

BARTOSZ FOGEL
Uniwersytet Wrocławski

Kara umowna jako kontraktowa regulacja odpowiedzialności odszkodowawczej – wybrane zagadnienia

Przedmiotem rozważań jest kara umowna, pojmowana jako określony w umowie zryczałtowany środek kompensowania najszerszej pojętej szkody (interesu) wierzyciela. Jej zastrzeżenie stanowi kontraktową regulację przyszłej odpowiedzialności odszkodowawczej. Przyjęte założenia co do sposobu pojmowania kary umownej determinują układ niniejszego opracowania. W pierwszej kolejności należy wskazać na ciągłość instytucji odszkodowania umownego – kary umownej. Istota kary umownej jako ustalonego *ex ante* zryczałtowanego odszkodowania w znacznej mierze determinuje bowiem charakter prawny omawianej instytucji. Wpisanie zaś kary umownej w reżim kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej nie pozostaje bez wpływu na określenie przesłanek jej skutecznego dochodzenia oraz możliwość umownego rozszerzenia kręgu uszczerbków prawnie relewantnych poza zakres art. 361 § 2 k.c. – w szczególności zaliczenia do nich również szkody niemajątkowej. W konsekwencji podlegająca kompensacji szeroko rozumiana szkoda posłuży do określenia zakresu sądowej ingerencji w ustaloną przez strony wysokość kary umownej.

1. Ustawowa definicja kary umownej oraz jej interpretacja

Zgodnie z art. 483 § 1 k.c. w umowie można zastrzec, że „naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna)”. Ze względu na zbyt

ogólny charakter ustawowej definicji kary umownej w doktrynie powstały liczne wątpliwości na tle jej interpretacji.

W języku prawnym i prawniczym używano bowiem zamiennie kilku nazw dla wspomnianej figury prawnej. W projektach kodeksu zobowiązań stosowane były obie nazwy: „kara umowna” w projekcie E. Tilla i „odszkodowanie umowne”, w projekcie L. Domańskiego, mimo że różnica nazw nie była odbiciem różnic merytorycznych¹. Ostatecznie w kodeksie zobowiązań zastosowano termin „odszkodowanie umowne”, a w ślad za tym użyto go w kodeksie handlowym (art. 531 k.h.) i innych aktach normatywnych, m.in. w obowiązującym kodeksie spółek handlowych z 2000 r. (art. 356 § 3 k.s.h.). Ustawa o umowach planowych wprowadziła nazwę „kara umowna”, którą posługuje się obecnie kodeks cywilny w art. 483 § 1 k.c.²

Obok najczęściej stosowanych terminów normatywnych „odszkodowanie umowne” i „kara umowna” ustawodawca używał także określeń mających charakter skrótów, takich jak „odszkodowanie” czy „kara”, a nawet kombinacji obu nazw – „odszkodowanie umowne (kara umowna)”. Poza tym w orzecznictwie i w literaturze spotkać można również nazwy „kara konwencjonalna” i „kara wadialna”. W polskiej doktrynie, a także w obrocie prawnym nie przyjęły się natomiast odpowiedniki tych obcojęzycznych określeń kary kontraktowej, które miały zabarwienie „penalne” (*la clause pénale*, *penalty clause*). W obowiązujących aktualnie aktach prawnych pozostały jedynie pojęcia „kara umowna” i „odszkodowanie umowne”.

Wszystkie wspomniane określenia służyły oznaczeniu tej samej instytucji kary umownej. W tym stanie rzeczy brak podstaw, by z różnic terminologicznych wyciągać wnioski o różnicach merytorycznych. Podkreślenia wymaga ponadto fakt, że żaden z używanych obecnie terminów nie stanowi określenia wiernej oddającego istotę tej instytucji w jej obecnej postaci. „Kara umowna” nie jest właściwie karą (*ius puniendi*), ponieważ może należeć się bez obowiązku wykazania winy osoby zobowiązanej do jej zapłacenia. „Odszkodowanie umowne” nie jest w istocie odszkodowaniem, gdyż podlega zapłacie nawet wtedy, gdy uprawniony do jego żądania nie poniósł szkody, a nadto – gdy wierzyciel wskutek niewykonania zobowiązania odniósł korzyść³. Przed wejściem w życie kodeksu cywilnego trudno było także mówić o karze „umownej” czy odszkodowaniu „umownym”, gdy ustalono je poza umową, w przepisach szczególnych wydawanych na podstawie ustaw. W tym ostatnim wypadku z przymiotnikiem „umowna” można było zgodzić się tylko o tyle, że kara ta należała się od jednej strony drugiej stronie stosunku umownego w razie naruszenia obowiązku

¹ Por. J. Szwaja, *Kara umowna według kodeksu cywilnego*, Warszawa 1967, s. 13.

² Ustawa o umowach planowych z 19.04.1950 r., Dz.U. Nr 21, poz. 180, ze zm.

³ W. Warkała, [w:] *Kara umowna jako czynnik umacniania dyscypliny inwestycyjnej*, SP 3/1964, s. 168.

wprawdzie w umowie nie określonego, lecz związanego z należyтым wykonaniem tej umowy⁴.

2. Kara umowna jako instrument służący naprawieniu szkody – kontynuacja odszkodowania umownego

Obok definicji ustawowej z art. 483 § 1 k.c. w doktrynie funkcjonują rozmaite definicje kary umownej, stosowane głównie po to, aby przybliżyć istotę tej instytucji. J. Szwaia, akcentując aspekt odszkodowawczy, wskazuje, że kara umowna polega na tym, iż strony stosunku obligacyjnego ustalają w umowie pewne świadczenia, które w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania dłużnik obowiązany jest spełnić zamiast lub oprócz odszkodowania⁵. Mniej jednoznaczna jest definicja E. Skowrońskiej-Bocian, która twierdzi, że kara umowna wyraża się z jednej strony w obowiązku zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej oraz służy ustaleniu przez strony zakresu i sposobu naprawienia szkody, a z drugiej – ma na celu zapewnienie realnego wykonania zobowiązania⁶. Zdaniem J. Jastrzębskiego na tle art. 483 § 1 k.c. należy przyjąć, że, niezależnie od tego, jakie zamiary przyświecały stronom zastrzegającym karę umowną, suma ustalona w umowie zajmuje miejsce odszkodowania, które należałoby się wierzycielowi na zasadach ogólnych (art. 471 i n. k.c.)⁷. Wydaje się, że na gruncie ustawowej regulacji kary umownej ten ostatni pogląd jest w pełni uzasadniony.

