

UNIwersytet Wroclawski
Biblioteka Wydziału Prawa

44863

II

VO OBYWATELSKIEGO KOMITETU
WSI I MIAST W KRAKOWIE.

NISŁAW GOŁĄB

ROZPORZĄDZENIE HIPOTEKĄ PRZEZ WŁAŚCICIELA



KRAKÓW
G. GEBETHNER I SPÓŁKA
DRUKARNIA UNIwersytetu Jagiellońskiego
1918

Treść.

	Str.
Plan pracy	1
Rozdział I: »Prawo« posuwania się dalszych wierzycieli hipotecznych	5
Rozdział II: Hipoteka właściciela w dotychczasowem prawie austriackiem	20
Rozdział III: Dwa systemy	32
Rozdział IV: Nowe prawo. Wstęp	46
§ 1: Uzupełnienie §§ 469 i 1446 k. c.	49
§ 2: Warunkowe wpisanie prawa zastawu	88
§ 3: Rozporządzenie hipoteką w przypadkach hipoteki łącznej	95
§ 4: Postanowienia przejściowe	108
Rozdział V: Próby konstrukcyi »prawa rozporządzenia hi- poteką«	111
Rozdział VI: Wnioski	127
Literatura użytkowana przy pisaniu niniejszej pracy	137
Dodatek	140



11/1/27

44863

Plan pracy.

Rozporządzenie ces. z dnia 19 marca 1916 r. Nr. 69 Dz. p. p. (III Nowela do k. c.) wprowadza w tytule szóstym, pod nagłówkiem: »Rozporządzenie hipoteką przez właściciela«, szereg postanowień prawnych, mających na celu: przyczynić się do »rozwoju naszego prawa hipotecznego w kierunku swobodniejszego wyzyskania kredytu realnego, możliwością trzymywania w pogotowiu, na wypadek potrzeby, praw zastawu o oznaczonem pierwszeństwie i pozbywania się uciążliwych hipotek, zapomocą nowych, korzystniejszych, pożyczek«. (Sprawozd. komisji izby panów str. 53 i nast.). Cel, jak widzimy, nadzwyczaj doniosły, reforma. mogąca wywołać niezmiernie ważne skutki w życiu ekonomicznem kraju. Ztąd nic dziwnego, że i ekonomiści i prawnicy poświęcają długi szereg uwag zagadnieniom, które są przedmiotem naszego studyum. W niem staramy się też uwzględnić momenty nie tylko czysto prawnej, lecz także ekonomicznej natury, jak tego wymaga sam temat, niedopuszczający na okazanie »łupy bez jądra«. Ale przede wszystkim musimy pierwsze z nich mieć na uwadze, gdy chcemy mówić o »rozporządzeniu hipoteką przez właściciela«, a zatem o rozporządzeniu przezeń prawem zastawu na nieruchomości, wpisanem do księgi gruntowej. I każdemu, kto się tą dziedziną zajmie, przewijać się będą, jak czerwone nici, trzy dotychczasowe zasady przewodnie, odnoszące się do prawa zastawu, i każdy będzie musiał zadać sobie pytanie, czy

St. Gołąb: Rozporządzenie hipoteką przez właściciela

i w jakiej mierze ostały się one wobec dokonanej reformy kodeksu cywilnego, czy i w jakiej mierze, dochodząc istoty uprawnienia właściciela do rozporządzenia hipoteką, wolno przeciw nim wykroczyć, skoro wyrażające je postanowienia prawne (§§ 447, 457, 449 k. c.), nie uległy zmianie. Jeżeli chodzi o klasyfikację zasad, o których mówimy, ze względu na ich ważność, to bezwątpienia za najważniejszą z nich uznać trzeba zasadę: *pignoris causa indivisa*, w myśl której prawo zastawu jest prawem (rzeczowem), ciężącym na całej zastawionej rzeczy, a więc nie n. p. prawem (choćby rzeczowem, jednak) do jakiejś tylko części jej wartości. Na drugim miejscu postawić należy zasadę, że prawo zastawu jest prawem na rzeczy obcej — wyjątkiem od niej jest »hipoteka właściciela« — hipoteka na nieruchomości własnej. I tu nasuwa się pytanie, jakim jest stosunek takiej hipoteki do »rozporządzenia« przez właściciela hipoteką na swej nieruchomości, stosunek, który oczywiście ustalić można dopiero po zapuszczeniu sondy w obie te instytucje prawne. A wreszcie zasada zawisłości prawa zastawu od zabezpieczonej niem wierzytelności, czyli t. zw. akcesoryjność prawa zastawu, która zeń zwykła czynić prawo uboczne, w stosunku do wierzytelności tylko dodatkowe, zasada zwalczana już nieraz, wystąpi znowu przy badaniu uprawnienia właściciela do rozporządzenia hipoteką, domagając się odpowiedzi na pytanie, czy ma ona obowiązywać bezwzględnie, czy też może tylko w pewnym ograniczonym zakresie?

Oto zagadnienia, których tu uniknąć nie można i które oddziałują do pewnego stopnia także na plan studium, mającego zresztą nietylko czysto-teoretyczne potrzeby na oku. Wychodząc ze względów metodycznych od rozważenia t. zw. praw dalszych wierzycieli hipotecznych do posunięcia się w górę ze swemi pretensjami hipotecznemi (Rozdział I), zdążamy następnie do przedstawienia stanu dotychczasowego prawa austr. w naszej dziedzinie (Rozdział II), oraz do częściowego przynajmniej oświetlenia

dwu zasadniczych systemów, panujących w niej w ościen-
nych ustawodawstwach europejskich (Rozdział III); dla-
czego poznanie tych systemów jest dla nas pierwszorzę-
dnej wagi, okaże się bliżej z dalszego ciągu. O zmianach
dokonanych III nowelą do k. c. nie moglibyśmy oczywiście
mówić, gdybyśmy dotyczących jej postanowień nie pod-
dali szczegółowemu, w ramach tej pracy możliwemu, ba-
daniu. To też rozdział IV, po krótkich uwagach wstęp-
nych, poświęconych zmianom najogólniejszej natury, prze-
chodzi kolejno w §§ 1—4 poszczególne przepisy noweli,
starając się je w porządku, jaki obraliśmy z namysłu,
objaśnić, wykazać możliwe w nich sprzeczności, doprowa-
dzić do zgody »rzucone (w literaturze) trafnie myśli i ro-
zumowania«, lub — stosunkowo dość często — wypowie-
dzieć zdanie odmienne tam, gdzie żaden z dotychczas-
wych poglądów nie trafiał nam do przekonania, tak, abyśmy
mogli z całą sumiennością upatrywać w nim owoc pra-
wdy. Czasem nawet wypadło mi usiłować rozwiązać kwe-
stye, dotąd nie poruszaną w literaturze, która jednak na-
sunęła się z siłą w toku badań, tak, że jej pominięcia nie
mogłem uważać za wskazane. W rozdziale V przedsta-
wiam próbę konstrukcyi »rozporządzenia hipoteką przez
właściciela«; z istoty rzeczy ma ten rozdział znaczenie
raczej teoretyczne, niż praktyczne, acz do objęcia całości
tematu uważam go za wprost niezbędny. Zresztą i tu
usiłuję wyjść i opierać się głównie na potrzebach prakty-
cznych, jakie się wyłaniają z materyi, której poświęciłem
niniejsze studyum. Wreszcie: Rozdział VI daje po ogół-
nych uwagach, skierowanych ku ocenie przyjętego przez
nowelę systemu jako całości, projekt zmian jej szczegó-
łowych postanowień prawnych, aby tym sposobem doko-
nać pożądanego, jak sędzę, uzupełnienia mej pracy. Z umy-
słu unikam wszędzie cytowania literatury¹, jak również
zbyt szczegółowego przedstawiania poglądów cudzych.

¹ Podaję ją osobno na końcu pracy.

Gdzie o nie zawadzam, podaję je bądź w cudzysłowie, bądź za pośrednictwem odpowiedniego wskaźnika. Natomiast dokładnie staram się uwzględnić źródła, oraz objaśnienia, zawarte w materiałach ustawodawczych. Uważam je bowiem za konieczne dla należytego zrozumienia tematu, dla zapoznania czytelnika z materiałem, który nie jest ani łatwym, ani małoważnym. A wyczytać w nim można dużo, jeśli się zdobędzie na uwagę i cierpliwość, jakich wymagają zawsze problemy skomplikowane, a życiowo doniosłe, przed rozwiązaniem których, mimo koniecznego w tym celu wysiłku, cofać się nie wolno.

ROZDZIAŁ I.

„Prawo“ posuwania się dalszych wierzycieli hipotecznych.

Z zasady: *pignoris causa indivisa*, a poniekađ także z zasady zależności prawa zastawu od wierzytelności zastawnej (p. § 449 zd. 1 k. c.), wypływały — początkowo dążność — później t. zw. prawo następnych wierzycieli hipotecznych do posunięcia się naprzód w księdze grunтовой z chwilą, kiedy wierzytelność, zabezpieczona prawem zastawu na wyższym miejscu (w lepszej pozycji), zgasła w jakimkolwiek ustawą przewidziany sposób. Argumentowano następująco: ponieważ prawo zastawu obciąża całą nieruchomość, przeto wskutek odpadnięcia wierzytelności, dla której ustanowiono hipotekę, wszystkie po niej następujące prawa zastawu posuwają się w górę w porządku, w jakim je w księgę grunтовую wpisano, tak, że w miejsce zgasłej (z powodu zgaśnięcia wierzytelności zastawnej) hipoteki wstępuje hipoteka bezpośrednio po niej następująca, w miejsce tej ostatniej dalsza i t. d. Przy bezwzględnem tej zasady przeprowadzeniu nie wchodzi w rachubę wola właściciela obciążonej nieruchomości; jak »ptak sztucznie wyrobiony« wyśpiewuje jedną i tę samą melodyę w antycznym zegarze, podobnie też funkcyonował automat hipoteczny, t. j. parły w górę dalsze hipoteki, w razie n. p. zapłaty wierzytelności, zabezpieczonej prawem zastawu wcześniejszem. Ale gdy wiadomo, że po godzinie pierwszej nastąpi druga, po

drugiej trzecia i t. d., nie jest, przynajmniej z reguły, dla następnych wierzycieli hipotecznych wiadomem, czy i kiedy odpadnie prawo zastawu, wyprzedzające ich pretensye. W każdym razie ta okoliczność bez porównania częściej znaną jest właścicielowi nieruchomości jako dłużnikowi, niżli następny wierzycielom hipotecznym, którzy tylko spodziewać się mogą zgaśnięcia wcześniejszych praw zastawu i na tej możliwości opierać swoje »prawo« do posunięcia się w górę. Kiedy więc samo zgaśnięcie hipoteki poprzedniej było dla dalszych wierzycieli hipotecznych niepewnem i zależało w najczęstszych przypadkach od woli dłużnika, to konsekwencye tego zgaśnięcia były od jego woli niezawisłe, chyba, że sam dłużnik chciał, przez zaspokojenie poprzedzającego wierzyciela hipotecznego, spowodować posunięcie się następnego.

Taka argumentacja odpowiada pierwszemu zdaniu § 469 k. c.: Wskutek zgaśnięcia (umorzenia) długu gaśnie prawo zastawu — nie (zupełnie) odpowiada ona jednak trzeciemu i czwartemu zdaniu tego §, które brzmią: Do zniesienia hipoteki nie wystarcza samo zgaśnięcie długu. Ciała hipoteczne pozostaje tak długo obciążonem, dopóki długu nie wykreśli się z ksiąg gruntowych. Czy te postanowienia prawne były tylko następstwem zasady wiarygodności (publiczności) ksiąg gruntowych, czy też może nadawały one — już przed III. nowelą do k. c. — właścicielowi hipotecznemu dalej idące uprawnienie do dyspozycji t. zw. materyjalnie zgasłą jednak z ksiąg gruntowych nie wykreśloną hipoteką, o tem będzie mowa w dal-szym ciągu wywodów (p. rozdział II.). Wprzód jednak pragnąłbym zwrócić uwagę na możliwe ukształtowania »prawo« następnych wierzycieli hipotecznych do posunięcia się w lepszą pozycję zastawną.

Z tego, co powiedziano wyżej, wynika już, że trzy stadya są tutaj możliwe. Po pierwsze: następny wierzyciel hipoteczny spodziewa się dopiero, iż w razie zgaśnięcia pretensyi poprzedzającej, prawo zastawu dla jego pre-

tensyi posunie się w górę. Po drugie: wierzytelność poprzedzająca już zgasła, atoli prawo zastawu dla niej pokutuje dalej w księdze gruntowej. Po trzecie wreszcie: zgasła wierzytelność i wykreslono prawa zastawu. Odpowiednio do trzech tych sytuacji kształtuje się też t. zw. prawo następnego wierzyciela hipotecznego do posunięcia się w księdze gruntowej naprzód ze swą hipoteką.

A) W stadyum pierwszym istnieje tylko nadzieja, a raczej tylko nadzieja może być żywioną. Czy ją nazwiemy oczekiwaniem, czy stanem przed-prawnym, na jedno wyjdzie: prawa nie widać tu wcale, istnieje tylko możliwość. Podobna, nawet znacznie większa możliwość zachodzi wówczas, gdy n. p. małoletni spodziewa się uzyskania, z dojściem do przepisanego wieku, zdolności do działania, a jednak nikt tej nadziei prawem nie nazwie. Wprawdzie tu chodzi o właściwość prawną osoby (małoletniego), tam zaś o jej przyszłe »prawo«, atoli tu i tam trudno mówić o jakiejś mocy prawnej, temniej o roszczeniu. Następny wierzyciel hipoteczny nie może przecież z (reguły) liczyć z pewnością na zgaśnięcie poprzedzającej jego hipotekę wierzytelności zastawnej, a zatem nie może też liczyć na ewentualny skutek prawny tego zgaśnięcia, t. j. na posunięcie się swego prawa zastawu w górę. Jego rachuba może wprawdzie wchodzić przy udzielaniu pożyczki w kombinację, lecz jestto rachuba oparta jedynie na przypuszczeniu, które zawieść może i za które prawo przedmiotowe nie daje z góry żadnych gwarancyi, nawet »na wypadek«, gdyby się istotnie spełniło. Następny wierzyciel hipoteczny nie może przecież swego »przyszłego prawa« zabezpieczyć z góry, t. zn. nie może on rachować prawnie na nastąpienie dotyczącego skutku prawnego (na posunięcie się swej hipoteki), gdyż ma tylko czysto faktyczną nadzieję, że jego rachuba (zgaśnięcie wierzytelności poprzedzającej) się ziści i wywoła upragniony przezeń skutek prawny.

Tej nadziei nie można tedy stawiać na równi ani

z prawem warunkowem, które już obecnie, jako takie, prawnie istnieje, lubo to jego istnienie jest niestanowczem, bo zawisłem od przyszłego niepewnego zdarzenia, ani też z prawem przyszłym »rzeczywiście przypadłem« (§ 939 k. c.), t. j. prawem już zrodzonym, jednak o zawieszonyj skuteczności (p. n. p. § 604 i nast. k. c.). Nadzieję, o której mowa, możnaby co najwyżej, idąc za nomenklaturą k. c., nazwać »prawem spodziewanem« (§ 939 k. c.), czyli »prawem«, którego zaistnienie nawet w przyszłości jest niepewnem, które tedy z góry nie może być zabezpieczonem na rzecz »uprawnionego«. Następny wierzyciel hipoteczny nie ma zatem w tem pierwszym stadyum żadnego środka ustawowego, aby zapobiec możliwym naruszeniom swego ewentualnego przyszłego prawa, podczas gdy ma takie środki uprawniony warunkowo i n. p. dziedzic podstawiony (por. §§ 630, 613, 707 i t. d. k. c.). W ostatnich przypadkach istnieje »moc zaufania« w nastąpieniu skutku prawnego na wypadek n. p. przemiany prawa warunkowego w bezwarunkowe; w pierwszym przypadku takiej mocy zaufania widocznie niema. Samej tylko faktycznej nadziei następnego wierzyciela hipotecznego nie można określać jako prawo.

B) Przejdźmy do drugiego stadyum, stadyum materialnie zgasłej, jednak nie wykreślonej w księdze gruntowej hipoteki poprzedniej. Czy, wobec takiej zgasłej wierzytelności zastawnej, ma następny wierzyciel hipoteczny prawo posunięcia się w jej miejsce ze swoją hipoteczną pretensją? Wspomnieliśmy, mówiąc o § 469 k. c. w dotychczasowem brzmieniu, że kwestya ta stoi w związku z inną, a mianowicie z pytaniem, czy w przypadku trzeciego i czwartego zdania § 469 k. c. chodzi tylko o zasadę zaufania do ksiąg gruntowych, czy też może o jakieś prawo dyspozycyi właściciela materialnie zgasłą lecz z księgi gruntowej jeszcze niewykreśloną hipoteką. Ze względów metodycznych omawiam tę ostatnią kwestyę dopiero w rozdziale drugim; na tem miejscu uczynimy

próbę zdania sobie sprawy z kwestyi istnienia lub nieistnienia prawa posunięcia się w górę następnego wierzyciela hipotecznego w tem drugim stadyum — niezależnie od pytania co do »hipoteki właściciela« w dotychczasowem prawie austriackiem. Zdaje mi się, że jestem do takiego postawienia sprawy formalnie uprawnionym już z tej przyczyny, że tam kodeks cywilny, tu zaś przepisy ordynacyi egz. oraz ustawy konwersyjnej stanowią *sedem materiae* i że przez to sam sposób przedstawienia rzeczy nie straci, jak sądzę, na jasności.

1. Na pierwszym miejscu postawić tu należy, uchylony¹ obecnie paragrafem 42 III. now. do k. c., przepis Art. XXVIII ustawy wprowadz. ord. egz., który, na wzór § 5 pruskiej ustawy o egzekucyi na nieruchomości z 13 lipca 1883 r., zezwalał wierzycielowi hipotecznemu, mającemu dla swej wykonalnej pretensyi prawo zastawu na nieruchomości (lub też wierzycielowi osobistemu, prowadzącemu egzekucyę realną), zrealizować prawo, przysługujące właścicielowi tejże co do wykreślenia poprzedzających, już materyalnie zgasyłych, ale z księgi gruntowej niewykreślonych wierzytelności hipotecznych. Interpretacya tego artykułu doprowadza m. zd., wbrew powszechnej opinii, do wyniku, że sukcesya dalszego wierzyciela hipotecznego w prawo właściciela następowała dopiero w stadyum egzekucyi, gdyż wspomniany wierzyciel musiał już mieć prawo zastawu na nieruchomości dla wykonalnej pretensyi. A zatem: prawo zastawu egzekucyjne, lub (co na jedno wyjdzie) prawo zastawu wprowadzie umowne, co do którego jednak nastąpiła już przed zrealizowaniem praw z Art. XXVIII adnotacya wykonalności (§ 89 O. E.), albo wreszcie umowne prawo zastawu, które jednak, wskutek zgody zobowiązanego (w akcie notaryalnym z klauzulą z § 3 ustawy not.) na natychmiastową wykonalność pretensyi, ma charakter egzekucyjnego, rodząc skutki

¹ Por. jednak niżej: Rozdz. IV. § 4.

z § 89 ust. 2 O. E. Samozłudzeniem jest więc twierdzić, iż »nawet przed rozpoczęciem egzekucyi« przysługiwało następnemu wierzycielowi hipotecznemu prawo żądania wykreślenia poprzedzających zgasłych pretensyi hipotecznych, skoro wpis przymusowego prawa zastawu i wspomniana adnotacya wykonalności są właśnie środkami egzekucyjnymi (Rozdział 2, tytuł 1, dział 1 O. E.). Następnie podkreślić wypada, iż prawo następnego wierzyciela hipotecznego było tylko (wedle brzmienia ustawy) realizacją prawa przysługującego właścicielowi: ustawa nie miała tu odwagi skonstatować wyraźnie, że następny wierzyciel hipoteczny ma jako taki prawo żądania wykreślenia poprzedzających (zgasłych) wierzytelności hipotecznych ze względu na przysługujące mu prawo posunięcia się na przód. Mat. do O. E. (II, str. 642) wskazują, że chodzi tu o ochronę »własnego prawa dochodzenia« pretensyi (dalejszego) wierzyciela hipotecznego, a zarazem podnoszą, że właściwym celem art. XXVIII jest zagwarantowanie wierzycielowi hipotecznemu prawa sprzeciwu z powodu braku pokrycia (§ 184 l. 8 O. E.) na wypadek licytacji nieruchomości. Jak wiadomo, sprzeciw taki polega na zarzucie, że najwyższa oferta, ofiarowana przy licytacji, nie jest dostateczną, aby pokryć pretensyę hipoteczną, wyprzedzającą wierzyciela, który wdrożył postępowanie licytacyjne (t. zw. zasada pokrycia). Warunkiem do uzyskania prawa sprzeciwu przeciw przybiciu targu (p. nadto § 164 O. E.), jest więc posiadanie pretensyi hipotecznej, wyprzedzającej prawo zastawu, lub prawo zaspokojenia popierającego (licytacyę) wierzyciela; jeżeli jest ich kilku, wówczas tylko ten wierzyciel hipoteczny ma prawo sprzeciwu, którego hipoteka wyprzedza wierzyciela popierającego, mającego najlepsze pierwszeństwo (§ 190 ust. 2 O. E.). Następnemu wierzycielowi hipotecznemu zależy zatem bardzo na usunięciu poprzedników (posunięciu się w górę ze swą hipoteką), raz dlatego, aby móc w danym razie wyprzedzić, t. j. pozbyć się tego wierzyciela popierającego, który ma

wśród innych wierzycieli popierających najlepsze pierwszeństwo i tym sposobem uzyskać prawo sprzeciwu z powodu braku pokrycia swojej pretensyi (§ 190 ust. 2), drugi zaś raz dlatego, aby się pozbyć niebezpieczeństwa, że wyprzedzający go wierzyciel hipoteczny (którego pretensya zgasła), sam — oczywiście *mala fide*: w znowie z właścicielem — wniesie sprzeciw z powodu braku pokrycia i tym sprzeciwem uniemożliwi następnemu wierzycielowi hipotecznemu dochodzenie jego pretensyi w drodze licytacji (§ 193 O. E.). Przepis Art. XXVIII umożliwiał zatem następnemu wierzycielowi hipotecznemu wykonanie prawa sprzeciwu z § 184 l. 8 i uwalniał go od zmory takiego sprzeciwu ze strony poprzedzającego wierzyciela hipotecznego. Ponadto dawał przepis Art. XXVIII następnemu wierzycielowi hipotecznemu możność zrezygnowania ze sprzeciwów z §§ 128 i 213, oraz ze skargi z § 231 O. E. jako zbyt licznych wobec dojścia do tego samego celu jeszcze przed postępowaniem rozdziałowem na drodze tym artykułem wskazanej.

Na tych podstawach wnoszę, że instytucja prawna, uregulowana zniesionym obecnie Art. XXVIII ust. wpraw. do O. E., miała charakter instytucji czysto egzekucyjnoprawnej i jako taka nie usprawiedliwiała przyjmowania, że austr. prawo cywilne uznaje w całej pełni prawo posuwania się następnego wierzyciela hipotecznego w miejsce materyalnie zgasłej, a niewykreślonej z księgi gr. hipoteki. Były to »zbyteczne Danaid próby« już dlatego, że wierzyciel realizował tu, jak już podniesiono, prawo właściciela, a stąd dalszy wniosek, że gdy właściciel prawem swem inaczej rozporządził, a nawet choćby tylko uzyskał już sam od poprzedniego wierzyciela hipotecznego deklarację ekstablacyjną (kwestya sporna), nie mógł już więcej dalszy wierzyciel hipoteczny wdrażać kroków z Art. XXVIII. Przyznać jednak trzeba, że w stosunku do czysto faktycznej nadziei, jaką mógł mieć dalszy wierzyciel hipoteczny w stadium pierwszym (hipoteka poprzednia ma-

teryalnie i formalnie istniejąca), stanowi to drugie stadium ze względu na przepis Art. XXVIII — krok naprzód w kierunku uznania prawa posuwania się dalszego wierzyciela hipotecznego. W tych bowiem, ale (kwestya zresztą sporna) tylko w tych przypadkach, w których właściciel nie rozporządził hipoteką, lub, mając już deklaracyę ekstabilacyjną w ręku, nie trzymał wykreślenia materyalnie zgasłej hipoteki w zawieszeniu, mógł następny wierzyciel hipoteczny, wśród podanych w Art. XXVIII warunków spowodować wykreślenie poprzedzającej go wierzytelności hipotecznej i temsamem wejść ze swoją pretensyą zastawną w jej miejsce. Było to więc najeżone warunkami prawo posunięcia się naprzód, udzielone dalszemu wierzycielowi hipotecznemu w celach czysto egzekucyjnych i zawisłe od woli wierzyciela, który mógł je przez przeniesienie prawa zastawu na inną wierzytelność¹, albo może nawet przez odebranie od poprzedniego wierzyciela hipotecznego deklaracyi ekstabilacyjnej, sparaliżować w zupełności. Indolencya właściciela w tym ostatnim kierunku wychodziła oczywiście na korzyść dalszego wierzyciela hipotecznego.

Uchylenie² Art. XXVIII nie spowodzi m. zd. szkody dalszemu wierzycielowi hipotecznemu. Chronią go dostatecznie w stadium egzekucyi realnej przepisy §§ 128, 165, 213 i 231 O. E. w jego »prawie dochodzenia« własnej pretensyi w toku wdrożonej na nieruchomość egzekucyi przez przymusowy zarząd lub licytację.

Nie należy tylko mówić nadal o prawie posuwania się dalszego wierzyciela hipotecznego, bo nie jest niem prawo żądania, aby n. p. nie zaspakajano z ceny kupna hipoteki materyalnie zgasłej, którą nie rozporządził właściciel³. Chodzi tu już nie o wejście dalszego wierzyciela hipotecznego w opróżnioną przez materyalne zgaśnięcie hi-

¹ O czem bliżej w rozdziale następnym.

² Por. jednak niżej rozdz. IV. § 4.

³ Por. jednak § 35 zd. 2 trzeciej now. do k. c. — o czem niżej w rozdziale IV § 1 pod 12.

poteki pożyczkę zastawną, lecz o podjęty w toku egzekucji realnej wysiłek »uprawnionego«, pragnącego uzyskać pokrycie swej pretensyi z licytacyjnej ceny kupna lub z nadwyżek przychodów zarządu przymusowego (por. Art. 815 k. c. szwajc; o czem niżej). Nie można też zgodzić się ze zdaniem, jakoby Art. XXVIII miał jeszcze nadal, t. j. mimo wyraźnego uchylenia go przez III now. do k. c. odgrywać pewną rolę, a w szczególności, aby dalszemu wierzycielowi hipotecznemu przysługiwało nadal prawo skargi czy z § 228 p. c., czy »na sposób« Art. XXVIII, celem stwierdzenia »nieistnienia *indebite* ciężących« hipotek poprzedzających jeszcze przed postępowaniem rozdziałowym. Interes następnego wierzyciela hipotecznego przed tem ostatniem postępowaniem salwuje aż nadto przepis § 165¹ (184 l. 8) O. E.: Kto nie umie nawet uwiarygodnić zgaśnięcia poprzedniej wierzytelności hipotecznej, ten za-

¹ Niejasnem jest twierdzenie (w literaturze), iż uchylenie Art. XXVIII wpłynie niekorzystnie na ustalenie stanu biernego (§ 164 i nast. ord. egz.). Prawda, że zgasał materialnie hipotekę trzeba obecnie uwzględnić w tymczasowem ustaleniu stanu biernego, jednak nie odbiera to m. zd. wierzycielom hipotecznym ich uprawnień z § 165 O. E., które są wyrazem prawa dochodzenia (zaspokojenia) ich własnych pretensyi hipotecznych. Jeżeli właściciel nie wykona prawa rozporządzenia hipoteką we właściwym czasie (§§ 469 i 470 k. c. w obecnem brzmieniu; p. niżej rozdz. IV), wówczas należy materialnie zgasał hipotekę wyeliminować ze stanu biernego. Jeżeli natomiast właściciel nią rozporządzi (przenosząc prawo zastawu na nową pretensyę), wówczas nowa pretensya, równająca się co do wysokości dawnej — pozostanie jako istotne obciążenie nieruchomości. Mamy tu więc wprawdzie »stan zawieszenia«, z którego wyjątkie nie jest jednak rozpaczliwem. Sędzia bezpośrednio przed udzieleniem przybicia targu winien uwzględnić ostatni stan hipoteczny nieruchomości. Jeżeli z niego wynika, że właściciel nie rozporządził hipoteką, wówczas odmówi ewentualnemu sprzeciwowi z powodu braku pokrycia (§ 184 l. 8 O. E.) i udzieli przybicia targu. (Chwila ta stanowi kres, do którego właściciel może rozporządzić hipoteką; por. niżej rozdz. IV. § 1 pod 12). W razie przeciwnym ustalenie stanu biernego odpowie rzeczywistości.

iste nie byłby też wstanie wykazać w drodze n. p. sporu z Art. XXVIII, że ta pretensya zgasła istotnie. Że zresztą postanowień tego artykułu nie możnaby żadną miarą pogodzić z dzisiejszem unormowaniem uprawnienia właściciela do rozporządzenia hipoteką, okaże się w dalszym ciągu.

2. Krokiem naprzód w kierunku uznania prawa posuwania się następnych wierzycieli hipotecznych była uchylona § 43 III now. do k. c. ustawa konwersyjna z d. 22 lutego 1907 r. L. 48 Dz. p. p. (O poprzedniej ustawie konwersyjnej z r. 1888 wspominać już nie warto). Z postanowienia § 3 ust. 1 ustawy z 1907 r., wedle którego konwersya dopuszczalną była tylko do wysokości »jeszcze istniejącej reszty« dotychczasowej pretensyi hipotecznej, wynika, że gdy całą dotychczasową pretensyę już spłacono, albo »z innych powodów nie istniała«, wówczas jej konwersya na nową pożyczkę hipoteczną była wykluczoną; w razie częściowego umorzenia dotychczasowej pożyczki nie można było konwertować tej umorzonej części, a zatem tylko reszta dawnej pożyczki mogła być zamienioną w drodze konwersyi na nową pożyczkę hipoteczną, nie przewyższającą tej niespłaconej reszty. Wskutek takiego postanowienia w miejsce umorzonej pożyczki hipotecznej, lub w miejsce umorzonej jej części, posuwała się następna pretensya hipoteczna. Wprawdzie § 11 cyt. ustawy dawał następnyim wierzycielom hipotecznym tylko prawo zaczepienia (nowej t. j. konwersyjnej pożyczki z powodu zgaśnięcia dawnej przed konwersyą) z Art. XXVIII, atoli w tem właśnie postanowieniu była zd. m. prawdziwie klasyczna sprzeczność. Jak bowiem widzieliśmy, prawo zaczepienia dalszego wierzyciela hipotecznego było wedle Art. XXVIII wywiedzionem od prawa przysługującego właścicielowi, podczas gdy prawa zaczepienia wedle ustawy konwersyjnej udzielono następnemu wierzycielowi mimo, a nawet przeciw woli właściciela, który — wbrew tej ustawie — skonwertował już umorzoną pożyczkę hipoteczną. Ale mniejsza o to.

