

KRZYSZTOF ZAGROBELNY

Uniwersytet Wrocławski

W sprawie szkody występującej pod postacią zwiększenia się pasywów poszkodowanego

Odpowiedzialność odszkodowawcza od zawsze stanowiła przedmiot żywego zainteresowania prawników. Istotą tego zagadnienia jest bowiem określenie zasad repartycji doznanego uszczerbku w sytuacji, gdy ktoś inny niż poszkodowany odpowiada za szkodę. Zasadniczy kształt tej instytucji wyznaczają normy prawne, przy czym w jej ramach dopuszczalne jest też stosowanie konstrukcji umownych. Odpowiedzialność za szkodę, podobnie jak i inne rozwiązania jurydyczne, winna uwzględniać zjawiska zachodzące w rzeczywistości społecznej, zwłaszcza gospodarczej. Intensywny rozwój społeczno gospodarczy¹ niesie ze sobą coraz to nowe wyzwania, którym sprostać muszą istniejące instytucje prawne. I oddać trzeba, że często z tej nowej roli wywiązują się one nadszpiewanie dobrze.

Jak wiadomo, obowiązek naprawienia szkody regulowany jest nie tylko w przepisach prawa cywilnego, znajduje on swoje odbicie także w normach innych gałęzi prawa. Jednak to przepisy kodeksu cywilnego wyznaczają zasadnicze ramy konstrukcyjne tej instytucji. Rozwiązania poświęcone obowiązkowi naprawienia szkody zawarte w innych gałęziach prawa mają często charakter wycinkowy, skupiając się przede wszystkim na normatywnym opisie zdarzenia wyrządzającego szkodę, za które prawo czyni kogoś odpowiedzialnym, czasem wskazują zakres prawnie doniosłej szkody. Dlatego też w kwestiach nieunormowanych w tych „innych” przepisach trzeba pośilkować się kodeksem cywilnym.

W prawie cywilnym odpowiedzialność odszkodowawcza łączy się ze stosunkiem zobowiązaniowym, w ramach którego uprawniony wierzyciel może żą-

¹ A. Szpunar podnosi, że dokonujące się u nas przemiany gospodarcze i społeczne sprawiają, iż zagadnienia związane z odszkodowaniem za szkodę majątkową przedstawiają się obecnie inaczej niż dawniej, *Odszkodowanie za szkodę majątkową. Szkoda na mieniu i osobie*, Bydgoszcz 1999, s. 9; zob. też L. Stecki, *Zasada pełnej kompensacji szkody. Zagadnienia wybrane*, [w:] *Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Witolda Czachórskiego*, Warszawa 1985, s. 229.

dać od zobowiązanego dłużnika spełnienia świadczenia polegającego na naprawieniu wyrządzonej szkody. Dodać należy, że źródła wspomnianego stosunku, a co za tym idzie długu odszkodowawczego mogą być różne. Obciążający dłużnika obowiązek naprawienia szkody może w zobowiązaniu występować od samego początku, jest wówczas świadczeniem pierwotnym (np. w przypadku czynów niedozwolonych), w innych wypadkach ten typ obowiązku może pojawić się później, jako świadczenie następcze. Tak się dzieje w ramach odpowiedzialności *ex contractu*, której istotą jest to, że jeśli dłużnik naruszy obowiązujący go obowiązek określonego świadczenia, to musi się liczyć z tym, iż powinnośc ta zostanie uzupełniona albo też zastąpiona obowiązkiem wyrównania wyrządzonego wierzycielowi uszczerbku. Ocena stosunku odszkodowawczego, jeśli dokonać jej z pewnej perspektywy, pozwala dostrzec pojawiające się w każdym przypadku charakterystyczne elementy, nazywane w doktrynie przesłankami odpowiedzialności. Ich istnienie *in casu* decyduje o tym, czy poszkodowany wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia odszkodowawczego. Powszechnie wskazuje się, że odpowiedzialność odszkodowawcza dłużnika nie powstanie w sytuacji, w której zabraknie chociażby jednej z następujących okoliczności: zdarzenia wyrządzającego szkodę, z którym ustawa łączy określoną osobę (dłużnika), samej szkody spowodowaną wspomnianym zdarzeniem oraz związku przyczynowego łączącego dwie wcześniej wymienione okoliczności. Podkreślenia wymaga, że skonstruowanie i opisanie każdej z przesłanek odszkodowawczej odpowiedzialności dłużnika łączy się z wyjaśnieniem szeregu zawitych problemów, o czym świadczą liczne i coraz to nowe publikacje na ten temat. W tym opracowaniu uwaga skupiona zostanie tylko na jednym zagadnieniu, i to dość wąskim, bo dotyczącym ledwie wycinka problematyki pojęcia szkody. Przy czym usprawiedliwieniem dla zajęcia się kwestią szkody występującej pod postacią zwiększenia się pasywów w majątku poszkodowanego jest brak szerszych wypowiedzi na ten temat oraz, jak można uważać, rosnące znaczenie w obrocie, zwłaszcza gospodarczym, tego zagadnienia.

