniężnych (*Injonction de faire*).

Pełną i wyłączną odpowiedzialność za cały tekst ponosi: Michał Pałka
Pruszków 2010

II. Anna Kęsik-Sprawozdanie z debaty o reformie sądownictwa, którą w dniu 19 października 2010 roku zorganizowała Helsińska Fundacja Praw Człowieka we współpracy z Wydawnictwem Wolters Kluwer Polska sp. z o.o.

Większość wypowiedzi poszczególnych prelegentów, a także pojawiających się pytań, poświęcona była ocenom okresowym sędziów. Wydaje się, że dla ogółu zainteresowanych reformą sądownictwa to właśnie jest główny problem, który został dostrzeżony w przygotowanej nowelizacji USP. Oczywiście wszyscy są za okresowymi ocenami dla sędziów, widzą taką konieczność i sens takiej weryfikacji, ale na pewno nie w takiej formie jaką MS wyraziło w swoim projekcie. Nikt z krytyków nie przedstawiał jednak żadnych konkretnych rozwiązań. Pojawiły się natomiast głosy weryfikacja orzecznictwa sędziego - tak ale bez oceny, albo weryfikacja, ale nie orzecznicza.

Bardzo ciekawym głosem była wypowiedź przedstawiciela adwokatury adw. Bartosza Krużewskiego, z Kancelarii Clifford Chance. Skrytykował on oceny sędziów w zupełnie innym kierunku - stwierdził, że ocena co 4 lata to fikcja i równie dobrze może jej nie być w ogóle. Dał przykład własnej korporacji, gdzie ocena jest coroczna, wykonywana przez pracownika spoza biura (ocena zewnętrzna) i kogoś z biura (ocena wewnętrzna). Taki audyt ma zapewnić największą obiektywność oceny - z jednej strony ktoś spoza układów konkretnej kancelarii ocenia pracę konkretnego adwokata, z drugiej ocena kolegi z zespołu, który zna realia i może pewne rzeczy kontrować. Podkreślono, że tego rodzaju ocena nie wpływa na zakres merytoryczny świadczonych usług. Cytuję: "To że w ocenie zarzucono mi, że zbyt wolno pracuję, nie wpływa na treść mojej porady dla klienta".

W każdym razie - dyskusja toczyła się na ogólnym instytucjonalnym poziomie. W zasadzie nie wskazywano na konkretne regulacje nowego USP. Stąd też, do takiego profilu dyskusji musiałam dostosować nasze pytanie.

23 Szerzej na ten temat w *Opracowaniu Zespołu ds. Poprawy Funkcjonowania Sądownictwa SSP Iustitia z maja 2009 r., Część II.A.*: <http://www.iustitia.pl/content/view/355/167/>

Wysłałam od tego, że nowela która tak wiele uwagi poświęca ocenom okresowym sędziów i organizacji ich samorządu na poziomie SR i dalej SO i SA, całkowicie pomija tożsame kwestie dotyczące referendarzy sądowych. Z jednej strony zamiarem MS jest pozostawić w wydziałach rejestrowych i wieczystoksięgowych samych referendarzy, referendarzom powierzyć funkcję przewodniczących tych wydziałów, ale z drugiej strony nie idą za tym żadne nowe regulacje czy to w zakresie naszego statusu czy to w zakresie ram wykonywania zawodu.

Wskazałam, że pozostawiono bez ingerencji ustawodawczej jednozdaniową regulację dot. Zebrania Referendarzy Okręgu, która co najmniej w okręgu warszawskim nie zdaje egzaminu kompletnie - zebrania po prostu systematycznie się nie odbywają. To ciekawy problem, jeśli weźmie się pod uwagę, że być może wkrótce referendarze będą pełnili funkcję przewodniczących.

Pozostawiono nietkniętą kwestię ocen okresowych referendarzy - jednozdaniowa ogólna regulacja pełną dowolność pozostawiająca w rękach właściwego Prezesa, bez szans na odwołanie i bez jasnej klasyfikacji ocen. Do tego fakultatywna w zasadzie delegacja do wydania przepisów wykonawczych. Kwestia bardzo ważna biorąc pod uwagę, że od tych ocen zależy nasz awans lub wyrzucenie z pracy.

Wskazałam, że mimo tego że w dużej części reforma sądownictwa opiera się na poszerzeniu kompetencji referendarza, pozostawiono naszą grupę zawodową poza projektowanym systemem szkoleń. Sami się mamy szkolić?

Na koniec mojej wypowiedzi wskazałam, że być może odpowiedzią na tak duże braki projektu w zakresie rozwiązywania problemów grupy zawodowej referendarzy jest całkowity brak współpracy MS z naszym stowarzyszeniem przy tworzeniu tego projektu. Zapytałam dlaczego nasz udział uznano za zbyt mały, mimo że już niejednokrotnie uczestniczyliśmy w innych pracach ustawodawczych?

W zasadzie jedyne echo mojego wystąpienia można było usłyszeć w wypowiedzi przedstawiciela Iustitii SSR Łukasza Piebiaka który z jednej strony wyraził pogląd, że gdyby nie referendarze to całe sądownictwo w rejonie już by dawno padło, że udział referendarzy w pracach legislacyjnych jest niezbędny i to ważny głos, jednakowoż jednocześnie poddał druzgocącej krytyce możliwość pełnienia przez referendarza funkcji przewodniczącego wydziału. Podobno Iustitia przedstawiła MS kilka opinii legislacyjnych, z których ma niezbyt wynikać, że jest to niedopuszczalne.

Jeśli idzie o reakcję Ministra Czaji, to w zasadzie ograniczył się on do stwierdzenia, że jest zaskoczony naszymi uwagami, bo projekt USP jak najbardziej zajął się referendarzami - jedynym i wystarczającym dowodem na to, jest to że referendarze będą przewodniczącymi wydziałów.

Być może szczątkowe zainteresowanie MS naszą problematyką można w pewnym stopniu wytłumaczyć przyjętą formułą dyskusji - najpierw wszyscy zadawali pytania i zgłaszali problemy, a

potem prelegenci po kolei się do nich odnosili - trudno było więc po kolei odnosić się do sporej liczby pytań głównie skupionych na ocenach sędziowskich. A może po prostu trudno się było wybronić z dość oczywistych jednak zaniedbań.

Podsumowując, uważam, że można by było naszą pracę nad nowym projektem zmian do USP jakoś jeszcze wykorzystać i napisać: komentarz do prasy - wysłać do Rzeczypospolitej i do Gazety Prawnej - może się tym zainteresują, a także może do przewodniczącego Komisji Sejmowej z prośbą by zaprosili nas ewentualnie do udziału w pracy na dalszych etapach ustawodawczych.

Anna Kęsik