Ważniejszem jest postanowienie tegoż § 11, ograniczające rzeczne prawo zaczepienia do wypadków, w których tak dalszy wierzyciel hipoteczny (z prawa zaczepienia korzystający), jak i nowy wierzyciel konwersyjny już przy »ugruntowaniu swych pretensyi« wiedzieli o umorzeniu skonwertowanej pożyczki lub jej części. Jeżeli więc następny wierzyciel hipoteczny nie wiedział w oznaczonej chwili o całkowitem lub częściowem umorzeniu dotychczasowej (skonwertowanej) pożyczki hipotecznej, o którym dowiedział się dopiero później — wówczas nie mógł już czynić użytku z prawa zaczepienia, a temsamem mógł właściciel przez konwersję takiej pożyczki wykluczyć prawo posunięcia się następnego wierzyciela. Tak więc i tutaj nie uznawała ustawa bezwzględnego prawa posuwania się następnych wierzycieli hipotecznych; prędyż już przyjąć można, że uznaje ona ograniczone (i to bardzo) prawo posuwania się zasadniczo, tzn. także poza przypadkami konwersyi. Uchylenie tedy postanowień ustawy konwersyjnej stanowi niewątpliwie pewien odwrót z tego stanowiska; pytanie, czy odwrót ten jest usprawiedliwionym, równa się pytaniu, czy było usprawiedliwionem dotychczasowe prawo posuwania się następnych wierzycieli hipotecznych.

W tej mierze podnoszą objaśnienia do proj. rząd. (str. 96 nast.), że odpadnięcie poprzedniej pozycji hipotecznej wskutek zaspokojenia długu jest tylko przypadkiem, na który dalszy wierzyciel hipoteczny niema wpływu, i że wskutek wyższego zazwyczaj oprocentowania dalszej hipoteki nastąpi, w razie posunięcia się jej w miejsce zgasłej hipoteki poprzedniej, gospodarczo nieumotywowane uprzywilejowanie dalszego wierzyciela hipotecznego, a zarazem nieusprawiedliwione obciążenie właściciela. Nadto niepewna nadzieja posunięcia się w górę nie obniża wcale stopy procentowej dalszych hipotek, wobec czego ich posunięcie się jest — wedle tych objaśnień — utrudnieniem i podrożeniem kredytu realnego i przeszkodą dla oddłu-

żenia właściciela. Wskutek tego, że długi dalsze, a więc z reguły wyżej oprocentowane, bo mające mniejsze bezpieczeństwo, przechodziły w pozycje lepsze, przeznaczone, przynajmniej ze względów gospodarczych, dla hipotek niżej oprocentowanych i amortyzacyjnych, mógł, a względnie musiał, właściciel zaciągać dalsze pożyczki tylko w pozycjach dalszych, a zatem pożyczki wyżej oprocentowane (droższe) i nieamortyzacyjne, które w razie zwłoki właściciela prowadziły do egzekucyi. Tak więc z widoczną stratą właściciela otrzymywał następny wierzyciel hipoteczny lepszą pozycję, nie za to ze swej strony nie dając. Z drugiej strony podnosi sprawozd. Izby panów (str. 57), że absolutne wykluczenie posuwania się dalszych wierzycieli hipotecznych utrudnia w wielu przypadkach akcyę oddłużenia i jest niesłusznem tam, gdzie dalszy wierzyciel hipoteczny musiał, bez korzyści wyższej stopy procentowej, przyjąć pozycję hipoteczną, jaka dla jego pretensyi wypadła n. p. przy egzekucyjnych prawach zastawu. Jednakże specyalnie co do tych ostatnich przypomnieć tu znów trzeba, że przepisy ord. egz. chronią dostatecznie dalszego wierzyciela hipotecznego w prawie dochodzenia swej wierzytelności hipotecznej i że nie można identyfikować tego prawa dochodzenia z prawem posuwania się następnych pozycji hipotecznych.

Tak więc w każdym razie więcej argumentów przemawia przeciw prawu posuwania się dalszych wierzycieli hipotecznych, a temsamem nie należy żałować uchylenia przepisów ustawowych, o których wyżej była mowa.

C) W trzeciem stadyum, t. j. wobec zgasłej materialnie i wykreślonej z ksiąg gruntowych hipoteki, nie można już m. zd. mówić o »prawie« do posunięcia się w opróżnioną pozycję hipoteczną dlatego, że z chwilą wykreślenia hipoteki poprzedniej następuje wejście dalszej hipoteki w lepsze miejsce siłą faktu, a względnie jako automatyczna konsekwencya braku hipoteki dotąd ją poprzedzającej. W dawniejszych zwłaszcza niemieckich or-

dynacyach hipotecznych wyczytać można nierzadko przepis prawny tej treści, że po wpisaniu wykreślenia hipoteki w księdze gruntowej posuwają się następni wierzyciele wedle porządku swych wpisów hipotecznych, wobec czego w miejsce wykreślonej z księgi hipoteki nie można wpisać hipoteki nowej. Wprawdzie możliwym jest, jak zobaczymy w rozdziale trzecim, system, przenoszący zgassłą materyalnie hipotekę na właściciela, a raczej przyznający mu hipotekę w przypadku zgaśnięcia wierzytelności, atoli system ten, obcy zresztą w tej bezwzględnej formie i dotychczasowemu i nowemu prawu austr., nie wchodzi tu w rachubę już z tej przyczyny, że rozważamy przypadek wykreślenia zgasłej materyalnie hipoteki własnie przez właściciela¹, a zatem zupełnie wyraźny objaw jego woli, usuwający hipotekę z księgi gruntowej. Gdzie niema już ani prawa zastawu ani pozycji zastawnej, tam nie może nabyć hipoteki właściciel, lub ktokolwiek inny, wobec czego nie prawo do posunięcia się w opróżnioną pozycję hipoteczną, lecz sam fakt (spowodowania) wykreślenia hipoteki (przez właściciela) decyduje o polepszeniu się sytuacji hipotecznej następnego wierzyciela hipotecznego. Wierzyciel hipoteczny nie wstępuje zresztą nawet formalnie w »opróżnioną pozycję hipoteczną«, gdyż ta ostatnia z chwilą wykreślenia przestaje istnieć, a względnie stanowi tylko w księdze gruntowej reminiscencję wpisanej tam przedtem hipoteki. Istnieje wprawdzie (p. niżej rozdział III) jeszcze zupełnie inne rozwiązanie sprawy, system, ograniczający wierzyciela hipotecznego wyłącznie do miejsca zastawnego, którego mu udzielił właściciel, a więc do »stałego miejsca zastawnego«, wykluczającego (już nie tylko prawo, ale) nawet faktyczną możliwość posunięcia się naprzód jego hipoteki bez zgody

¹ Pomijam tu sporną dawniej kwestję dopuszczalności wniosku na wykreślenie ze strony wierzyciela, gdyż, co do dzisiejszego prawa, kwestya ta powinna odpaść w zupełności. P. niżej rozdział IV § 1 pod 2 i 3.

właściciela. Ale ten system wychodzi widocznie z założenia, że prawo zastawu jest tylko prawem do części wartości rzeczy, a zatem przyznaje wierzycielowi hipotecznemu prawo tylko do części wartości nieruchomości, do wartości owego miejsca zastawnego, udzielonego mu przez właściciela: prawo zastawu nie obejmuje więc całości rzeczy (§ 457 k. c.), »w miejsce umorzonego zastawu gruntowego można ustanowić inny«, o posuwaniu się wierzycieli hipotecznych w górę (wbrew woli właściciela), nie ma tam mowy. System to, jak zobaczymy, konsekwentny w całej pełni, ale znów w tej swojej pełni obcy austr. prawu prywatnemu. I w tym jednak systemie, o ile właściciel nie rozporządził miejscem zastawnym (p. zresztą § 815 k. c. szwajc.), przyznana będzie cena rozdziałowa w razie egzekucyjnej sprzedaży nieruchomości następnym wierzycielom hipotecznym bez względu na puste miejsca zastawne, a nikt nie powie, aby mieli prawo do posuwania się w górę — mają oni tylko możliwość dochodzenia (zaspokojenia) swych pretensyi hipotecznych z wartości nieruchomości, odpowiednio do rzeczywistego jej obciążenia.

Konsekwencyą wszystkich dotychczasowych wywołów jest, że dzisiejsze prawo austr. — wbrew autorytatywnemu twierdzeniu jednego z twórców noweli do k. c. — nie wychodzi z zasady »prawa« posuwania się następnych wierzycieli hipotecznych. Nie widać tej zasady ani w stadium pierwszym (hipoteka materyalnie i formalnie istniejąca), ani w stadium trzecim (hipoteka materyalnie zgasła i wykreślona z księgi gruntowej). Wskutek uchylenia przepisów Art. XXVIII ust. zaprow. ord. egz. i § 11 ust. konwersyjnej z r. 1907 (§§ 42 i 43 trzeciej now. do k. c.) znika ona także w stadium drugim, t. j. w razie pozostawienia w księdze hipoteki zgasłej materyalnie. Wprawdzie upatrują jej tu jeszcze jej zwolennicy w przepisach ord. egz. (§§ 128, 165, 213 i 231), atoli — co do tych przepisów — staraliśmy się wyjaśnić, że przyznane nimi wierzycielom hipotecznym uprawnienia nie są identyczne

z prawem posuwania się dalszych wierzycieli hipotecznych. Wrócimy jeszcze do tej kwestyi przy omawianiu przepisu § 470 k. c. w nowem brzmieniu (§ 35 trzeciej now. do k. c.), który oznacza chwilę, do jakiej — wobec egzekucyi realnej — można z »prawa rozporządzenia hipoteką« uczynić użytek. Tu zaznaczamy jeszcze tylko, że pozostawione w mocy przepisy ord. egz. nie mogą oczywiście stanąć w sprzeczności z nowemi postanowieniami k. c., a względnie III now. do tegoż; czy i o ile nowe prawo ścieśnia zakres zastosowania dotyczących przepisów ord. egz. zobaczymy w dalszym ciągu. Na razie ważniejszym jest dla nas stwierdzenie, że mimo braku prawa dalszych wierzycieli hipotecznych do posuwania się w górę zasada: *pignoris causa indivisa* (§ 457 k. c.) ma dalej zastosowanie w austr. prawie prywatnem. Sam fakt automatycznego posunięcia się następnych wierzycieli hipotecznych w przypadku wykreślenia materyalnie zgasłej hipoteki, jest dostatecznym dowodem na to, że wspomniana zasada, bez przyjmowania ich »praw« do posunięcia się ze swemi wierzytelnościami zastawnemi, dobrze ostać się może. I to nam na razie wystarczy również do stwierdzenia, że austr. prawo cywilne nie przyjęło dotąd wspomnianego wyżej systemu »stałych miejsc zastawnych«, któremu zresztą poświęcimy jeszcze szereg uwag w następnych rozdziałach¹.

¹ P. niżej rozdz. III, oraz (dotyczące uwagi) w rozdz. V i VI.

ROZDZIAŁ II.

Hipoteka właściciela w dotychczasowym prawie austriackiem.

Już w rozdziale pierwszym dotknęliśmy pytania, czy w przypadku materyalnie zgasłej, lecz z ksiąg gruntowych niewykreślonej — a zatem formalnie istniejącej — hipoteki, miał właściciel nieruchomości na podstawie przepisu § 469 k. c. prawo dyspozycji tą hipoteką, czy też postanowienie rzeczzonego paragrafu (»Ciało hipoteczne pozostaje tak długo obciążonem, dopóki długu nie wykreśli się z ksiąg gruntowych«), było tylko konsekwencją t. zw. zasady publiczności. Innymi słowy: czy rozporządzenie materyalnie zgasłą, lecz formalnie istniejącą hipoteką ma skutek prawny tylko wtedy, gdy hipotekę nabywa trzeci w dobrej wierze (w zaufaniu do ksiąg gruntowych), czy także i wtedy, gdy trzeci nabywca był w »złej wierze«, gdy wiedział o zgaśnięciu wierzytelności. W ostatnim przypadku wychodzi się zasadniczo z uprawnienia właściciela do dyspozycji hipoteką, do przeniesienia jej na trzeciego (tzw. »hipoteka właściciela«), aczkolwiek dysponować hipotecznie mógł nią tylko dotychczasowy wierzyciel, którego pretensya zgasła, gdyż niewykreślenie wpisu hipotecznego na jego rzecz dawało mu legitymację formalną do przeniesienia hipoteki na osobę trzecią drogą cesyi czyli przelewu, lub do ustanowienia na niej prawa nadzastawu.

Z tą kwestyą łączyła się druga: przypadek z § 1446

k. c., który w dotychczasowem brzmieniu opiewał: Prawa i obowiązki wpisane w księgi publiczne nie znoszą się przez zjednoczenie, dopóki nie nastąpiło wykreślenie z ksiąg publicznych. Tam (§ 469) mówi ustawa o zgaśnięciu długu, tu (§ 1446) o zjednoczeniu księgowych praw i obowiązków, dla nas więc o przypadku, gdy własność i prawo zastawu (hipoteka) w jednym znajdują się ręku. I tu i tam jednak było otwartem pytanie, czy w razie dalszej dyspozycji (zgaśłą lub zjednoczoną z własnością) hipoteką — nabywała ją osoba trzecia li ze względu na swą dobrą wiarę, czy też bez względu na tę ostatnią.

W literaturze pytanie powyższe należało do najsporniejszych — w judykaturze do najchwiejniejszych może. Trzy tutaj odróżnić się dadzą zapatrywania:

1. Możliwość, a nie prawo właściciela do dyspozycji zgaśłą lub zjednoczoną z własnością lecz z ksiąg gruntowych niewykreśloną hipoteką, istnieje tylko ze względu na osobę trzecią, która nabyła prawo hipoteczne w dobrej wierze.

2. Bez względu na tę zasadę może właściciel w przypadkach § 469 k. c. — oczywiście za pośrednictwem dotychczasowego wierzyciela hipotecznego — rozporządzić prawem zastawu, mimo że wierzytelność zgaśła n. p. przez zapłatę; chodzi tu bowiem o to, aby w interesie właściciela nie dopuścić do posunięcia się następnych wierzycieli hipotecznych (t. zw. hipoteka właściciela). Również przepis § 1446 k. c. upoważnia właściciela do uchylenia zjednoczenia drogą dyspozycji hipoteką, tembardziej, że przecież w tym przypadku nie gaśło prawo zastawu, lecz tylko »spoczęło« (§ 526 k. c.), aż do swego oddzielenia od własności, a więc bądź do przejścia własności, bądź do przeniesienia hipoteki na inną osobę.

3. Zasada zaufania do ksiąg gruntowych (1) obowiązuje tylko dla przypadków z § 469 k. c.; w razie zjednoczenia (1446) jest ona obojętną, bo tu pozostaje (prawdziwa) hipoteka właściciela, który jest uprawnionym znieść

zjednoczenie, nie tylko przez wyzbycie się własności, lecz także przez przeniesienie hipoteki.

Bliższe rozpatrywanie argumentów, przytaczanych na poparcie każdego z tych trzech zapatrywań, byłoby zbyt zbytecznem, wobec dokonanych właśnie uzupełnień §§ 469 i 1446 k. c. (p. niżej rozdział IV). Podnieść tylko należy, że zarówno pierwszy, jak i drugi pogląd grzeszył krańcowością. Pierwszy dlatego, że nie uwzględniał natury i treści przypadków zjednoczenia hipoteki z prawem własności¹, w których wierzytelność nie gaśnie, a zatem — *eo ipso* — może być na trzecią osobę przeniesioną, choćby ta trzecia osoba wiedziała o zjednoczeniu, a nawet, choćby ono widocznem było z księgi gruntowej².

Pogląd drugi, z chwilą wejścia w życie ustawy konwersyjnej z r. 1907, stracił podstawę o tyle, że — jak wspomnieliśmy w rozdziale I — ustawa ta (§ 3) uznawała, lubo nie bezwzględnie, prawo posuwania się następnych wierzycieli hipotecznych, wskutek czego nie można już było imputować dalej przepisowi § 469 k. c., że daje właścicielowi, »pod pokrywką« dotychczasowego wierzyciela hipotecznego, furtkę do zapobieżenia takiemu posunięciu. Pozostawał tedy pogląd trzeci, jako mający najwięcej uzasadnienia w obowiązujących przed III now. do k. c. postanowieniach prawnych. Ale ten ostatni prowadzi nas koniecznie do bliższego wejrzenia w przypadki zjednoczenia z § 1446 k. c., celem odróżnienia ich od przypadków zgaśnięcia długu z § 469 (por. § 1445) k. c. Weźmiemy tu pod uwagę przypadki, potrzebne nam do na-

¹ O czem zaraz niżej.

² Podniesiono też przeciw temu pogładowi, iż w żadnym z tych przypadków zjednoczenia, mimo cesyi zjednoczonej z własnością hipoteki »dłużnik nie może być zmuszonym do powtórnej zapłaty«, wskutek czego trudno tu mówić o jakiejś złej wierze cesyonariusza, gdyż »cedent, jako właściciel zastawu, cedując wierzytelność hipoteczną, zobowiązuje, obciąża tylko siebie«.

stępnego wysnucia pewnych wniosków konkretnych i dla dzisiejszego prawa.

Właściciel nieruchomości, na której ciąży wierzytelność hipoteczna, czyli t. zw. dłużnik hipoteczny, może być zarazem dłużnikiem osobistym, lub może nim nie być. Jeżeli — w pierwszym przypadku — ów właściciel »nabywa« wierzytelność, wówczas dług jednoczy się z wierzytelnością, czyli gaśnie (§ 1445 k. c.). Dzieje się to wtedy, gdy właściciel otrzymuje wierzytelność drogą dziedzictwa po wierzycielu hipotecznym¹. Może jednak zajść przypadek odwrotny: wierzyciel hipoteczny dziedziczy nieruchomość po właścicielu (który był dłużnikiem osobistym). Wówczas następuje również zjednoczenie długu i wierzytelności, równoznaczne z ich zgaśnięciem. Wreszcie może wierzyciel hipoteczny, kupując (lub nabywając przez zamianę) nieruchomość, na której ciąży na jego rzecz prawo zastawu, potrącić dług właściciela z ceny kupna, tzn. zapłacić tytułem ceny kupna o tyle mniej, ile wynosi jego wierzytelność; wówczas również wierzytelność ta, a zatem i dług dotychczasowego właściciela zgaśnie. W końcu może właściciel darować nieruchomość swemu wierzycielowi hipotecznemu, który go (za to) zwolni od osobistego długu (por. § 942 k. c.). W tych wszystkich przypadkach prowadzi zjednoczenie do zgaśnięcia długu.

Do pomyślenia są jednak przypadki zjednoczenia, w których (co prawda wyjątkowo tylko), mimo nabycia nieruchomości przez wierzyciela hipotecznego, dług osobisty dotychczasowego właściciela pozostanie nadal. Nie może to oczywiście zajść w przypadku sukcesyi uniwer-

¹ Lub zapisu przez tegoż (§ 663 k. c.); p. jednak § 1445 k. c., zaś — co do nabycia (i przeniesienia) wierzytelności hipotecznej: §§ 445 k. c. i 4 ust. hip. P. także w tym względzie niżej w rozdz. IV pod 7. Przelew wierzytelności hipotecznej na właściciela, będącego zarazem dłużnikiem osobistym, nie jest dopuszczalnym (por. dekr. nadw. z 22/IV 1825 r. Zb. us. nr. 2090), mimo to stosowano go dość często w praktyce; o czem niżej.

salnej, atoli jest możliwem w przypadkach kupna (zamiany) lub darowizny, gdy mianowicie kupujący nieruchomości wierzyciel hipoteczny nie potrąca długu właściciela z ceny kupna, lub gdy mimo darowizny na swą rzecz — nie zwalnia właściciela od długu osobistego. Podobnie, gdy wierzyciel hipoteczny nabędzie obciążoną nieruchomość drogą zapisu; mimo że przeciw sobie, jako właścicielowi, nie może on oczywiście dochodzić pretensyi z nieruchomości, może jej jednak dochodzić jako długu osobistego przeciw dziedzicowi lub dziedzicom właściciela. Wówczas niema zgaśnięcia długu (§§ 469, 1445 k. c.); wówczas wejdzie w zastosowanie przepis § 1446 k. c.

To wszystko przypadki, w których właściciel nieruchomości jest zarazem osobistym dłużnikiem; wspomnieliśmy jednak wyżej, że istnieją jeszcze inne przypadki, w których kto inny (osoba trzecia), a nie właściciel nieruchomości, jest dłużnikiem osobistym. Właściciel jest tylko hipotecznym dłużnikiem. Tu może właściciel otrzymać wierzytelność drogą spadku lub cesyi i to cesyi, bądź dobrowolnej, bądź ustawowej (§ 1358 k. c.), a mimo zjednoczenia dług nie zgaśnie. Tak samo rzecz się ma, gdy wierzyciel hipoteczny nabywa obciążoną nieruchomość na własność i to jakimkolwiek sposobem, a więc czy w drodze czynności prawnej *inter vivos*, czy *mortis causa*. Gdyby wierzyciel hipoteczny — przy nabyciu *inter vivos* — potrącił, za zgodą właściciela, dług osoby trzeciej z ceny kupna, względnie odstąpił swą wierzytelność do osoby trzeciej właścicielowi, wówczas odpadłaby wprawdzie pretensya wierzyciela-nabywcy do osoby trzeciej¹, nie prze-

¹ I wierzyciel-nabywca nie mógłby zgłosić takiej wierzytelności do licytacyjnej ceny kupna nieruchomości (o czem w tekście niżej), choćby prawa dotychczasowego właściciela, powstałe wskutek strącenia mu wierzytelności z ceny kupna (cesya ustawowa: § 1358 k. c.), lub z dobrowolnego jej odstąpienia właścicielowi (cesya dobrowolna § 1392 k. c.), nie zostały wpisane w księgę gruntową. Może ją jednak likwidować (do ceny kupna), wykazując się cesyą, dotychcza-

sądziłoby to jednak jeszcze stosunku prawnego, jaki wskutek takiego »wykupienia pretensyi« zaistnieje pomiędzy dawnym właścicielem, a osobą trzecią, t. j. dłużnikiem osobistym (§§ 1358, 1392 k. c.): dług tego ostatniego normalnie nie zgaśnie. Chyba że dotychczasowy właściciel nie chce wejść w prawa wierzyciela, t. j. nie chce korzystać z cesyi, czyto dobrowolnej, czy ustawowej i tym sposobem spowoduje zgaśnięcie długu. Dług trzeciego zgaśnie i w tym (wyjątkowym, ale możliwym) przypadku prawnym, gdy wierzyciel hipoteczny, przy nieodpłatnem nabyciu nieruchomości na własność, zwalnia trzeciego od długu (czyli zrzeka się długu), wobec uczynionej mu przez właściciela darowizny.

Widzimy tedy, że podczas gdy w przypadkach, w których właściciel był zarazem dłużnikiem osobistym, zjednoczenie wywoła z reguły zgaśnięcie długu, to w przypadkach, gdzie właściciel był tylko hipotecznym dłużnikiem, zgaśnięcie długu nie będzie normalnie następstwem zjednoczenia.

sowy właściciel, jako cesyonariusz dotychczasowego wierzyciela, gdyż (wobec niego) wierzytelność istnieje nadal. Niewpisanie cesyi na rzecz dotychczasowego właściciela do księgi gruntowej wywołałoby dalsze istnienie zjednoczenia i — *eo ipso* — możliwość nabycia hipoteki przez trzeciego (por. też Iud. nr. 186). W razie wpisania cesyi nastąpi oczywiście zniesienie zjednoczenia — byłaby to zamiana ról: wierzyciel staje się właścicielem, wierzycielem właściciel. Gdyby ten ostatni stał się tylko wierzycielem osobistym w stosunku do dłużnika, (którym, jak przypominamy, jest tu osoba różna od dłużnika hipotecznego), t. zn. gdyby odstąpienie pretensyi dotychczasowemu właścicielowi nie obejmowało zarazem (odstąpienia) prawa zastawu, wówczas — co do tego ostatniego prawa — nastąpiłoby tzw. porzucenie, równoznaczne ze zgaśnięciem prawa zastawu (§ 467 k. c.). Niewykreślenie tegoż z księgi gruntowej pociągnęłoby za sobą (już wedle dotychczasowego prawa) możliwość nabycia hipoteki przez osobę trzecią, zwłaszcza wobec istniejącego nadal formalnie zjednoczenia hipoteki z własnością. Czy obecnie — wskutek przepisów trzeciej now. do k. c. — przysłużyła właścicielowi uprawnienie do przeniesienia »porzuconego« prawa zastawu na trzeciego, p. o tem niżej w rozdziale IV pod 5.

W omówionych przykładach działają wprowadzie częstokroć obok zjednoczenia inne jeszcze czynniki (potrącenie z ceny kupna, zwolnienie od długu, niekorzystanie z cesyi), których bezpośredniem (a nie zjednoczenia) następstwem będzie zgaśnięcie długu, trudno atoli zapomnieć o tem, że te przyczyny związane tu są ściśle ze zjednoczeniem i z niego wynikły. Więc choć można i trzeba stwierdzić, że przyczyny te niszczą samo zjednoczenie, skoro dług gaśnie, wskutek czego wierzyciel, który stał się właścicielem, przestaje być wierzycielem, to jednak o tem pamiętać należy, że w księdze gruntowej może on — mimo zgaśnięcia wierzytelności — figurować jako wierzyciel nadal i jako taki mieć formalną legitymację do przeniesienia wierzytelności na osobę trzecią, a nawet próbować zgłosić ją w wypadku egzekucyjnej sprzedaży nieruchomości do ceny kupna (o czem niżej). Obok tych przypadków są jednak — jak widzieliśmy — jeszcze inne, gdzie właśnie samo zjednoczenie wywołuje zgaśnięcie długu. W obu kategoriach przypadków wyłania się tedy kwestya, czy zasze zjednoczenie podpada pod przepis § 1446, czy § 1445 zd. 1 względnie 469 k. c. Dla uniknięcia dość częstych nieporozumień w tej mierze zaznaczyć trzeba z całym naciskiem, że § 1446 i za dawnego prawa mógł mieć zastosowanie tylko wtedy, gdy nie nastąpiło równoczesne zgaśnięcie długu (469), wskutek zjednoczenia długu z pretensją (1445 zd. 1). Jeżeli tedy fakt ten zaszedł, wówczas tylko zasada publiczności mogła usprawiedliwić przeniesienie wierzytelności na trzecią osobę, która zatem nie mogła wiedzieć o zjednoczeniu; gdy więc zjednoczenie było widocznem z księgi gruntowej, przeniesienie zgasłej wierzytelności hipotecznej prawnie nastąpić nie mogło.

Tak więc i pogląd pośredni (przedstawiony wyżej pod 3) należy ścięnić o tyle, że nie w każdym z przypadków zjednoczenia, lecz tylko tam, gdzie nie nastąpiło zgaśnięcie długu, było przeniesienie hipoteki prawnie do-

puszczalnem; w przypadku przeciwnym, t. j. w razie zgaśnięcia długu, rozstrzygała zasada publiczności. Jak widzieliśmy, pierwsza ewentalność zachodzi z reguły (ale nie zawsze) w przypadkach, w których właściciel nieruchomości był tylko dłużnikiem hipotecznym — ewentalność druga natomiast (z reguły, ale nie zawsze) w przypadkach, w których dłużnik hipoteczny (właściciel) był zarazem osobistym dłużnikiem.

Odpowiednio do tego wyniku nie będzie trudnem rozstrzygnięcie pytania, czy wobec zjednoczenia mógł właściciel-wierzyciel lub wierzyciel-właściciel likwidować taką wierzytelność do ceny kupna licytacyjnie sprzedanej, lub do nadwyżek w przychodach pozostającej w zarządzie przymusowym nieruchomości. Mógł, o ile pretensya jego jeszcze istniała, a więc najczęściej w przypadkach, gdy właściciel był tylko dłużnikiem hipotecznym; nie mógł w razie zgaśnięcia długu (1445 zd. 1, 469 k. c.), co zajdzie z reguły wówczas, gdy chodzi o osobisty dług właściciela. Wohec tego wyniku nie wydaje mi się ściśłem postawienie kwestyi w ten sposób, że właściciel ma roszczenie o zaspokojenie z ceny rozdziałowej wówczas, »gdy nie jest sam dłużnikiem osobistym«. Pogląd ten da się bowiem zastosować li do właściciela-wierzyciela (t. j. do przypadków, w których właściciel otrzymuje wierzytelność hipoteczną); nie można go jednak stosować do wierzyciela-właściciela, a zatem do przypadków, w których wierzyciel nabywa nieruchomość. Sukcesorem uniwersalnym dłużnika osobistego będzie on bowiem jedynie wtedy, gdy nabył nieruchomość drogą dziedzictwa; nie będzie jednak dłużnikiem osobistym we wszystkich innych przypadkach. Mimoto, jak widzieliśmy poprzednio, wierzytelność jego niejednokrotnie gaśnie, a więc o likwidacyi, czy o prawie wierzyciela właściciela do zaspokojenia z ceny rozdziałowej, nie może być (wówczas) mowy.

Powiedzieliśmy wyżej, że — wedle trzeciego poglądu — powstaje w przypadkach § 1446 k. c. hipoteka

właściciela. Trafności tego poglądu nie można nic zarzucić, lubo tylko w przypadkach, gdy wierzyciel hipoteczny nabyla nieruchomość, będzie hipoteka istotnie wpisana w księdze gruntowej na rzecz właściciela, podczas gdy w przypadkach »nabycia« wierzytelności hipotecznej przez właściciela, wpis taki, w braku odmiennego przepisu ustawy (p. § 1177 ust. 2 k. c. niem.), jest niedopuszczalnym, ponieważ właściciel nie może »z istoty rzeczy« dochodzić hipoteki przeciw sobie samemu. Hipoteka taka »spoczywa«, t. j. dopiero w razie przeniesienia, bądź niej, bądź prawa własności na kogo innego, »odżywa« na nowo (§ 526 k. c.). Mimo zatem takiego nabycia wierzytelności przez właściciela figuruje w księdze gruntowej jako wierzyciel nadal kto inny (dotychczasowy wierzyciel), wskutek czego mogą osoby trzecie — od wpisanego wierzyciela, lub w drodze egzekucyi — nabyć wierzytelność hipoteczną, a względnie dalsze na niej prawa. Nie od rzeczy będzie zaznaczyć już w tem miejscu, że taki stan prawny, wysoce dla właściciela niekorzystny, nie pokrywa się zgoła z dotyczącem uregulowaniem hipoteki właściciela w niem k. c. (p. niżej rozdział III)¹. Wreszcie nie można pominąć i tego, że sposób powstania hipoteki właściciela w przypadkach nabycia własności nieruchomości przez wierzyciela hipotecznego jest iście swoistym; hipoteka właściciela powstaje tu »automatycznie«, przez wpis prawa własności na rzecz wierzyciela. Ale wówczas jest ona formalną hipoteką na nieruchomości własnej, podczas gdy w przypadkach »nabycia« wierzytelności hipotecznej przez właściciela, mamy do czynienia, właśnie ze względu na ową niemożność uzyskania przeniesienia pra-

¹ Przypominamy, że przeniesienie zjednoczonej z własnością hipoteki dopuszczalnem było prawnie tylko wówczas, gdy nie nastąpiło zgaśnięcie długu, i że w razie zgaśnięcia długu nie mógł też właściciel dochodzić jej z ceny kupna lub z nadwyżek przychodów. Znowu zatem stan inny, niż przy hipotece właściciela kod. cyw. niem. (p. niżej: rozdział III).

wa zastawu na jego imię, z hipoteką właściciela nieformalną. Mimo to trudno zaprzeczyć jej bytu, skoro istnieje nadal zabezpieczona prawem zastawu wierzytelność i skoro właściciel jest uprawniony nie tylko do żądania wykreślenia hipoteki z księgi gruntowej, lecz także do odstąpienia jej komu innemu, a nawet do przepisania hipoteki w księdze gruntowej na siebie w przypadku pozbycia nieruchomości osobie trzeciej. Są to przecież momenty tak doniosłe, że nie wystarczy tu mówić o dalszym ciągu rzeczowej odpowiedzialności, czy o »rzeczowem związaniu« nieruchomości, lecz trzeba mówić, bez względu na zjednoczenie, a raczej bez względu na fakt, że uprawnionym z hipoteki jest właściciel nieruchomości, o dalszem istnieniu hipoteki. Że w razie zjednoczenia własności gruntu panującego i służebnego ustaje służebność (§ 526 k. c.), jest zrozumiałem, nieusprawiedliwioną jest jednak zbyt często powtarzana próba dosłownego niemal zrównania tej sytuacji z naszymi przypadkami zjednoczenia. Przyczyną błędu jest tu niewątpliwie brak pozytywnego przepisu ustawy, pozwalającego przeniesienia wierzytelności hipotecznej na nazwisko właściciela.