W piśmiennictwie prawniczym przyjmuje się powszechnie, że powstanie szkody jest warunkiem *sine qua non* odszkodowawczej odpowiedzialności dłużnika. Jej brak powoduje, że wierzyciel nie może żądać od dłużnika odszkodowania, skoro nie doznał on żadnego uszczerbku. Jednak już ta, zdawałoby się, oczywista konstatacja wymaga uzupełnienia, iż w przypadku zastrzeżenia przez strony kary umownej, w reżimie kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej wierzyciel może od dłużnika żądać umówionej kary za samo niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, nawet jeśli na skutek uchybienia przez dłużnika obowiązkowi umownemu wierzyciel nie doznał szkody².

² Pogląd ten, przyjęty przez SN w uchwale składu siedmiu sędziów z 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, OSP 2004, nr 9, poz. 115, przesądził tę kwestię w judykaturze oraz stał się istotnym argumentem mającym wpływ na stanowisko piśmiennictwa. W doktrynie jednak nadal prezentowane są rozbieżne poglądy w tej materii.

W kodeksie cywilnym, podobnie jak to było pod rządem kodeksu zobowiązań, nie zawarto ustawowej definicji szkody. Wyjaśnienie takiego rozwiązania znajdujemy w stwierdzeniu współtwórcy kodeksu R. Longchamps'a de Bériera, który odpowiadając, na czym ma ona polegać, przyjął, że „Jest to potoczne znaczenie wyrazu »szkoda«, którym posługuje się też k.z., uważając definicję szkody w kodeksie za zbędną”³. W sytuacji gdy kodeks cywilny kontynuuje wcześniejsze rozwiązania w tym zakresie, odwołanie się do potocznego rozumienia szkody jest rozwiązaniem jak najbardziej koniecznym, czy jednak także wystarczającym, w to można już wątpić⁴. Dlatego też odwołując się do licznych przepisów kodeksu poświęconych odpowiedzialności odszkodowawczej, przedstawiciele doktryny oraz judykatura podejmują wysiłki w celu uściślenia pojęcia szkody, wskazania jej granic i nadania jej w miarę możliwości jednoznacznej treści. W zasadzie panuje zgoda co do tego, że szkodą jest uszczerbek, jakiego doznaje określona osoba w swych prawnie chronionych dobrach lub interesach. Chodzi o uszczerbek wyrażający się w różnicy między już istniejącym stanem tych dóbr oraz stanem mogącym powstać w normalnym toku rzeczy a stanem, jaki powstał na skutek zdarzenia wyrządzającego szkodę⁵. Nie ulega też kwestii, że szkodą w znaczeniu prawnym jest taki uszczerbek, którego powinnością naprawienia ustawodawca obciąża kogoś innego niż sam poszkodowany⁶. Warto zauważyć, że niekiedy warunkuje się uznanie owego uszczerbku za szkodę w znaczeniu prawnym tym, aby poszkodowany został nim dotknięty wbrew swojej woli⁷. Dostrzegając, że stanowisko to pozwala wyeliminować z pola rozważań sytuacje, w których uszczerbek danego podmiotu jest skutkiem jego celowych i świadomych czynności, polegających na wyzbyciu się swego majątku, lub też dobrowolnych wydatków i nakładów niezgodnych z zasadami racjonalnego działania, zarzuca się jednak, że takie ujęcie zagadnienia nie ma uniwersalnego charakteru. Zwłaszcza podnosi się⁸, iż w tym wypadku nie uwzględnia się sytuacji, gdy uszczerbek, który nie powstał wbrew woli poszkodowanego, rodzi obowiązek odszkodowawczy. Chodzi przykładowo o wydatki poniesione w celu zmniejszenia szkody czy też działania w cudzym interesie (art. 438 k.c.), a także koszty i wydatki składające się na pojęcie szkody w granicach ujemnego interesu (art. 387 k.c.), czy też o zgodę uprawnionego, która nie zawsze będzie wyłączać bezprawność działania sprawcy.