Art. 483 § 1 k.c. stanowi kontynuację definicji zawartej w kodeksie zobowiązań, wobec czego należy przyjąć, że zastrzeżenie obowiązku świadczenia pieniężnego na wypadek niewykonania zobowiązania jest zawsze elementem kontraktowej regulacji odpowiedzialności odszkodowawczej. Przepis ten zajął bowiem miejsce art. 82 k.z., który przewidywał, że odszkodowaniem umownym jest każde świadczenie przyręczone przez dłużnika na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Dalszą konsekwencją takiego zastrzeżenia była sytuacja – w myśl kodeksu zobowiązań – w której ustalone świadczenie zajmowało miejsce naprawienia szkody na zasadach ogólnych. Tak samo należy rozumieć definicję art. 483 § 1 k.c., zgodnie z którą, jeżeli strony ustaliły na wypadek niewykonania zobowiązania głównego obowiązek zapłacenia sumy pieniężnej,

⁴ Źródłem obowiązku zapłaty kary umownej pozostawała ustawa, nie zaś wola stron. Obecnie art. 485 k.c. do kar ustawowych (normatywnych) nakazuje stosować odpowiednio przepisy o karze umownej – kara ustawowa nie stanowi bowiem kary umownej w rozumieniu przepisów k.c.

⁵ J. Szwaia, *op. cit.*, s. 9.

⁶ E. Skowrońska-Bocian, [w:] *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 348.

⁷ J. Jastrzębski, *Kara umowna*, Wolters Kluwer Polska 2006, s. 72 i n.

to ta suma stanowić ma – bez względu na intencje stron – naprawienie szkody wynikłej z niewykonania. Jest to o tyle słuszne i zrozumiałe, że zamiary stron towarzyszące zawarciu umowy i zastrzeżeniu kary często są rozbieżne i mało sprecyzowane, a wiązanie skutków prawnych z nieujawnionymi i niejasnymi zamiarami kontrahentów nie sprzyja sprawnemu stosowaniu prawa⁸. Jednocześnie prawo polskie nie zakazuje wierzycielowi postrzegania w karze umownej instrumentu, który wywrze presję na dłużnika i skłoni go do świadczenia *in natura*⁹.

Argumenty przemawiające na rzecz kary jako surogatu odszkodowania wzmacnia dodatkowo umiejscowienie art. 483–485 k.c. wśród przepisów regulujących skutki niewykonania zobowiązań. Regulacja kary umownej w kodeksie cywilnym jest więc dalszym rozwinięciem przepisów reżimu kontraktowego, co skłania do wniosku, że nie należy przeceniać różnic między odszkodowaniem umownym z kodeksu zobowiązań a karą umowną regulowaną przez art. 483 § 1 k.c. Między tymi instytucjami zachodzą daleko idące podobieństwa konstrukcyjne i funkcjonalne, różnice zaś – w szczególności w zakresie stosunku do roszczeń odszkodowawczych – mają charakter wtórny i nie wpływają na istotę instytucji, gdyż wynikają z norm dyspozytywnych i dlatego mogą być zniwelowane wolą stron.

W zakresie podobieństw konstrukcyjnych: wkomponowanie kary umownej w reżim odpowiedzialności odszkodowawczej pozwala uprościć regulację kary umownej, a kwestie szczegółowe rozstrzygać według przepisów dotyczących odpowiedzialności odszkodowawczej *ex contractu*. W szczególności dotyczy to zasady odpowiedzialności dłużnika oraz możliwości jej umownej modyfikacji na podstawie art. 472 k.c. i w granicach określonych w art. 473 § 2 k.c. Jedyne odstępstwo w kwestii przesłanek powstania obowiązku zapłaty kary umownej dotyczy kontrowersyjnej przesłanki szkody.

Podobieństwo funkcjonalne między odszkodowaniem umownym a karą umowną z art. 483 § 1 k.c. polega na tym, że pierwotną i konstytutywną funkcją obu instytucji jest funkcja odszkodowawcza¹⁰. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, w której wierzyciel zastrzegł karę umowną w celu przymuszenia dłużnika do spełnienia świadczenia głównego, czy też nawet ukarania go za niespełnienie owego świadczenia. Jak się jednak podkreśla, wewnętrzne intencje wierzyciela nie podlegają reglamentacji prawnej, dlatego zastrzeżenie kary umownej należy kwalifikować jako instrument mający na celu naprawienie szkody¹¹.

⁸ Zob. w szczególności wytyczne zawarte w art. 1 Rezolucji Rady Europy Nr (78)3 z 1978 r. w sprawie kar umownych w prawie cywilnym; art. 7.4.13 Zasad Międzynarodowych Umów Handlowych UNIDROIT z 1994 r. (*The Principles of International Commercial Contracts – PICC*) oraz art. 7.4.13 Zasad Europejskiego Prawa Umów z 1998 r. (*The Principles of European Contract Law – PECL*).

⁹ Por. uwagi w pkt 4.

¹⁰ Kwestia ta pozostaje w doktrynie sporna.

¹¹ J. Jastrzębski, *op. cit.*, s. 76.

3. Kara umowna jako surogat odszkodowania – prymat funkcji kompensacyjnej

Na temat funkcji kompensacyjnej w literaturze prawniczej powiedziano wiele, przy czym poglądy doktryny na rolę i znaczenie tej funkcji były podzielone. Szczególnie dużo komplikacji z funkcjami kary umownej ujawniało się w ramach tzw. obrotu uspołecznionego, gdzie karze umownej przypisywano wiele oddziaływań dotąd nieznanych nauce prawa cywilnego. Jedni autorzy na pierwszy plan w założeniach i celach konstrukcji kary umownej wysuwali kompensację, inni zaś, nie negując znaczenia funkcji odszkodowawczej, widzieli gdzieś indziej jej miejsce oraz rolę w układzie funkcji spełnianych przez karę umowną¹².