Wypada nam jeszcze na tem miejscu dotknąć kilku słowy przypadków zgaśnięcia (umorzenia) długu z § 469 k. c. Widzieliśmy, że jednym z takich przypadków jest zjednoczenie (§ 1445 zd. 1) wówczas, gdy dług jednoczy się z wierzytelnością; nie ma natomiast zgaśnięcia długu, gdy tylko hipoteka jednoczy się z własnością (§ 1446 k. c.). Inne przypadki zgaśnięcia długu są w ustawie wyraźnie wymienione¹. Najprostszym i najczęstszym z nich jest zapłata; gdy jednak płaci właściciel, nie będący dłużnikiem osobistym, wówczas, jak już wspomniano, »wstępuje (on) w prawa wierzyciela« (§ 1358 k. c.: *cessio ex lege*) i wówczas następuje zjednoczenie z § 1446 k. c., t. j. bez zgaśnięcia długu. »Wykupienie pretensyi« następuje też

¹ §§ 1377 (por. jednak 1378), 1412 nast., 1425, 1443, 1444, (1447—1448), 1449, 1485 k. c. Co do §§ 1407 i 1408 k. c. p. niżej rozdz. IV pod 5.

w przypadku, gdy płaci dług osoba trzecia (§§ 1422—1423 k. c.), która wstępuje w prawa wierzyciela. Dopiero gdy dłużnik hipoteczny, nie będący dłużnikiem osobistym, lub osoba trzecia, płacąca za dłużnika, nie robią użytku z tych swoich praw, dopiero wówczas można mówić o zgaśnięciu długu.

Stan dotychczasowego prawa austr. w omawianej przez nas materji był, jak widzieliśmy, w wysokim stopniu niepewny. Ale był on także i niesłusznym: W razie zgaśnięcia długu nie mógł właściciel nieruchomości — po za przypadkami, wynikłymi z zasady publiczności — w miejsce umorzonej wierzytelności hipotecznej nowej zaciągnąć pożyczki; nie mógł nawet w razie częściowych upłat (amortyzacyjnych) uzyskać pożyczki amortyzacyjnej w dotychczasowej wysokości, dając jej zabezpieczenie hipoteczne na dotychczasowem miejscu. Nie mógł tego uczynić prawnie nawet za zgodą i za pośrednictwem umorzonego wierzyciela hipotecznego. Przychodził mu wprawdzie z pewną pomocą w tym względzie wspomniany w rozdziale pierwszym § 11 ust. konwers., dający niezłą sposobność do obejścia § 3 tejże samej ustawy — przychodziła mu z pomocą i praktyka sądowa. Ta ostatnia bowiem pozwalała niejednokrotnie na przemianę rzeczywistego zgaśnięcia długu (n. p. przez zapłatę) w zjednoczenie, a to w ten sposób, że wierzyciel hipoteczny, zamiast wydać właścicielowi kwit na dokonaną przezeń spłatę, przelewał nań swą umorzoną pretensję hipoteczną, wskutek czego właściciel mógł tę ostatnią przelać zaraz dalej na osobę trzecią, u której nową zaciągnął pożyczkę, czyli na nowego wierzyciela. Taki *modus procedendi*, ściśle rzecz biorąc, ze stanowiska prawa austr. niedopuszczalny (por. cyt. wyżej dekr. nadw. z r. 1825), wykraczał też jaskrawo przeciw słusznemu zapatrywaniu, iż w przypadkach § 469 k. c. uzasadniała przeniesienie zgasłej hipoteki jedynie dobra wiara nabywcy. Było więc w tej praktyce obejście ustawy dla poprawienia ustawy. Zobaczy-

my jak temu stanowi zaradziła III now. do k. c. Wprzód jednak, zgodnie z naszym programem, przyjrzyć się musimy unormowaniu analogicznej materii prawnej w ustawodawstwach obcych¹, przez co zyskamy wiadomość, czy i o ile nowela użytkowała dotyczące zdobycze kultury prawnej i będziemy mogli rzucić nieco szersze światło na jej postanowienia, oraz znajdziemy przynajmniej częściową podstawę do oceny ewentualnej potrzeby zmian w przepisach noweli, które postulatom dobra i prawdy nie czynią zadosyć.

¹ Zajmuje się też niemi sprawozd. izby panów str. 55—58.

ROZDZIAŁ III.

Dwa systemy.

Negacya prawa posuwania się następnych wierzy-
cieli hipotecznych i co więcej: niezłomny zamiar zapobie-
żenia automatycznemu wejściu ich wierzytelności zasta-
wnych w próżnię — to charakterystyczne cechy dwóch
głównych systemów w dzisiejszem ich opracowaniu: hi-
poteki właściciela i »stałych miejsc zastawnych«. Pierwszy
z nich, jeśli pominiemy mało dla nas ważne reminiscen-
cye z prawa rzymskiego, wytworzył się naprawdę w nie-
mieckiem ustawodawstwie partykularnem, a w szczegól-
ności w krajowem prawie pruskiem (§ 52 dod. do tegoż,
deklaracya z 23/IV 1824 r., oraz ustawa o nabywaniu
własności z 5/V 1872) i w niektórych ordynacyach hipo-
tecznych państw, należących dziś do niemieckiej rzeszy;
doznał ten system i ustalenia w granicach ściśle określo-
nych linii wytycznych i znacznego rozszerzenia w dziś
obowiązującym niem. k. c. System drugi, którego początku
upatrują w ustawodawstwie szlezwicko-holsztyńskiem
z końca XVIII i początku XIX wieku, oraz w ustawodaw-
stwie meklemburskiem z pierwszej połowy w. XIX, wy-
różnia się przedziwną prostotą w swem najnowszem uję-
ciu w trzech zaledwie krótkich paragrafach kod. cyw.
szwajc. Ponieważ i materiały do trzeciej noweli do k. c.
zajmują się obu tymi systemami stosunkowo dość obszer-
nie, prowadząc z nimi żywą polemikę, nie możemy nie
poświęcić im kilku uwag w niniejszem studyum, zwła-

szcza, że nietylko już dokonane zmiany w austr. prawie cywilnem nie są dziś jeszcze reformą tego prawa niewzruszalną, ale i przyszłe polskie prawo prywatne zająć się musi ustawodawczem unormowaniem tej tak żywotnej materii.

A) Prawo zastawu właściciela objawić się może — wedle kod. cyw. niem. — w dwojakiej formie, w postaci »długu gruntowego«, lub »hipoteki właściciela«; prawo zastawu innego zastawnika będzie zatem przeciwstawieniem obu tych instytucyi prawnych.

1. Nie należy sądzić, aby w niem. prawie cywilnem właściciel nieruchomości mógł być zastawnikiem li w omówionych w rozdziale II przypadkach zjednoczenia hipoteki z własnością, w których mimo zjednoczenia nie gaśnie dług zastawny (p. niżej pod 2). Właściciel może bowiem obciążyć swą nieruchomość w ten sposób, że zapomocą oświadczenia przed urzędem ksiąg gruntowych i wpisu do księgi uzyskuje »abstrakcyjne prawo do części wartości nieruchomości«, polegające na tem, iż nieruchomość, ale tylko nieruchomość, odpowiada za oznaczoną przez właściciela sumę pieniężną (§§ 1191 i 1196 k. c. n.). Przyczyna prawna (*causa*) zobowiązania nie wchodzi tu zgoła w rachubę (§ 1192), otwarcie mówiąc, nie istnieje wcale, gdyż brak tu jakiegokolwiek wierzytelności osobistej właściciela, istnieje natomiast, jak już podniesiono, rzeczowa odpowiedzialność nieruchomości, określona w księdze gruntowej jako »dług gruntowy«. Jest to więc dług gruntowy na rzecz właściciela. Właściciel może jednak ustanowić dług gruntowy (nietylko na rzecz swoją, lecz także) na korzyść różnego od siebie zastawnika, przy czem również brak założenia co do istnienia jakiejś wierzytelności osobistej tego ostatniego. Będzie to dług gruntowy na rzecz »tego, na czyją korzyść następuje obciążenie« (§ 1191 ust. 1 k. c. n.), a zatem dług gruntowy na rzecz wierzyciela. Istnienie jego wierzytelności osobistej nie jest absolutnie wykluczonem, tylko, że się jej przy

ustanowieniu długu gruntowego wcale nie uwzględnia: *causa* jest zupełnie obojętną, »dług gruntowy nie presumuje wierzytelności« (§ 1192 k. c. n.). Typami długu gruntowego są: zwyczajny dług gruntowy (por. § 1203 k. c. n.) i dług rentowy (§ 1199 i nast. k. c. n.). Pierwszy polega na oznaczeniu jednolitej sumy pieniężnej (ewentualnie z należymi ubocznymi), za którą »odpowiada« nieruchomość. Drugi opiera się na obowiązku zapłaty z nieruchomości oznaczonych kwot w oznaczonych (»regularnie powrotnych«) terminach, przyczem musi być z góry podana (uwidoczniona w księdze gruntowej) suma wykupna tych świadczeń powrotnych. Właściciel może zatem, zamiast płacić terminowo oznaczone kwoty, wykupić cały dług za ustaloną z góry sumę pieniężną. Za dług rentowy odpowiada oczywiście również tylko nieruchomość, więc z jej pozbyciem ustaje *eo ipso* wszelki obowiązek dotychczasowego właściciela.

Nie będziemy tu rozstrzygać, czy w ten sposób określone prawo zastawu na nieruchomości nazwać można bez zastrzeżeń prawem rzeczowem, czy tylko »prawem (do) wartości«, a raczej do części wartości nieruchomości, lub, jak chcą inni, czystą »odpowiedzialnością rzeczową«, a względnie odpowiedzialnością każdorazowego właściciela, czyli t. zw. obligacją realną¹. O tej ostatniej trudno zaiste mówić w przypadku głównie nas obchodzącym, a więc wobec długu gruntowego na rzecz właściciela, skoro właściciel ma tu zarazem charakter wierzyciela i, jak wspomnieliśmy wyżej, żadna obligacja nie istnieje. Ale mimo to dług gruntowy na rzecz właściciela ma swoje cele i swoje znaczenie, gdyż przedewszystkiem waruje mu pierwszeństwo przed innymi prawami, wpisanymi w księgę gruntową, czyli »odciąża« własność o tyle, ile wynosi suma długiem gruntowym na jego rzecz zabezpieczona; właściciel więc, chcąc n. p. dać pewnemu

¹ P. o tem jeszcze niżej w rozdziale V.

wierzycielowi tylko t. zw. drugą (a nie pierwszą) hipotekę, może, w razie gdy w pozycji pierwszej karty ciężarów jego nieruchomości niema jeszcze żadnego ciężaru, ustanowić tam dług gruntowy na rzecz swoją i tym sposobem »zająć« tę pozycję, tak, że dla danego wierzyciela hipotecznego przypadnie, zgodnie z wolą właściciela, hipoteka »druga«. Następnie zaś może właściciel zamienić bez zgody dalszych wierzycieli (§ 1198 k. c. n.) swój dług gruntowy na dług gruntowy na rzecz innego wierzyciela (i odwrotnie), a nawet dług gruntowy na hipotekę (i odwrotnie), t. zn. dołączyć tym sposobem do momentu odpowiedzialności »czysto rzeczowej« moment odpowiedzialności osobistej: przysługującą wierzycielowi pretensyę¹ (§ 1113 k. c. n.). Właściciel może zatem poprostu przenieść swój dług gruntowy na osobę trzecią, zapewniając jej tym sposobem dotyczące pierwszeństwo w księdze gruntowej. Widzimy stąd, że nie można uważać za usprawiedliwione twierdzenia, iż »prawo zastawu bez pretensyi byłoby bezistotnem« i że »odpowiedzialność za nic nie jest odpowiedzialnością«. W świetle postanowień prawnych kod. cyw. niem. o długi gruntowym, zwłaszcza o długi gruntowym, na rzecz właściciela, brzmią te maksymy zupełnie nieprzekonywująco.

Że instytucji podobnej do długu gruntowego niema w prawie austr., jest już na pierwszy rzut oka widocznem. Hipoteka właściciela z § 1446 k. c. jest, jak już wspominałem i jak jeszcze wykażę niżej, prawdziwą hipoteką »uposażoną w pretensyę«, znane zaś w prawie austr. przypadki »odpowiedzialności rzeczowej bez osobistej«², bez wierzytelności, bez przyczyny prawnej zobowiązania,

¹ Kiedy hipoteka z ustawy zamienia się w dług gruntowy, p. niżej pod 2.

² §§: 469 (w dotychczasowem brzmieniu), 1483 k. c., 222 ord. egz., § 5 ust. z 6/VII 1896 l. 144 Dz. pp. (pożyczka melioracyjna), wreszcie umowne wykluczenie odpowiedzialności osobistej z ograniczeniem do wyłącznie rzeczowej.

również obejść się nie mogą; tak samo hipoteka kaucyjna i kredytowa presumuje przyszłą wierzytelność, której »najwyższą sumę« trzeba z góry podać w dotyczącym dokumencie lub w podaniu o wpis hipoteczny (§ 14 ust. hip.).

I mat. do III noweli (j. w. str. 56) bronią się stanowczo przeciw wprowadzeniu długu gruntowego do austr. prawa prywatnego. »O wartości tej formy »uruchomienia kredytu realnego« nie wypowiedziano jeszcze ostatniego słowa. Wysoce jest znamienne, czytać w protokołach obrad nad niem. kod. cyw. stwierdzenie, że nie tylko pruska ustawa z r. 1872, pierwsza, która to pojęcie wytwarza w całej jego ostrości, nie znalazła naśladowców w reszcie państw niemieckich, lecz nawet w Prusach samych, mimo tej ustawy, pozostała nadal dawna hipoteka regularną formą obciążenia gruntowego«. A dalej materiały zwracają uwagę na to, że i węgierski projekt kod. cyw. odrzuca dług gruntowy i wiele kantonów szwajcarskich oświadczyło się przeciw niemu, a ustawodawca (szwajcarski) opancerzył go kautelami, wyznaczając granice obciążenia pod odpowiedzialnością kantonów (por. niżej pod B), i że sami nawet zwolennicy tej instytucji nie zapoznają potrzeby namysłu, a względnie mają pewne co do niej wątpliwości. »W tym stanie rzeczy, mimo, że oświadczone się za tem ze strony czynników przemysłowych, nie można zalecać, aby przy sposobności »rewizyi« kod. cyw. wkroczo na drogę, która prowadzi do długu gruntowego«.

Zobaczmy w dalszym ciągu, dlaczego te same argumenty skierowali twórcy noweli i przeciw wprowadzeniu hipoteki właściciela, jak ją uregulował kod. cyw. niem., do austr. prawa prywatnego. Na tem miejscu wystarczy nam stwierdzić, że istotnie, zgodnie z motywami, instytucja długu gruntowego nie weszła w skład ustawowych zmian, których bliższemu omówieniu poświęcimy rozdział IV pracy. Ale przez to nie rozstrzygamy jeszcze wcale wysoce doniosłej kwestyi ekonomicznej co do warto-

ści tej instytucji i co do praktycznych następstw jej wprowadzenia w życie; to co przytoczyliśmy z motywów noweli, nie będzie zapewne wystarczającym do odrzucenia długu gruntowego *a limine*. Lecz pozostawmy tu głos naszym ekonomistom i przejdźmy do drugiej, ważniejszej dla nas instytucji, do hipoteki właściciela w niem. kod. cyw.

2. I hipoteka jest wedle k. c. n. (§ 1113) prawem do oznaczonej sumy pieniężnej, która ma być zaspokojoną z nieruchomości na rzecz »tego, na czyją korzyść następuje obciążenie« i o tyle można do niej stosować (i w rzeczywistości stosuje się do niej) wyżej wspomniane teorie prawa zastawu na nieruchomościach, od którego kodeks cywilny niemiecki stara się odróżnić ściśle prawo zastawu na ruchomościach i na prawach i to tak dalece, że tylko te ostatnie nazywa prawami zastawu, przeciwstawiając im hipotekę, dług gruntowy i dług rentowy (p. napis rozdziału ósmego k. c. n. z jednej strony i §§ 1204 nast., oraz 1273 nast. z drugiej strony). Jak już wspomnieliśmy, hipoteka różni się od ostatnich tem, że warunkiem jej powstania, założeniem jej »uzasadnienia«, jest istnienie wierzytelności osobistej »tego, na czyją korzyść następuje obciążenie« (§ 1113 zd. 1 k. c. n.). Po tem stwierdzeniu przejdźmy odrazu do naszego tematu, t. j. do hipoteki właściciela w k. c. n. W tej dziedzinie będzie dla nas najważniejszym przepis § 1177 k. c. n.

a) W przypadkach zjednoczenia, w których nie gасnie dług, gdzie zatem właścicielowi, mimo zjednoczenia, »przysługuje pretensya«, nabywa on »prawa z hipoteki« (§ 1177 ust. 2 k. c. n.). Jestto istotne nabycie hipoteki na nieruchomości własnej, prawdziwa hipoteka właściciela i różni się od hipoteki innego wierzyciela tem tylko, że uprawnionym z hipoteki jest właściciel, a zatem dłużnik hipoteczny, któremu jednak przysługuje wierzytelność osobista i dla jej to zabezpieczenia istnieje hipoteka, wedle przyjętej w prawie cyw. niem. nazwy »upożazona w pretensyę«. Znamy już te przypadki z rozdziału drugiego,

nie będziemy zatem powtarzać ich na tem miejscu, samą zaś istotę takiej hipoteki właściciela omówimy w dalszym ciągu¹. Tu tylko zaznaczamy w przeciwstawieniu do tego, co powiedziano w rozdziale drugim, że hipoteka właściciela w prawie cyw. niem. jest, wobec stanowczych jego przepisów, zawsze formalną, niezależnie od faktu, czy wierzyciel nabywa własność nieruchomości, czy właściciel jej wierzytelność hipoteczną.

b) W przypadkach zjednoczenia, w których gaśnie dług, gdzie zatem właścicielowi nie przysługuje pretensya, »zamienia się hipoteka w dług gruntowy« (§ 1177 ust. 1 zd. 1 k. c. n.). Jednak w księdze gruntowej figuruje ona nadal jako hipoteka i zaliczaną bywa również do przypadków »hipoteki właściciela« (p. zresztą § 1177 ust. 1 zd. 2 k. c. n.), będąc w rzeczywistości »zamaskowanym« długiem gruntowym na rzecz właściciela.

c) Taki sam stan rzeczy zaistnieje, gdy »pretensya, dla której ustanowiono hipotekę, nie powstała« (§ 1163 ust. 1 zd. 1), wówczas bowiem, w myśl wyraźnego przepisu ustawy, »hipoteka przysługuje właścicielowi«, a jest w rzeczy samej »zamaskowanym« długiem gruntowym na rzecz właściciela.

d) Z tym ostatnim mamy też do czynienia, gdy pretensya, zabezpieczona prawem zastawu, gaśnie, wówczas bowiem »nabywa hipotekę« właściciel (§ 1163 ust. 1 zd. 2), nie mając oczywiście żadnej osobistej wierzytelności.

e) Podobnie wreszcie ma się rzecz w przypadkach, gdy wierzyciel zrzeknie się hipoteki, zatrzymując wierzytelność osobistą, wówczas bowiem również »nabywa hipotekę właściciela«, któremu nie przysługuje żadna wierzytelność osobista (§ 1168 k. c. n.).

W przypadkach b—e można też mówić o hipotece właściciela »wyzutej z pretensyi«; w świetle tych przypadków wydaje nam się jasnem, dlaczego mat. do trze-

¹ P. niżej w rozdziale V.

ciej noweli bronią się usilnie przed dążnością wprowadzenia instytucji hipoteki właściciela do austr. prawa cywilnego. Ustawodawca, nie chcąc przyjąć instytucji długu gruntowego, nie może też zgodzić się na hipotekę właściciela w przypadkach *b—e*, bo w istocie nie jest ona niczem innem, jak długiem gruntowym, czy, jak się dość dyskretnie wyrażono, »prowadzi do długu gruntowego«. Jednak tam, gdzie istnieje prawdziwa hipoteka właściciela, a zatem w przypadku *a*), nie jest ona wcale »abstrakcyjnym prawem do części wartości nieruchomości bez przyczyny prawnej mającej się zabezpieczyć pretensyją i przyznanie właścicielowi, jako uprawnionemu z hipoteki, prawa jej zgłoszenia do ceny rozdziałowej, jest, jak już wiemy z wywodów rozdziału II, w całej pełni uzasadnionem. Natomiast przyznany właścicielowi udział w tejże cenie w przypadkach *b—e* staje się, za świadectwem cywilno-prawnej praktyki sądów niemieckich, na którą się powołuje sprawozd. izby panów (str. 56 nast.), przedmiotem egzekucji dla wierzycieli właściciela i to nie tylko dla wierzycieli realnych, zabezpieczonych w niepewnej pożyczce hipotecznej, ale i dla jego osobistych wierzycieli. Kto pierwemu udział taki zajmie, ten będzie zaspokojony i dlatego wątpliwość, »czy to jest racjonalniejszy porządek, niż uwzględnianie (w egzekucji nieruchomości) przede wszystkim praw tam zabezpieczonych, wedle ich hipotecznego porządku«, była również jednym z motywów do odrzucenia »hipoteki właściciela« w powyższych przypadkach przez III now. do k. c.

B) Stanowczy, krótki i nieskomplikowany system, przyjęty przez szwajc. kod. cyw., skłania nas do przytoczenia dosłownie jego postanowień:

Art. 813¹: Zabezpieczenie prawem zastawu ogranicza się do miejsca zastawnego, podanego przy wpisie.

Prawa zastawu na nieruchomościach można ustano-

¹ Napis: VI. Miejsce zastawne. 1. Skutki miejsc zastawnych.

wieć z drugim lub dowolnem pierwszeństwem, o ile zastrzeże się przy wpisie oznaczoną kwotę jako poprzedzającą.

Art. 814¹: Jeżeli na nieruchomości ustanowiono prawo zastawu z różnem pierwszeństwem, wówczas następny wierzyciel zastawny nie może żądać posunięcia się w lukę przy wykreśleniu jednego z tych praw zastawu.

W miejsce umorzonego zastawu poprzedniego można ustanowić nowy.

Umowy o posunięcie się realnych wierzycieli zastawnych mają tylko wtedy skuteczność rzeczową, gdy je zanotowano w księdze.

Art. 815²: Jeżeli ustanowiono z późniejszym pierwszeństwem prawo zastawu na nieruchomości, a niema poprzedzającego, jeżeli dłużnik nie rozporządził poprzedzającym tytułem zastawnym, albo gdy poprzedzająca pretensya wynosi mniej, niż wpisano w księgę, wówczas rozdziela się cenę rozdziałową przy spieniężeniu zastawu między rzeczywistych wierzycieli zastawnych, bez względu na puste miejsca zastawne.

Jasnem jest na pierwszy rzut oka, że prawo zastawu na nieruchomości jest w tym systemie prawem do części wartości nieruchomości, a mianowicie do wartości miejsca zastawnego, w którym je wpisano w księgę gruntową. Ale mimo to nie musi ono być koniecznie długiem gruntowym (p. Art. 793, 824, 842 i 847 k. c. szwajc.), może być, jak u nas i w kod. cyw. niem., hipoteką, służyć więc dla zabezpieczenia wierzytelności osobistej, wyrażać przyczynę zobowiązania. Widzimy więc, że wspomniana teorya w tem jej zastosowaniu nie »prowadzi (koniecznie) do długu gruntowego«, który zresztą istnieje także w prawie szwajcarskiem (p. Art. 847 i nast. k. c. szwajc.), lubo

¹ Napis: 2. Miejsca zastawne pomiędzy sobą.

² Napis: 3. Puste miejsca zastawne.

ustawa cywilna szwajc. normuje go odmiennie od niem. k. c.¹ I widzimy jeszcze jedno: można przyznać wierzycielom zastawnym prawo »dochodzenia« swych pretensyi w egzekucyi na nieruchomości (Art. 815 k. c. szwajc.)², nie przyznając im prawa posuwania się w górę, a nawet, co więcej, nie wyznając zasady: *pignoris causa indivisa*. Bo prawo zastawu nie rozciąga się tu na całą rzecz, lecz tylko do części jej wartości, oznaczonej przy jego ustanowieniu. Właściciel może zgąszyć prawo zastawu na nieruchomości zastąpić każdej chwili innem, nowem prawem zastawu (»odnowienie hipoteki«), mającem dawne miejsce zastawne, dawne pierwszeństwo hipoteczne, a wtedy dalszy wierzyciel zastawny nie posunie się automatycznie w próżnię, gdyż owo nowe prawo zastawu zajmie wolne miejsce zastawne, a zatem uzyska pierwszeństwo przed wpisaniem później prawami zastawu na nieruchomości. Innemi słowy, nawet przy wykreśleniu dotychczasowego prawa zastawu przez właściciela, nie posunie się w górę następny wierzyciel zastawny: miejsce zastawne pozostanie bowiem »otwartem«, t. j. gotowem do przyjęcia nowego prawa zastawu. Że u nas jest inaczej — wskazaliśmy poprzednio: wykreślenie hipoteki powoduje w prawie austr. automatyczne posunięcie się następnych wierzycieli hipotecznych w myśl zasady § 457 k. c. System szwajcarski jest dyаметralnie różny od naszego.

Reforma k. c. (por. sprawozd. izby panów str. 57 nast.) odrzuciła też system stałych miejsc zastawnych i to z dwu przyczyn, z których żadna nie jest m. zd. przyczyną do jego odrzucenia dostateczną. Pierwsza chce wi-

¹ W razie umorzenia pretensyi przez właściciela, nie będącego dłużnikiem osobistym, przechodzi nań pretensya (Art. 827 i 845 k. c. szwajc.). »Jeśli niema wierzyciela, albo gdy wierzyciel zrzeka się prawa zastawu, wówczas ma dłużnik wybór, czy wpis wykreślić, czy pozostawić. Jest on też uprawnionym zużytkować dalej tytuł zastawny« (Art. 863 k. c. szwajc.).

² Por. wyżej rozdział I B 1 i C.

dzień zło w »wykluczeniu posuwania się także po zaszłem zgaśnięciu hipoteki poprzedzającej«, twierdząc, że ono »utrudniłoby akcyę oddłużania« właścicieli nieruchomości. Ale trzeba się (jak wiadomo) zapytać przeciwnie: czy ułatwia akcyę oddłużania posuwanie się w górę następnych wierzycieli hipotecznych, którzy wchodzą w wyższą pozycyę hipoteczną zadarmo, nie obniżając oprocentowania swych wierzytelności hipotecznych? Z drugiej strony same motywy zbijają swój powyższy argument przeciw systemowi stałych miejsc zastawnych, mówiąc, że przecież i szwajc. k. c. pozostawia możliwość »rzecзового zabezpieczenia prawa posuwania się«, »przez to jednakże odjął swemu systemowi wiele z jego porywającej prostoty« (?). Więc to, że *regime* prawa umownego pozostawia ustawa i w tej dziedzinie nietkniętem, ma być jej poczytane za złe? Argument nie jest trafny, gdy się przypomni to, co już na innem miejscu (rozdział I) podniesiono, a mianowicie, że woli właściciela, a względnie woli stron, niema tu nikt prawa stawiać w poprzek. A jeśli chodzi o »niesłuszność« w wykluczeniu posuwania się egzekucyjnych praw zastawu, to dość zwrócić uwagę na okoliczność, że tę niesłuszność wyrównuje przepis Art. 815 k. c. szwajc., przyznając tylko rzeczywistym wierzycielom zastawnym udział w cenie rozdziałowej, a zatem udział, bez względu na puste miejsca zastawne.

I u nas mają wierzyciele hipoteczni prawo dochodzenia zaspokojenia swych wierzytelności zastawnych z ceny rozdziałowej, uzyskanej z egzekucyjnej sprzedaży, lub z nadwyżek zarządu przymusowego nieruchomości, mają środki do bronięcia tego prawa w granicach rzeczywistości t. j. stosownie do rzeczywistego obciążenia nieruchomości, w przepisach §§ 120, 164, 213 i 231 ord. egz. Czyż to nie wystarczy?

Drugą przyczyną, jaka wedle motywów przemawiać ma przeciw systemowi stałych miejsc zastawnych, jest że »stan ksiąg gruntowych nie daje już więcej jasnego

poglądu na zdolność kredytową nieruchomości», gdyż »wszystkie oddawna umorzone i wykreślone pozycje muszą być nadal brane w rachubę« przy wygotowaniu wyciągów hipotecznych i ustalaniu stanu biernego. »Na jakie miejsce zastawne może liczyć udzielający kredytu, nie pozna on, jak według naszego prawa, z samej księgi gruntowej, lecz rozstrzyga o tem dopiero oferta właściciela«. Pomijam już, że argument natury czysto formalnej nie może rozstrzygać o wartości całej instytucji o tak doniosłej materyjalnej treści, ale czyż i u nas, przy naszym systemie, dowie się wierzyciel z wyciągu hipotecznego, które wierzytelności zastawne »oddawna zgasły«, czy nie będzie się musiał liczyć z faktem, że właściciel pozostawi zgasłą materyjalnie hipotekę nadal w księdze gruntowej, aby potem wśród sprzyjających okoliczności nią »rozporządzić«? Wiemy, że takie rozporządzenie, już za dotychczasowego prawa, przynajmniej faktycznie, nie było wykluczonem, tembardziej dziś, gdy właścicielowi przyznano »prawo rozporządzenia« materyjalnie zgasłą hipoteką (p. niżej: rozdział IV).

I tu więc rozstrzyga »oferta właściciela«, czy dany wierzyciel otrzyma lepszą, czy gorszą pozycję hipoteczną, a raczej w obu systemach rozstrzyga o tem sytuacja ekonomiczna. Właściciel, w miarę swego (czasem przymusowego) położenia gospodarczego, w miarę korzystnych dlań widoków, udzieli lub nie udzieli pewnemu wierzycielowi lepszej pozycji hipotecznej, lepszego pierwszeństwa, dla jego wierzytelności.

Argumenty, zwalczające system stałych miejsc zastawnych nie wytrzymują tedy krytyki. I sama III nowela, jak zobaczymy niebawem, złożyła mu choć w części swoje *homagium*. Jednak nie przyjęła go jako zasady, uważając za lepszą kombinację kilku różnych systemów. Lecz tej kombinacji poświęcamy osobne uwagi w innym rozdziale.

C) Różnica pomiędzy obu systemami (A i B) jest

widoczna i od dawna znana. Hipoteka właściciela: właściciel nabywa hipotekę dla siebie i jako nabywca może ją zatrzymać nadal w przypadku pozbycia przezeń nieruchomości; w egzekucyi zgłasza ją sam do masy rozdziałowej. System stałych miejsc zastawnych: właściciel jest tylko uprawnionym do ustanowienia nowego prawa zastawu, w miejsce wykreślonego zastawu dotychczasowego. W razie pozbycia przezeń nieruchomości przechodzi to prawo na nowego właściciela; w przypadku egzekucyi realnej pozostaje nieuwzględnionem.

Ale możliwym jest jeszcze trzeci system, różny od dwóch poprzednich: właściciel jest uprawnionym przeniesić dotychczasowe prawo zastawu na nową wierzytelność. Z chwilą pozbycia przezeń nieruchomości przechodzi to uprawnienie na nowego właściciela; w przypadku egzekucyi realnej nie uwzględnia się go przy rozdziale. Ten trzeci system obrało nowe prawo austr., udzielając właścicielowi »prawa rozporządzenia« materialnie zgasłą hipoteką (§ 469 k. c.). Nie można go m. zd. identyfikować z hipoteką właściciela¹, bo właściciel nie nabywa tu hipoteki², nie zatrzymuje nawet »prawa rozporządzenia« nią, pozbywając swą nieruchomość — nie uczestniczy też w egzekucyjnej masie rozdziałowej. Ale nie można także uważać go za system stałych miejsc zastawnych, (acz zbliża się doń bardziej, niż do hipoteki właściciela), gdyż właściciel nie ustanawia tu nowego prawa zastawu, lecz przenosi dawne. o ile go nie wykreśli; w tym przypadku traci właściciel swoje »prawo rozporządzenia« hipoteką, a dalsi wierzyciele hipoteczni posuwają się w górę. Czy ten system³ jest no-

¹ Choć i dzisiaj i dawniej nieraz tak czyniono; por. co do tego uwagi w rozdziale V.