³ R. Longchamps de Bérier, *Zobowiązania*, wydanie anastatyczne, Poznań 1999, s. 229.

⁴ Sceptycznie T. Dybowski, [w:] *System prawa cywilnego, Prawo zobowiązań – część ogólna*, Wrocław 1981, s. 213.

⁵ Zob. *ibidem*, s. 214.

⁶ *Ibidem*; Z. Banaszczyk, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1–449*, Warszawa 2008, s. 994.

⁷ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2008, s. 91; także T. Wiśniewski, [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. I, Warszawa 2002, s. 69.

⁸ T. Dybowski, *op. cit.*, s. 216.

W rozważaniach poświęconych szkodzie, która w swym podstawowym wymiarze ma charakter majątkowy, nie da się pominąć pytania, czy ów uszczerbek dotyczący określonej osoby może też przybrać postać niemajątkową. Jako oczywistość przyjmuje się, że zobowiązania z zasady służą zaspokojeniu interesów majątkowych wierzyciela. Dlatego też większość instytucji prawa obligacyjnego, w tym szkoda, konstruowane są z uwzględnieniem takiego założenia. Niemniej jednak prawo obligacyjne obejmuje sytuacje, w których wierzyciel będzie oczekiwał od dłużnika zachowania zmierzającego do realizacji wartości niemajątkowych⁹. Obecnie przeważa stanowisko, według którego przepisy kodeksu cywilnego posługujące się pojęciem szkoda mają na uwadze także naruszenie dóbr i interesów o charakterze niemajątkowym, szkoda jest więc także uszczerbek o charakterze niemajątkowym¹⁰. Pośród różnych argumentów, jakie podnosi się w celu uzasadnienia takiego stanowiska, na uwagę zasługuje zwłaszcza ten, który eksponuje wyniki wykładni systemowej. Chodzi o to, że w przepisach art. 445 k.c. i art. 448 k.c. regulowane są skutki prawne określonych czynów niedozwolonych, których opisem i wskazaniem przesłanek ich zastosowania zajmują się zupełnie inne normy. Podkreśla się też, że w przepisach art. 361 § 1 k.c. i art. 363 k.c., mających zastosowanie do krzywdy, mowa jest o szkodzie. Pozwala to na stwierdzenie, że pod tym pojęciem mieści się zarówno uszczerbek o charakterze majątkowym (szkoda *sensu stricto*), jak i uszczerbek niemajątkowy, czyli krzywda. Przy czym słusznie poddaje się krytyce obecne unormowanie, które w ramach odpowiedzialności *ex contractu* eliminuje sposobność dochodzenia zadośćuczynienia za ten rodzaj uszczerbku¹¹.

Według art. 361 § 2 k.c. szkoda podlegająca naprawieniu obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono. Ta druga postać szkody, określana mianem *lucrum cessans*, odnosząca się do projekcji zdarzeń przyszłych, których ziszczeniu przeszkodziło zdarzenie wyrządzające szkodę, pozostaje poza zakresem tego opracowania. Prowadzony wywód skupi się na szkodzie występującej pod postacią straty, i to tylko w jednym z możliwych jej aspektów. Jak wiadomo, straty, o których mowa w powołanym przepisie (*damnum emergens*), obejmują zarówno zmniejszenie się aktywów, jak i zwiększenie się pasywów w majątku poszkodowanego, w jego prawnie chronionych dobrach i interesach. Nie bez znaczenia dla zrozumienia pojęcia szkody wydaje się wskazanie, że pod pojęciem naruszonych dóbr i interesów poszkodowanego należy ujmować wszystko to, co może służyć zaspokojeniu potrzeb i celów materialnych i duchowych poszkodowanego, przy czym sama szkodliwość wyraża się w zmniejszeniu zdolności do zaspokajania przez

⁹ Z. Radwański, A. Olejniczak, *op. cit.*, s. 13.

¹⁰ T. Dybowski, *op. cit.*, s. 223–224, Z. Radwański, A. Olejniczak, *op. cit.*, s. 92–93.