B. Księżopolski podkreśla, że według intencji ustawodawcy w stosunkach między jednostkami gospodarki uspołecznionej kara umowna pełniła w pierwszej kolejności funkcję stymulacyjną, sygnalizacyjną i prewencyjno-wychowawczą, uzupełniając tym samym klasyczną triadę znaną prawu kapitalistycznemu, która obejmuje funkcję represyjną, kompensacyjną i symplifikacyjną (procesową)¹³. J. Szwaja, negując pogląd o wyłącznie represyjnym charakterze kary umownej, argumentuje, że we wszystkich typach odszkodowania tkwi pewien element represji, którym z punktu widzenia dłużnika jest dolegliwość w postaci kwoty płaconej tytułem odszkodowania. O represyjnym charakterze kary umownej jako zasadniczym można mówić tylko wtedy, gdy jej wysokość znacznie przekracza odszkodowanie lub gdy można jej dochodzić oprócz odszkodowania¹⁴. Konstrukcję kary umownej jako surogatu odszkodowania akceptował także W. Warkało, przy czym, przyjmując zasadę realnego wykonania zobowiązań za podstawę bezpieczeństwa obrotu i pewności prawa, eksponował jednocześnie funkcję stymulacyjną i represyjną kary umownej, rozumianej jako środek umocnienia dyscypliny wykonywania umów¹⁵.

W nowszej literaturze podkreśla się, że kodeks cywilny utrzymał przyjętą w kodeksie zobowiązań koncepcję surogatu odszkodowania oraz że wyciąganie wniosków co do funkcji tej instytucji na podstawie nazwy jest nieuzasadnione. Część autorów uznaje funkcję kompensacyjną za wiodącą, choć nie wyklucza

¹² Por. A. Śmieja, *Z problematyki funkcji odpowiedzialności odszkodowawczej*, [w:] *Prace cywilistyczne. Księga pamiątkowa dla uczczenia 40-lecia pracy naukowej prof. J. Winiarza*, S. Wójcik (red.), Warszawa 1990, s. 330 i n. Autor wiodącą rolę przypisuje funkcji prewencyjnej, która jednak – jak dodaje – nie występuje, gdy odpowiedzialność odszkodowawcza z tytułu kary umownej opiera się na zasadzie ryzyka.

¹³ B. Księżopolski, *Kara umowna w budownictwie*, Warszawa 1975, s. 74.

¹⁴ J. Szwaja, *op. cit.*, s. 33.

¹⁵ W. Warkało, *op. cit.*, s. 176. Podobnie A. Śmieja, *op. cit.*, s. 325–339, akcentując jednak walory stymulacyjne kary umownej.

pełnienia przez karę umowną także innych funkcji, o charakterze wtórnym¹⁶. W literaturze nie brak także poglądów na temat dwójakiej roli kary umownej, w której uzupełniające się wzajemnie funkcje kompensacyjną i represyjną uznaje się za równorzędne¹⁷.

Abstrahując od powyższych stanowisk, w pierwszej kolejności ustalenia wymaga, czy – w świetle regulacji art. 483 i 484 k.c. – to ustawodawca, czy też strony stosunku zobowiązaniowego decydują o tym, która z funkcji kary umownej ma charakter podstawowy i konstytutywny. Jakkolwiek w rozważaniach nad karą umowną tradycyjnie poświęca się dużo uwagi jej funkcjom, to samego terminu „funkcja” się nie precyzuje. Kwestia ta jest nie bez znaczenia, ponieważ ustalenie sensu językowego wspomnianego pojęcia ułatwia określenie charakteru prawnego omawianej instytucji.

Pod pojęciem „funkcja prawa” należy rozumieć rzeczywisty, obiektywny i typowy sposób działania prawa lub instytucji prawnej, z którym wiąże się pewna ocena społeczna, czyli cel¹⁸. Nie ma zatem podstaw do utożsamiania funkcji i celu, choć pomiędzy nimi zachodzi widoczny związek. W pojęciu „funkcji” akcent pada na sferę obiektywnych faktów społecznych – społecznych rezultatów działania, które są sprawdzalne. Dokonując oceny tego działania jako społecznie dodatniego (pożądanego) lub ujemnego (niepożądanego), wkracza się wówczas w sferę celów, wychodząc poza obszar obiektywnych, typowych oddziaływań. W konsekwencji funkcja stanowiąca o charakterze instytucji prawnej wyraźnie odróżnia się od czysto faktycznych, ekonomicznych i psychologicznych skutków zastrzeżenia kary umownej. W świetle ustawowej regulacji kary umownej to ustawodawca zatem, a nie strony stosunku zobowiązaniowego, decyduje o tym, która z funkcji kary umownej ma charakter podstawowy i konstytutywny¹⁹. Za prawidłowością takiego toku rozumowania przemawiają następujące argumenty.

Po pierwsze, zgodnie z brzmieniem art. 483 § 1 k.c. przez zapłatę kary umownej następuje „naprawienie szkody”. Trudno jaśniej wyrazić myśl, że kary mają kompensować poniesione przez wierzyciela szkody. Ponadto przepisy o karze umownej zawarte są w dziale poświęconym skutkom niewykonania zobowiązań, co sytuuje karę umowną w zasadzie wśród instytucji prawa odszkodowawczego. W konsekwencji kara należy się w razie spełnienia przesłanek podobnych

¹⁶ W szczególności E. Skowrońska-Bocian, *Kara umowna – kompensacja czy represja?*, *Zeszyty Prawnicze UKSW* 3.2/2003, s. 187; P. Drapała, *Kara umowna (art. 483 k.c.) a odszkodowanie na zasadach ogólnych (art. 471 k.c.)*, *PiP* 6/2003, s. 55; K. Falkiewicz, M. Wawrykiewicz, *Kara umowna w obrocie gospodarczym*, *Difin* 2001, s. 14–15.

¹⁷ Por. Z. Radwański, *Zobowiązania...*, s. 304.

¹⁸ W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1986, s. 30–31; S. Kaźmierczyk, Z. Pulka, *Wstęp do prawoznawstwa*, Wrocław 2002, s. 105.

¹⁹ Obiektywne ujęcie funkcji prawa powszechnie akceptowane jest w prawie niemieckim (za podstawową i niezmienną cechę *Vertragstrafe* uważa się jej charakter zabezpieczający) oraz francuskim (ustawodawca związał genetycznie *La clause pénale* z jej oddziaływaniem odszkodowawczym).

do przesłanek żądania odszkodowania na zasadach ogólnych, co również świadczy o jej kompensacyjnym charakterze²⁰.