² Czyli — powiedzmy ściślej: nie nabywa prawa zastawu dla siebie — o czem zresztą niżej w rozdziale V.

³ Projekt węgierski (§§ 679—682) daje właścicielowi, bądź prawo rozporządzenia hipoteką, bądź hipotekę właściciela. Pierwsze w przy-

wym i jak wygląda w szczegółach, zobaczmy w dalszym ciągu.

padkach zgaśnięcia i zjednoczenia, gdy właściciel był zarazem osobistym dłużnikiem, drugą w tychże przypadkach, gdy jest on tylko dłużnikiem hipotecznym; oczywiście tylko drugą może właściciel zgłosić do ceny kupna — niezrealizowanego prawa rozporządzenia nie uwzględnia się przy rozdziale. (Por. niżej: rozdział IV pod 12).

ROZDZIAŁ IV.

Nowe prawo.

Wstęp.

Już wedle dotychczasowego prawa miał właściciel nieruchomości możność: 1) spowodowania wykreślenia zgasłej materyalnie lub zjednoczonej z własnością hipoteki i 2) pozostawienia jej, mimo tych zdarzeń, nadal w księdze gruntowej. Pierwsza ewentualność pociągała za sobą — jak wiemy z rozdziału I — automatyczne posunięcie się w górę następnych wierzycieli hipotecznych. Ewentualność druga narażała właściciela na ujemne skutki nabycia praw przez osobę trzecią w dobrej wierze: dotychczasowy wierzyciel mógł¹ odstąpić hipotekę osobie trzeciej lub obciążyć ją dla niej prawem nadzastawu. Obok więc tych dwóch możliwych, ale nie zawsze zgodnych z interesem właściciela rozwiązań, wprowadza III now. do k. c. (w §§ 33 i 36, 37, 38) trzy dalsze, a mianowicie: 3) »przeniesienie prawa zastawu na nową wierzytelność«, a względnie »na trzecią osobę« (III 33, 36), lub 4) zastrzeżenie (w formie adnotacji) wpisania nowego prawa zastawu w miejsce dawnego, przy jego wykreśleniu (III 37), lub wreszcie: 5) warunkowe wpisanie prawa zastawu dla nowej wierzytelności jeszcze przed wykre-

¹ Zwłaszcza w przypadkach § 469 k. c., ale i w tych przypadkach z § 1446, w których nastąpiło pozahipoteczne zjednoczenie wskutek nabycia wierzytelności przez właściciela; por. zresztą wywody rozdziału II.

śleniem, czyli na wypadek wykreślenia dawnego, z jego pierwszeństwem (III 38).

Nowela, zgodnie ze swym zasadniczym programem »wymiany cegiełek« bez naruszenia całości budowy dotychczasowego prawa, nie przejmuje tedy dosłownie, ani systemu stałych miejsc zastawnych, ani też hipoteki właściciela, jak ją uregulowano w kod. cyw. niem. Posunięcie się w górę następnych wierzycieli hipotecznych pozostaje nadal możliwością, a nawet koniecznością w przypadkach wykreślenia materyalnie zgasłej hipoteki — przeniesienie prawa zastawu na właściciela nie jest i dzisiaj dopuszczalnem. Twierdzenie, iż nowela opiera się nadal na »prawie« posuwania się dalszych wierzycieli hipotecznych, polega jednak na nieporozumieniu. Jak już podniesiono w rozdziale I, wykreślenie materyalnie zgasłej lub zjednoczonej z własnością hipoteki zależy obecnie wyłącznie od woli właściciela, on więc jest w danym przypadku twórcą automatycznego posunięcia się w górę następnych wierzycieli hipotecznych. Środki zaś, przyznane im ord. egz. w razie zgaśnięcia poprzedniej wierzytelności hipotecznej, przedstawiają się jako emanacje prawa dochodzenia ich własnych pretensyi w wypadku, gdy właściciel, mimo prawnej możliwości, nie »przeniósł prawa zastawu na nową pretensyę«.

Wyłomu doznała też zasada zawisłości prawa zastawu od wierzytelności, skoro »uwolnione« od zgasłej wierzytelności prawo zastawu (§ 469 k. c.), które zatem »przeżyło pretensyę«, można obecnie, bez żadnych ograniczeń, wypełnić nową wierzytelnością. Wyłom ten nie jest zresztą niczem nowem, jeżeli¹ przypomnimy sobie dość dawno już głoszoną zasadę, że hipoteka zawisła jest od wierzytelności tylko, o ile chodzi o jej powstanie, nie jest zaś od niej zawisłą w swej dalszej egzysten-

¹ Pomijając już nawet wyjątkowe postanowienie § 14 ust. 2 u. hip., gdzie chodzi o prawo zastawu dla przyszłej wierzytelności, gdzie jednak i (maksymalna) jej suma i *causa* z góry podaną być musi.

cyi. Poniekąd już nawet sam kod. cyw. aprobował ten pogląd, wnosząc ze złożonego zasadzie publiczności hołdu w przepisie § 469 w jego dotychczasowem brzmieniu¹. Ale wobec niewątpliwie dalej idącego odstępstwa od zasady zawisłości prawa zastawu od wierzytelności, czyż można bez zająknienia mówić, że przepisy trzeciej noweli do k. c. »wychodzą z zasady akcesoryjności prawa zastawu«?

Prawdą jest, że prawo zastawu pozostaje w zasadzie — wyjątek: §§ 1446, 36 now.² — prawem na rzeczy obcej. »Przenieść prawo zastawu na nową wierzytelność«, nie znaczy: przenieść je na siebie, t. j. na właściciela. Że istnieją nadal (te same, co dotąd) przypadki, w których własność i hipoteka zjednoczą się naprawdę³ i to bez zgaśnięcia wierzytelności, że właściciel-wierzyciel lub wierzyciel-właściciel będzie mógł zgłosić swą (zjednoczoną z własnością) pretensyę hipoteczną do licytacyjnej ceny kupna lub do nadwyżek z przychodów przymusowego zarządu (§ 470 k. c., 35 now.)⁴ — dowodzić może w tych właśnie, ale tylko w tych przypadkach, istnienia hipoteki na nieruchomości własnej; nie dowodzi jednak zgola, aby »prawo rozporządzenia hipoteką« z § 469 k. c. (33 now.; p. także §§ 37 i 38 now.) było również »hipoteką właściciela«⁵.

O celu całej reformy wspomnieliśmy w naszym »Planie pracy«. Obecnie wypada nam przystąpić do analizy dotyczących przepisów III now. do k. c.

¹ Por. zresztą niżej § 1 pod 7, a zwłaszcza wywody rozdz. V.

² Inne wyjątki leżą poza naszym tematem.

³ Por. wyżej rozdział II, oraz niżej w § 1 pod 4.

⁴ Por. niżej § 1 pod 12, ale także w rozdziale II i przede-
wszystkiem Art. 827 k. c. szwajc.

⁵ O czem bliżej w rozdz. V, tudzież w § 2 rozdz. IV.

§ 1.

Uzupełnienie §§ 469 i 1446 k. c.

Do § 469 k. c. dodaje III now. do k. c. (§ 33) następujący ustęp:

Az dotąd¹ może właściciel nieruchomości na podstawie kwitu, albo innego dokumentu, wykazującego zgaśnięcie długu zastawnego, przenieść prawo zastawu na nową pretensyę, która nie przewyższa kwoty wpisanej wierzytelności zastawnej.

Podobny, ale nie jednaki, ustęp dodaje nowela (§ 36) do § 1446 k. c.:

Az dotąd może być wpisane prawo zastawu przeniesione na osobę trzecią przez właściciela, lub drogą egzekucyi (§§ 469 do 470).

1. Już na pierwszy rzut oka widocznem jest, że — wskutek tych ustępów — odpada przedewszystkiem kwestya, nurtująca dotąd w interpretacyi obu §§: kwestya, czy rozporządzenie hipoteką przez właściciela skutecznem jest tylko w razie dobrej wiary nabywcy. Skoro właścicielowi wolno przenieść prawo zastawu w przypadkach zgaśnięcia pretensyi zastawnej, lub zjednoczenia hipoteki z własnością, to i osobie trzeciej wolno je nabyć, choćby o zgaśnięciu lub zjednoczeniu wiedziała.

2. Ze względu na dokonane uzupełnienie § 469 k. c. może obecnie właściciel nieruchomości »przenieść prawo zastawu na nową wierzytelność«, nie oglądając się na dotychczasowego wierzyciela hipotecznego. Wierzyciel ten musi tylko wydać kwit, albo inny dokument, wykazujący zgaśnięcie długu zastawnego, do czego wobec właściciela, jako umarzającego wierzytelność dłużnika zastawnego, jest prawnie obowiązany (§§ 1369, 1426 nast. k. c.); że winien to być do-

¹ T. j. aż do wykreślenia prawa zastawu. Por. zresztą § 37 now., o którym niżej w § 2.

kument tabularny — kwit lub deklaracya ekstabulacyjna i t. d. — nie ulega wątpliwości. Właściciel nie potrzebuje więc dzisiaj starać się u dotychczasowego wierzyciela hipotecznego o cesyę pretensyi w miejsce kwitu; jeśli ma w ręce wspomniany wyżej dokument, podający przyczynę zgaśnięcia długu, oraz oczywiście dokument tabularny (n. p. skrypt dłużny) na nową wierzytelność¹ może na nią bez przeszkody przenieść prawo zastawu.

Przelew zgasłej wierzytelności hipotecznej przez właściciela nie jest dopuszczalnym (por. niżej pod 7).

3. Nowela nie ogranicza właściciela do rozporządzenia umownem prawem zastawu, wobec czego i w razie egzekucyjnego prawa zastawu można mówić o rozporządzeniu hipoteką, o ile nastąpi zgaśnięcie długu zastawnego (§ 469 k. c.). Zachodzi tedy pytanie, czy wierzyciel popierający egzekucyę może nadal swym wnioskiem na zastanowienie egzekucyi z § 39 l. 6 ord. egz. spowodować wykreślenie egzekucyjnego prawa zastawu. Równałoby się to uniemożliwieniu właścicielowi wykonania rozporządzenia hipoteką. Dotychczasowa praktyka sądowa, o ile jest mi znana, trzyma się zasady, że dopóki wierzyciel hipoteczny nie postawił wniosku z § 39 l. 6 ord. egz., »aż dotąd« może właściciel rozporządzić egzekucyjnym prawem zastawu; z chwilą postawienia takiego wniosku przez wierzyciela możność tę traci, gdyż zastanowienie egzekucyi pociąga za sobą wykreślenie prawa zastawu. Przeciwnie: w literaturze powszechnem jest zdanie, że

¹ W nim winno być zawarte, jak słusznie podniesiono w literaturze, »oświadczenie przeniesienia«, o ile nie mieści się ono już w zaopatrzonym legalizowanym podpisem właściciela podaniu o przeniesienie prawa zastawu na nową wierzytelność. Zapatrywanie jednak jakoby skrypt dłużny, wykazujący istnienie nowej wierzytelności był zbędnym, »gdy warunki nowego długu odpowiadają w zupełności warunkom dawnego«, brak uzasadnienia w ustawie. Prawo zastawu pozostaje to samo, dług jednak, na który je właściciel przenosi, jest zawsze nowym, więc wykazany być musi.

uprawnienie do rozporządzenia hipoteką, mimo takiego wniosku, musi pozostać właścicielowi. Pojawiło się nawet zapatrywanie, że w razie wniosku wierzyciela z § 39 l. 6 ord. egz. można wykreślić adnotację wykonalności, jaka się mieści we wpisie przymusowego prawa zastawu (por. §§ 89 i 88 ord. egz.). Zdanie to idzie (oczywiście *b. mente*) za daleko; rozkładać intabulację przymusowego prawa zastawu na dwa wpisy, t. j. wpis prawa zastawu (umownego?) i adnotację wykonalności, niema nikt — wbrew faktycznemu stanowi rzeczy — prawa. To też dopuszczalność wykreślenia takiej, nieistniejącej, adnotacji nasuwa poważne wątpliwości. Natomiast proponowanemu przesłuchaniu właściciela przed załatwieniem wniosku na zastanowienie egzekucyi nie stoi nic na przeszkodzie; zezwala na nie wyraźnie przepis § 55 ust. 2 (nie § 56) O. E. To przesłuchanie może być pisemne; najpraktyczniej byłoby tedy udzielić dotyczący wniosek właścicielowi do oświadczenia się pod rygorem skutków z § 56 ust. 2 O. E. Wówczas zajść mogą następujące ewentualności: albo właściciel zgodzi się na wykreślenie materyalnie zgasłej hipoteki bez zastrzeżeń (a w tym przypadku odpada cała kwestya), albo postawi wniosek na adnotację z § 37 noweli, która nastąpi równocześnie z wykreśleniem prawa zastawu i zawaruje właścicielowi możność rozporządzenia hipoteką (p. niżej § 2). Obok tych dwu możliwości nie jest jednak wykluczonym przypadek trzeci: właściciel nie zgodzi się na wykreślenie hipoteki i nie zażąda adnotacyi z § 37 now. Odrzucić wniosku wierzyciela na zastanowienie egzekucyi nie pozwala § 39 O. E. — zarządzić wykreślenia hipoteki nie można wobec uprawnienia właściciela do rozporządzenia hipoteką (§ 469 k. c., III 33). Wyjście z tej trudnej zaiste sytuacji byłoby m. zd. jedno: zastanowić dotyczącą egzekucję i adnotować to zastanowienie w księdze gruntowej, nie zarządzając wykreślenia prawa zastawu — o ile się oczywiście nie stanie na stanowisku, że tylko wyraźnie w ustawie przewidziane ad-

notacye są dopuszczalne. Wszystko to wskazuje na dokonaną przepisem § 33 now. zmianę § 39 O. E. w odniesieniu do wniosku wierzyciela na zastanowienie egzekucyi w przypadku materyalnie zgasłej hipoteki egzekucyjnej — zmianę, wypływającą z odjęcia wierzycielowi hipotecznemu w ogólności prawa do żądania wykreślenia materyalnie zgasłej hipoteki, a polegającą na konieczności uwzględnienia zgody (lub niezgody) właściciela na wykreślenie (także) egzekucyjnej hipoteki. W braku tej zgody trzeba wybrać, albo wspomniane już wykreślenie adnotacyi wykonalności (a zatem wykreślenie czegoś nieistniejącego), albo też uwidocznienie w księdze gruntowej zastanowienia egzekucyi, bez zarządzania wykreślenia prawa zastawu, co umożliwi właścicielowi rozporządzenie materyalnie zgasłą hipoteką egzekucyjną. Gdyby się jednak ten *modus procedendi* uważało jeszcze dziś za niedopuszczalny — należałoby dotyczącą zmianę § 39 O. E. przeprowadzić w drodze ustawodawczej. Obrana przez dotychczasową praktykę droga przedstawia się bowiem jako niezgodna z przepisami III now. do k. c. i jako niesłuszną.

Powiedzieliśmy, że uprawnienie właściciela do rozporządzenia hipoteką egzekucyjną nie powinno podlegać kwestyi: właściciel ma czas uczynić z »prawa rozporządzenia hipoteką« użytek aż do licytacji, względnie aż do dozwoleń zarządu przymusowego swej nieruchomości (§ 470 k. c. [35 now.]; p. niżej pod 12) — nie można mu więc odebrać tego uprawnienia wcześniej i to wnioskiem (wierzyciela) na zastanowienie egzekucyi przez wpis przymusowego prawa zastawu. Zachodzi teraz pytanie, jak się ma rzecz z egzekucyjnymi prawami zastawu, wpisanymi na rzecz danin publicznych, którym, obok tego, przysługuje prawo zastawu ustawowe, względnie także uprzywilejowane pierwszeństwo w zaspokojeniu z ceny kupna, lub z nadwyżek przychodów. W literaturze podniesiono, że rozporządzenie (przez właściciela) hipoteką egzekucyjną dla takich roszczeń jest, mimo ich zgaśnięcia, wykluczo-

nem ze względu na li deklaratoryjne znaczenie takich praw zastawu; zwrócono też uwagę na niebezpieczeństwo, wypływające z dopuszczenia tu rozporządzenia hipoteką w przypadkach, w których skarb państwa zrzeka się prawa zastawu, mimo nieumorzenia daniny publicznej, co spowodowałoby podwójne obciążenie nieruchomości: ustawowem prawem zastawu dla daniny publicznej, oraz hipoteką dla nowej pretensyi prywatnej. Wbrew powyższemu twierdzeniu nie czyni III now. do k. c. co do praw zastawu dla danin publicznych żadnego wyjątku i my go też czynić nie mamy dostatecznego powodu. Przypadek zrzeczenia się prawa zastawu przez skarb państwa, choć nie umorzono pretensyi prawno-publicznej, jest tak wyjątkowym i rzadkim, że nie wchodzi wcale w rachubę; przypadek taki możnaby śmiało nazwać »białym krukiem«. Tęsamem odpada argument »ekonomiczny«, zwłaszcza, że rozważamy tu przypadki zgaśnięcia długu (§ 469 k. c.). »Zmienne« zaś pierwszeństwo danin prawno publicznych nie usuwa faktu, że wpisane dla nich prawo zastawu jest rzeczywistą hipoteką dla długu ważnie powstałego i ma zwłaszcza przy zaległościach w podatkach realnych, które już wyszły z uprzywilejowanego czasokresu, zastosowanie praktyczne¹. O pierwszeństwie zaś z § 217 l. 1 OE. niema nawet co wspominać, bo jest ono czysto teoretycznem; tu już nie może być zgoła mowy o »wyborze pierwszeństwa« — pretensyę prawno-publiczną uratować może tylko pierwszeństwo hipoteczne. Tak więc i w razie zgaśnięcia daniny publicznej, dla której obok ustawowego prawa zastawu (względnie obok prawa pierwszeństwa)

¹ Inaczej nieco przy należnościach przenośnych, gdzie w myśl: III. 14 rozp. min. sk. z 3/V 1850 Nr. 181 Dz. p. p. przedawnienie prawa pierwszeństwa może być przerwanem. Jednak i tu — w razie zgaśnięcia uprzywilejowanego pierwszeństwa należności prawnej — »obciąża kwota należności nieruchomości z tem pierwszeństwem, które odpowiada chwili wpisu tej kwoty do ksiąg gruntowych«.

istniał wpis hipoteczny, ma zd. m. właściciel uprawnienie do rozporządzenia materyalnie zgasłą hipoteką.

4. Każdoczesny właściciel może, w przyp. § 469 k. c. (33 now)¹, przenieść materyalnie zgasłą hipotekę na nowego² wierzyciela — nie może jej przenieść na siebie, a względnie na swoje »przepisać« nazwisko. Pozostaje więc, jak w dotychczasowym prawie, jedynym przypadkiem »automatycznej« hipoteki właściciela, przypadek (z § 1446 k. c.) nabycia przez wierzyciela hipotecznego obciążonej nieruchomości na własność. Jest to, jak wyżej zaznaczono, formalna hipoteka na nieruchomości własnej; przypadki »nabycia« wierzytelności hipotecznej przez właściciela podpadają pod pojęcie hipoteki właściciela nieformalnej (por. wyżej rozdz. II). Innej hipoteki właściciela, biorąc rzecz ściśle, niema w prawie austr.; rozporządzenia hipoteką z § 469 k. c. nie należy mieszać z instytucją hipoteki właściciela. Różnica między nimi potęguje się przez to, że w przypadkach § 1446 k. c. przysługuje hipoteka właściciela pierwszemu jej nabywcy (jak w § 1163 k. c. n.); w razie więc zmiany własności ma ją nadal dotychczasowy właściciel, o ile oczywiście nie zaszła w tej mierze odmienna między stronami umowa. W przypadku nabycia własności obciążonej nieruchomości przez wierzyciela, pozostaje przeto nadal przy nim hipoteka, lubo następnie pozbył nieruchomości osobie trzeciej. W przypadku »nabycia« wierzytelności hipotecznej przez właściciela, t. zn. w przypadku hipoteki właściciela nieformalnej, nie stoi nic na przeszkodzie, aby w razie zmiany własności nastąpił wpis hipoteczny (»przepisanie«) na imię dotychczasowego właściciela. Nie da się jednak utrzymać zapatrywanie, aby w ostatnim przypadku, bez osobnej w tym kierunku umowy, »prawo rozporządzenia« przechodziło na nowona-

¹ Inaczej wedle § 1163 k. c. n. i § 1446 k. c. (36 now.); o czym niżej w tekście.

² Por. niżej pod 6.

bywcę. Czemże bowiem miałby tu rozporządzać nowy właściciel, czy cudzą wierzytelnością zastawną, czy prawem zastawu, istniejącem dla jej zabezpieczenia? Niejasne (zresztą) twierdzenia w literaturze, które — zda się — przyjmują tu prawo rozporządzenia nowonabywcy, należy zatem odeprzeć z całą stanowczością.

Zachodzi pytanie, jak się przedstawia rzecz z rozporządzeniem materialnie zgasłą lub zjednoczoną z własnością hipoteką w przypadkach współwłasności (§ 825 i nast. k. c.). Wbrew pogładowi, wychodzącemu z założenia, że »zastaw, ciążący na całej rzeczy, należy uważać tak, jakby ciążył na każdym udziale w stosunkowej części«, jestem zdania, że w razie współwłasności można przyjąć jedynie, aż do jej uchylenia, wspólne uprawnienie (wszystkich razem współwłaścicieli) do rozporządzenia materialnie zgasłą (§ 469 k. c.) hipoteką (§§ 828, 457 k. c.). Prawo zastawu obciąża bowiem całą rzecz wspólną, a rozporządzenie hipoteką, wypływające z prawa własności i przysługujące właścicielowi, a więc w przypadku współwłasności wszystkim współwłaścicielom, nie może być m. zd., wobec dalszego istnienia »wspólności«, podzielonem na części, odpowiadające udziałom pojedynczych współwłaścicieli, gdyż wówczas każdy z nich naruszyłby »prawa współników« (§ 829; por. także § 833 zd. 1), dzieląc ową wspólność na własną rękę (§ 841 k. c.). Wspólne uprawnienie do rozporządzenia hipoteką zaistnieje zatem tak w przypadku, gdy dług umorzył dłużnik osobisty, nie będący współwłaścicielem obciążonej nieruchomości, jak i wtedy, gdy umorzenie długu nastąpiło przez wszystkich współwłaścicieli, którzy są zarazem współdłużnikami osobistymi (§ 891 nast. k. c.) i to bez względu na stosunek, w jakim się przyczynili do umorzenia długu, gdyż ta okoliczność decydującą jest dla kwestyi regresu jednego z nich przeciw drugiemu (§ 896 k. c.), nie znosi jednak wspólności. Tak samo będzie w przypadkach zjednoczenia z § 1446 k. c., gdy ono zaszło u wszystkich współwłaścicieli, a za-

tem, jeżeli wszyscy oni »nabyli« wspólnie wierzytelność zastawną, lub jako dłużnicy tylko hipoteczni wspólnie za płacili dług (§ 1358 k. c.). Gdy zjednoczenie było tylko częściowe, tak, że obok współwłaściciela, u którego nastąpiło zjednoczenie, jest jeszcze inny — obcy — współwierzyciel, wówczas, w myśl powyższych zasad, powstaje między nimi wspólność (§ 888 k. c.), a więc i wówczas sam ów współwłaściciel częściowo hipoteką rozporządzać nie może.

Jeżeli jednak zjednoczenie nastąpiło tylko u jednego ze współwłaścicieli, tak, że sam tylko uzyskał całą hipotekę na nieruchomości, której jest współwłaścicielem, wówczas ma on, jako wierzyciel hipoteczny, częścią *in re sua*, częścią *in re aliena*, wyłączne »prawo rozporządzenia« tą hipoteką. Takież samo wyłączne prawo nabędzie też jeden ze współwłaścicieli, będący tylko hipotecznym, lub także osobistym (współ)dłużnikiem, jeśli zapłaci cały dług za innych współwłaścicieli, którzy są osobistymi współdłużnikami (§§ 1358, 1446, 469, 891 nast.).

5. Omówiliśmy w rozdziale II kiedy następuje zgaśnięcie długu zastawnego, a kiedy zjednoczenie hipoteki z własnością¹. Na tem miejscu musimy zaznaczyć, że nowela, uzupełniając przepisy §§ 469 i 1446 k. c., zajmuje się, w odniesieniu do rozporządzenia hipoteką przez właściciela, tylko temi dwiema kategoriami przypadków. Z nich pierwsza (zgaśnięcie długu) należy do zdarzeń »uchylających bezpośrednio wierzytelność zastawną«, a tylko pośrednio oddziaływujących na los samego prawa zastawu i obejmuje je wszystkie. Druga kategoria przypadków (zjednoczenie) ma inną cechę: odnosi się bezpośrednio do prawa zastawu². Ale obok zjednoczenia są jeszcze inne zdarzenia prawne, które również »bezpośrednio do-

¹ P. także niżej pod 12.

² Że jednak ani w przyp. § 469, ani też w przyp. § 1446 k. c. hipoteka nie gaśnie, staram się wykazać w rozdz. V.

tykają prawa zastawu», jak n. p. zrzeczenie się prawa zastawu przez wierzyciela hipotecznego, przy utrzymaniu nadal jego osobistej pretensyi: t. zw. porzucenie prawa zastawu (zwolnienie od prawa zastawu; p. zresztą §§ 467 i 468 k. c.). Tych innych przypadków nie przewiduje nowela i dlatego zastosowanie do nich jej przepisów o rozporządzeniu hipoteką przez właściciela, jest kwestyą sporną. Zanim rozstrzygniemy tę kwestyę, trzeba zwrócić uwagę na okoliczność, że wedle § 469 k. c. dług umorzony musiał — przed zgaśnięciem — prawnie istnieć; nie mógł to być zatem dług nieważny, uchylony wskutek zaczepienia, nie powstały faktycznie, jak n. p. hipoteka »z kredytu« (§ 14 ust. hip.), którego nie udzielono. Natomiast błędnym jest pogląd, że nie mógł to być dług warunkowy, gdyż zgodnie z zapatrywaniem, wyrażonem już w rozdziale I, przyjąć trzeba, że dług warunkowy, jako taki, prawnie istnieje, wobec czego ziszczenie się warunku rozwiązującego, lub nieziszczenie się warunku zawieszającego, należy uważać za zgaśnięcie długu (§ 469 k. c.). Tak samo »gasną prawa i obowiązki z upływem czasu« (§ 1449 k. c.).

Dlatego też pytanie, czy w razie zrzeczenia się prawa zastawu przez wierzyciela hipotecznego, przy utrzymaniu nadal jego wierzytelności osobistej, może właściciel rozporządzić hipoteką — należy potwierdzić, gdyż nie chodzi tu o dług nieistniejący. Wprawdzie dług ten, wskutek owego zrzeczenia się, nie gaśnie, ale i w przypadkach § 1446 k. c. nie gaśnie dług, a mimo to rozporządzenie hipoteką przez właściciela jest dopuszczalne; brak wyraźnego przepisu prawnego co do rozporządzenia hipoteką na wypadek zrzeczenia się prawa zastawu przez wierzyciela hipotecznego nie stanowi przecież nieprzezwyciężonej przeszkody dla przyznania tego uprawnienia właścicielowi, zwłaszcza wobec nieistnienia prawa następnych wierzycieli hipotecznych do posunięcia się w opróżnioną w ten sposób pozycję zastawną. Zresztą, jak słu-

sznie podniesiono w literaturze, §§ 37 i 38 noweli¹ mówią tylko o »wykreśleniu prawa zastawu«, a nie o zgaśnięciu długu, skąd wnosić należy, że i w przypadku zrzeczenia się (samego) prawa zastawu, rozporządzenie hipoteką przez właściciela jest dopuszczalne.

W przypadkach przedawnienia samej pretensyi zastawnej należy przyjąć zgaśnięcie długu (§ 469); natomiast w przypadkach, gdy zgasło też lub tylko prawo zastawu przez przedawnienie, analogia z § 469 nie jest m. zd. dopuszczalną, bo wówczas nie można już przenieść (tego samego) prawa zastawu na inną pretensyę². Ale gdy — *rebus sic stantibus* — żądać można wykreślenia prawa zastawu (§ 1499 k. c.), nietrudno zastosować tu analogię z §§ 37 i 38 III now. do k. c. i w ten sposób ocalić uprawnienie właściciela do rozporządzenia hipoteką.

W razie przejęcia długu (§§ 1407—1408 k. c.) bez zgody właściciela przedstawia się nasza kwestya również wątpliwie, gdyż nie gaśnie tu dług, lecz samo tylko prawo zastawu, trudno zatem zgodzić się na analogię z § 469 k. c., mimo odpadnięcia osobistej odpowiedzialności właściciela, za którą miał odpowiadać zastaw. Należy więc i w tym przypadku zastosować analogię z §§ 37—38 now.³.

6. Wysokość nowej wierzytelności hipotecznej nie może przewyższać dotychczasowej,

¹ P. niżej § 2 pod C i D.

² P. rozdz. V. Tak samo w poprzednio omówionych przypadkach »porzucenia« prawa zastawu i dlatego też byliśmy raczej za analogicznem zastosowaniem §§ 1446 k. c. (36 now.), oraz 37 i 38 now. W literaturze zaleca się we wszystkich tych przypadkach (raczej) analogię z § 469 k. c. (33 now.).

³ Co do amortyzacyi dawnych hipotek (§§ 118 nast. ust. hip.) trafniejszym jest zapatrywanie, że i wówczas należy z reguły przyznać właścicielowi uprawnienie do rozporządzenia hipoteką. Bez znaczenia jest bowiem argument, iż następni wierzyciele hipoteczni po prostu nie liczą się przy udzielaniu kredytu z dawnymi pożyczkami (por. wywody rozdz. I). Co się tyczy zaś kolizyi z postanowieniami przejściowemi noweli (§ 43 ust. 1; p. niżej § 4), to najpierw: nie wszystkie takie pretensye zgasły przed 1 stycznia 1917 r., a nastę-

t. j. umorzonej, ani co do kapitału, ani co do należności ubocznych. Mogą być jednak ustanowione dłuższe terminy płatności dla nowej pretensyi zastawnej; nowa pożyczka może nie być amortyzacyjną, mimo, że zgasła była taką — wynika to z dokonanego § 43 now. uchylecia dotyczących przepisów (§§ 3 i 6) ustawy konwersyjnej z r. 1907. Uprawnionym z nowej wierzytelności może być i dotychczasowy wierzyciel, jeśli n. p. jego pretensya uległa przenowieniu (§§ 1376 nast. k. c.) i wogóle we wszystkich przypadkach, w których dawna wierzytelność zgasła, zaś dotychczasowy wierzyciel stał się wierzycielem nowej pretensyi.

W myśl § 41 now. może nowa pretensya wstąpić w miejsce dwu lub więcej bezpośrednio po sobie następujących wierzytelności hipotecznych; nie powinno też ulegać wątpliwości, że — *a contrario* — w miejsce dawnej wierzytelności hipotecznej może, w drodze rozporządzenia hipoteką, wejść (dwie lub) więcej nowych pretensyi.