¹¹ Zob. w szczególności M. Safjan, *Naprawienie krzywdy niemajątkowej w ramach odpowiedzialności ex contractu*, [w:] *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci profesora Adama Szpunara*, Kraków 2004, s. 255 i n.

owe dobra zasługujących na ochronę potrzeb poszkodowanego¹². Taka szeroka formuła szkody pozwala ująć wśród dóbr prawnie chronionych oprócz praw podmiotowych, m.in. takich jak własność, inne prawa rzeczowe, również wierzytelności, oraz pewne sytuacje mające prawne znaczenie, np. szkodą będzie utrata: posiadania, zabezpieczenia wierzytelności¹³, a także ekspektatywy¹⁴.

W wypowiedziach autorów zajmujących się definiowaniem szkody pojawia się oczywiste stwierdzenie, że strata, o której mowa w art. 361 § 2 k.c., obejmuje także zwiększenie pasywów. T. Dybowski podnosi, że: „W sferze stosunków majątkowych typu obligacyjnego szkoda polega bardzo często na zwiększeniu pasywów, czyli powstaniu nowych długów lub powiększeniu istniejących na skutek zdarzenia wyrządzającego szkodę”¹⁵. Podobnie rzecz ujmują A. Szpunar¹⁶, F. Błahuta¹⁷, A. Rembieliński¹⁸, T. Banaszczyk¹⁹, T. Wiśniewski²⁰, W. Czachórski²¹. Szkodą w omawianym zakresie jest więc taki uszczerbek w sferze praw i interesów poszkodowanego, którego przejawem jest zwiększenie się pasywów. Wskutek tego rodzaju szkody poszkodowany zyskuje – by trzymać się przyjętej konwencji terminologicznej – nowy aktyw, jakim jest roszczenie o naprawienie szkody, przy czym pojawia się on właśnie dlatego, że w majątku poszkodowanego wierzyciela zwiększyły się pasywa. Warto dodać, że bez znaczenia pozostaje to, czy nowy dług poszkodowanego – owe zwiększone pasywa, powstają wobec osoby odpowiedzialnej za szkodę, co raczej nie wzbudza wątpliwości i pozostanie poza zakresem opracowania, czy też, co w praktyce występować będzie częściej, wobec osoby trzeciej.

Termin pasywa, który często służy do opisu omawianej postaci szkody, nie występuje w przepisach kodeksu cywilnego, został on zaczerpnięty ze sfery rachunkowości, przy czym na tle art. 361 § 2 k.c. nie wzbudza wątpliwości, rozumiany jest dość jednoznacznie. Chodzi w nim po prostu o zwiększenie się w majątku poszkodowanego długów, przy czym długi te powstają w ramach nowych stosunków obligacyjnych, albo też wynikają ze zobowiązań już uprzednio istniejących, jeżeli zdarzenie wyrządzające szkodę doprowadziło do zwiększenia się powinności świadczenia poszkodowanego. W tych relacjach prawnych konstytuujących szkodę sam poszkodowany występuje więc jako dłużnik, na którym ciąży obowiązek określonego świadczenia, z tym że wierzycielem z zasady jest osoba

¹² T. Dybowski, *op. cit.*, s. 217.

¹³ A. Szpunar, *op. cit.*, s. 37.

¹⁴ Uchwała SN z 11 sierpnia 2002 r., IIICZP 73/02, OSNCP 2003, nr 10, poz. 131.

¹⁵ T. Dybowski, *op. cit.*, s. 238.

¹⁶ A. Szpunar, *op. cit.*, s. 36.

¹⁷ F. Błahuta, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 1972, s. 871.

¹⁸ A. Rembieliński, [w:] *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1989, s. 295.

¹⁹ T. Banaszczyk, *op. cit.*, s. 1016–1017.

²⁰ T. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 68.

²¹ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2002, s. 97.