Po drugie, co do zasady – wyłączono możliwość żądania przez wierzyciela naprawienia szkody przewyższającej wysokość kary umownej (art. 484 § 1 zd. 2 *in principio* k.c.) oraz jednoczesnego żądania kary umownej i odszkodowania, gdyż kodeksowi nie jest znana instytucja kary umownej łącznej (kumulatywnej). Kara zupełnie wyłącza lub ewentualnie ogranicza (o sumę sobie równą) roszczenie odszkodowawcze, co dowodzi, że w tych wypadkach sama kara ma naprawić szkodę wyrządzoną wierzycielowi.

Po trzecie, o kompensacyjnym charakterze kary umownej świadczy zagwarantowanie przez ustawodawcę możliwości miarkowania rażąco wygórowanych kar umownych (art. 484 § 2 k.c.). Decydujące bowiem znaczenie przy stosowaniu owego miarkowania ma przywrócenie proporcji między wysokością kary a wielkością szkody.

Po czwarte, w nowej rzeczywistości ekonomicznej dotychczasowe poglądy dotyczące sfery oddziaływania kary umownej uległy w znacznym stopniu dezaktualizacji²¹. W tej sytuacji istnieje potrzeba ponownego przyjrzenia się funkcjom spełnianym przez omawianą instytucję. Do historii przeszedł obrót uspołeczniony, w którym kara umowna postrzegana była jako środek mający zagwarantować realizację zadań planowych²². W warunkach gospodarki wolnorynkowej podstawowe znaczenie uzyskało sprawne uzyskanie godziwej kompensaty przez wierzyciela²³.

Dotychczasowe ustalenia w pełni uzasadniają wniosek, że aktualnie prawo polskie wyróżnia funkcję kompensacyjną kary umownej jako jedyną funkcję sa-

²⁰ Jakkolwiek szkoda nie stanowi przesłanki skutecznego dochodzenia kary umownej, nie przekreśla to funkcji kompensacyjnej tej kary; por. uwagi w pkt 7.

²¹ Prawo funkcjonuje w kontekście podstawowych zasad ustroju społecznego, politycznego i ekonomicznego kraju. Należy poszukiwać takiego znaczenia tekstu prawnego, nadanego mu przez ustawodawcę, które jest najbardziej odpowiadające aktualnie istniejącym stosunkom społeczno-gospodarczym, będącym przedmiotem regulacji prawnej (dynamiczna wykładnia prawa).

²² Znakomita większość literatury poświęcona tej problematyce pochodzi z okresu PRL-u. Ówczesna zła sytuacja gospodarcza kraju – brak surowców, towarów i usług – powodowała, że jednostki gospodarki uspołecznionej rezygnowały z dochodzenia kar umownych, zakładając, że poniesione przez to straty będą w rezultacie mniejsze, aniżeli korzyści płynące z zapewnienia dostaw deficytowych dóbr rynkowych (ciężar zapłaconych kar kompensowano ceną wytwarzanych dóbr). W praktyce zatem brak równowagi rynkowej deprecjonował założone przez ustawodawcę prewencyjno-stymulacyjne oraz represyjne oddziaływanie kary umownej. Szerzej A. Śmieja, *op. cit.*, s. 335–336.

²³ Zamiarem ustawodawcy jest takie ukształtowanie kary umownej, aby w warunkach gospodarki wolnorynkowej (tj. przyspieszenia obrotu, dostępności dóbr, wolnej konkurencji oraz równoważenia popytu przez podaż) odpowiadała nowym oczekiwaniom kontrahentów. Założenia te w pełni realizuje instytucja kary umownej rozumianej jako ustalone *ex ante* zryczałtowane odszkodowanie, dla skuteczności żądania którego nie jest wymagane dowodzenie faktu poniesienia przez wierzyciela szkody ani jej wysokości.

modzielną, a przy tym determinującą rozwiązania normatywne. Ustawodawca, wpisując karę umowną w reżim odpowiedzialności odszkodowawczej, jednoznacznie rozstrzygnął o konstytutywnej cesze tej instytucji i tym samym wyłączył możliwość swobodnego określania jej funkcji przez strony. Zawsze bowiem, gdy zastrzeżona zostaje kara umowna, ustalona suma stanowi – w myśl art. 483 § 1 k.c. – naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Prawo polskie za ustawową i obiektywną cechą kary umownej uznaje więc funkcję kompensacyjną. Ewentualne dalsze oddziaływania mają już charakter wtórny (refleksowy) i stanowią pożądany (a czasem niepożądany) uboczny skutek kompensacji²⁴.

4. Umowa o karę umowną

Umowa o karę umowną stanowi zazwyczaj jedno z postanowień umowy, z której wynika zobowiązanie główne. Wówczas kara umowna jest swoistą „umową w umowie”²⁵. Z teoretycznego punktu widzenia zastrzeżenie kary umownej jest umową zobowiązującą, stanowiącą źródło zobowiązania do świadczenia kary, pojmowanej jako przedmiot tego zastrzeżenia. Umowa ta może jednak zostać zawarta osobno względem umowy rodzącej zobowiązanie główne – po, a nawet przed powstaniem zobowiązania – na wypadek takiej postaci niewykonania, którego kara umowna dotyczy. Zobowiązanie główne ma charakter pierwotny, natomiast obowiązek świadczenia kary umownej jest zobowiązaniem wtórnym, aktualizującym się w chwili nieprawidłowości w wykonaniu zobowiązania pierwotnego. Zobowiązanie z tytułu kary umownej ma ponadto charakter akcesoryjny względem zobowiązania głównego, przez co dzieli jego „los prawny”²⁶.

Pojmując karę umowną jako świadczenie mające na celu naprawienie szkody wyrządzonej niewykonaniem zobowiązania, umowa o karę umowną będzie kwalifikowana jako umowa regulująca przyszlą odpowiedzialność odszkodowawczą za szkodę wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

Zastrzeżenie kary umownej wywołuje daleko idące skutki w zakresie odszkodowawczych rozliczeń stron. Do naprawienia szkody wyrządzonej niewykonaniem zobowiązania nie stosuje się wówczas art. 361 i 363 k.c., a w miejsce wartości majątkowych, o których mowa w art. 361 § 2 k.c., wchodzi suma pieniężna ustalona przez strony *ex ante*. Na gruncie prawa polskiego zastrzeżenie kary umownej stanowi więc umowę w przedmiocie przyszłej odpowiedzialności

²⁴ Problem hierarchizacji kierunków oddziaływania kary umownej pozostaje jednak sporny.