7. W przypadkach z § 1446 k. c. może właściciel zjednoczoną z własnością hipotekę odstąpić (cedować) osobie trzeciej; niema w tem nic nowego, wiemy bowiem z wywodów rozdz. II, że już dotychczasowe brzmienie § 1446 k. c. nie stało takiej cesyi na przeszkodzie i że cesyonaryusz nie musiał być w dobrej wierze, t. j. nie wiedzieć o nastąpieniu zjednoczeniu. Możliwość odstąpienia zjednoczonej z własnością pretensyi jest wynikiem faktu, iż w przypadkach § 1446 k. c. wierzytelność (właściciela), mimo zjednoczenia, dalej istnieje, może więc być przeniesioną na osobę trzecią. Zresztą w przypadkach nabycia własności nieruchomości przez wierzyciela hipotecznego możliwą jest nietylko cesya wierzytelności zastawnej, ale także ustanowienie na niej prawa nadzastawu.

pnie — z biegiem czasu — mogą powstać dalsze »dawne hipoteki« i wtedy to będzie mógł właściciel, mimo § 121 ust. 2 ustawy hip., rozporządzić taką hipoteką. (P. zresztą §§ 37 i 38 now.).

Natomiast w przypadkach z § 469 k. c. (por. wyżej pod 2) nie odstępuje właściciel dotychczasowej, t. j. umorzonej wierzytelności hipotecznej, lecz »przenosi prawo zastawu na nową pretensyę«. Zachodzi teraz pytanie, czy i w przypadkach zjednoczenia z § 1446 k. c. może właściciel tak samo postąpić, t. j. przenieść prawo zastawu na nową wierzytelność?

W literaturze wyłoniły się w tej mierze dwa poglądy, jeden nietrafny, drugi niejasny i niezupełny. Zapatrywanie pierwsze ścieśnia interpretacyę przepisu § 1446 k. c. w nowem brzmieniu (ze względu na użyte tam wyrażenie »przenieść na trzeciego«, zamiast »na nową pretensyę«, jak w § 469 k. c.)¹, w ten sposób, że właściciel może tylko odstąpić wierzytelność hipoteczną, nie wolno mu natomiast przenieść prawa zastawu na nową pretensyę. Ależ właściciel w przyp. § 1446 k. c., a więc tam, gdzie ma naprawdę wierzytelność, gdzie ma hipotekę na nieruchomości własnej — nie może być gorzej postawionym, niż tam, gdzie tylko rozporządza prawem zastawu, uwolnionem od zgasłej wierzytelności. Dlaczego mu odmawiać możliwości przeniesienia prawa zastawu na nową pretensyę? Słów »przenieść na trzeciego« nie można przeciwstawiać zbyt jaskrawo słowom »przenieść na nową pretensyę«, gdyż odmienność wyrażenń ułamczy się łatwo dopuszczalnością przelewu w przyp. § 1446 w przeciw-

¹ Trafnem, acz mniej doniosłem, jest też uczynione w literaturze spostrzeżenie, iż w przyp. § 1446 k. c. (36 now.) może być prawo zastawu przeniesionem tylko na osobę trzecią — podczas gdy w przyp. § 469 k. c. przenieść je może właściciel także na dotychczasowego wierzyciela hipotecznego, o ile ten wierzyciel, po umorzeniu dotychczasowego długu, udziela właścicielowi nowej pożyczki (por. wyżej pod 6). Atoli, jak zarazem słusznie podniesiono, w przyp. zjednoczenia (z § 1446) przez cesyę wierzytelności hip. na rzecz właściciela nie jest wykluczonem przeniesienie prawa zastawu na nową pretensyę dotychczasowego wierzyciela zastawnego, który mimo przelewu figuruje, jako taki, w księdze gruntowej.

stawieniu do przyp. z § 469 k. c., w których przelew zgasłej wierzytelności hipotecznej przez właściciela jest wykluczonym¹. Należy zatem przyjąć, że i w przypadkach § 1446 k. c. może właściciel nie tylko odstąpić zjednoczoną z własnością wierzytelność hipoteczną, lecz także »przenieść prawo zastawu na nową pretensję«. W tym kierunku idzie też drugi pogląd, podnosząc, że właściciel ma takie »prawo rozporządzenia« równocześnie z cesją«. Ostatnie słowa, bez bliższych objaśnień, są niemal zagadkowe. Równocześnie z cesją wierzytelności hipotecznej może nastąpić przeniesienie prawa zastawu na nową wierzytelność tylko w razie nowacyi (§§ 1376 nast.), a więc w razie zmiany przyczyny prawnej lub głównego przedmiotu wierzytelności. Takie przenowienie zjednoczonej z własnością wierzytelności hipotecznej jest dopuszczalnym, o ile zajądą warunki ustawowe, a więc w szczególności, o ile nastąpi w tym kierunku umowa między właścicielem, jako wierzycielem hipotecznym, a dłużnikiem osobistym. Ponieważ więc i ten ostatni decyduje o przenowieniu, trudno uważać takie »przeniesienie prawa zastawu na nową wierzytelność« jedynie za wyraz woli, względnie za wynik rozporządzenia właściciela (§ 1378 k. c.).

Należy zatem postawić sobie inne pytania:

a) Czy wolno właścicielowi odstąpić osobie trzeciej dotychczasową wierzytelność hipoteczną jako osobistą (t. zn. z tem wyraźnem zastrzeżeniem, że przelana zostaje bez prawa zastawu), równocześnie zaś przenieść prawo zastawu na nową pretensję? Wedle dotychczasowych pojęć

¹ Jak wiemy z rozdz. II, nie jest prawie dopuszczalną cesya wierzytelności hipotecznej właścicielowi, który ją umorzył jako dłużnik osobisty; tem samem więc nie może taki właściciel odstąpić jej trzeciej osobie: w przypadkach § 469 k. c. cesya ze strony właściciela jest zatem bezwzględnie wykluczona. Inaczej co do możliwości przelewu na rzecz osoby trzeciej — przez dotychczasowego wierzyciela hipotecznego — w razie pozostawienia materialnie zgasłej hipoteki w księdze gruntowej. P. niżej pod 11.

odstąpienie wierzytelności bez prawa zastawu równa się rezygnacyi z prawa zastawu, a więc jego zgaśnięciu. Atoli w naszym przypadku przeczy takiej konkluzyi równoczesne przeniesienie prawa zastawu na nową pretensyę. Naruszenie zaś i tak już w k. c. dobrze naruszonej¹ zasady zawisłości prawa zastawu od wierzytelności, jest obojętne dla tego, kto stoi na stanowisku ograniczonej akcesoryjności, t. zn. poglądu, że hipoteka tylko powstać nie może bez wierzytelności, atoli może bez niej istnieć. Dla nas (przynajmniej) są to wystarczające przyczyny do potwierdzenia zadanego właśnie pytania.

b) Czy właściciel, wykazując² zjednoczenie, może przenieść prawo zastawu na nową pretensyę, a zarazem zatrzymać nadal dotychczasową wierzytelność jako osobistą i ewentualnie następnie przelać ją na trzeciego? Przeciw dopuszczeniu takiego rozporządzenia właściciela przemawia przede wszystkim przepis § 4 u. hip. (por. także § 1153 k. c. n.) za jego przyjęciem: argumenty wyżej przytoczone, a zatem uregulowanie rozporządzenia hipoteką przez właściciela w dzisiejszem prawie (§ 469 k. c., III, 33 now.), niesłuszność ścieśniającej interpretacyi § 1446 k. c., pogląd o ograniczonej tylko zawisłości hipoteki od wierzytelności. Jeślibyśmy nawet stanęli na stanowisku bezwzględnej akcesoryjności, to i dla tego i dla poprzedniego przypadku (a) skonstruowanie wyjątku od ogólnej reguły nie byłoby, ani zbyt trudnem, ani beznadziejnem. W każdym razie kwestye te nie zasługują na zupełne zlekceważenie, jakie było dotąd ich udziałem. Potrzeby

¹ Por. §§ 469, 1378, poniekąd 1390, oraz wypadki przedawnienia prawa zastawu bez przedawnienia pretensyi zastawnej.

² Wykazać zjednoczenie dokumentem tabularnym, n. p. cesyą wierzyciela hipotecznego na rzecz właściciela, trzeba wówczas, gdy ono nie jest przeprowadzonym w księdze gruntowej — a więc przy nieformalnej hipotece właściciela; w przeciwnym razie (hipoteka właściciela formalna) wystarczy odwołanie się do stanu księgowego.

praktyczne przemawiają z pewnością za rozwiązaniem tych kwestyi w duchu powyższym.

c) Czy wolno właścicielowi odstąpić dotychczasową (zjednoczoną z własnością) wierzytelność jako osobistą, a więc z wyraźnem zastrzeżeniem, że przelaną zostaje bez prawa zastawu, następnie zaś przenieść to prawo na nową pretensyę? To pytanie możnaby racjonalniej zaprzeczyć, niż dwa pytania poprzednie. Przeniesienie prawa zastawu miałoby tu bowiem nastąpić dopiero po (coprawda domniemanem tylko) zrzeczeniu się prawa zastawu, a więc po jego zgaśnięciu¹. Atoli, choć wbrew powszechnej opinii, nie byłaby absolutnie wykluczoną interpretacya odmienna, gdyż miałaby za sobą brzmienie § 1446 k. c., wedle którego, dopóki hipoteki nie wykreślono z księgi gruntowej, »aż dotąd« może ją właściciel »przenieść na trzeciego«. Wiemy zaś już z wywodów poprzednich, jak należy rozumieć to ostatnie wyrażenie. Za przyznaniem i tu właścicielowi »prawa rozporządzenia hipoteką« przemawiałaby zresztą ta sama *ratio legis*, co w przypadku § 469 k. c. (33 now.).

8. Skreślenie ustępu drugiego § 64 proj. rząd., który przy wierzytelnościach zastawnych, spłacalnych w anuitetach zawieszał »prawo rozporządzenia« właściciela, aż do umorzenia całej pretensyi, stało się osią powszechnej interpretacyi, że właściciel i w razie częściowego umorzenia (469 k. c.; 33 now.) wierzytelności zastawnej, może rozporządzić hipoteką częściowo, t. j. do wysokości umorzonej części. Z tego założenia wychodził zresztą w ogólności i projekt rząd. i objaśnienia doń i sprawozd. kom. izby panów; wspomniane (skreślony) przepis § 64 ust. 2 miał być wyjątkiem. »Wszystkim się zdawało«, że postanowienie prawne, dozwalające na częściowe przeniesienie hipoteki, jest samo przez się zrozumiałem a zatem nie musi być w ustawie

¹ Inaczej w przypadku pod a), gdzie następuje równoczesne przeniesienie prawa zastawu.

przewidziane wyraźnie, bo tu »echo grało«... § 13 ust. hip. Ale ten § mówi o możności częściowego przeniesienia wierzytelności hipotecznej — § 33 now. natomiast o przeniesieniu prawa zastawu, które »przeżyło hipoteczną pretensyę«; jeśli się mamy trzymać ustawy i na niej opierać swe wnioski, to nie możemy pominąć, że tu (§ 469 k. c.) samo prawo zastawu, mimo zgaśnięcia długu, może być przeniesionem na nową pretensyę. Dowolna pozbywalność wierzytelności hipotecznej nie przesądza jeszcze bezwzględnie kwestyi zupełnie dowolnej pozbywalności samego li prawa zastawu, nie będącego już hipoteką zawisłą od wierzytelności. Ustawa mówi tylko o zgaśnięciu długu i o przeniesieniu prawa zastawu; nie wspomina wcale o częściowem umorzeniu wierzytelności zastawnej i o takimże uprawnieniu do rozporządzenia hipoteką. Wprawdzie twierdzić można, że właśnie, w braku »zakazu« ustawy, jest takie częściowe przeniesienie prawa zastawu, jako prawa pozbywalnego, dozwolonem — atoli twierdzenia tego nie nazwałbym koniecznie słusznem. W braku dodanego obecnie ostatniego ustępu do § 469 k. c. nie było przecież rozporządzenie hipoteką przez właściciela »wyraźnie zakazanem« (czytaj: nieuznanem) przez ustawę, a jednak widzieliśmy wyżej (w rozdziale II), ile miano zwątpień co do dopuszczalności takiego rozporządzenia. Czyż koniecznie tedy ma być (obecnie) częściowe rozporządzenie hipoteką uważane za samo przez się zrozumiałe?

Mojem zd. praktyka mogłaby, jeśli nie zaraz, to w późniejszych czasach, pominąć »historyę« danej kwestyi i nie dopuścić do częściowego wykonania rozporządzenia hipoteką przez właściciela, uważając, że o czem innem mówi § 13 u. hip., o czem innem zaś § 469 k. c. Zresztą co do zwykłych (t. j. nie anuitetowych) wierzytelności zastawnych należy tę kwestyę ograniczyć do przypadków, w których, w razie częściowej spłaty, wierzyciel wyda dobrowolnie kwit (na częściową spłatę) dłużnikowi — obo-

wiązku prawnego do wydania takiego kwitu wierzyciel nie ma (§ 1415 k. c.). Co się tyczy zaś długów spłacalnych w ratach, pozostaje omawiane pytanie w pewnym związku z kwestyą dopuszczalności zrzeczenia się »prawa rozporządzenia«, o której niżej (pod 9) będzie mowa. W tem miejscu wypada jeszcze zdać sobie sprawę, jakie motywy natury ekonomicznej przemawiają za i przeciw częściowemu rozporządzeniu hipoteką przez właściciela.

Wedle sprawozd. kom. izby panów (str. 60 nast.), wskutek wykluczenia tegoż nie mógłby właściciel zaciągnąć nowej pożyczki anuitetowej na dawnem miejscu, a nawet w razie zaległości choćby tylko ostatniej raty nie mógłby uzupełnić dotychczasowej pożyczki w tej samej instytucji kredytowej. Wobec tego dalszy wierzyciel hipoteczny, mający hipotekę w złej pozycji, starałby się, jeszcze przed umorzeniem (przez właściciela) ostatniej raty pożyczki amortyzacyjnej, przeprowadzić licytację obciążonej nieruchomości, aby tem pewniej mógł partycypować w licytacyjnej cenie kupna¹. Coprawda, jeśli o to tylko chodziło, aby uzupełnić pożyczkę amortyzacyjną do wysokości rat zapłaconych — można było m. zd. stworzyć właśnie dla takiego (ale tylko dla takiego) uzupełnienia wyjątek w samej ustawie. Dopuszczenie rozporządzenia spłaconemi częściami hipoteki kryje bowiem w sobie niebezpieczeństwo, na co wyraźnie zwracano uwagę, że właściciel będzie tym sposobem w możności zaciągania w miejsce umorzonych rat amortyzacyjnych, nowych, drobnych — nieamortyzacyjnych — pożyczek, przez co uniemożliwi cel ustawy, t. j. odciążenie posiadłości gruntowej. Nadto podniesiono zwłaszcza ze strony niem. kas oszczędności (w Czechach), że w takim przypadku instytucje kredytowe konkurować muszą z równem pierwszeństwem z możliwie większą liczbą zwykłych hipotek, a jakie to wywołać może skutki, maluje nam, może aż nadto dosadnie, może

¹ Mot. mówią o posunięciu się naprzód takiego wierzyciela — wyrażenie nieścisłe, o czem wyżej w rozdziale I i III.

nawet przesadnie, jeden z reprezentantów wspomnianych kas. W każdym razie zasługuje na wzmiankę uwaga, że w miarę przybywania nowych wierzycieli hipotecznych rosną zaległości w procentach i kosztach, które muszą być uwzględnione przy rozdziale ceny kupna, tak, że co do kredytu budowlanego, obok niebezpieczeństwa spadku wartości nieruchomości, weszłoby jeszcze w grę drugie niebezpieczeństwo: konkurencja z nowymi długami w tej samej pozycji zastawnej; tymczasem przy udzieleniu takiego kredytu liczono się przeciwnie ze stałym zmniejszaniem się pożyczki budowlanej, zwłaszcza wobec chwilowego zmniejszenia się wartości obiektu (t. j. nowej budowy), z powodu upływu lat wolnych od podatku. I choć obawa zmniejszenia szans pokrycia takiej pożyczki polega raczej na znanej, zbytnej, przezorności rzeczonych instytucji kredytowych, to możliwość wyjścia jej nieumorzonej reszty z bezpieczeństwa pupilarnego nie byłaby wykluczoną. Propozycyi, aby tej nieumorzonej reszcie przyznać — osobnym przepisem prawnym — pierwszeństwo przed nowymi długami w tej samej pozycji, jak to czyni k. c. n.: § 1176, nie uwzględniono, natomiast (znacznie później, bo już po wydaniu noweli) zapewniono z miarodajnej strony, acz na niemiarodajnem miejscu, że takie pierwszeństwo przysługuje istotnie wspomnianej reszcie. Ponieważ oczywiście żadne zapewnienia tu nie wystarczą, trzeba tej kwestyi, dla jej wyjaśnienia, poświęcić jeszcze kilka uwag.

Nie sądzimy, aby ją można było należycie rozstrzygnąć na podstawie przepisu § 29 ust. hip., wedle którego o pierwszeństwie wpisu hipotecznego decyduje chwila wniesienia do władzy hipotecznej podania o wpis, tak, że tylko wobec równocześnie wniesionych podań istnieje pierwszeństwo wspólne. Przyjęliśmy przecież, idąc za ustawą, że w omawianej przez nas materyi nową jest tylko wierzytelność, która ma być wpisana w miejsce umorzonej części dotychczasowej wierzytelności hipote-

cznej — przeniesionem zostaje jednak dawne prawo zastawu i to przeniesionem częściowo tak, że, obok pozostającego w mocy wpisu dla nieumorzonej reszty dotychczasowej wierzytelności hipotecznej, wchodzi w krąg tej samej pozycyi zastawnej nowa lub nowe. Stąd już widać, że sytuacja jest tu zupełnie odmienna, niż w tych przypadkach, do których ma być dostosowany § 29 ust. hip. Tam pomiędzy prawami zastawu — w stadium przedegzekucyjnym — podobna kwestya powstać nie może; rozstrzyga pierwszeństwo wpisu, gdyż chodzi o różne prawa zastawu — różne pozycye hipoteczne. Tu natomiast mamy jedno prawo zastawu, nowy wpis lub wpisy są tylko przeniesieniem (części) dotychczasowego prawa zastawu na nową, a względnie nowe wierzytelności. Logicznie więc rzecz biorąc, należy utrzymać w całej pełni wspólne pierwszeństwo dotychczasowego wpisu, choćby tych nowych wierzytelności było więcej. Błędem jest więc wywodzić pierwszeństwo nieumorzonej reszty dotychczasowej wierzytelności zastawnej z wcześniejszego (dla niej) wpisu hipotecznego. Jestto taki sam błąd, jak gdyby ktoś chciał *a contrario* twierdzić, że momentem rozstrzygającym o pierwszeństwie jest wcześniejsze lub późniejsze umorzenie części dotychczasowej wierzytelności hipotecznej: wcześniej umorzona część pretensyi była widocznie pierwszą przed umorzonymi później, tembardziej przed nieumorzonymi częściami dotychczasowej pretensyi hipotecznej — prawo zastawu, wstępujące w miejsce wcześniejszej umorzonej części, pójdzie zatem przed prawem zastawu dla później umorzonych części — tembardziej przed prawem zastawu dla nieumorzonej reszty. Jedna i druga hipoteza jest m. zd. na równi nieuzasadnioną, wobec pozytywnie uregulowanego rozporządzenia hipoteką w nowym prawie.

A zatem nowa wierzytelność będzie miała równe

pierwszeństwo z nieumorzoną resztą dawnej¹ — straszak dla instytucji kredytowych, na który zresztą mają środków zbyt wiele (p. niżej), pozostanie prawdopodobnie nadal. chyba, że zechcemy, ze świadomością wykroczenia przeciw logice, uznać pierwszeństwo nieumorzonej reszty. Argument, że dotychczasowy wierzyciel może żądać, aby dlań nie było innych konsekwencji z częściowego przejścia hipoteki, jak z częściowego jej zgaśnięcia, nie powinien przekonać nikogo², kto stanie na jedynie słusznem stanowisku że o tem, czy hipoteka zgaśnie przez wykreślenie, rozstrzygać ma wyłącznie wola (decyzja) właściciela (por. wyżej pod 2 i 3).

9. Obok wspomnianego na wstępie uzupełnienia dodano, wyłącznie do § 469 k. c., jeszcze jedno. Obecny § 469 a (§ 34 now.) nie uznaje za ważne zrzeczenia się prawa rozporządzenia z § 469 przy ustanowieniu hipoteki. Atoli wolno właścicielowi »zobowiązać się« do wykreślenia pewnej (oznaczonej) hipoteki »wobec kogoś innego«³ i wówczas, o ile to zobowiązanie adnotowano w księdze gruntowej, właściciel hipoteką rozporządzić »nie może«. Trzeba przyznać, że stylizacja rzeczzonego paragrafu jest dość enigmatyczną, w szczególności co do osoby, wobec której właściciel rzec się może »prawa rozporządzenia«⁴. Ze słów pierwszego zdania: »przy ustanowieniu prawa zastawu« wynika, że już po

¹ Co wynika też, jak trafnie podniesiono w literaturze, z §§ 37 i 38 now.

² Por. wyżej rozdział I.

³ Słowa wzięte żywcem z k. c. n. § 1179.

⁴ »Zobowiązanie się do (spowodowania) wykreślenia hipoteki« nie jest niczem innym, jak »zrzeczeniem się prawa rozporządzenia« i to albo już istniejącego (gdy dług umorzono: § 469, III 33), albo (dopiero na wypadek umorzenia istniejącej już wierzytelności hipotecznej, a więc) zrzeczeniem się przyszłego »prawa rozporządzenia«. Użycie (obok siebie) obu tych wyrażen ma m. zd. uwydatnić, że — *rebus sic stantibus* — tylko przez spowodowanie wykreślenia może właściciel rozporządzić hipoteką.

ustanowieniu tegoż można rzec się »prawa rozporządzenia« i wobec wierzyciela dotyczącej hipoteki, podczas gdy (w drugim zdaniu § 34) słowa: wobec kogoś innego, zdawałyby się ewentualność tę wykluczać, zwłaszcza, że sprawozd. izby panów (str. 61 nast.) ma na uwadze przypadki, gdy »udzielający kredytu, który początkowo musi się zadowolnić gorszą pozycją zastawną (a więc następny wierzyciel hipoteczny), chce sobie zabezpieczyć posunięcie się w górę na wypadek umorzenia innej, wyprzedzającej go, pozycyi« Pierwotnie¹ chciano wykluczyć bezwzględnie zrzeczenie się prawa rozporządzenia hipoteką, a zdania co do takiego rozwiązania kwestyi były podzielone; dla dzisiejszego jej uregulowania w noweli miarodajnym był punkt widzenia, iż bezwzględnie wykluczenie zrzeczenia się oddziałyłoby niekorzystnie na (miej. k.) kredyt realny i dlatego dopuszczono wśród pewnych okoliczności to zrzeczenie się. z obawy, że w razie przeciwnym właściciel, zamiast uzyskać pożyczkę amortyzacyjną, musiałby w niejednym przypadku zadowolnić się zwykłą, a więc droższą, pożyczką.

Zastanawiając się nad § 34 now., trzeba przedewszystkiem przypomnieć, że wykluczenie, czy — jak chcą inni — ograniczenie prawa posuwania się w górę dalszych wierzycieli hipotecznych ma zupełną rację bytu w przypadkach, w których to posuwanie się nastąpiłoby miało wbrew woli właściciela². Jeżeli jednak właściciel na nie dobrowolnie się zgadza, wówczas wszelkie ograniczenia go w możności »zrzeczenia się prawa rozporządzenia hipoteką«, a więc w możności spowodowania posunięcia się dalszych wierzycieli hipotecznych, musimy uważać za rodzaj kurateli nad właścicielem, kurateli, któraby usprawiedliwić mogły tylko jakieś niezwykle ważne przyczyny. Taką przyczyną mogłaby być wspomniana w motywach obawa, że w braku postanowienia § 34 now. zrzeczenie

¹ § 64 ust. 3 proj. rząd.

² Por. wyżej rozdz. I.

się rozporządzenia hipoteką stanie się stałą klauzulą w skryptach dłużnych instytucji kredytowych i w ten sposób zostanie udaremnionym cel zamierzony przez nowelę», gdyż hipoteka będzie wtedy z góry uznana jako niemożliwa do skonwertowania, czyli jako niespłacalna. Dla zapobieżenia więc takiej presji ze strony wspomnianych instytucji, mających nad właścicielem ogromną przewagę ekonomiczną, byłby więc rzeczony przepis prawny przypuszczalnie uzasadnionym... o ile z jego pomocą »cel zamierzony przez nowelę« dałby się osiągnąć. Rozpatrując jednak różne projekty reprezentantów instytucji kredytowych i t. d., projekty nie będące niczem innem, jak »wypowiedzeniem wojny nowemu prawu«, dojść musimy do wyniku, że przepis § 44 now. jest zbyt słabym środkiem, aby mógł spełnić powierzone sobie zadanie. Projekty, o których mowa, mają wprawdzie głównie na oku zapewnienie pierwszeństwa nieumorzonej reszcie pożyczki amortyzacyjnej nad wstępującymi w miejsce umorzonych już rat nowymi wierzytelnościami hipotecznymi¹, jednak dotyczą one przyznane właścicielowi ustawowo uprawnienie do rozporządzenia hipoteką wogóle i w niejednym przypadku wykluczają istotnie konwersję długów hipotecznych. Zagrożeniem wypowiedzenia wierzytelności hipotecznej może mianowicie instytucja kredytowa zmusić właściciela do wykreślenia umorzonych już rat z hipoteki; w danym razie nastąpić ma ze strony instytucji kredytowej wypowiedzenie, choćby w czasie dla właściciela najniekorzystniejszym, kiedy odpowiedniej pożyczki nie będzie mógł uzyskać. Zalecono również — i to z kilku stron — zastrzeżenie (już) w skrypcie dłużnym ustępstwa pierwszeństwa dla nieumorzonej, resztującej, pretensji instytucji kredytowej przed mającymi wstąpić w miejsce umorzonych rat nowymi wierzytelnościami hipotecznymi, na które więc prawo zastawu ma być dopiero w przy-

¹ Por. wyżej pod 8.

szłości (na podstawie dotyczących kwitów) przeniesionem; od tego warunku uczyni instytut kredytowy zawisłem udzielenie swego zezwolenia na wykreślenie spłaconej części kapitału, zaś właściciel musi równocześnie zrzec się imieniem własnym i swych następców prawnych prawa do żądania kwitu bez takiego ustępstwa pierwszeństwa. Ostrożniejszy ze stanowiska prawnego wniosek polega na zamieszczeniu w skrypcie dłużnym obowiązku właściciela (i jego sukcesorów) do starania się, a względnie do wyjednania we właściwym czasie pierwszeństwa dla nieumorzonej reszty — pod rygorem natychmiastowej płatności tejże reszty i zapłaty odszkodowania lub kary umownej (kaucya) w przypadku niedotrzymania tego obowiązku. Pokrewnym temu wnioskowi jest projekt zastrzeżenia w skrypcie dłużnym, iż w przypadku wykonania (przez właściciela) rozporządzenia hipoteką nastąpi zaostrenie postanowień umownych n. p. co do stopy procentowej, która zostanie wówczas podwyższoną, lub przez skrócenie terminu wypowiedzenia pożyczki ze strony instytutu kredytowego. Wreszcie proponowano także rozłożenie wierzytelności instytutu kredytowego na dwie, osobno wpisać się mające, części, przyczem intabulacya prawa zastawu dla drugiej — znacznie mniejszej — części nastąpiłaby z równoczesną adnotacyą zrzeczenia się prawa rozporządzenia na rzecz — znacznie większej — części pierwszej. Pomyślowość więc w tej materyi jest iście zastanawiająca; szkoda tylko, że nie wszędzie ma ona realną podstawę, innemi słowy, że niejednokrotnie okaże się przesadną, a dla właściciela wysoce szkodliwą. Nadto, specjalnie co do pomysłu zastrzegania w skrypcie dłużnym ustępstwa pierwszeństwa hipotecznego dla nieumorzonej reszty, trzeba podnieść, że wykracza on rażąco przeciw postanowieniom ustawy, ponieważ § 45 trzeciej now. do k. c. pozwala na zmianę porządku hipotecznego dla praw już wpisanych, a nie dopiero w przyszłości wpisać się mających i wymaga do takiej zmiany, obok zgody wierzyiciela,

zyskującego lepsze pierwszeństwo i właściciela nieruchomości, także wyraźnego zezwolenia wierzyciela hipotecznego, który ze swem prawem cofa się wstecz w księdze gruntowej. Temu nie odpowiada (ani trochę) zastrzeżenie ustępstwa pierwszeństwa w skrypcie dłużnym, ani nawet w kwicie na umorzoną ratalną spłatę kapitałową, gdyż wówczas jeszcze o wierzycielu hipotecznym, ustępującym pierwszeństwa hipotecznego, nie może być mowy, a nawet nowa pretensya może jeszcze wówczas nie istnieć wcale i niewiadomo, skąd legitymacya właściciela do ustąpienia pierwszeństwa imieniem tych przyszłych wierzycieli, których (przyszłym) wierzytelnościom hipotecznym, z ustawy, równe z niespłaconą resztą przysięża pierwszeństwo (por. wyżej pod 8). Pogląd, o którym mowa, przedstawia się tedy jako wprost beznadziejny, a taksamo skwalifikować należy »radę«, polegającą na skłonieniu dłużnika hipotecznego do zrzeczenia się już w skrypcie dłużnym wystawienia przez instytut kredytowy kwitu na częściową (amortyzacyjną) upłatę, gdyż ten proceder równa się dosłownie zrzeczeniu się rozporządzenia hipoteką już przy ustanowieniu prawa zastawu¹; zaczętem odnośna umowa przedstawia się jako bezwzględnie nieważna. Ale inne wyżej wspomniane sposoby postąpienia wobec dłużnika hipotecznego są w przeważnej części prawnie do-

¹ Dziwnym wydaje się pogląd, jakoby można ła rzecz dalszego wierzyciela hipotecznego zrzec się prawa rozporządzenia hipoteką już przy ustanowieniu prawa zastawu. W chwili ustanowienia prawa zastawu nie może być przecież jeszcze następnych wierzycieli hipotecznych — chodzi tu więc o chwilę przeniesienia prawa zastawu na nową wierzytelność i wtedy to mógłby ewentualnie właściciel zrzec się uprawnienia do rozporządzenia hipoteką na rzecz dalszego wierzyciela hipotecznego. Niejasne postawienie kwestyi wynikło stąd, że wyznawca powyższego poglądu nie usiłuje nawet rozwiązać zasadniczego pytania, czy »nie potrzeba nowego ustanowienia zastawu«, czy też przeciwnie »prawo zastawu po umorzeniu długu nie istnieje? Por. zresztą sprawozd. izby panów str. 61 pod c), oraz co do końcowego pytania wywody rozdz. V.

puszczalne, zwłaszcza w następstwie braku wyraźnego postanowienia, iż wszelkie czynności prawne, zmierzające do obejścia ustawy, są nieważne w obliczu prawa. W każdym razie najgroźniejszy z nich: zastrzeżone w umowie wypowiedzenie wierzytelności hipotecznej nie da się niczem odwrócić i dlatego zamierzony przez postanowienie § 34 now. skutek przedstawia się jako w znacznej części iluzoryczny. Coprawda instytutom kredytowym chodzi głównie o zawarowanie pierwszeństwa niespłaconej reszcie kapitału głównego, a nie o wykluczenie rozporządzenia hipoteką na wypadek umorzenia całości; to zaś ma przepis § 34 now. głównie na oku, chcąc takiemu współczesnemu (z ustanowieniem hipoteki) wykluczeniu uprawnień właściciela do rozporządzenia hipoteką za wszelką zapobiedz cenę. Następną jednak umowa w tym kierunku nie jest przez ustawę uznana za nieważną i dlatego, mimo wyrażenia »wobec kogoś innego«, może być m. zd. zawartą i z wierzycielem dotyczącej pożyczki, w interesie którego leży wykluczenie równego pierwszeństwa niespłaconej jeszcze części jego wierzytelności z nowymi pretensjami, na jakieby właściciel — w braku takiej umowy — mógł »przenieść prawo zastawu«. Zresztą wspomniany wierzyciel jest także »kimś innym«, t. j. osobą różną od właściciela¹, a nie można nikomu wziąć za złe, że sam tekst ustawy, nie zaś (choćby świeże) materiały bierze za podstawę do jej tłumaczenia. Interpretacya odmienna musi zatem poprzestać na zaszczycie, że za nią przemawia sprawozd. izby panów i (jak się zdaje) autorytet jednego z twórców noweli². Wobec tego, co poruszono wyżej, nie mamy jednak dostatecznej przyczyny do

¹ Inaczej nie byłoby zobowiązania, lecz tylko »ogólne i nieoznaczone« zrzeczenie się (v. § 939 k. c.).