trzecia w stosunku do zobowiązania odszkodowawczego. Przy opisie omawianej postaci szkody nie wydaje się istotne, jakiego rodzaju świadczenie musi na rzecz innej osoby spełnić poszkodowany (może to być także np. świadczenie odszkodowawcze), przy czym w praktyce zapewne najczęściej w grę wchodzić będzie świadczenie przyjmujące postać pieniężną. Nie da się jednak wykluczyć takiej sytuacji, w której poszkodowany będzie dłużnikiem świadczeń innego rodzaju, polegających np. na wydaniu rzeczy czy też wykonaniu dzieła. Istotne zdaje się to, by były to świadczenia mające określoną wartość majątkową. W obowiązujących regulacjach trudno też doszukać się jakichkolwiek wskazówek, które miałyby charakteryzować rodzaj więzi prawnej, w ramach której poszkodowany wierzyciel występuje jako dłużnik. Dlatego też jeśli jako podstawę wyróżnienia stosunków obligacyjnych przyjąć rodzaj zdarzenia prawnego, z jakiego się one wywodzą, to trudno byłoby *a priori* zakładać, iż określony typ zobowiązania z poszkodowanym jako dłużnikiem wymyka się spod zakresu omawianego tu pojęcia szkody. Przy czym w praktyce najczęściej źródłem nowo powstałych albo też zwiększających się pasywów tworzących szkodę w postaci *damnum emergens* będzie przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, a więc odpowiedzialność *ex contractu*.

Przyjęcie syntetycznej formuły szkody zapewnia, że w pojęciu tym mieszczą się różne sytuacje, także takie, których pojawienie się jest wynikiem rozwoju nowych zwyczajów, instytucji gospodarczych i prawnych²². Jednak najbardziej typowym przykładem omawianej tu szkody będzie sytuacja, w której poszkodowany zostaje pozbawiony przez pewien czas możliwości korzystania z oznaczonej sumy pieniężnej; w tym wypadku jego uszczerbek polega na tym, że utracił spodziewany zysk lub zwiększyły się jego pasywa, a to ze względu na konieczność zapłacenia odsetek za opóźnienie z powodu niespełnienia w terminie świadczenia pieniężnego.²³ Przy czym jeśli założyć, że w podanym wyżej przykładzie doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania polegającego na zapłacie określone kwoty, to szkodą będzie naruszenie aktywów poszkodowanego wierzyciela – jego wierzytelności²⁴. Prowadzić to może do dalszych następstw, w szczególności do powstania odpowiedzialności odszkodowawczej owego wierzyciela występującego w ramach innego stosunku prawnego jako dłużnik świadczenia, którego sam nie otrzymał. Jeśli więc w podanym przykładzie doszło do naruszenia pierwszego zobowiązania, w ramach którego

²² Zob. np. rozważania A. Chłopeckiego, *Szkoda poniesiona przez spółkę akcyjną a szkoda poniesiona przez akcjonariusza w świetle przepisów kodeksu spółek handlowych i kodeksu cywilnego*, PPH 2007, nr 5, oraz uwagi M. Olechowskiego, o relacji między szkodą poniesioną przez spółkę akcyjną a szkodą poniesioną przez akcjonariusza – polemika, PPH 2007, nr 9, zob. też M. Kaliński, *Szkoda poniesiona przez spółkę akcyjną a szkoda poniesiona przez akcjonariusza w świetle przepisów kodeksu spółek handlowych i kodeksu cywilnego – polemika*, PPH 2007, nr 9.

²³ Przykład podany przez T. Dybowskiego, *op. cit.*, s. 234–235

²⁴ *Ibidem*, s. 238–239.

analizowana jest szkoda i jej następstwa prawne, to tym sposobem poszkodowany wierzyciel mógł uchybić treści tego innego zobowiązania, wskutek czego obciąży go nowa powinność świadczenia – nowy pasyw. Przykłady te można by mnożyć, wskazując na inne jeszcze możliwe warianty, co jednak niewiele by wniosło do prowadzonych tu rozważań.

Analiza omawianego rodzaju szkody wymaga rozstrzygnięcia następującej kwestii. Czy w podanych wyżej przykładach sam fakt pojawienia się nowego zobowiązania obciążającego poszkodowanego wierzyciela, w którym to stosunku występuje on jako zobowiązany dłużnik innej osoby, przesądza o istnieniu szkody. Czy być może tego rodzaju szkoda będą tylko długi mające dodatkowe cechy. W szczególności należy wyjaśnić, czy szkoda powstanie jedynie w przypadku, gdy wierzytelność osoby trzeciej skierowana do poszkodowanego dłużnika będzie wymagalna. Już w tym miejscu można stwierdzić, że odpowiedź na postawione pytanie będzie miała istotne znaczenie praktyczne, zwłaszcza dla obrotu dwustronnie profesjonalnego.