²⁵ J. Jastrzębski, *op. cit.*, s. 180.

²⁶ Por. P. Drapała, [w:] *System prawa...*, s. 961.

odszkodowawczej stron, zakładającą wiążące zryczałtowanie tej odpowiedzialności²⁷.

Umowa o karę umowną może ponadto – w granicach wyznaczonych treścią art. 473 § 1 k.c. – modyfikować zakres odpowiedzialności dłużnika. W razie odstąpienia przez strony od dyspozytywnych zasad z art. 472–474 k.c. klauzula pozostanie jednak zastrzeżeniem kary umownej w rozumieniu art. 483 § 1 k.c. Nie ma uzasadnienia praktycznego, aby uznawać ją za instytucję odrębną, niepodlegającą regulacji art. 483–484 k.c. W szczególności oderwanie kary umownej od przesłanki winy nie kreuje zobowiązania o charakterze gwarancyjnym²⁸.

5. Granice umownej modyfikacji odpowiedzialności z tytułu kary umownej

Dla określenia przesłanek obowiązku świadczenia kary umownej kluczowe znaczenie ma wpisanie tej instytucji w reżim odpowiedzialności odszkodowawczej *ex contractu*. Przesłanki odpowiedzialności z tytułu kary umownej są bowiem co do zasady tożsame z przesłankami ogólnej odpowiedzialności kontraktowej, z zastrzeżeniem odmienności wynikających z istoty kary umownej²⁹. Natura kary umownej jako zryczałtowanego odszkodowania wyłącza konieczność badania szkody wierzyciela w kontekście żądania kary umownej – jego miejsce zajmuje dowód skutecznego ustanowienia w umowie obowiązku świadczenia kary w ustalonej wysokości (o czym szerzej dalej). Wobec irrelewancji przesłanki szkody odpada również potrzeba dowodzenia przez wierzyciela istnienia związku przyczynowego pomiędzy niewykonaniem zobowiązania i szkodą. Natomiast aktualne pozostają podstawy (zakres) odpowiedzialności i przesłanki żądania odszkodowania na zasadach ogólnych (art. 471 i n. k.c.).

Kara umowna stanowi naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w następstwie okoliczności, za które dłużnik – co do zasady – ponosi odpowiedzialność (art. 483 § 1 k.c. w związku z art. 471 k.c.). Odpowiedzialność z tytułu kary umownej może jednak podlegać umownym modyfikacjom w granicach przewidzianych dla odszkodowawczej odpowiedzialności *ex contractu* (art. 473 k.c.). Możliwe jest więc jej zawężenie (np. do zachowań dłużnika noszących wyłącznie cechy rażącego niedbalstwa) lub rozszerzenie (np. przez objęcie odpowiedzialnością dłużnika również zdarzeń

²⁷ J. Jastrzębski, *op. cit.*, s. 78 i n.

²⁸ Na ten temat szerzej w pkt 6.

²⁹ Podobnie SN w wyroku z 29.12.1978 r., IV CR 440/78, niepubl.: „w obowiązującym prawie cywilnym brak podstaw do przyjęcia, by kara umowna eliminowała w ogóle zastosowanie przepisów ogólnych o skutkach niewykonania zobowiązań [...]”.

przypadkowych). Jakkolwiek w literaturze wskazuje się, że dopuszczalne jest zastrzeżenie umowne, nakładające na dłużnika obowiązek zapłaty określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wskutek okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, to kwalifikacja prawna takiego zastrzeżenia jest w nauce sporna³⁰. Innymi słowy, problem sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy takie zastrzeżenie umowne będzie postrzegane jako kreujące zobowiązanie o charakterze gwarancyjnym, a zatem zobowiązanie, które nie podlega już przepisom o karze umownej. Nieporozumienia związane z przeprowadzeniem stosownej dystynkcji dostrzec zresztą można również w orzecznictwie Sądu Najwyższego³¹.

Odpowiedzialność *ex contractu* niezależna od winy dłużnika i obejmująca także okoliczności przypadkowe lub nawet skutki siły wyższej nazywana jest w doktrynie odpowiedzialnością gwarancyjną. Samo niewykonanie zobowiązania jest wystarczające do jej uzasadnienia, a przeprowadzenie ekskulpacji dłużnika nie prowadzi do jego zwolnienia z obowiązku naprawienia szkody. Konstrukcyjnie taka odpowiedzialność pozostaje jednak zmodyfikowaną odpowiedzialnością odszkodowawczą *ex contractu* (art. 473 § 1 k.c.). Ta ostatnia dopuszcza bowiem świadczenie kary umownej także w sytuacji, w której nienależyte wykonanie zobowiązania wynika z okoliczności, za które dłużnik z mocy ustawy nie ponosi odpowiedzialności. W konsekwencji za dopuszczalne należy uznać wskazanie przez strony określonych okoliczności, w których – pomimo braku winy – dłużnik byłby zobligowany do świadczenia kary umownej. Wynika to *expressis verbis* z art. 473 § 1 k.c., który stanowi o „oznaczonych” okolicznościach, za które dłużnik na mocy ustawy nie ponosi odpowiedzialności.

Wątpliwości nie nasuwa natomiast sytuacja, gdy osobą zobowiązaną do naprawienia szkody przez zapłatę oznaczonej sumy pieniężnej jest gwarant, który odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie cudzego zobowiązania przyjął w odrębnej umowie, tzw. umowie o świadczenie przez osobę trzecią (art. 391 k.c.). Różnica między tak rozumianą odpowiedzialnością gwarancyjną (art. 391 k.c.) a odpowiedzialnością *ex contractu* (art. 471 k.c.) ma charakter kon-

³⁰ Przeciwno dopuszczalności oderwania kary umownej od winy: J. Szwaja, *Kara umowna a roszczenie odszkodowawcze*, PiP 8–9/ 1965, s. 292 i n.; Z. Radwański, *System prawa*, s. 829. Za taką możliwością, ale pod warunkiem podania (oznaczenia) konkretnych okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności: J. Dąbrowa, [w:] *System prawa...*, s. 829; P. Drapała, *Kara umowna...*, s. 62. Za obowiązkiem świadczenia kary umownej bez względu na przyczynę niewykonania zobowiązania pierwotnego: J. Jastrzębski, *op. cit.*, s. 87, oraz, jak się wydaje, E. Skowrońska-Bocian, *Kara umowna...*, s. 192, i W. Czachórski, *Odpowiedzialność kontraktowa i jej stosunek do odpowiedzialności deliktowej według kodeksu cywilnego*, NP 10/1964, s. 956.