² Zresztą, jak wykażemy niżej, wyrażenie, o którym mowa, ma na celu uwydatnić jeszcze coś innego, a mianowicie relatywną (tylko) nieskuteczność rozporządzenia właściciela, zdziałanego wbrew zobowiązaniu się, adnotowanemu w księdze gruntowej.

ścięśniającego tłumaczenia przepisu § 34 now., zwłaszcza, że takie wykluczenie możliwości zrzeczenia się rozporządzenia umorzonemi już częściami pożyczki hipotecznej wobec instytucji kredytowych wywołałoby zapewne z ich strony jeszcze większą burzę, następstwem której mogłoby być masowe wypowiadanie wierzytelności hipotecznych przez te instytucje. Ścieśnienie zakresu zastosowania § 34 now. nie na wieleby się zatem przydało w praktyce, a wpływ tego paragrafu na nią ograniczy się zapewne do niedopuszczenia klauzuli zrzeczenia się w formularze skryptów dłużnych.

Zrzeczenie się prawa rozporządzenia (»zobowiązanie się do umorzenia hipoteki«)¹ przez właściciela może być li obligacyjnem, lub też — przez adnotację w księdze gruntowej — uzyskać charakter rzeczowy, t. j. skuteczność wobec osób trzecich. W pierwszym przypadku rodzi ono

¹ Niema, jak już podniosłem wyżej, żadnej istotnej różnicy pomiędzy wyrażeniami: »zrzeczenie się prawa rozporządzenia« a »zobowiązanie się do wykreślenia« zgasłej materyalnie hipoteki. Pogląd, jakoby także czysto obligacyjne zrzeczenie się prawa rozporządzenia dawało wierzycielowi, na rzecz którego nastąpiło, uprawnienie do zaczepienia przeniesienia hipoteki na nową wierzytelność rekuresem lub skargą o wykreślenie, niema uzasadnienia w ustawie; trudno nawet zrozumieć, dlaczego »zobowiązanie się wobec innej osoby do wykreślenia uzasadnia tylko odpowiedzialność obligacyjną i nie daje jej prawa do wystąpienia przeciw przeniesieniu«, natomiast »zrzeczenie się prawa rozporządzenia«, czy ono nastąpiło wobec wierzyciela, czy innej osoby, miałoby uzasadnić rekurs lub skargę o wykreślenie. Skąd legitymacya wierzyciela, lub — tem mniej — trzeciego do takiego rekursu lub skargi? Nie dają jej ani postanowienia noweli, ani też przepisy §§ 61 nast. oraz 126 nast. ust. hip. Sąd musiałby oczywiście rekursu (dalszego wierzyciela hipotecznego lub trzeciego) nieuwzględnić, a nawet rekurs taki wprost odrzucić, zważywszy, że ani dalszemu wierzycielowi hipotecznemu, ani trzeciemu, nie doręcza się przecież uchwały, dozwalającej przeniesienia prawa zastawu na nową pretensję. Los skargi o wykreślenie byłby również niewątpliwy; cóż bowiem obchodzi osoby trzecie czysto obligacyjne, niewidoczne w księdze gruntowej, zrzeczenie się rozporządzenia hipoteką?

jedynie stosunek obowiązkowy pomiędzy danymi osobami, t. j. właścicielem i uprawnionym ze zrzeczenia się; jeżeli właściciel, mimo zrzeczenia się rozporządzenia hipoteką, przeniósł prawo zastawu na osobę trzecią, wówczas bez względu na to, czy ta ostatnia była w chwili przeniesienia prawa zastawu w dobrej wierze (t. j. o zobowiązaniu się właściciela do wykreślenia hipoteki nie wiedziała), pozostanie uprawnionemu ze zrzeczenia się tylko roszczenie obligacyjne przeciw właścicielowi — opugnować przeniesienia prawa zastawu nie może, gdyż § 34 now. (469 a k. c.) odbiera właścicielowi »możność«¹ rozporządzenia hipoteką jedynie w przypadku uwidocznienia takiego zobowiązania w księdze gruntowej. Wobec przyjęcia przez nas dopuszczalności zrzeczenia się rozporządzenia hipoteką także względem wierzyciela hipoteki, o której nieprzeniesienie, a względnie wykreślenie chodzi, nie możemy mu odmówić prawa do żądania adnotacyi takiego zrzeczenia się w księdze gruntowej, zwłaszcza, że, jak wyżej podniesiono, ów wierzyciel (a nie tylko dalszy wierzyciel hipoteczny), jest także osobą »inną« od właściciela. Adnotacya taka musi być uskutecznioną — wedle wyraźnego brzmienia ustawy — »przy« mającej się wykreślić hipotece, t. j. uwidaczniać wyraźnie (przez powołanie dotyczącej pozycyi hipotecznej), że ta, a nie inna, hipoteka ma być wykreśloną. Czy w adnotacyi musi być powiedzianem wyraźnie, na czyją rzecz nastąpiło zobowiązanie się do umorzenia hipoteki — brak rozstrzygnięcia w ustawie. Kwestya ta pozostaje w związku z oceną, jak skwalifikować zaistniałą skutek adnotacyi »niemożność« rozporządzenia hipoteką przez właściciela. Sądząc z wyrażenia ustawy (»kann nicht«), możnaby wnosić, że jestto nieważność i to nieważność bezwzględna; skądinąd jednak dowiadujemy się, że rozporządzenie hipoteką, »inne, niż przez wykreślenie« tejże, ma być nieskutecznem wobec

¹ Por. niżej.

(następnego) wierzyciela hipotecznego». Jeżeli tak miało być istotnie, trudno zgadnąć, dlaczego w celu uwydatnienia tej tylko relatywnej nieskuteczności nie użyto wspomnianego wyrażenia w samym § 34 now. (jak n. p. w §§ 3 i 27 ord. konk.). I znów tu powrócić musimy do słów: »wobec kogoś innego«, które widocznie (a niepotrzebnie) wysunięto w § 34 now. zanadto w górę, zamiast żeby — przez umieszczenie ich we właściwym miejscu — uwydatnić niemi relatywność nieskuteczności rozporządzenia hipoteką, przeciwnego zobowiązaniu się właściciela. Ta relatywność polegałaby (wedle *comm. opinio*; por. § 135 k. c. n.) na rozmaitej ocenie prawnej rozporządzenia hipoteką, dokonanego wbrew zobowiązaniu się właściciela wobec »kogoś innego«; w stosunku do ostatniego będzie rozporządzenie właściciela bezskutecznem, podczas gdy w stosunku do wszystkich innych osób zachowa ono skuteczność prawną. Nabywca hipoteki, co do której właściciel zobowiązał się wobec pewnej osoby nie przedsięwziąć innego rozporządzenia, jak (tylko) spowodowanie jej wykreślenia, stanie się wprawdzie wierzycielem zastawnym z pierwszeństwem przeniesionej nań hipoteki w stosunku do właściciela i do osób trzecich, atoli w stosunku do osoby, na rzecz której nastąpiło dotyczące zobowiązanie się właściciela, prawo jego (uzyskane przeniesieniem hipoteki) nie istnieje. Innemi słowy: nieskuteczność rozporządzenia właściciela będzie dlatego relatywną, że istnieje (tylko) w interesie osoby, względem której właściciel zobowiązał się do umorzenia hipoteki. Wywoła to oczywiście szereg skutków prawnych, że wymienimy tu: nieuwzględnianie tej nieskuteczności z urzędu, lecz tylko na wniosek osoby uprawnionej ze zobowiązania się właściciela (§§ 128, 165, 213 i 231 ord. egz.); możność uchylenia nieskuteczności wskutek zrzeczenia się ze strony uprawnionego lub n. p. wskutek odpadnięcia jego prawa zastawu, ze względu na które miała być dotycząca hipoteka wykreślona; przyznanie uprawnionemu roszczenia

(a więc i prawa skargi) o spowodowanie wykreślenia zarówno przeciw właścicielowi, jak i przeciw nabywcy hipoteki, którą właściciel zobowiązał się wykreślić. Wynika stąd także, iż adnotacya zobowiązania się do spowodowania wykreślenia hipoteki musi być uskutecznią w księdze gruntowej wyraźnie na rzecz oznaczonej osoby i że adnotacya taka nie wyklucza przeniesienia prawa zastawu na inną osobę (t. j. na nowego wierzyciela zastawnego), jeżeli to przeniesienie (rozporządzenie hipoteką przez właściciela) ma być tylko relatywnie nieskutecznem. Jasnem jest przeto, że skutek prawny omówionej adnotacyi nie polega na odebraniu właścicielowi »możności« rozporządzenia hipoteką, jak się uznał za stosowne wyrazić § 34 now.

10. Wychodząc z założenia, że »prawo do przeniesienia prawa zastawu« nie jest »roszczeniem o przeniesienie hipotecznego prawa« (§ 350 O. E.) wypuszcza § 33 now. (469 k. c.) słowa: »lub w drodze egzekucyi«, zamieszczone w § 36 now. (1446 k. c.), wobec czego wierzyciele właściciela nie mogą prowadzić egzekucyi na (samo) »prawo rozporządzenia« z § 469 k. c., mogą natomiast prowadzić ją na hipotekę właściciela z § 1446 k. c.¹ Twórcy noweli wyszli

¹ Nie mogę się zgodzić z zapatrywaniem, jakoby wykluczenie egzekucyi na samo »prawo rozporządzenia hipoteką« z § 469 k. c. miało swe źródło nie w »jego prawnej istocie, lecz tylko w pozytywnym przepisie ustawy«. Oczywiście ci autorowie, dla których owo uprawnienie identycznym jest z hipoteką właściciela, chcieliby także i na nie dopuścić egzekucyę. Jeśli jednakże uzasadnimy stanowisko, iż uprawnienie do rozporządzenia hipoteką nie jest odrębnym prawem podmiotowem, lecz tylko jednym z wpływów prawa własności (v. rozdz. V), wówczas będzie nam też jasnem wykluczenie egzekucyi na takie uprawnienie. »Wartość majątkową reprezentuje« bowiem prawo własności ze wszystkimi wynikającymi zeń uprawnieniami, a nie poszczególne (oderwane od całości) uprawnienia, nie będące samoistnymi prawami podmiotowymi. Z tej też przyczyny uważam pomysły co do dopuszczalności egzekucyi na uprawnienie właściciela do rozporządzenia hipoteką na podstawie przepisu § 331

z założenia, że w przypadku § 469 k. c. chodzi tylko o utrzymanie »formalnej (księgowej) sytuacji prawnej na korzyść właściciela«. W razie dopuszczenia egzekucyi na to »prawo rozporządzenia« (jak tego chcą niektórzy autorowie), stworzyłoby się nowy, nieznaný prawu austr., środek egzekucyjny: »przymusowe przeniesienie prawa zastawu na nową wierzytelność«, co wywołałoby rodzaj wyścigu pomiędzy wierzycielami osobistymi i hipotecznymi. W przypadkach § 1446 k. c. rzecz się ma przeciwnie: mimo zjednoczenia hipoteki z własnością istnieje tam zawsze wierzytelność¹, słusznem jest przeto dopuścić jej zajęcia w drodze egzekucyi przez wierzycieli właściciela².

lub § 333 O. E. za bezwzględnie chybione i dlatego pomijam już kwestyę, czy samo brzmienie tych postanowień prawnych pozwoliłoby wogóle na ich zastosowanie — może raczej naciągnięcie — do przypadków z § 469 k. c. (33 now.).

Co się tyczy egzekucyi na hipotekę właściciela z § 1446 k. c. (36 now.) podnoszę jeszcze co następuje. Przedmiotem egzekucyi może być nietylko formalna, t. zn. na imię właściciela wpisana hipoteka, gdyż wierzyciel popierający egzekucyę może, wykazując dowodnie przejście wierzytelności (zabezpieczonej prawem zastawu na nieruchomości) na właściciela uzyskać n. p. wpis egzekucyjnego prawa zastawu na rzecz swoją. Zapatrywanie (w literaturze), jakoby wpis taki był niewykonalnym z powodu »przeszkody wynikłej z przepisów tabularnych« (bez ich powołania!) jest zatem błędne (p. §§ 22 ust. hip. i 350 ust. 2 O. E.).

(Uwagi powyższe dodałem już po zupełnem ukończeniu tej pracy, w celu — choćby tylko częściowego — uwzględnienia prac i artykułów, które później wyszły z druku).

¹ Por. wyżej w rozdz. II, oraz niżej pod 12.

² Czy skutek wyrażenia § 1446 k. c. 36 (now.): »lub w drodze egzekucyi może być (prawo zastawu) przeniesione na trzeciego«, należy uważać — jak podniesiono w literaturze — przepis § 321 ord. egz. za uchylony, jest w każdym razie rzeczą wątpliwą. Ustawa nie miała tu na myśli teoretycznej strony stosunku prawnego, jaki powstaje wskutek przekazu do ściągnięcia (§ 308 ord. egz.), nie o tem nie wspominają materyały, o uchyleniu § 321 nigdzie niema wzmianki. Że po zajęciu wierzytelności hipotecznej (§ 320) następuje jeden lub drugi znany ord. egz. rodzaj przekazu, jest rzeczą nie wymagającą

Nie od rzeczy będzie poświęcić na tem miejscu kilka uwag kwestyi, komu, w przypadku konkursu do majątku właściciela przysługuje uprawnienie do rozporządzenia hipoteką, a w szczególności, czy może je wykonać — zamiast właściciela — zarządca masy konkursowej. Zastanawiając się nad tą kwestyą, trzeba z jednej strony zważyć, że choć samo »prawo rozporządzenia hipoteką« z § 469 k. c. nie podlega egzekucyi, to jednak podlega jej nieruchomości, z którą to uprawnienie najściślej jest związane, wypływając z przysługującego krydataryuszowi prawa własności na niej¹. Ponieważ tedy nieruchomości »usuwa się z pod jego swobodnego rozporządzenia« (§ 1 ust. 1 ord. konk., a nawet co do niej, jak wogóle co do majątku masy, wszelkie »czynności prawne krydataryusza są wobec wierzycieli konkursowych bezskuteczne« (§ 3 ust. 1 ord. konk.), przeto zdawaćby się mogło — i takiem też jest zdanie powszechne — że rozporządzenie hipoteką winien za krydataryusza wykonać zawsze zarządca masy. Pogląd ten jest m. zd. błędnym, gdyż (z drugiej strony zważyć trzeba, iż) mylnem jest twierdzenie, jakoby krydataryusz wskutek otwarcia konkursu »tracił« uprawnienie do rozporządzenia hipoteką. Tego skutku prawnego ord. konk. nie przewiduje wcale, a nawet wykroczyłby on przeciw jej postanowieniom. Nieswobodność rozporządzenia krydataryusza, czy — co na jedno wyjdzie — usunięcie majątku z pod jego swobodnego rozporządzenia, polega bowiem tylko na nieskuteczności dotyczących czynności prawnych »wobec wierzycieli konkursowych«, a zatem relatywnej tylko nieskuteczności (nie nieważności), która pociąga za sobą jedynie następstwa prawne, wy-

komentarza (§ 322); dla czegożby jednak k. c. (§ 1446) miał obecnie dozwalać publicznej sprzedaży zajętej hipoteki właściciela, znosić zatem zakaz z § 321, bez wyraźnego przepisu uchylającego ten paragraf — pozostanie dla nas, aż do wykazania nam tego odpowiednio silnymi argumentami, zagadką.

¹ P. niżej: rozdz. V.

łuszczone wyżej pod 9. Stąd wniosek, że gdy krydataryusz sam rozporządzi hipoteką¹, a zarządca masy takie »przeniesienie prawa zastawu na nową wierzytelność« uzna² — albo choćby tylko nie zareaguje nań wcale, a konkurs (następnie) ulegnie zniesieniu (§ 59 ord. konk.) — wówczas dokonane przez krydataryusza rozporządzenie hipoteką będzie skutecznem w całej pełni.

Inaczej oczywiście w przypadkach normalnych, gdy zarządca masy nie dopuści do wykonania rozporządzenia hipoteką przez krydataryusza, a względnie takie rozporządzenie zaczepi rekurem lub skargą (o wykreślenie). Wówczas bowiem ubezskutechni on bezwątpienia wykonanie rozporządzenia hipoteką przez krydataryusza i ewentualnie wywoła z korzyścią dla wierzycieli konkursowych (§ 1 ust. 2 ord. konk.) posunięcie się w górę dalszych wierzycieli hipotecznych.

Wobec uwag przytoczonych na wstępie nie można jednak i zarządcy masy wzbronić rozporządzenia hipoteką i to oczywiście nie z relatywną tylko, ale z pełną skutecznością (§§ 1 ust. 2 i 83 ust. 1 ord. konk.), acz trudno nie spostrzedz, iż takie rozporządzenie mogłoby się łatwo przeistoczyć w nieusprawiedliwione, a nawet przeciwne ustawie pokrzywdzenie wierzycieli konkursowych, czyli stać się źródłem bardzo łatwo możliwych nadużyć ze strony zarządcy masy. Trzeba więc ująć rozwiązanie kwestyi w ten sposób, że zarządca masy o tyle tylko będzie mógł wykonać rozporządzenie hipoteką, o ile to wykonanie w konkretnym przypadku nie sprzeciwia się istocie i celowi konkursu (por. §§ 115 nast. ord. konk.), a więc pod warunkami w ordynacyi konkursowej wyszczególnionymi.

Te same uwagi odnoszą się i do wykonania rozporządzenia hipoteką z §§ 37 i 38 now. (por. niżej § 2). Nadto może (oczywiście) zarządca masy spowodować wykreślenie dawnego prawa zastawu w przyp. § 38 now.

¹ Por. § 13 ord. konk.

² Por. jednak § 116 l. 4 ord. konk.

i przez to spełnić przewidziany tamże warunek konieczny dla skuteczności rozporządzenia hipoteką, przedsięwziętego już przez właściciela przed otwarciem konkursu.

Co się tyczy wreszcie hipoteki właściciela z § 1446 k. c. (36 now.), to wejdzie ona bezwątpienia w skład masy konkursowej, jako część majątku krydataryusza.

11. Zasada publiczności będzie miała nadal zastosowanie o tyle, że w razie pozostawienia przez właściciela materyalnie zgasłej hipoteki (§ 469 k. c.) w księdze gruntowej¹, jest umorzony wierzyciel hipoteczny — oczywiście wbrew prawu — w faktycznej możliwości przeniesienia takiej hipoteki w drodze cesyi na osobę trzecią². Jeżeli więc ta osoba była w dobrej wierze, będzie ów przelew prawnie skutecznym, a wykonanie rozporządzenia hipoteką przez właściciela udaremnionem.

Wedle przyjętej przed III now. praktyki (Iud. Nr. 188) nie miał jednak przepis § 469 k. c. zastosowania przy nabyciu prawa zastawu w drodze egzekucyi. Wierzyciel,

¹ Por. wyżej we wstępie do nin. rozdz. pod 2.

² Lub ustanowić na niej prawo nadzastawu, a wówczas właściciel może wprowadzić m. zd. rozporządzić hipoteką, t. j. przenieść prawo zastawu na nową wierzytelność, atoli (analogicznie do przepisu § 51 ust. hip.) będzie ta wierzytelność obciążoną prawem nadzastawu, nabytem przez osobę trzecią w dobrej wierze; rozporządzenie hipoteką nie będzie zatem w pełni skutecznem. Inaczej rzecz się ma, gdy prawo zastawu na zgasłej materyalnie wierzytelności hipotecznej nabyto w drodze egzekucyi (zajęcie wierzytelności hipotecznej: §§ 320, 294 O. E.). Gdybyśmy i wówczas przyznali właścicielowi ograniczone (egzekucyjnem zajęciem) uprawnienie do rozporządzenia hipoteką, dopuścilibyśmy *eo ipso* zmiany przedmiotu egzekucyi, gdyż po wykonaniu rozporządzenia materyalnie zgasłą hipoteką sędziowskie prawo zastawu obciążyłoby »nową wierzytelność«. Ta zmiana przedmiotu egzekucyi nastąpiłaby nie tylko wbrew woli wierzyciela egzekucyjnego i zobowiązanego, ale (ściśle rzecz biorąc) i bez interwencji sądu dozwalającego egzekucyi. Rozporządzenie hipoteką przez właściciela jest zatem, przed uzyskaniem wykreślenia egzekucyjnego prawa zastawu, wykluczonem. Por. zresztą niżej wywody tekstu.

który uzyskał egzekucyjne zajęcie materyalne zgasłej, lecz z ksiąg gruntowych niewykreślonej wierzytelności hipotecznej, nie mógł zatem powoływać się na zaufanie do księgi gruntowej, t. j. twierdzić, że egzekucyjne prawo zastawu w dobrej nabył wierze, gdyż takie prawo »skutecznem jest tylko w miarę prawnego istnienia zajętej wierzytelności hipotecznej«. Mimo tej zasady nasuwa się pytanie, w jaki sposób, wobec przeprowadzonego w księdze gruntowej egzekucyjnego zajęcia materyalnie zgasłej hipoteki, może właściciel wykonać swe uprawnienie z § 33 now.? Zgodnie z dotychczasową praktyką musi wówczas właściciel wytoczyć przeciw wierzycielowi, który na materyalnie zgasłej hipotece nabył egzekucyjne prawo zastawu, skargę z § 37 ord. egz. i dopiero po dokonaniem wykreślenia tegoż może już (właściciel) bez przeszkody rozporządzić materyalnie zgasłą hipoteką.

Gdyby jednak praktyka wróciła kiedyś do orzecznictwa (repert. Nr. 143), przyjmującego możliwość nabywania (i) egzekucyjnego prawa zastawu w dobrej wierze, wówczas, podobnie jak w przypadku przelewu ze strony umorzonego wierzyciela hipotecznego, nie mógłby właściciel rozporządzić hipoteką, mimo jej (uprzedniego) materyalnego zgaśnięcia.

12. Uzupełnieniem postanowień §§ 469 i 1446 k. c. jest również nowy § 470 k. c. (35 now.), zajmujący się rozstrzygnięciem pytania: czy w stadium licytacji lub przymusowego zarządu nieruchomości uwzględnić należy hipotekę, którą nie rozporządził właściciel, aczkolwiek zaszły zdarzenia, uprawniające go do wykonania »prawa rozporządzenia«? »Regułą« tego paragrafu jest, że przy rozdziale licytacyjnej ceny kupna lub nadwyżek przychodów z zarządu przymusowego nie należy uwzględniać prawa zastawu, gdy go właściciel, mimo umorzenia długu (§ 469) lub zjednoczenia (§ 1446), nie wykreślił ani też nie przeniósł, zanim nieruchomość licytacyjnie sprzedano lub

zanim dozwolono zarządu przymusowego. »Wyjątkowo« — *rebus sic stantibus* — otrzyma właściciel z ceny kupna, lub z nadwyżek przychodów całkowite lub częściowe zaspokojenie, gdy »pretensya, zabezpieczona prawem zastawu przeciw trzeciemu, jeszcze istnieje, lub gdy właścicielowi należy się wynagrodzenie za jej umorzenie (§ 1358)«.

Przepis ten nie należy do zbyt jasnych. Zanim go tedy zanalizujemy, nie od rzeczy będzie przypomnieć wyniki wywodów rozdz. II, a mianowicie że:

a) zakres zastosowania § 1446 k. c. obejmuje li przypadki, w których nie nastąpiło zgaśnięcie długu, że w szczególności przypadki zjednoczenia długu z wierzytelnością (§ 1445), wywołujące zgaśnięcie długu (§ 469), należy ściśle odróżnić od przypadków zjednoczenia własności z hipoteką (§ 1446), w których (mimo zjednoczenia) wierzytelność pozostaje nadal;

b) w przypadkach, w których właściciel nieruchomości był zarazem dłużnikiem osobistym, zjednoczenie wywołuje najczęściej zgaśnięcie długu (§§ 1445, 469), natomiast w przypadkach, w których właściciel był tylko hipotecznym dłużnikiem, zgaśnięcie długu nie będzie normalnie następstwem zjednoczenia (§ 1446);

c) już wedle dotychczasowego prawa mógł właściciel-wierzyciel lub wierzyciel właściciel likwidować swą wierzytelność do ceny kupna (lub do nadwyżek przychodów) nieruchomości, o ile jego pretensya jeszcze istniała, a więc najczęściej w przypadkach, gdy właściciel nieruchomości był tylko hipotecznym dłużnikiem — w razie zgaśnięcia długu, a więc z reguły wówczas, gdy chodziło o osobisty dług właściciela, zgłoszenie do ceny kupna było oczywiście wykluczonym;

d) gdy płaci dług właściciel, nie będący dłużnikiem osobistym, »wstępuje w prawa wierzyciela« (§ 1358 k. c.) i wówczas następuje zjednoczenie (hipoteki z własnością) bez zgaśnięcia długu, a zatem wchodzi w zastosowanie przepis § 1446 k. c.;

e) gdy płaci dług osoba trzecia za dłużnika, wówczas następuje »wykupienie pretensyi« (§§ (1422—1423 k. c.), a trzeci wstępuje w prawa wierzyciela;

f) dopiero gdy dłużnik hipoteczny, nie będący dłużnikiem osobistym (*d*), lub osoba trzecia, płacąca za dłużnika (*e*), rezygnują z tych swoich praw (*d*, *e*), dopiero wówczas mówić można o zgaśnięciu długu, t. j. zastosować przepis § 469 k. c.

Zastosowując te wyniki do obecnego § 470 k. c., trzeba przedewszystkiem wyrazić zdziwienie, że ten przepis prawny mówi o przypadkach, w których mimo zgaśnięcia długu (§ 469) »zabezpieczona prawem zastawu pretensya przeciw osobie trzeciej jeszcze istnieje«, lub »właścicielowi należy się wynagrodzenie za jej umorzenie«. Że w razie zgaśnięcia długu pretensya istnieć nie może, nie wymaga dowodu, ale i przypadki, w których »właścicielowi należy się wynagrodzenie, za jej umorzenie« (§ 1358 k. c.), nie są przypadkami zgaśnięcia długu z § 469, lecz należą do przypadków zjednoczenia z § 1446 (wyżej pod *d*). Jeżeli jednak właściciel rezygnuje ze swego roszczenia cesyjnego z § 1358 k. c., wówczas dług gaśnie wprawdzie na jego koszt (wyżej pod *f*), ale właścicielowi nie przysługuje już żadne »wynagrodzenie za umorzenie«. Czytamy wprawdzie o innych jeszcze przypadkach, w których, mimo zgaśnięcia długu (469), ma się właścicielowi należeć owo wynagrodzenie, jednak i one nie zdołają obronić straconej pozycji. »Zrzeczenie się (tylko) prawa zastawu przez wierzyciela w zamian za jakieś inne świadczenie wzajemne dłużnika hipotecznego« nie jest żadnem zgaśnięciem długu (por. wyżej pod 5). »Zapłatę długu zastawnego przez trzeciego, który — zapewne w zamian za dane mu inne pokrycie — nie robi użytku z roszczenia cesyjnego z § 1422« można rozumieć dwojako: albo trzeci nie robi sam użytku z § 1422 k. c., bo swe roszczenie cesyjne odstąpił dłużnikowi hipotecznemu »w zamian za dane mu inne pokrycie«, a wówczas dłużnik hi-

poteczny wstępuje w prawa wierzyciela i następuje (nie zgaśnięcie długu, lecz) zjednoczenie z § 1446 k. c. — albo i trzeci i dłużnik hipoteczny zrzekają się swych praw, trzeci praw z § 1422, dłużnik hipoteczny (właściciel) wynagrodzenia za udzielone przez siebie »inne pokrycie«, wskutek czego nie należy mu się żadne »wynagrodzenie za umorzenie«. W ostatnim przykładzie, ściśle rzecz biorąc, właściciel nie umorzył nawet pretensyi, gdyż zapłacił ją trzeci.

Konkluzya: W przypadkach § 469 k. c. nie można nigdy przy rozdziale ceny kupna lub nadwyżek przychodów uwzględniać hipoteki, którą nie rozporządził właściciel. Stylizacya § 470 k. c. (35 now.) jest więc o tyle błędną.

A teraz pytanie drugie: czy możliwe są przypadki zjednoczenia z § 1446 k. c., w których niema już wierzytelności przeciw osobie trzeciej, ani też właścicielowi nie należy się wynagrodzenie (względnie powet) za jej umorzenie? Innemi słowy: czy do przypadków z § 1446 można zastosować regułę zd. 1 § 470 k. c. (35 now.), t. zn. nie uwzględnić przy rozdziale zjednoczonego z własnością prawa zastawu, którem nie rozporządził właściciel? Widzieliśmy przecież, że w przypadkach zjednoczenia hipoteki z własnością z § 1446 niema »zgaśnięcia długu«; widzieliśmy w szczególności, że już za dotychczasowego prawa mógł właściciel-wierzyciel lub wierzyciel-właściciel zgłosić taką pretensyę do ceny kupna — przynajmniej pogląd ten wiele miał za sobą — czyżby nowela ograniczyła to jego prawo? Odpowiedź musi być przecząca: nie »prawie zawsze«, lecz zawsze istnieje tam bowiem pretensya przeciw trzeciemu. Przykład, w którym wierzyciel hipoteczny nabywa nieruchomość po umorzeniu wierzytelności hipotecznej przez trzeciego, nie realizującego swych praw z § 1422 k. c. — dowodzi tylko zgaśnięcia długu (§ 469; wyżej pod f), nie dowodzi jednak zjednoczenia z § 1446 k. c. Że przykład jest skomplikowany (A ma

wierzytelność osobistą do C zabezpieczoną prawem zastawu na realności B; płaci dług D, nie korzystając z prawa regresu — poczem A nabywa własność realności B) przynajmniej. jednak nie wpływa to bynajmniej na jego ocenę: niema tu »wykupienia pretensyi« przez trzeciego, bo ten do zajęcia miejsca dotychczasowego wierzyciela hipotecznego nie pretenduje wcale; dług więc gaśnie, a właściciel zyskuje uprawnienie do rozporządzenia hipoteką (469), ale nie prawo likwidacyi zgasłej wierzytelności do ceny kupna lub nadwyżek przychodów, gdy — aż do zlicytowania lub dozwolenia zarządu przymusowego nieruchomości — nie rozporządził hipoteką.

Wynika stąd, że w przypadkach § 1446 k. c. musi być zawsze, przy rozdziale licytacyjnej ceny kupna lub nadwyżek przychodów z nieruchomości uwzględnioną zjednoczona z własnością hipoteka i to na korzyść właściciela, który nią nie rozporządził. I tu więc błąd w (nowej) stylizacyi § 470 k. c.

Mając więc dotychczasowe wywody na uwadze, trzeba — mimo brzmienia tego paragrafu — przyjąć, że »reguła« zdania I § 470 odnosi się tylko do przypadków z § 469 k. c., podczas gdy »wyjątek« zdania drugiego tego paragrafu li do przypadków z § 1446 k. c.