Prima facie nie istnieją żadne szczególne powody, których podniesienie w ramach analizowania pojęcia szkody mogłoby przesądzać o wyborze jednego z możliwych rozwiązań, można wręcz przyjmować, że z przyczyn wyłącznie konstrukcyjnych należy dopuścić szkodę występującą zarówno pod postacią każdego długu albo tylko wymagalnego, jak i takiego, który zostanie stwierdzony w sposób szczególny.

Warto zacząć od stwierdzenia, że przeważająca większość autorów wyróżniających omawianą tu postać szkody nie formułuje wprost dodatkowego wymagania dotyczącego zobowiązania, w ramach którego poszkodowany wierzyciel jako dłużnik zobowiązany jest świadczyć osobie trzeciej. W szczególności, aby dług poszkodowanego był w czasie ustalania szkody wymagalny albo też ustalony w jakiś szczególny sposób. W zasadzie powołani powyżej autorzy ograniczają się do stwierdzenia, że z omawianą tu szkodą mamy do czynienia w razie pojawienia się nowych lub zwiększonych pasywów. Jak można uważać, ta dominująca wstrzeźliwość wypowiedzi nie jest przypadkowa, wręcz każe się zastanowić, co ona oznacza. Nie sposób bowiem przyjmować, aby tak istotna kwestia, jak wymagalność zobowiązań tworzących szkodę, umknęła uwadze licznych autorów. Jeśli to przypuszczenie jest zasadne, to w stwierdzeniu, iż *damnum emergens* występuje także w postaci pasywów obejmujących powstanie nowych zobowiązań albo też zwiększenie istniejących, i to bez zastrzeżenia dodatkowych kwalifikacji, mieści się stwierdzenie, że chodzi o każdy rodzaj zobowiązań. W tym wymagalnych, ale i co istotne, także więc niewymagalnych. Przy takim założeniu szkodę tworzy zatem każdy nowy pasyw, czyli dług poszkodowanego albo też powiększenie się pasywów – długów już wcześniej istniejących. Prawdziwe też będzie wówczas stwierdzenie, że w przypadku, gdy wierzyciel nie otrzymał na czas świadczenia pieniężnego, wskutek czego sam także opóźnił zapłatę swemu wierzycielowi, co spowodowało powinność zapłaty odsetek za opóźnienie,

to jego szkodę stanowią owe odsetki i to bez względu na to, czy pozostały one już uiszczone, czy nastąpi to dopiero w przyszłości²⁵.

Należy jednak zaznaczyć, że w piśmiennictwie można spotkać pogląd opozycyjny do wyżej przedstawionego, według którego sam fakt zwiększenia pasywów w majątku poszkodowanego nie jest jeszcze wystarczającym uzasadnieniem do ustalenia istnienia szkody. M. Kaliński²⁶ przyjmuje, że jedynie sytuacja, w której poszkodowany wierzyciel umorzył pasyw w drodze wykonania zobowiązania, czyli wypełnił dług na rzecz osoby trzeciej, konstytuujący jego własną szkodę, przedstawia się jasno i nie pozostawia wątpliwości. W odniesieniu do długów poszkodowanego, których on jeszcze nie zrealizował, autor rozważa różne warianty rozwiązań. Po pierwsze odrzuca jako wadliwą taką konstrukcję, w ramach której powstanie każdego nowego zobowiązania (pasywu) w majątku wierzyciela, nawet jeśli nie byłoby ono jeszcze wymagalne, oznaczałoby doznanie przez niego szkody i uzasadniałoby żądanie jej naprawienia. Zdaniem autora przyjęcie takiego stanowiska prowadzi do nieuzasadnionego zrównania szkody przyszłej z obecną. W związku z czym analizuje on kolejne warianty: pierwszy polega na tym, że szkodę tworzą uszczerbki – długi poszkodowanego, jeśli odpowiadające im wierzycielności osoby trzeciej są wymagalne, drugi zaś, jeszcze dalej idący, zakłada, iż szkodę konstytuuje tylko roszczenie osoby trzeciej, skierowane do poszkodowanego, jeśli jest stwierdzone prawomocnym wyrokiem. W ocenie autora najbardziej jednak zasadne jest stanowisko, według którego o szkodzie bezpośredniej można mówić tylko w takim zakresie, w jakim poszkodowany rzeczywiście zaspokoił swego wierzyciela. Tym sposobem, jeśli nie doszło jeszcze do wykonania zobowiązania przez poszkodowanego na rzecz osoby trzeciej, nie dojdzie do wynagrodzenia mu szkody abstrakcyjnej, ponieważ nie ma pewności, czy osoba trzecia, wierzyciel poszkodowanego, chciałaby zrealizować służącą jej wierzycielność.