³¹ Zob. wyrok SN z 27.06.2000 r., I CKN 791/98, LEX nr 50891; tak samo wyrok SN z 8.07.2004 r., IV CK 583/03, LEX nr 137571 – rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika nie przesądza o gwarancyjnym charakterze zobowiązania; odmiennie SN w wyrok z 19.02.1969 r., I CR 580/68, Biuletyn Informacyjny SN 9/1969, poz.150, oraz w wyrok z 16.06.2004 r., III CK 103/03, niepubl.

strukcyjny i polega na sposobie wskazania osoby będącej dłużnikiem w zobowiązaniu odszkodowawczym. Za szkodę wyrządzoną niewykonaniem zobowiązania odpowiada tu bowiem osoba trzecia (gwarant), wierzyciel zaś nie może domagać się od gwaranta, ażeby to dłużnik wykonał swe zobowiązanie. Treść art. 483 § 2 k.c. oraz systemowa wykładnia kodeksowej regulacji kary umownej, ujmująca karę umowną jako świadczenie należne od dłużnika z zobowiązania głównego, jednoznacznie przemawiają za przyjęciem interpretacji, że umowa gwarancyjna ze zryczałtowanym świadczeniem odszkodowawczym nie stanowi umowy o karę umowną w rozumieniu przepisów art. 483–484 k.c.³²

6. Określenie szkody prawnie relewantnej a dopuszczalność modyfikacji zakresu obowiązku jej naprawienia

Kodeks cywilny nie zawiera definicji legalnej szkody, wobec czego wymaga ona określania doktrynalnego. W literaturze powszechnie przyjmuje się szerokie rozumienie szkody, obejmujące ogół negatywnych skutków zdarzenia, z którym ustawa może wiązać powstanie odpowiedzialności³³. Obejmuje ono zarówno uszczerbki majątkowe (szkodę majątkową), jak i uszczerbki niemajątkowe (szkodę niemajątkową), w ramach których wyodrębnić można szkodę niemajątkową wynikającą z naruszenia dobra osobistego (krzywdę)³⁴. Szkodę niemajątkową najczęściej definiuje się jako negatywne doznania natury psychicznej i fizycznej (cielesnej) poszkodowanego. Szerokie rozumienie pojęcia „szkoda” – jako ogółu majątkowych i niemajątkowych negatywnych konsekwencji, które stały się udziałem poszkodowanego – nie przesądza jednak o jej prawnej relewancji. Konieczne jest bowiem odwołanie się do pojęcia szkody prawnie doniosłej, pojmowanej jako suma uszczerbków, w wypadku których ustawa lub czynność prawna przewidują indemnizację.

Za ogólną zasadę przypisania relewancji uszczerbkom majątkowym uchodzi regulacja zawarta w art. 361 § 2 k.c., która za prawnie doniosłe uznaje skutki naruszenia w postaci straty (*damnum emergens*) oraz utraconych korzyści (*lucrum*

³² W konsekwencji przepisy o karze umownej nie znajdują zastosowania do umowy gwarancyjnej. Szerzej J. Jastrzębski, *op. cit.*, s. 88 i n.

³³ Por. A. Duży, *Dyferencyjna metoda ustalania wysokości szkody*, PiP 10/1993, s. 55 i n.; W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2002, s. 118; T. Dybowski, [w:] *System prawa...*, s. 221; Z. Radwański, *op. cit.*, s. 86 i n.

³⁴ A. Szpunar, *Odszkodowanie za szkodę majątkową. Szkoda na mieniu i na osobie*, Bydgoszcz 1998, s. 25 i n.; podobnie M. Safjan, *Naprawienie krzywdy niemajątkowej w ramach odpowiedzialności ex contractu*, [w:] *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, M. Pyziak-Szafnicka (red.), Kraków 2004, s. 271–273.

cessans). Przepis ten nie wyczerpuje definicji szkody ogólnej³⁵, a jedynie zawiera ogólną regulację zakresu (sposobu) naprawienia szkody majątkowej, znajdującą zastosowanie w sytuacji braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy (art. 361 § 2 *in principio* k.c.). Jeśli zatem przepisy reżimu kontraktowego nie przewidują wprost kompensacji szkody niemajątkowej, to jej pieniężne naprawienie (zadośćuczynienie) ogranicza się tylko do przypadków wyraźnie wskazanych w ustawie (art. 445 i 448 k.c.) W konsekwencji większość autorów przyjmuje, że zasada pełnego odszkodowania, wynikająca z art. 361 § 2 k.c., zachowuje swój walor jedynie w zakresie szkody majątkowej; w rezultacie nie można na podstawie przepisów reżimu kontraktowego domagać się zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową³⁶.

Wypada jednak podkreślić, że przyjęcie przez strony w drodze odpowiedniego zastrzeżenia umownego (np. umowy o karę umowną) możliwości żądania naprawienia szkody niemajątkowej w ramach reżimu kontraktowego znajduje prawne uzasadnienie. Wyrażona w art. 361 § 2 k.c. zasada pełnego odszkodowania (odnosząca się do szkody majątkowej) nie ma bowiem charakteru absolutnego. Innymi słowy, możliwe jest umowne rozszerzenie kręgu uszczerbków relewantnych poza zakres art. 361 § 2 k.c. – w szczególności o szkodę niemajątkową. Kara umowna nie tylko kompensuje wówczas wszelkie możliwe reperkusje niewykonania zobowiązania, ale zarazem – jako ryczałt odszkodowania – ustala sumę potrzebną do ich kompensacji. W konsekwencji odpada problem związany z kwantyfikacją szkody niemajątkowej oraz obiektywizacją i wartościowaniem interesu wierzyciela przez sąd (o czym obszerniej dalej).