A zatem pogląd »legalny« utrzymać się nie da — natomiast słusznym jest pogląd »opozycyjny« — ale niezupełnie. Jeżeli bowiem pogląd ten identyfikuje bezwzględne przypadki pierwszego zdania § 470 z przypadkami, w których dłużnik hipoteczny »jest« zarazem dłużnikiem

¹ Już po napisaniu tej pracy pojawiło się zapatrywanie, że przypadki, w których »pretensya przeciw osobie trzeciej jeszcze istnieje«, odnieść można tylko do § 1446, podczas gdy przypadki, w których »właścicielowi należy się wynagrodzenie za jej umorzenie« tylko do § 469 k. c. Że zapatrywanie to w drugiej swej części jest błędem, wynika już z wywodów tekstu (§ 1358 k. c.). Por. także wywody rozdz. II.

osobistym, zaś przypadki drugiego zdania tego paragrafu z przypadkami, w których dłużnik hipoteczny i dłużnik osobisty są dwiema różnymi osobami — to poprostu nie zdaje sobie sprawy z różnych możliwych przypadków zjednoczenia, które omówiliśmy wyżej (v. rozdz II). Prawda, że (por. regułę pod b) będzie tak najczęściej, ale nie będzie tak zawsze. W tej mierze, chcąc uniknąć zbytecznego powtarzania, odwołać się musimy do wywodów rozdziału II.

Wobec uzyskanych wyników odpada również kwestya, czy i o ile podlega egzekucyi »prawo uczestnictwa« właściciela w masie rozdziałowej. W przypadku § 469 k. c. takiego prawa niema (być nie może), niema więc też mowy o egzekucyi na owo nieistniejące prawo¹. Natomiast § 1446 k. c. (36 now.) dozwala wyraźnie egzekucyi na »wpisane prawo zastawu«, oczywiście więc i udział właściciela w masie rozdziałowej ulega sądowemu zajęciu.

Zapatrywanie więc, iż w wyżej omówionych przykładach »uposażonej w pretensyę« hipoteki z § 469 k. c. można prowadzić egzekucyę na udział właściciela w masie rozdziałowej — jednak (ze względu na nieulegające egzekucyi »prawo rozporządzenia« właściciela) dopiero po wykonaniu licytacji lub dozwoleniu zarządu — nie da się obronić, gdyż materyalnie zgasała, a nie wykreślona i nie przeniesiona hipoteka jest zawsze »z pretensyi wyzutą«.

Kończąc rzecz o obecnym § 470 k. c. wypada jeszcze tylko zwrócić uwagę na różnicę, jaką czyni ustęp pierwszy paragrafu co do tej t. zw. otwartej hipoteki w przypadkach zarządu przymusowego i w przypadkach egzekucyjnej licytacji. Po dozwoleniu zarządu przymusowego nie można już takiej (niewykreślonej i nieprzeniesionej) hipoteki brać przy rozdziale nadwyżek w rachubę. Natomiast w razie przymusowej sprzedaży może jeszcze wła-

¹ O tem, że egzekucya na samo »prawo rozporządzenia« z § 469 jest niedopuszczalną, była mowa wyżej pod 10.

ściciel rozporządzić hipoteką, aż do wykonania sprzedaży, t. j. aż do udzielenia przybicia targu, a więc »aż do ostatniej godziny« (spr. izby panów str. 63). Ktoś inny wołałby może zrównanie obu przypadków drogą ujednostajnienia w nich możliwości rozporządzenia hipoteką, aż do czasu adnotacyi: zarządu przymusowego oraz wdrożenia postępowania licytacyjnego. O adnotacyi tego postępowania mówi przecież § 37 now.¹

Nie powinno być jednak m. zd. wątpliwem, że w razie odmówienia przybicia targu, a względnie zastanowienia licytacyi (por. §§ 185, 186—188 i 193 ord. egz.), odzyskuje właściciel uprawnienie do rozporządzenia hipoteką na czas aż do przeprowadzenia ponownej licytacyjnej sprzedaży (o ile ono jest dopuszczalnym). Inaczej w przypadku uchylecia przybicia targu (§ 199 ord. egz.), gdzie sąd z urzędu, równocześnie z uchYLENIEM przybicia, udzieli przybicia targu nadofierentowi.

Zresztą słusznem jest wyrażone w literaturze zapatrywanie, że zarząd przymusowy nie przeszkadza wykonaniu rozporządzenia hipoteką przez właściciela, lecz tylko uwzględnieniu »otwartej«, lub już po dozwoleniu zarządu na nową wierzytelność przeniesionej hipoteki, przy rozdziale nadwyżek przychodów.

§ 2.

Warunkowe wpisanie prawa zastawu.

Jeżeli chodzi o zagwarantowanie dla jakiejś wierzytelności prawa zastawu w oznaczonej pozycji zastawnej, a zatem o zapewnienie jej oznaczonego pierwszeństwa hipotecznego przed innem lub innemi prawami zastawu, wówczas — odpowiednio do danej sytuacji — użyć można dróg następujących:

A) Ustępstwa pierwszeństwa hipotecznego (dawniej

¹ Por. jednak niżej § 2 pod C, oraz rozdz. VI B 8.

§§ 30 ust. hip. i 218₂ OE. — obecnie §§ 45—51 trzeciej now. do k. c.);

B) »przeniesienia prawa zastawu na nową wierzytelność« w przypadkach §§ 469 i 1446 k. c. (p. wyżej § 1);

C) w przypadkach wykreślenia prawa zastawu — adnotacyi zastrzeżenia wpisu nowego w ciągu trzech lat od jej dozwoleń (§ 37 III N. do k. c.);

D) wpisu prawa zastawu dla nowej wierzytelności jeszcze przed wykreśleniem dawnego prawa zastawu, t. j. na wypadek wykreślenia go w ciągu roku od dozwoleń nowego wpisu (§ 38 III N. do k. c.); wreszcie:

E) adnotacyi stopnia hipotecznego dla wpisać się mającej wierzytelności (§ 53 i nast. ust. hip. ze zmianą brzmienia §§ 53 i 55 tej ustawy przepisem § 44 III N. do k. c.).

Pierwszy z tych sposobów (*A*), umożliwiający zmianę pierwszeństwa hipotecznego pomiędzy już wpisanymi prawami zastawu, nie wchodzi wcale w ramy naszych rozważań; sposób drugi (*B*) omówiliśmy wyżej. Pozostają tedy do rozpatrzenia trzy dalsze sposoby, o ile III now. do k. c. zawiera odmienne ich, niż dotąd, uregulowanie.

C) nowela przewiduje przypadki, w których właściciel nie może lub nie chce otrzymać zaraz nowej pożyczki w miejsce dawnej (sprawozd. izby panów str. 59). Aby wykluczyć posunięcie się dalszych wierzycieli hipotecznych, może wprowadzić właściciel pozostawić niewykreśloną hipotekę w księdze gruntowej, przez to jednak naraża się na ujemne skutki, o których już wyżej¹ była mowa. Aby im zapobiec, pozwala tedy nowela (§ 37) właścicielowi na uzyskanie — w przypadku wykreślenia prawa zastawu — uwidocznienia w księdze gruntowej, że »na przeciąg lat trzech po dozwoleń adnotacyi zastrzega się wpis nowego prawa zastawu z pierwszeństwem i do wysokości wykreślonego«.

¹ Por. wstęp do rozdz. IV pod 2.

§ 37 trzeciej now. do k. c. różni się tedy od § 2 ust. 1 ustawy konw. zasadniczo tem, że dozwala uwidocznienia przyszłego wpisu dla przyszłej wierzytelności, podczas gdy § 2 ust. 1 ustawy konw. mówił o (współczesnym) wpisie już powstałej wierzytelności z pierwszeństwem hipotecznem (a więc w miejsce) wykreślonego właśnie prawa zastawu. Dalsza różnica wynika z uchylenia ograniczeń (§ 3) ustawy konwersyjnej w kwestyi stosunku nowej wierzytelności do dawnej (dopuszczenie wpisu nowej pretensyi tylko do wysokości jeszcze niespłaconej reszty dawnej i niższe oprocentowanie, względnie umarzalność lub niewypowiadalność nowej); ograniczeń tych nie przejął § 37 now. Wreszcie określa ten paragraf trzechletni¹ czasokres dla wpisania nowego prawa zastawu, podczas gdy § 2 ust. 1 ustawy konw. nakazywał (jak wspomniano) wpis równoczesny z wykreśleniem dawnego. Błędem jest więc twierdzenie², jakoby § 2 ust. konw. zezwalał (jak § 68 proj. rząd.) na »czasowo nieograniczone zastrzeżenie wpisania nowego prawa zastawu«.

Że nowela nie dozwala na przepisanie prawa zastawu na nazwisko właściciela³, podniesiono już wyżej⁴.

§ 37 now. nie wzorował się tedy ani na § 2₁ ust. konw., ani na § 1163 (por. także 1168) k. c. n. Charakterystycznym jest, iż w przeciwstawieniu do §§ 33 i 36 mówi § 37 noweli o »nowem« prawie zastawu, nie wspominając o »zgaśnięciu długu«, ani o »zjednoczeniu«, lecz je-

¹ Zapatrywanie, iż ten trzechletni czasokres można przedłużyć o rok w drodze adnotacyi zamiaru zaciągnięcia pożyczki (§§ 53 i 55 ust. hip. oraz 44 now.), brak uzasadnienia w ustawie. Wobec jasnego przepisu noweli (§ 37), wedle której musi w ciągu lat trzech od wykreślenia dawnego prawa zastawu nastąpić »wpis nowego prawa zastawu«, nie zaś (tylko) wspomniana adnotacya, uważam takie przejście z jednej adnotacyi do drugiej za bezwarunkowo niedopuszczalne.

² Sprawozd. izby panów str. 64.

³ Por. § 64 proj. rząd.

⁴ Wyżej § 1 pod 4.

dynie o »wykreśleniu prawa zastawu«, a więc o wykreśleniu z jakichkolwiek ustawowo przewidzianych przyczyn, n. p. z powodu zrzeczenia się prawa zastawu ze strony (dawnego) wierzyciela hipotecznego. Słusznie też podniesiono w literaturze, że brzmienie § 37 now. przypomina »stałe miejsca zastawne« k. c. szwajc., tem więcej, że w razie »przymusowej sprzedaży nieruchomości nie uwzględnia się zastrzeżenia (z § 37), o ile aż do adnotacji postępowania licytacyjnego nie zrobiono zeń użytku«¹.

Zdziwienie wywołał (w literaturze) przepis, ograniczający możliwość skorzystania z adnotacji z § 37 tylko do czasu uwidocznienia postępowania sprzedażnego w księdze gruntowej, gdy tymczasem § 470 k. c. (35 now.) mówi o wykonaniu licytacji; czy to omyłka, czy postanowienie rozmyślne, rzecz obojętna -- w każdym razie ujednostajnienie obu przypadków wykluczyłoby łatwo stąd dla właściciela możliwą pułapkę.

O pewnej analogii — ale i o różnicy — pomiędzy § 37 now. a § 53 ust. hip. będzie mowa niżej (pod E). W ten miejscu podnosimy jeszcze, że, zgodnie z zasadą przedstawioną wyżej², adnotacja z § 37 »skuteczną jest w wypadku zmiany własności na korzyść nowego właściciela«³. To, co dla sytuacji prawnej z § 469 k. c. (33 now.) wydaje się zrozumiałem samo przez się, podnosi trzecia now. wyraźnie w swym § 37.

D). Aby odpowiednio uwzględnić przypadki, w których dotychczasowa wierzytelność ma być dopiero umorzoną drogą uzyskania waluty nowej pretensyi, aby więc umożliwić właścicielowi konwersję długu hipotecznego, na którego pokrycie nowy wierzyciel nie wypłaci wpierw waluty (nowozaciągniętej) pożyczki, nim ta pożyczka uzyska odpowiednie zabezpieczenie w księdze gruntowej⁴ —

¹ Por. art. 815 k. c. szwajc.

² § 1 pod 4.

³ Inaczej § 1163 k. c. n.

⁴ Objaśnienia do proj. rząd. str. 100.

wprowadza III now. do k. c. w § 38 postanowienie, wedle którego już przed wykreśleniem dotychczasowej hipoteki, można — na żądanie właściciela — z jej pierwszeństwem i do jej wysokości wpisać prawo zastawu dla nowej pretensyi, jednak tylko warunkowo, t. j. z zastrzeżeniem, że w ciągu roku od dozwolenia tego wpisu nastąpi definitywne wykreślenie dotychczasowego prawa zastawu. W razie przeciwnym gaśnie »nowe« prawo zastawu i ma się je wykreślić z urzędu z wszystkimi odnoszącymi się doń dalszymi wpisami (§ 39 ust 1, analogicznie do § 7 ust. 5 ustawy konw.).

I ustęp § 38 now. odpowiada prawie dosłownie ustępowi drugiemu § 2 ustawy konw. (z r. 1907). Zmieniono tylko (dotychczasowy półroczny) czasokres, w ciągu którego należy wykreślić »dawniejsze« prawo zastawu, aby z jego pierwszeństwem wpisane »prawo zastawu dla nowej pretensyi« stało się bezwarunkowem. Jeśli się porówna brzmienie § 38 z tekstami §§ 33 i 36 z jednej i § 37 z drugiej strony, nieodłącznem będzie wrażenie chwiejności wyrażzeń w § 38. Tam (33 i 36) mówi się zdecydowanie o przeniesieniu dotychczasowego prawa zastawu na nową pretensyę, lub — przeciwnie — o wpisie nowego prawa zastawu w miejsce dotychczasowego, t. j. wykreślonego (37). Tu (38) wyrażenia, o które chodzi, przypominają kameleona: z początku czytamy o »prawie zastawu dla nowej pretensyi« — w dalszym jednak ciągu o wpisie »nowego prawa zastawu«. Chwiejność sytuacji pociąga tu za sobą chwiejność wyrażzeń. Dopóki dotychczasowego prawa zastawu nie wykreślono, nie będzie prawo zastawu dla nowej wierzytelności nowem prawem zastawu, bo możliwie nie wejdzie ono nigdy w miejsce dotychczasowego; z chwilą wykreślenia dotychczasowego prawa zastawu, znika to prawo jako dawne, ustępując (już bezwarunkowo) miejscu nowemu. Oblicze § 38 trzeciej now, jest tedy dwoi-
stem: wyziera zeń z jednej strony »prawo rozporządzenia hipoteką« z § 469 k. c. — z drugiej natomiast przeblýska

system »stałych miejsc zastawnych«. Nie potrzeba powtarzać, że — podobnie jak w § 37 — odpadły i tu wyżej (pod C) wspomniane ograniczenia ustawy konwersyjnej co do nowej pretensyi.

Drugi ustęp § 38 dodał od siebie rząd¹: równocześnie z wykreśleniem dawnego prawa zastawu należy adnotować w księdze gruntowej z urzędu, że dotyczący warunek się ziścił, czyli, że nowe prawo zastawu uzyskało pełną skuteczność. Wbrew zasadzie, że tylko właściciel ma prawo żądać wykreślenia zgasłej hipoteki, postanawia § 39 ust. 2 now. (za § 7 ust. 3 ustawy konw.), że także nowy wierzyciel, »na rzecz którego wpisano prawo zastawu dla nowej pretensyi«, może postawić wniosek na wykreślenie dotychczasowego prawa zastawu z księgi gruntowej.

W końcu przewiduje now. (§ 40 ust. 1 za § 8 ust. konw.) przypadki, w których dotychczasowe prawo zastawu było obciążonem, aby — zgodnie z przepisem § 51 ust. hip. — dać wyraz warunkowej (tylko) skuteczności wpisu prawa zastawu dla nowej wierzytelności, skuteczności zawisłej od warunku, że »obciążenie zostanie wykreślone albo, za zgodą interesowanych, przeniesionem na nowo wpisane prawo zastawu«.

Jeżeli dotychczasowe prawo zastawu obciąża — w przymocie hipoteki łącznej — więcej nieruchomości, wówczas skuteczność świeżo wpisanej hipoteki staje się zawisłą od »dalszego warunku, że ze wszystkich tych nieruchomości wykreśli się dawniejsze prawo zastawu« (§ 40 ust. 2 now. za § 9 ust. konw.).

E). Powiedzieliśmy wyżej, że i adnotacja stopnia hipotecznego (§ 53 nast. ust. hip.) jest jednym ze sposobów zapewnienia jakiejś wierzytelności oznaczonego pierwszeństwa w księdze gruntowej. Podczas gdy jednak w przypadkach §§ 37 i 38 now. chodzi o »wymianę praw za-

¹ Por. Mot. rząd. (Dz. rozp. min. sprawiedl. z 22/III 1916 (VI) str. 111).

stawu«, o wstąpienie nowej (przyszłej: § 37; już istniejącej: § 38) wierzytelności hipotecznej w miejsce dawnej, to w przypadku § 53 ust. hip. mamy do czynienia tylko z jednym i to przyszłym prawem zastawu, a raczej z przyszłą wierzytelnością, dla której się chce z góry zapewnić prawo zastawu w oznaczonym miejscu, czyli oznaczone pierwszeństwo hipoteczne. Pierwiastek »przyszłości« upodabnia zatem adnotację z § 37 now. do adnotacji z § 53 ust. hip.¹, który obecnie uległ zmianie o tyle, że nie tylko dla zaciągnąć się mającej »pożyczki«, lecz także dla każdego innego »długu«, można uwidocznnić w księdze grunтовой zamiar ustanowienia prawa zastawu. Ponadto przedłużono czas trwania skuteczności takiej adnotacji — ale tylko takiej, nie adnotacji zamiaru pozbycia nieruchomości — z dotychczasowych dni 60 do jednego roku (§ 44 now. zmieniający, obok § 53, także § 55 ust. hip.).

Miedzy adnotacją z § 53 ust. hip. a adnotacją z § 37 now. istnieje jeszcze ten ważny łącznik teoretyczny, że obie te instytucje prawne są u nas »środkami zastępczymi« nie przyjętego przez ustawodawstwo austriackie systemu stałych miejsc zastawnych, dają bowiem możność zagwarantowania pewnego »miejscu zastawnego« dla no-

¹ Wątpliwości budzi jednak zapatrywanie, iż podanie właściciela o wykreślenie prawa zastawu z zastrzeżeniem z § 37 now. musi być zaopatrzonem — analogicznie do postanowienia § 53 ust. hip. — jego uwierzytelnionym podpisem. Gdyby tak być miało, należałoby zd. m. żądać legalizacji podpisu i wówczas, gdy właściciel wnosi prośbę o wykreślenie hipoteki bez wspomnianego zastrzeżenia, boć i wtedy »trzeba sędziemu hipotecznemu dać pewność«, że o wykreślenie — nie czyniąc użytku z »prawa rozporządzenia hipoteką« — prosi uprawnioną do tego osoba (którą obecnie może być tylko właściciel). Zresztą § 53 ust. hip. uległ znowelizowaniu, bez żadnego dodatku co do adnotacji z § 37 now. Żądania, o których tu mowa, byłyby nadto nowem utrudnieniem dla właściciela, któremu przecież doręcza się uchwałą pozwalającą wykreślenia prawa zastawu, oraz (ewentualnie także) zastrzeżenia z § 37 now. Dla obrony swych praw w razie nadużycia ma zatem właściciel odpowiednie środki prawne.

wego — wpisać się mającego — prawa zastawu (o czem jeszcze niżej w rozdz. V).

§ 3.

Rozporządzenie hipoteką w przypadkach hipoteki łącznej.

Wspomnieliśmy w § 2 *D* o postanowieniu § 40 III now. do k. c. który za § 9 ustawy konw. z r. 1907 czyni zawisłą skuteczność świeżo wpisanej hipoteki (§ 38 now.) od wykreślenia dotychczasowego prawa zastawu ze wszystkich nieruchomości, na których ono dotąd ciążyło w przymocie hipoteki łącznej. Oprócz tego przepisu, odnoszącego się wedle tekstu ustawy jedynie do stanu faktycznego i prawnego z § 38, niema w noweli innego postanowienia, któreby regulowało rozporządzenie hipoteką przez właściciela w przypadkach hipoteki łącznej, tak, że kwestya ta pozostaje otwartą. Ponieważ inne ustawodawstwa, jak niem. i szwajc. k. c. zawierają w tej mierze mniej lub więcej dokładne postanowienia prawne, przeto nie od rzeczy będzie przyjrzeć im się pokrótce, aby — odpowiednio do stanu naszego ustawodawstwa — posłużyć się niemi, lub też je odrzucić, przy rozstrzyganiu analogicznych zagadnień w prawie austr.

A) Zasady przyjęte w tej mierze przez kcn. są następujące:

1. W przypadkach §§ 1163 i 1175 k. c. n.¹, a więc w razie niepowstania, oraz zgaśnięcia pretensyi, dla której ustanowiono hipotekę łączną, lub wreszcie w razie zrzeczenia się hipoteki łącznej przez wierzyciela, następuje przejście hipoteki (jako) łącznej na wszystkich właścicieli obciążonych gruntów, t. j. na wszystkich dłużników hipotecznych. Każdy z nich, o ile niema odrębnej umowy, mocen jest uchylić ową łączność, żądając rozdzielienia kwoty pretensyi tak, aby na jego nieruchomości

¹ Por. wyżej rozdz. III pod 2 c, d i e.

pozostała tylko hipoteka dla stosunkowej kwoty częściowej. Ten stosunek oznacza się matematycznie, biorąc za podstawę rozdziału wartość nieruchomości właściciela, który żąda rozdziału, oraz wartość wszystkich innych dotąd łącznie obciążonych nieruchomości. Przy ustalaniu tych wartości odlicza się ciężary, poprzedzające w księdze grunтовой hipotekę łączną (§§ 1172, 1163, 1132 ust. 2, 1175 k. c. n.).

2. Ta reguła (1) doznaje wyłomu w następujących przypadkach:

a) jeżeli wierzyciela z hipoteki łącznej zaspokaja, niebędący właścicielem żadnej z obciążonych łącznie nieruchomości, dłużnik osobisty, przechodzi nań — całkowicie lub częściowo — tylko hipoteka na nieruchomości tego z właścicieli, od którego dłużnik osobisty może żądać — całkowitego lub częściowego — zwrotu zapłaconej przez siebie kwoty pretensyi; na innych nieruchomościach hipoteka gaśnie (§ 1174 kcn.);

b) jeżeli wierzyciela z hipoteki łącznej zaspokaja jeden z właścicieli obciążonych łącznie nieruchomości, a więc dłużnik hipoteczny, nabywa on hipotekę na swej nieruchomości, podczas gdy hipoteka na innych nieruchomościach gaśnie. Tylko w razie, gdyby temu właścicielowi przysługiwało roszczenie zwrotne przeciw innym właścicielom (dłużnikom hipotecznym), przechodzi nań — w miarę t. j. do wysokości tego roszczenia — także hipoteka na nieruchomościach tych innych właścicieli; ma zatem wówczas hipotekę łączną (§ 1173 kcn.);

c) postanowienia pod 2 a i b mają zastosowanie także w przypadkach zjednoczenia długu z wierzytelnością (§§ 1174 ust. 1, 1173 ust. 1 zd. 2);

d) jeżeli wierzyciel z hipoteki łącznej zrzekł się hipoteki tylko na jednej z obciążonych nieruchomości, gaśnie na niej (ale tylko na niej) hipoteka (§ 1175 zd. 2 k. c. n.). Jeśli zrzekł się jej na wszystkich łącznie obciążo-

nych nieruchomościach, wchodzi w zastosowanie reguła pod 1.

Z powyższego przedstawienia widocznem jest, że przejście hipoteki łącznej na wszystkich właścicieli obciążonych nieruchomości i ewentualny jej rozdział na samostatne hipoteki, w ramach pierwotnej wierzytelności zastawnej, nastąpi wedle ken. tylko w tych stosunkowo rzadkich przypadkach praktycznych, w których dług zgaśnie, choć wierzyciela z hipoteki łącznej nie zaspokoił, ani osobisty, ani hipoteczny dłużnik. Jeżeli bowiem nastąpiło takie zaspokojenie, wówczas dłużnik, który je skutecznił, uzyskuje tylko wtedy i o tyle hipotekę na jednej lub na więcej z dotąd łącznie obciążonych nieruchomości, jeżeli i o ile ma na podstawie specjalnego tytułu prawnego roszczenie o zwrot zapłaconej kwoty od jednego lub więcej z ich właścicieli — w przeciwnym razie hipoteka gaśnie. Wprawdzie dłużnik hipoteczny nabywa przytem hipotekę na nieruchomości własnej, ale jestto już konsekwencją zasad przedstawionych wyżej w rozdz. III i nie wpływa zgoła na charakter hipoteki łącznej w niem. prawie prywatnem, która z przyczyn dopiero przywiedzionych przedstawia się, wedle określenia jednego z uczonych niemieckich, jako w zasadzie »bezzwrotna«.

B) K. c. szwajc. upraszcza i w tej materji sprawę, gdyż zezwala na hipotekę łączną tylko wtedy, gdy nieruchomości obciążyć się mające należą do jednego tylko właściciela, lub wprawdzie do więcej właścicieli, którzy jednak zobowiązani są solidarnie do zapłaty zabezpieczyć się mającej pretensyi. Pozatem można tylko obciążyć każdą z nieruchomości prawem zastawu dla oznaczonej częściowej kwoty pretensyi, którą w braku umowy oznacza się wedle stosunku ich wartości (Art. 798 k. c. szwajc.). I znowu musimy przyznać, że takie uregulowanie sprawy usuwa niejasności i zawikłania nieodłączne wobec systemu, w którym przejście hipoteki łącznej na płaćącego dłużnika uczyniono zawisłem od dopiero *ex post* wykazać się ma-

jącego obligacyjnego roszczenia przeciw jednemu lub więcej dłużnikom hipotecznym. Samoistne obciążenie częściowe poszczególnych nieruchomości w przypadkach, w których między ich właścicielami żadne nie zachodzą stosunki obowiązkowe, daje też gwarancję, że jeden z tych dłużników nie zapłaci pretensyi za wszystkich, lecz że każdy z nich może być ewentualnie zniewolony tylko do zapłacenia z góry oznaczonej części pretensyi.

C) Najważniejszym momentem, na jaki zwrócić należy uwagę przy rozstrzyganiu — ze stanowiska prawa austr. — kwestyi rozporządzenia hipoteką w przypadkach hipoteki łącznej, jest okoliczność, że przez przyznanie właścicielowi »prawa rozporządzenia« nie można z hipoteki łącznej, ustanowionej dla zabezpieczenia jednej wierzytelności zastawnej, uczynić kilka hipotek samoistnych w celu zabezpieczenia dwu lub więcej pretensyi, któreby razem wzięte przewyższały wysokość dotychczasowej wierzytelności zastawnej. Jeżeli więc właścicielowi przyznamy w pewnych przypadkach t. zw. hipotekę zwrotną¹ w pełnej wysokości dawnej (umorzonej) pretensyi na nierucho-

¹ Jak wiadomo, przepis § 222 O. E. stosować należy — acz zdanie to nie jest przyjętem powszechnie — i do przypadków, w których pretensya zabezpieczona hipoteką łączną, nie została (przez wierzyciela) ściągniętą w drodze egzekucyi, lecz n. p. dobrowolnie zapłaconą przez jednego z łącznie odpowiedzialnych dłużników hipotecznych. Obliczenie rozdziału zapłaconej kwoty na poszczególnych właścicieli, a względnie na poszczególne, dotąd łącznie obciążone, nieruchomości, nastąpi wtedy wedle stosunku wartości poszczególnych nieruchomości, dokładniej mówiąc wedle stosunku, jaki zajdzie pomiędzy wartością podatkową każdej z nich, a sumą wszystkich tych wartości. Poszczególne nieruchomości, dotąd odpowiadające łącznie, obciążone zostają t. zw. hipotekami zwrotnymi, wstępującemi w miejsce umorzonej (i wykreślić się mającej) pretensyi wierzyciela z hipoteki łącznej. Rzecz jasna, że chodzi tu o wyrównanie niekorzyści, powstałych wskutek zaspokojenia wierzyciela przez jednego z właścicieli, wbrew zasadzie, że wszystkie łącznie odpowiedzialne nieruchomości mają się odpowiednio przyczynić do tego zaspokojenia. P. zresztą wywody tekstu.

mości cudzej, wówczas nie można mu zarazem udzielić osobno »prawa rozporządzenia« materyalnie zgasał hipoteką na swej nieruchomości, gdyż tym sposobem daje się właścicielowi możność przeniesienia tamże prawa zastawu na nową wierzytelność. Wskutek tego zamiast jednej łącznej mielibyśmy do czynienia z dwiema odrębnymi hipotekami dla dwu odrębnych pretensyi, z których każda dorównywałaby wysokością dawnej; obie więc razem wzięte podwoiłyby tę ostatnią. Dopuszczalność »prawa rozporządzenia« obok hipoteki zwrotnej jest zatem możliwą tylko wtedy, gdy hipoteka zwrotna nie osiąga pełnej wysokości kwoty zastawnej, dla której istniała dotąd hipoteka łączna: wówczas do wysokości — ale tylko do wysokości — reszty tej kwoty może właściciel rozporządzić materyalnie zgasał hipoteką na swej nieruchomości. Zapatrywanie, które obok hipoteki zwrotnej, t. j. bez względu na jej wysokość, daje właścicielowi pełne prawo rozporządzenia hipoteką na nieruchomości własnej, musi się zatem liczyć z zarzutem, że w sposób nieuzasadniony udziela swe *placet* na zwiększenie kwoty pretensyi pierwotnej wierzytelności zastawnej.

Jak wiadomo hipotekę łączną rozdzielić można na pojedyncze hipoteki samoistne (§§ 37 dawnej, 49 nowej ord. konk. i 222 O. E.), atoli taki rozdział ma na celu wyrównanie niekorzyści powstałych dla jednego z właścicieli łącznie obciążonych nieruchomości przez to, że wierzyciel z hipoteki łącznej, zamiast zaspokoić się (lub być zaspokojonym) ze wszystkich nieruchomości równomiernie, zaspakaja się tylko z jednej lub z niektórych z nich. Jeśli staniemy na (słusznem) stanowisku, iż hipoteka łączna w prawie austr. jest »spółkową«, t. j. że ze stanowiska tego prawa dopuszczalnym jest — i poza egzekucją oraz konkursem — regres właściciela, który zaspokoił wierzyciela z hipoteki łącznej, przeciw innym właścicielom obciążonych łącznie nieruchomości nawet bez osobnego tytułu prawnego, to jeszcze nie wynika stąd

wcale, aby temu właścicielowi koniecznie przyznawać zarazem pełne i odrębne »prawo rozporządzenia hipoteką« na jego nieruchomości. Zobaczmy to na przykładach.