Stanowisko, w myśl którego omawianą szkodę stanowi zobowiązanie obciążające poszkodowanego, rzeczywiście prowadzące do zaspokojenia jego wierzyciela, trzeba ocenić krytycznie. W pierwszej kolejności należy zarzucić, że w sposób nieznajdujący usprawiedliwienia w obowiązujących przepisach dokonuje ono dystynkcji elementów składających się na stratę; każde bowiem zmniejszenie się aktywów jest szkodą, ale nie każde zwiększenie pasywów należy tak oceniać. Trudno nie dostrzec, że przepis art. 361 § 2 k.c. nie stwarza podstawy do takiego wniosku. Zauważmy także, że faktyczne zaspokojenie przez wierzyciela osoby trzeciej będzie najczęściej przybierać postać wykonania zobowiązania. Jak powszechnie wiadomo, zasadniczo wykonanie zobowiązania zależne jest od zachowania dłużnika, ponieważ poza ewentualnym współdziała-

²⁵ K. Zagrobelny, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2006, s. 539.

²⁶ M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2008, s. 275–277.

niem rola wierzyciela jest tu znikoma. Przy czym, co oczywiste, dłużnik może wykonać zobowiązanie wymagalne, nie ma jednak przeszkód, aby w określonych sytuacjach także niewymagalne jeszcze zobowiązania wygasły wskutek spełnienia przez dłużnika świadczenia, wtedy np., gdy zastrzeżono termin na korzyść dłużnika albo w razie zgody wierzyciela na wcześniejsze wykonanie zobowiązania. Przyjęcie krytykowanego tu założenia musiałoby prowadzić do wniosku, że szkodę stanowi pojawiający się w majątku poszkodowanego jego dług, nawet niewymagalny, który został przez niego wykonany, chociażby tylko w tym celu, aby mógł być mu w ramach odszkodowania „zwrócony”. Kierując się przyjętymi przez autora założeniami, należałoby przyjąć, że zasadniczo nie byłby natomiast elementem szkody dług wymagalny, przez strony niekwestionowany, lecz np. wskutek zawarcia samej umowy odnowienia nieprowadzący do rzeczywistego zaspokojenia wierzyciela poszkodowanego. Przy czym nie ulega przecięż wątpliwości, że w ocenie samego stosunku zobowiązaniowego wygaszenie tego pasywu poszkodowanego wierzyciela w znaczeniu prawnym byłoby równoznaczne z jego wykonaniem. Wreszcie przyjęcie powyższego stanowiska w istocie prowadzi do tego, że mówienie o szkodzie pod postacią zwiększenia się pasywów nie znajduje żadnego uzasadnienia, jest tylko mylącym i wprowadzającym w błąd określeniem. Szkodą byłyby w istocie rzeczy wydatki poniesione na faktyczne zaspokojenie wierzyciela osoby poszkodowanej, przede wszystkim na wykonanie zobowiązania. A trzeba wyraźnie podkreślić, że większość autorów wypowiadających się na temat omawianej tu postaci szkody zgadza się z tym, że sposobem jej naprawienia może być zobowiązanie dłużnika do zwolnienia poszkodowanego wierzyciela z długu wobec osoby trzeciej²⁷. Tego rodzaju stwierdzenie ma rację bytu jedynie przy założeniu, że szkodą w postaci straty wymienionej w art. 361 § 2 k.c. jest zwiększenie się pasywów w majątku poszkodowanego wierzyciela. Bez uznania ich roli jako czynnika kreującego *damnum emergens* mówienie o naprawieniu szkody poprzez zobowiązanie odpowiedzialnego za szkodę do zwolnienia wierzyciela z długu wobec osób trzecich nie ma żadnego uzasadnienia, jest po prostu błędne.