Pogląd ten pozostaje w pełni aktualny na gruncie mającej moc zasady prawnej uchwały Sądu Najwyższego z 6 listopada 2003 r.³⁷ W uzasadnieniu tej uchwały stwierdzono, iż kara umowna stanowi „surogat odszkodowania, przez co należy rozumieć, że strony przy zawarciu umowy określają z góry wysokość

³⁵ Pojęcie to obejmuje prawnie relewantną szkodę majątkową i niemajątkową oraz pozostałe uszczerbki, które pozostają poza ustawowym obowiązkiem kompensacji (np. szkoda ewentualna lub przyszła).

³⁶ Tak np. A. Szpunar, *Zasada pełnego odszkodowania w prawie cywilnym*, PiP 5/1973, s. 30; T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonania zobowiązania*, Warszawa 1982, s. 134; Z. Radwański, *op. cit.*, s. 282; W. Czachórski, *op. cit.*, s. 330; W. Popiołek, [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego*, K. Pietrzykowski (red.), Warszawa 2002, t. 1, s. 1114 i n. W drodze wyjątku przyjmuje się autonomiczną względem art. 361 § 2 k.c. kwalifikację pojęcia „naprawienie szkody” na gruncie ustawy z 29.08.1997 r. o usługach turystycznych (Dz.U. z 2004, Nr 223, poz. 2268, ze zm.) w zakresie kontraktowej odpowiedzialności za szkodę niemajątkową („zmarowany urlop”) – zob. wyrok ETS-u z 12.03.2002 r. w sprawie Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG, (ETS C-168/00, ECR 2002, s. I-2631 i n.) oraz uwagi M. Nesterowicza, *Zadośćuczynienie pieniężne...*, s. 72–77; *idem*, [w:] *System prawa...*, s. 800–804. Podobnie J. Jastrzębski, *op. cit.*, s. 117–118.

³⁷ Zob. uchwała SN (7) z 6.11.2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004/5, poz. 69, s. 487: „zastrzeżenie kary umownej [...] nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody”.

należnego wierzycielowi odszkodowania, które kompensuje wszelkie negatywne dla wierzyciela konsekwencje wynikające ze stanu naruszenia zobowiązania”³⁸. Sąd dopuścił przy tym możliwość kompensacji szkody ogólnej, którą określił jako „inną niż zindywidualizowana szkoda majątkowa”. Przy założeniu dopuszczalności umownego rozszerzenia kręgu uszczerbków relewantnych poza zakres art. 361 § 2 k.c. trudno bowiem o przypadki, w których tak „poszerzona umownie” szkoda mogłaby nie powstać, zaś kara umowna nie spełniałaby tym samym funkcji zryczałtowanego środka kompensacji tak pojętego interesu wierzyciela.

7. Miarkowanie kary umownej w kontekście jej rażącego wygórowania

Podstawową okoliczność, z wystąpieniem której ustawa wiąże możliwość ingerencji sądu w ustaloną w umowie wysokość kary umownej, stanowi „rażące wygórowanie” kary umownej (art. 484 § 2 k.c.)³⁹. Wyjaśnienie treści tego nieostrego i niesprecyzowanego zwrotu ustawowego wymaga *in casu* oceny dokonanej przez sąd. Organ orzekający musi zatem w pierwszej kolejności rozstrzygnąć, na podstawie jakiego kryterium wysokość tej kary powinna zostać zmniejszona.

Dopuszczalność miarkowania kary umownej na podstawie porównania jej wysokości z wartością szkody poniesionej przez wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie budzi zastrzeżeń⁴⁰. Wypada jednak zauważyć, że kryterium to znajduje pełne uzasadnienie dopiero wtedy, gdy bazuje na szerokim rozumieniu pojęcia „szkoda”, obejmującego majątkowe i niemajątkowe uszczerbki wynikłe z niewykonania zobowiązania. Przyjęte kryterium miarkowania kary bowiem jako jedyne pozwala uwzględnić pełny

³⁸ Zob. uchwała SN z 6.11.2003 r., *op. cit.*, s. 491, a także wyrok SN z 7.02.1975 r., III CRN 406/74, OSPIKA 10/1976, poz. 180, s. 428 – w uzasadnieniu którego czytamy: „Szkoda [...] może mieć charakter ogólny. Należy jednak podkreślić, że i sama kara umowna ze swej istoty, w sposób też ogólny, jak gdyby globalny, ryczałtowy, ma na celu naprawienie szkody z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania”.

³⁹ Rozważania dotyczące miarkowania kary umownej ograniczono do przypadku rażącego wygórowania jej wysokości – kryterium szeroko pojętego interesu wierzyciela pozostaje w pełni aktualne przy określaniu stopnia i granicy redukcji kary w kontekście wykonania zobowiązania w znacznej części.

⁴⁰ Por. w szczególności J. Szwaja, *Miarkowanie kary umownej według polskiego kodeksu cywilnego*, [w:] *Odpowiedzialność cywilna za wyrządzenie szkody (zagadnienia wybrane)*, S. Grzybowski (red.), Warszawa 1969, s. 192 i n. Tak samo SN, wyrok z 2.06.1970 r., II CR 160/70, OSN 11/1970, poz. 214; wyrok z 7.02.1975 r., III CRN 406/74, OSN 2/1976, poz. 34; wyrok z 14.07.1976 r., I CR 221/76, OSN 4/1977, poz. 76; wyrok z 17.03.1988 r., IV CR 58/88, LEX nr 8867; wyrok z 30.11.2006 r., I CSK 259/06, LEX nr 398369; wyrok z 4.07.2007 r., II PK 359/06, LEX nr 422721. Zob. także uchwałę SN (7) z 6.11.2003 r., *op. cit.*, s. 487.

interes wierzyciela, jaki ma on w należyтым wykonaniu zobowiązania⁴¹. Jeśli zatem kara umowna kompensuje wszelkie możliwe reperkusje niewykonania zobowiązania, to zarazem – jako ryczałt odszkodowania – ustala sumę potrzebną do ich kompensacji. Zastrzegając karę umowną, strony dokonują więc oszacowania najszerzej pojętego interesu wierzyciela, obejmującego także interesy subiektywne i nieujawnione, niedostępne dla podmiotu zewnętrznego, czyli sądu. W kontekście niezdefiniowanej ustawowo klauzuli „rażącego wygórowania” uwzględnienie elementów subiektywnych i niemierzalnych należy uznać za dopuszczalne, a nawet celowe. O ile bowiem wierzyciel nie musi wskazywać i wyjaśniać swojego interesu dla uzasadnienia żądania kary umownej, o tyle może on powołać się na ten interes dla uniknięcia sądowej ingerencji w ustaloną w umowie wysokość kary umownej. W konsekwencji decyzja ujawnienia interesu przed sądem badającym „rażące wygórowanie” należy do wierzyciela, który w razie jego nieujawnienia poniesie ryzyko uznania kary umownej za bezzasadnie wygórowaną.

Rażąco wygórowana kara umowna powinna ulec zmniejszeniu w stopniu dostosowanym do tej dysproporcji. W przeciwnym razie przestanie pełnić swoją podstawową funkcję odszkodowawczą i prowadzić będzie do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela⁴². Zadaniem sądu jest zatem ustalenie punktu krytycznego, od którego kara umowna zaczyna być „nieproporcjonalnie wysoka”, oraz dokonanie stosownej korekty, dzięki której zlikwidowana zostanie ewidentna dysproporcja między karą a interesem wierzyciela. Obniżona w ten sposób kara nie może być jednak niższa od najszerzej pojętej szkody wierzyciela. Innymi słowy, kwestia stopnia i granicy redukcji kary umownej powinna być rozstrzygana przez odwołanie się sądu do pełnego interesu wierzyciela, jaki miał on w należyтым wykonaniu zobowiązania⁴³.

8. Podsumowanie

Przyjęte rozumienie kary umownej jako ustalonego *ex ante* odszkodowania, pełniącego funkcję zryczałtowanego środka kompensacji najszerzej pojętego interesu wierzyciela, uzasadnione jest następującymi względami.

Po pierwsze, wraz z wprowadzeniem zasad nowoczesnej gospodarki wolnorynkowej dokonały się istotne przeobrażenia w społecznym i gospodarczym otoczeniu regulacji z art. 483–484 k.c., podczas gdy sama ta regulacja pozostała niezmieniona. Do historii przeszedł obrót uspołeczniony, którego specyficzne potrzeby i oczekiwania stawały przed karą umowną szczególne zadania. W nowej rzeczywistości ekonomicznej prymat zdobyła zasada autonomii woli. Nastąpił

⁴¹ Por. J. Jastrzębski, *op. cit.*, s. 337.

⁴² Zob. wyrok SN z 17.03.1988 r., IV CR 58/88, LEX nr 8867.

⁴³ *Ibidem*, s. 342.

również istotny wzrost znaczenia niemajątkowych aspektów stosunków obli-gacyjnych. Wprawdzie ustawowy model odpowiedzialności odszkodowawczej *ex contractu* został w prawie polskim dostosowany do majątkowego charakteru interesu wierzyciela, ale w dobie rzeczywistej realizacji zasady swobody umów dopuszczalna i celowa stała się możliwość rozszerzenia zakresu ochrony jego interesów⁴⁴. Szczególna w tym rola przypada omawianej instytucji, której zrycztałowany charakter umożliwia stronom ilościowe oszacowanie interesu wierzyciela – zarówno majątkowego, jak i niemajątkowego – jaki ma on w należyтым wykonaniu zobowiązania. Możliwość zwiększenia zakresu kompensacji wynika ponadto z zasady autonomii woli, w ramach której strony mogą objąć karą umowną szeroko pojętą szkodę (interes) wierzyciela. Jednocześnie, wychodząc z założenia o racjonalności systemu prawa, należy stwierdzić, że skoro ustawa pozwala zastrzegać świadczenia nieprzedstawiające wartości majątkowej, to tym bardziej powinna zezwalać stronom na określenie zasad i zakresu kompensacji w razie nieprawidłowego spełnienia takiego świadczenia.

Po drugie, szybkość obrotu, dostępność dóbr oraz warunki konkurencji rynkowej powodują, że dla wierzyciela nierzadko korzystniejsze jest sprawne otrzymanie godziwej kompensacji, aniżeli oczekiwanie na otrzymanie świadczenia *in natura*. Istotne jest zarazem, aby zrycztałowane odszkodowanie w postaci kary umownej pokrywało pełen interes, jaki wierzyciel miał w należyтым wykonaniu zobowiązania. Często bowiem kompensacja oznaczona według art. 361 k.c. nie obejmuje wszystkich uszczerbków wynikłych z nieprawidłowego spełnienia świadczenia. Przy czym nie chodzi tu wyłącznie o reperkusje niemajątkowe, lecz także o te, których indemnizacja w praktyce jest niemożliwa z innych względów (np. z powodu niemożności ustalenia przyczynowości czy niechęci wierzyciela do ujawnienia poufnych informacji, niezbędnych dla ustalenia rozmiaru szkody). Wprawdzie wypada się zgodzić, że pierwotną wolą stron zawierających umowę jest zapewnienie świadczenia *in natura* (zgodnie z zasadą realnego wykonania zobowiązania), jednak przy zastrzeżeniu kary umownej podstawowe znaczenie ma określenie, czego zawiedziony wierzyciel będzie mógł żądać tytułem rekompensaty za brak świadczenia pierwotnego. Dlatego kara umowna powinna być pojmowana jako umowna regulacja obowiązku naprawienia szkody. Regulacja, której istota polega na szeroko pojmowanym oddziaływaniu kompensacyjnym, nie zaś na działaniu prewencyjnym czy tym bardziej represyjnym.

Po trzecie, jeżeli prawo polskie – bez względu na motywację indywidualnych kontrahentów – kształtuje karę umowną jako świadczenie odszkodowawcze, a jej zastrzeżenie powinno być rozumiane jako umowna regulacja odpowiedzialności odszkodowawczej *ex contractu*, to logiczną konsekwencją takiej konstatacji stanowi teza o kompensacyjnej funkcji kary umownej. Warto podkreślić,

⁴⁴ Por. R. Trzaskowski, *Właściwość (natura) zobowiązaniowego stosunku prawnego jako ograniczenie zasady swobody kształtowania treści umów*, KPP 2/2000, s. 361–362.

że szkoda nie może być traktowana w kategoriach przesłanki skutecznego żądania kary umownej, ponieważ zarówno jej wystąpienie, jak i rozmiar nie podlegają sądowemu badaniu w sporze o karę⁴⁵. Jednakże irrelevancja przesłanki, jaką jest szkoda, i niedopuszczalność jej sądowego badania stanowi *conditio sine qua non* efektywnego pełnienia przez karę umowną funkcji środka kompensacji najszerszej pojętego interesu wierzyciela.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 17.