Na gruncie przepisów kodeksu cywilnego nie da się skutecznie bronić poglądu zakładającego, że na szkodę wierzyciela składają się tylko wymagalne albo ustalone w wyroku zobowiązania, w ramach których poszkodowany jako dłużnik innej osoby miałby na jej rzecz świadczyć. I tym razem wzgląd formalnoprawny nie może być pominięty. Bez względu na to, jak określona koncepcja mogłaby być mocno zakorzeniona w innym systemie prawnym, nie można przeoczyć, że w ramach obowiązującej procedury cywilnej sąd nie mógłby orzekać wyrokiem ustalającym w sprawie, gdy roszczenie poszkodowanego wierzyciela mogłoby

²⁷ A. Szpunar, *op. cit.*, s. 118–119; Z. Banaszczyk, *op. cit.*, s. 1016–1017; T. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 76; T. Dybowski, *op. cit.*, s. 288.

już być skutecznie dochodzone, tak samo jak *de lege lata* nie da się bronić tezy o zróżnicowaniu wymagalnych wierzytelności ze względu na to, czy zostały one czy też nie zostały ustalone w wyroku. Podkreślenia wymaga, że wprowadzenie do obrotu prawnego rozróżnienia (uprzywilejowania) wierzytelności ze względu na fakt posiadania przez nie określonej cechy wymagało wyraźnego sygnału ze strony ustawodawcy²⁸.

Wyraźnie przy tym należy zaznaczyć, że usprawiedliwieniem dla rozważań w ramach pojęcia szkody poszukujących dodatkowych przesłanek poza samym istnieniem zobowiązania w majątku poszkodowanego wierzyciela powinno być wykazanie, że odwołanie się do prostej konstrukcji długu wywołanego zdarzeniem, za które sprawca szkody odpowiada, nie spełnia stawianych mu oczekiwań. Jak można uważać, przesłanka ta nie została dowiedziona, nie może być bowiem tak traktowane zrównanie szkody wynikającej z powstania zobowiązania nakładającego na wierzyciela obowiązek świadczenia z sytuacją, w której poszkodowany wierzyciel będący dłużnikiem osoby trzeciej wykonuje zobowiązanie. Nie bez powodu ustawodawca rezygnuje ze ścisłego definiowania tego pojęcia, zezwalając na posługiwanie się szerokim pojęciem szkody obejmującym ingerencję w dobra i interesy poszkodowanego, w tym np. naruszające stan faktyczny – posiadanie, czy też ubytek ekspektatywy, aby jednocześnie jedną z jej postaci poddać daleko idącym ograniczeniom. Jak można uważać, mając na uwadze *ratio legis* tej konstrukcji, chroniącej przecież poszkodowanego, winno ograniczać tego rodzaju zabiegi interpretacyjne, których bezpośrednim skutkiem byłoby pochopne odejście od potocznego zrozumienia pojęcia szkody. Nie sposób nie dostrzec, że samo zwiększenie się zobowiązań w majątku określonej osoby nie jest zjawiskiem pozytywnym, wręcz przeciwnie, już samo ich istnienie może prowadzić do negatywnych ocen prawnych²⁹. Nagromadzenie w majątku określonej osoby długów, nawet jeszcze nie wymagalnych, które w przyszłości (być może) trzeba będzie wykonać, jest naruszeniem interesów poszkodowanego, w obecnej rzeczywistości społeczno-prawnej ogranicza możliwość jego normalnego uczestniczenia w obrocie cywilnoprawnym. Trudno sobie bowiem wyobrazić, aby wiarygodna informacja o owych zobowiązaniach nie wpłynęła negatywnie na ocenę np. zdolności kredytowej czy też innej oceny, warunkującej uczestniczenie przez określoną osobę w powszechnie dziś wykorzystywanych usługach typu finansowego. Usługach, bez których trudno dziś wyobrazić sobie społeczne funkcjonowanie określonego podmiotu.

²⁸ Na przykład możliwość dywersyfikacji wierzytelności, które nadają się lub nie nadają do potrącenia, w określonym postępowaniu przed sądem, można wywodzić tylko z konkretnych przepisów prawnych, nie zaś na podstawie najbardziej nawet finezyjnej wykładni. Zob. art. 493 par. 3 k.p.c.

²⁹ Zobacz np. przesłanki zgłoszenia wniosku o upadłość.

Uznanie za szkodę jedynie sytuacji, w której dochodzi do wykonania zobowiązania, nie zaś samego długu, byłoby zabiegiem nie dość że nieznajdującym wystarczającego usprawiedliwienia prawnego, to również niezrozumiałym ze względu na to, że przy opisie rzeczywistości odrywa się od przyjętych i uznanych konstrukcji prawnych. Jak można uważać, odwołanie się do pojęcia zobowiązania, jego elementów składowych takich jak dług, bez konieczności poszukiwania dodatkowych, niewymienionych w ustawie elementów, wystarczają do wyjaśnienia szkody.