Pretensya, dla której istnieje hipoteka łączna, może zgasnąć przez zaspokojenie wierzyciela, lub w inny sposób, n. p. przez darowanie długu. W pierwszym przypadku nie jest obojętnem, kto zaspokoił wierzyciela, mającego hipotekę łączną, gdyż od tego faktu zależy nie tylko rozstrzygnięcie kwestyi, czy i jakie ma ów zaspakajający »roszczenie wyrównawcze« przeciw innym właścicielom współodpowiedzialnych nieruchomości, ale także odpowiedź na pytanie, komu z nich i w jakiej mierze przysłuży uprawnienie do rozporządzenia hipoteką na swojej nieruchomości. I tu znowu przypomnieć trzeba, że gdy zaspakaja wierzyciela właściciel, będący tylko hipotecznym dłużnikiem, niema zgaśnięcia długu, lecz *cessio ex lege* (§ 1358 k. c.), która doprowadza do zjednoczenia praw hipotecznych (1446). Zresztą następujące przypadki są tu możliwe:

a) wierzyciela zaspakaja ten z dłużników hipotecznych, który jest zarazem osobistym dłużnikiem (najczęstszy przypadek). Nie ma on (z reguły) do nikogo regresu. Za przykładem k. c. n. trzeba mu przyznać »prawo rozporządzenia hipoteką« — tam hipotekę właściciela — na swej nieruchomości i przyjąć zarazem zgaśnięcie praw zastawu na innych nieruchomościach (§§ 1173, 1174 k. c. n.). Właścicielom tych innych nieruchomości nie można oczywiście udzielić odrębnego »prawo rozporządzenia hipoteką« (na ich nieruchomościach), lubo wierzytelność zastawna zgasła, gdyż w ten sposób doprowadziłoby się do powielenia kwoty dotychczasowej pretensyi zastawnej w szeregu hipotek samoistnych. Przyznanie zaś »łącznego prawa rozporządzenia« wszystkim dłużnikom hipotecznym (jak to proponuje się w literaturze) doprowadziłoby do pokrzywdzenia tego z nich, który, będąc zarazem dłużnikiem osobistym, sam zaspokoił całą pretensyę. Analogia z § 222

O. E. właśnie tu zawodzi, gdzie niema żadnego roszczenia zwrotnego i gdzie pozostaje już obojętnem, czy inni (tylko) hipoteczni dłużnicy odpowiadali swemi nieruchomościami za dług cudzy — w przeszłości — skoro w jedynie miarodajnej terażniejszości odpowiedzialność ta odpadła bez żadnego dla nich uszczerbku. Przy »łącznem prawie rozporządzenia« u nich wszystkich byłaby oczywiście możliwą jego przemiana na stosunkowe »samoistne prawa rozporządzenia« w myśl zasady § 222 O. E. i wówczas właściciel, który sam zapłacił cały swój dług, miałby tylko możność rozporządzenia hipoteką dla stosunkowej części kwoty zgasłej wierzytelności zastawnej. Zamiast wyrównania byłoby tu tedy faworyzowanie innych właścicieli na koszt umarzającego dług, wynagrodzenie ich minionej odpowiedzialności — z jego kieszeni. Do przyjęcia tedy »łącznego prawa rozporządzenia« nie mamy w tym przypadku dostatecznej podstawy;

b) jeżeli wierzyciela zaspokoił w całości jeden z dłużników hipotecznych, będący zarazem jednym ze współdłużników osobistych. wówczas ma regres do reszty współdłużników (§§ 891—896 k. c.) i w miarę przyjętej przez nich umownej odpowiedzialności za dług — w braku zaś takiego »szczególnego« stosunku w równych częściach — nabywa on (1358) częściowe hipoteki zwrotne na ich nieruchomościach. Nie można zatem przyznawać takiemu właścicielowi zarazem pełnego »prawa rozporządzenia hipoteką« na swej nieruchomości. lecz tylko uprawnienie do rozporządzenia odpowiednią częścią materyalnie zgasłej hipoteki, a mianowicie tylko do wysokości kwoty, jaka po strąceniu kwot hipotek zwrotnych jeszcze pozostaje, której zapłata więc — zgodnie z przepisem § 896 k. c. — spada bezzwrotnie na rozporządzającego właściciela. Tenże mógłby mieć m. zd. tylko wtedy pełne »prawo rozporządzenia hipoteką« na swej nieruchomości, gdyby zrezygnował ze wszystkich hipotek zwrotnych; jeżeli rezygnuje tylko z niektórych, wówczas o kwotę niemi za-

bezpieczoną zwiększa się (możliwie) kwota nowej wierzytelności, na którą wolno mu przenieść prawo zastawu. Tak samo rzecz się ma, gdy wierzyciela z hipoteki łącznej zaspokoili jeden ze współwierzycieli (§ 1359 k. c.), będący zarazem hipotecznym dłużnikiem. Oczywiście nie mamy już dziś podstawy ograniczać współdłużnika i współwierzyciela do czysto osobistego regresu. Dla czego by jednak ich regres rzeczowy miał wystąpić na zewnątrz znowu w formie hipoteki łącznej — nie zgadujemy. Przeciwnie twierdzimy, że nie łączna, lecz pojedyncze samoistne hipoteki będą następstwem zapłaty długu przez współdłużnika lub współwierzyciela, względnie zaś, że hipoteka łączna przeobrazi się: w jedno (częściowe) »prawo rozporządzenia« materyalnie zgasia hipoteką, oraz w jedną lub więcej odrębnych hipotek zwrotnych¹. Chyba, że *par force* zechcemy zastosować tu przepis § 1173 ust. 2 k. c. n.², t. j. utrzymać nadal klątwę łączności, co dla mnie równa się zbytecznemu zupełnie zaciemnieniu stanu rzeczy;

c) gdy wierzyciela z hipoteki łącznej zaspakaja dłużnik hipoteczny, który nie jest zarazem dłużnikiem osobistym, wówczas u siebie — na swej nieruchomości — wywoła on zjednoczenie (§§ 1358, 1446); dług nie gaśnie, tylko płacący nabywa prawdziwą, lubo nieformalną, hipotekę właściciela³. I jeśli ma on zarazem roszczenie zwrotne do (innego) dłużnika hipotecznego, który jest również dłużnikiem osobistym, wówczas nabędzie hipotekę łączną: na własnej i cudzej nieruchomości. Łączność (§ 1173 ust. 2 k. c. n.) jest tu niestety nieodłącznym następstwem pełnego regresu płacącego właściciela na nieruchomości dłużnika

¹ Gdy tego podziału nie przeprowadzono w księdze gruntowej, istnieje tam formalnie dawna hipoteka łączna, nazwana (w literaturze) »nieregularną«, gdyż jest ona w gruncie rzeczy większą ilością hipotek odrębnych, na zewnątrz jednak przedstawia się, z uwagi na zasadę zaufania do ksiąg gruntowych, jako hipoteka łączna.

² P. wyżej pod A 2 b.

³ Por. wyżej rozdz. II i IV § 1 pod 4.

osobistego, gdyż przyznając pierwszemu oddzielnie pełną hipotekę na nieruchomości własnej, oraz samoistą (również pełną) hipotekę zwrotną na nieruchomości osobistego dłużnika, doszlibyśmy do zdublowania (wysokości) kwoty dotychczasowej t. j. umorzonej pretensyi. Rzecz jasna, że po wykreśleniu hipoteki na własnej nieruchomości, hipoteka zwrotna zamieni się w samoistną, ale z tą chwilą nie będziemy już mówić o uprawnieniu właściciela do rozporządzenia hipoteką;

d) jeśli hipoteka łączna ciąży li na nieruchomościach t. zw. trzech posiadaczy czyli dłużników hipotecznych, z których żaden nie jest osobistym, a jeden z nich zaspokoił wierzyciela, wówczas nabywa on stosunkowe hipoteki zwrotne na nieruchomościach innych »trzech posiadaczy«. Słusznem jest bowiem zapatrywanie, że między nimi istnieje *correalitas realis* (arg. §§: 37 dawnej, 49₂ nowej ord. konk., 222 i 217 O. E., oraz 1358 k. c.), mająca swe źródło w tendencji, »aby szkodę, która wszystkim grozi, a trafia w jednego, ponieść wspólnie«. Jestto wspólność rzeczowa bez współodpowiedzialności osobistej, gdyż jej nie uzasadniają żadne stosunki obligacyjne między dłużnikami hipotecznymi. Wskutek obliczenia hipotek zwrotnych w myśl § 222 ord. egz. rozwiązuje się wspólność, powstają bowiem pojedyncze samoistne hipoteki zwrotne, będące wyrazem »obowiązku wyrównania« pomiędzy poszczególnymi dłużnikami hipotecznymi. Oczywiście dług nie gaśnie; osobisty dłużnik odpowiada zań nadal, atoli już wobec nowego wierzyciela t. j. trzeciego posiadacza, który zaspokoił dotychczasowego wierzyciela i na którego nieruchomości nastąpi wskutek tego zjednoczenie (§§ 1358, 1446 k. c.). Płacący nabywa — obok hipotek zwrotnych — hipotekę na nieruchomości własnej, ale również tylko stosunkową, t. j. do wysokości kwoty, której zapłata spada nań bezzwrotnie (od innych trzech posiadaczy), chyba, że zrezygnuje w całości lub w części z hipotek zwrotnych, w którym to razie rozsze-

rzy się jego »prawo rozporządzenia« (jego hipoteka właściciela zabezpieczy większą kwotę wierzytelności zastawnej), a względnie zwiększy się odpowiednio wysokość rozporządzalnej kwoty¹. Nie można więc (znowu) — bez takiego zrzeczenia się — przyznawać płacącemu właścicielowi pełnego »prawa rozporządzenia« hipoteką na nieruchomości własnej (czyli pełnej hipoteki właściciela) i nie można też zd. m. przyjmować łączności² hipotek zwrotnych z tem jego »prawem rozporządzenia«³.

Zgodnie z § 1173 k. c. n. i odpowiednio do opinii, nieuznającej roszczeń wyrównawczych płacącego »trzeciego posiadacza«, możnaby tu rozstrzygnąć rzecz odmiennie, a mianowicie przyznać mu jedynie »prawo rozporządzenia hipoteką« — raczej hipotekę właściciela — w pełnej wysokości umorzonej kwoty, oraz przyjąć zgaśnięcie wszystkich innych hipotek na nieruchomościach »trzecich posiadaczy«. Nie jest wykluczonem, że praktyka pójdzie raczej tą prostszą, acz nie zawsze słuszną i odpowiednią drogą;

e) w razie zaspokojenia wierzyciela z hipoteki łącznej przez dłużnika osobistego, który nie jest właścicielem żadnej z łącznie odpowiedzialnych nieruchomości, nabywają wszyscy ich właściciele łączne »prawo rozporządzenia hipoteką«. Dłużnik osobisty niema bowiem do żadnego z nich roszczenia zwrotnego, zaś z drugiej strony brak podstawy, aby przyznać jednemu z właścicieli uprawnienie do rozporządzenia hipoteką, a drugiemu takiego uprawnienia odmówić. Musi więc ono być początkowo łącznem. Ale rozdział jest możliwym, i tu znów wskazuje drogę analogia z § 222 ust. 4 O. E. Rozdziału kwoty pierwotnej wierzytelności zastawnej dokona się więc wówczas wedle stosunku wartości (podatkowej) łącznie odpo-

¹ Por. wyżej (rozdz. IV) § 1 pod 7.

² Por. wyżej uw. 1 i 2 na str. 102.

³ Por. wywody pod b.

wiedzialnych nieruchomości¹ i tylko w miarę wyniku tego rozdziału, t. j. do wysokości przypadającej na jego nieruchomość kwoty, może każdy z właścicieli »przenieść prawo zastawu na nową pretensję«. Rozstrzygnięcie tego przypadku nastąpi zatem (raczej) w duchu § 1172 k. c. n., lubo jego stan faktyczny odpowiada przepisowi § 1174 k. c. n. i w myśl tego przepisu powinienby pociągnąć za sobą zgaśnięcie hipoteki na wszystkich nieruchomościach².

f) Odpowiednio do powyższych zasad rozwiązać trzeba wszystkie inne możliwe w tej dziedzinie zagadnienia, a w szczególności także omawiany w literaturze przypadek, w którym wierzyciela z hipoteki łącznej zaspokaja jeden z dłużników hipotecznych, niebędący dłużnikiem osobistym (trzeci posiadacz), mając regres do dłużnika hipotecznego, który jest zarazem osobistym (1358) i do innych »trzecich posiadaczy«. Nie można tedy zd. m. przyznać mu pełnego »prawa rozporządzenia« na nieruchomości własnej (t. j. hipoteki właściciela z § 1446 k. c.) i — odrębnie — pełnego roszczenia zwrotnego na nieruchomości dłużnika osobistego, oraz częściowych roszczeń zwrotnych na nieruchomościach (innych) tylko hipotecznych dłużników³. Wówczas bowiem nastąpiłoby już nietylko podwojenie, ale niemal potrojenie sumy pierwotnej wierzytelności zastawnej. Można tu zatem co najwyżej przyjąć hipotekę łączną: na własnej, dłużnika osobistego i trzecich posiadaczy nieruchomościach. Że ten sposób rozwiązania kwestyi prowadzi do niepotrzebnych zawikłań, a względnie utrudnia wielce rozdział nowej hipoteki łącznej na pojedyncze hipoteki samoistne — nie potrzeba dowodzić. Zgodnie z § 1173 k. c. n. ostać się tu powinna tylko hipoteka na nieruchomości własnej płaćącego, tworząc z hipoteką zwrotną na nieruchomości dłużnika osobistego nową hipotekę łączną — podczas gdy na reszcie

¹ Por. odp. min. sprawiedl. na pytanie do § 222 O. E.

² P. wyżej A 1 i 2 pod a.

³ Por. wywody pod c i d.

nieruchomości nastąpić winno zgaśnięcie hipoteki. I zdaje mi się, że rozwiązanie to jest, jeśli nie w każdym przypadku słusznem, to przynajmniej celowem. »Obowiązek wyrównania« pomiędzy trzecimi posiadaczami ma zwykle rację bytu dopiero wtedy, gdy zaspakajający dłużnika trzeci posiadacz nie może korzystać z realnego roszczenia zwrotnego przeciw dłużnikowi osobistemu. Jeżeli więc takiego roszczenia całkiem niema, co zajdzie wówczas, gdy dłużnik osobisty nie jest zarazem hipotecznym (lecz tylko i wyłącznie osobistym) dłużnikiem, wówczas można i trzeba mówić o obowiązku wyrównania, a względnie o hipotekach zwrotnych przeciw innym trzecim posiadaczom¹. Ale w naszym przypadku istnieje regres do dłużnika osobistego, pociągający za sobą (1358) jego nietylko osobistą odpowiedzialność, lecz gwarantujący zarazem trzeciemu posiadaczowi, który umorzył pierwotną wierzytelność zastawną, hipotekę na nieruchomości tegoż osobistego dłużnika. Wprawdzie i ta hipoteka może zawieść i trzeci posiadacz, jako nowy wierzyciel, nie uzyskać (w egzekucyi) pokrycia swej wierzytelności, atoli do pewnego przynajmniej stopnia znajdzie on rekompensatę w przysługującej mu również hipotece na nieruchomości własnej. Prędzej już tedy byłaby w naszym przypadku uzasadnioną łączna hipoteka zwrotna (na nieruchomości osobistego dłużnika, oraz) na nieruchomościach trzecich posiadaczy, gdyby płacący rzekł się hipoteki na nieruchomości własnej. W każdym razie ostatni zawikłany przypadek (*f*) jest »namacalnym« dowodem na słusność punktu wyjścia kod. cyw. szwajc., który wyklucza z góry hipotekę łączną na nieruchomościach nieodpowiedzialnych solidarnie dłużników (Art 798).

W przypadkach *a—f* gaśnie pretensya zabezpieczona hipoteką łączną wskutek zaspokojenia wierzyciela. Ale, jak wspomniałem wyżej, możliwem jest także jej zgaśnię-

¹ K. c. n. jak nam już wiadomo i w tym przypadku nie przyjuje takiego obowiązku (§ 1173 zd. 1); por. wyżej pod *A 2 b*.

cie bez takiego zaspokojenia, n. p. przez darowanie długu. Wówczas wszyscy właściciele obciążonych łącznie nieruchomości nabywają »łączne prawo rozporządzenia hipoteką« na swych nieruchomościach i mogą je rozdzielić w myśl § 222 O. E. Tak samo przedstawia się rzecz gdy — bez zgaśnięcia długu — nastąpi ze strony wierzyciela zrzeczenie się hipoteki na wszystkich obciążonych łącznie nieruchomościach, gdyż analogicznie¹ trzeba tu przyjąć »łączne prawo rozporządzenia« u wszystkich właścicieli i możliwy jego rozdział na drodze § 222 O. E. wskazanej (por. § 1175 k. c. n.). Jeżeli jednak wierzyciel z hipoteki łącznej zrzeka się hipoteki tylko na jednej z łącznie obciążonych nieruchomości, wówczas należy zd. m. przyjąć zgaśnięcie tej hipoteki, gdyż przyznanie właścicielowi, na rzecz którego nastąpiło zrzeczenie, »prawa rozporządzenia hipoteką« doprowadziłoby do powielenia kwoty pierwotnej wierzytelności zastawnej (§ 1175 zd. 2 k. c. n.).

Oto w ogólnym zarysie poczynione próby rozwiązania kwestyi rozporządzenia hipoteką przez właściciela w przypadkach hipoteki łącznej. W braku odpowiednich przepisów noweli przedstawia to rozwiązanie — jak widzieliśmy — dość dużo i dość niezwykłych trudności, z których nie każdy wybrnie jednakową drogą. I dlatego też zarzut, iż nowela przeoczyła — rozmyślnie czy nierozmyślnie — potrzebę wydania norm prawnych, regulujących tę materję, jest z pewnością uzasadnionym. Słuszność tego zarzutu uderza szczególnie w prawie austr., gdzie instytucja hipoteki łącznej i kwestye z nią związane wymagają oddawna reformy, gdzie — wymienimy tylko — możność analogicznego zastosowania przepisu § 222 O. E. dla przypadków wyraźnie nim nie objętych zawsze jeszcze daleko stoi od dogmatu. Nie może też ulegać kwestyi, że wprowadzona III now. do k. c. instytucja rozporządzenia hipoteką przez właściciela domaga

¹ Por. wyżej § 1 pod 5.

się jasnej i stanowczej odpowiedzi na postawione tu pytania, żąda kategorycznego rozwiązania poruszonych wyżej wątpliwości¹.

§ 4.

Postanowienia przejściowe.

Wedle art. II trzeciej now. do k. c. obowiązują jej przepisy w zasadzie od 1 stycznia 1917 r. Od tej reguły postanawia § 43 now. — w odniesieniu do rozpatrywanej przez nas materii — wyjątek o podwójnej treści: 1) że przepisy §§ 33—42 now. mają zastosowanie i do praw zastawu, powstałych przed 1 stycznia 1917 r. i 2) że (jednak) na niekorzyść prawa wpisanego przed tym dniem może właściciel w przyp. zgaśnięcia długu lub zjednocze-

¹ Po ukończeniu mej pracy pojawiło się w literaturze zapatrywanie, przyjmujące jako regułę »prawo rozporządzenia wszystkich właścicieli kwotą częściową w ramach hipoteki łącznej«, a zatem »przejście prawa rozporządzenia w kwotach częściowych na poszczególnych właścicieli«. Widzimy jednak z wywodów tekstu, iż zapatrywanie to jako ogólna reguła obronić się nie da. Zresztą jego wyznawca nie chce go stosować w przypadkach, »w których między właścicielami łącznie obciążonych nieruchomości istnieją roszczenia zwrotne«, przyznając właścicielowi mającemu takie roszczenie pełne prawo rozporządzenia na swej nieruchomości, a nadto (odpowiednie) częściowe hipoteki zwrotne na nieruchomościach innych właścicieli. Jestto rażące wykroczenie przeciw zasadzie, którą postawiliśmy na czele wywodów pod C (por. także w tekście pod b). Zasadę tę jednak podnosi trafnie sam autor, o ile chodzi o (jasny i niewymagający omówienia) przypadek, gdy wszystkie nieruchomości łącznie obciążone, należą do jednego właściciela, przyznając mu prawo rozporządzenia jedynie w granicach sumy hipoteki łącznej, a zatem »z tem ograniczeniem, że ogólna suma rozporządzeń powziętych co do poszczególnych nieruchomości nie może przekraczać wysokości hipoteki łącznej. Również niezgodnie z tą zasadą rozstrzygnięto przypadek zrzeczenia się prawa zastawu na korzyść jednego tylko z właścicieli łącznie obciążonych nieruchomości, przyznając temuż pełne prawo rozporządzenia, podczas gdy wedle naszych wyników hipoteka zgasnąć tu powinna.

nia rozporządzić wyprzedzającem je w księdze gruntowej prawem zastawu tylko wtedy, gdy dług zastawny zgaśł dopiero po dniu 31 grudnia 1916 r. Powołany przepis noweli wyraża to w słowach: gdy dług zastawny zalegał jeszcze w dniu 1 stycznia 1917 — atoli błędem jest wnosić stąd, by dopiero po 1 stycznia 1917 mogło nastąpić zgaśnięcie długu, uzasadniające uprawnienie właściciela do rozporządzenia hipoteką na niekorzyść późniejszego wierzyciela hipotecznego; wystarczy gdy dług zastawny zalegał w dniu 1 stycznia 1917 choćby jedną tylko godzinę (lub nawet krótszy okres czasu), gdyż wówczas już jego zgaśnięcie nastąpiło po 31 grudnia 1916 r. (por. uzasadn. rząd. str. 112).

Uzasadnienie tych postanowień i różnica zdań co do przepisów przejściowych w stadyum przednowelistycznym byłyby nam może dziś już dość obojętne, gdyby nie wyzierało z nich, aż nadto widoczne, widmo »prawa« posuwania się następnych wierzycieli hipotecznych (por. rozdz. I). Sprawozd. kom. izby panów (str. 66) podnosi mianowicie argument instytucji kredytowych, »że bezwarunkowa moc wsteczna ustawy unicestwiłaby kalkulację dawniejszych wierzycieli hipotecznych, polegającą na owej nadziei posunięcia się w górę« i tym sposobem naraziłaby ich na materialne straty. W rozdz. I starałem się już wykazać, że czysto faktyczna nadzieja dalszych wierzycieli hipotecznych nie może być wcale braną w rachubę — zniesienie zaś postanowień Art. XXVIII u. w. O. E. oraz ustawy konwersyjnej z r. 1907 odbiera również podstawę ich prawu do posunięcia się w górę. W tym stanie rzeczy przepis § 43 now. osłabia poniekąd zajęte przez nią stanowisko, wstrzymując w sposób podany wyżej (t. j. odnośnie do praw wpisanych przed 1 stycznia 1917 r.) uchylenie Art. XXVIII u. w. O. E. i objawiając *eo ipso* chwilowe choćby zwycięstwo potęgi pieniądza nad interesem właściciela.

Że tego rodzaju postanowienie prawne może wywo-

łać »komplikacye i niedogodności« — powiedzmy poprostu spory — wskutek relatywnej nieskuteczności praw zastawu, przeniesionych przez właściciela (na nowe pretenzye) wbrew przepisowi § 43 now., było już przed nią wiadomem (spraw. kom. j. wyżej). Mimo to jednak, nie bacząc na argument, że za ową zaiste nieraz zawodną nadzieję posunięcia się w górę nie daje nigdy wierzyciel właścicielowi dogodniejszych warunków pożyczki, wybrano ową »słuszną drogę środka«. W każdym razie, acz wyrazem chwiejności, jest ona lepszą, niż droga projektowana w literaturze, aby następnym wierzycielom hipotecznym pozostawić jeszcze — w formie uprawnienia — parę lat czasu do żądania wykreślenia zgasyłych hipotek poprzecznych, co by wedle mat. wywołało formalny zajazd na wszystkie lepsze hipoteki.

Co się tyczy praw zastawu wpisanych począwszy od dnia 1 stycznia 1917 r. nie istnieją oczywiście żadne ograniczenia właściciela w rozporządzeniu materyalnie zgasyłą lub zjednoczoną z własnością hipoteką.

Na uwagę zasługuje jeszcze okoliczność, że podczas gdy Art. XXVIII u. w. O. E. uchylono z ograniczeniem jak wyżej, to ustawę konw. z r. 1907¹ znosi drugi ustęp § 43 z dniem 1 stycznia 1917 r. bezwarunkowo. Tożsamo tyczy się zmiany §§ 53 i 55 u. hip. (§ 44 i Art. II now.).

¹ O ile poszczególnych jej postanowień nie przejęła nowela; por. wyżej § 2.

ROZDZIAŁ V.

Próby konstrukcyi „prawa rozporządzenia hipoteką“.

Ktokolwiek czyni próbę postawienia jednolitej konstrukcyi »prawa rozporządzenia hipoteką« przez właściciela, ten podejmuje trud z góry bezowocny. Rozporządzenie to, jak je reguluje III nowela do k. c., jest niewątpliwie zlepkiem, na którego dnie znaleźć można wszystkie znane dotąd systemy, panujące w tej materyi, a nawet niektóre poszczególne, wiadome nam z przeszłości, ich odgałęzienia. Stąd nie może udać się próba, aby jednym z tych systemów wytłumaczyć całokształt »prawa rozporządzenia hipoteką« w trzeciej noweli do k. c., temnniej, aby stworzyć z prawdopodobnym widokiem na powodzenie konstrukcyę zupełnie nową, któraby objęła rozporządzenie hipoteką przez właściciela we wszystkich przewidzianych nią przypadkach, a więc w przyp. §§ 33, 37, 38 i 36 now. Wynika to już z jego natury jako zlepku i dlatego badania nasze muszą iść w innym kierunku, a mianowicie w kierunku usiłowań ujęcia konstrukcyi rozporządzenia hipoteką przez właściciela w każdym z tych przypadków z osobna. Największy interes teoretyczny przedstawia oczywiście rozporządzenie hipoteką w przyp. § 33 now. (469 k. c.) — jemu więc poświęcić wypada specjalną uwagę. W przyp. § 36 (1446 k. c.) zmiany wprowadzone nowelą są, stosunkowo do poprzedniego przypadku, mniej znaczne: hipoteka na nieruchomości własnej, uznawana

już w dotychczasowym prawie, nie przestała być nią i obecnie, acz i tu rozszerza now. niewątpliwie zakres uprawnień właściciela. Rozporządzenie hipoteką z § 37 now. przedstawia się jako dość ciekawa próba wtargnięcia obcego prawa austr. systemu w system dotychczasowy, lub, jak kto woli, w dotychczasowy brak systemu. Niemal poza interesem teoretycznym znajduje się rozporządzenie hipoteką w przyp. § 38 now. przejętego, jak wiadomo, prawie dosłownie z § 2 ust. 2 ustawy konw. z r. 1907.

1. Jeśli chodzi o konstrukcję »prawa rozporządzenia hipoteką« z § 469 k. c. (33 now.) i to konstrukcję opartą na wyraźnym przepisie ustawy, trzeba przyjąć że mimo zgaśnięcia długu, pozostało nadal prawo zastawu i że to prawo właśnie może być (przez właściciela) przeniesionem na nową wierzytelność. Nie jest to t. zw. odnowienie hipoteki, t. j. ustanowienie — w miejsce zgasłego — nowego prawa zastawu dla nowej wierzytelności, niema tu więc »otwartego miejsca zastawnego«: jak kupiec po wysprzedaniu zawartości półki napełnia ją (a więc tę samą półkę) nowym, na kredyt wziętym, towarem — podobnie właściciel nieruchomości wypełnia pozostałe po umorzeniu wierzytelności prawo zastawu nową wierzytelnością. Niema tu też wymiany jednej (istniejącej jeszcze) wierzytelności na drugą¹, jest natomiast wypełnienie powstałego przez zgaśnięcie pretensyi ubytku w prawie zastawu — nową wierzytelnością, krótko mówiąc, wypełnienie (materyalnie zgasłej) hipoteki.

Podobny pogląd, wyznawany już przez wielu autorów dla przypadków »sukcesyi hipotecznej« w prawie rzymskiem, rozwinął się także w nauce niem. prawa prywatnego przed wielu lat dziesiątkiem. Był on o tyle trafny, o ile mógł się oprzeć na wyraźnym przepisie ustawy²; o ile miał za podkład t. zw. paragraf dodatkowy (52) do prawa krajowego pruskiego, utrzymać się nie mógł.

¹ Jak w § 38 now. P. wyżej rozdz. IV § 2 D.

² N. p. Art. 107 ust. zast. wirtemb. z 15/IV 1825 r.

Paragraf ten bowiem postanawiał wyraźnie, że prawa hipoteczne nie znoszą się już przez zjednoczenie »ich własności z właścicielem zobowiązanej nieruchomości w jednej osobie, dopóki nie nastąpiło ich wykreślenie zależne od wniosku posiadacza, który może, aż do tej chwili, takie niewykreślone prawo hipoteczne ważnie odstąpić drugiemu«. Skoro zatem w myśl cyt. paragrafu dopuszczalnym był przelew hipotecznej wierzytelności, musiała ta wierzytelność — mimo zjednoczenia — dalej prawnie istnieć, a względnie była uważaną za istniejącą nadal nawet wtedy, gdy ją umorzył właściciel, który nabywał wówczas *ipso iure* prawa cesyonariusza¹, choćby był nawet dłużnikiem osobistym. Wobec takiego stanowiska właściciela mógł on bez żadnej przeszkody cedować wierzytelność hipoteczną nawet po pozbyciu własności nieruchomości². Widzimy tedy ogromną, rzucającą się w oczy różnicę pomiędzy wspomnianym paragrafem dodatkowym, a § 33 now. Tam płacący właściciel nabywał wierzytelność dla siebie (hipoteka właściciela), tu każdorazowy właściciel może przenieść prawo zastawu (nie wierzytelność, bo ta zgaśła) na inną pretensję: o cesyi niema mowy³. Podczas gdy pogląd o wypełnieniu prawa zastawu nową wierzytelnością okazał się błędnym dla prawa pruskiego, jest on m. zd. zupełnie uzasadnionym dla dzisiejszego prawa austr. I nie potrzeba daleko szukać podstawy prawnej takiego przeniesienia prawa zastawu. Jeśli bowiem właściciel może — jako taki — ustanowić prawo zastawu, to tembardziej może ustanowioną już na swej nieruchomości hipotekę przenieść na nową wierzytelność, skoro dawna zgaśła.

Widzimy tedy, że »prawo« rozporządzenia hipoteką z § 33 trzeciej now. do k. c. wypływa z prawa własności (w czem się zgadzają niemal wszystkie zapatrywania) i jest podporządkowane uprawnieniu właściciela do usta-

¹ Deklar. z 3/IV 1824; Archiv. f. d. ziv. Praxis T. 62, str. 136 i 137.

² Ibid. str. 141.

³ Por. wyżej: rozdz. IV § 1 pod 7.

nawiania praw zastawu wogóle: *in maiori minus!* Nie narusza to żadnych praw dalszych wierzycieli hipotecznych, bo takich praw niema — nadzieja, jeśli wogóle była, okazała się, jak często nadzieja, zawodną. Znika zawisłość prawa zastawu od wierzytelności, co prawda na pewien czas tylko, na czas od zgaśnięcia dawnej do wypełnienia prawa zastawu nową wierzytelnością. Zmienia się też (trzykrotnie) podmiot prawny hipoteki. W owym międzyczasie jest nim bowiem bezwątpienia właściciel, któremu ustawowo przyznano »prawo« rozporządzenia. Ale nie nabywa on przecież prawa zastawu dla siebie (§ 1163 k. c. n.), »nabywa« on tylko »prawną możliwość« przeniesienia hipoteki na inną wierzytelność. Czy ta prawna możliwość polega »tylko« na chęci (ustawy) »utrzymania formalnej (księgowej) sytuacji prawnej na korzyść właściciela«? Czy może ma ona być »jedynie zapobiegawczym środkiem obronnym przeciw pokrzywdzeniu go przez konkurujące prawa«, środkiem, którego treść określa się jako zagwarantowanie właścicielowi dyspozycji »oznaczoną częścią wartości nieruchomości«? Pierwszy z tych poglądów nie da się zd. m. pogodzić z równocześnie bronionem pojęciem materyalnego prawa rozporządzenia właściciela. Jeśli ono wypływa »jako samodzielne prawo« z prawa własności, jeśli pociąga za sobą »rzeczowe związanie nieruchomości«, wykluczające »ingerencyę trzecich interesantów«, to nie może być pojmowanem tylko jako wynik chęci formalnego utrzymania w mocy (w interesie właściciela) pewnej hipoteki, która już nie istnieje. Takie tłumaczenie dobre dla wyjaśnienia ochrony praw trzecich, nabytych w zaufaniu do stanu księgi gruntowej — nie wystarczy zgoła dla usprawiedliwienia »materyalnego prawa« rozporządzenia. Pogląd drugi nadaremnie się broni przed pojęciem »stałego miejsca zastawnego«, jakiego w nim żadną miarą uniknąć się nie da. Gdy się mówi o rozporządzeniu częścią wartości nieruchomości, to z takim rozumowaniem nieodłączne jest pojęcie prawa zastawu jako

prawa do wartości rzeczy, a względnie tylko i wyłącznie do tej części jej wartości, którą wyznaczono wierzycielowi już przy ustanowieniu prawa zastawu, a zatem do »miejsc zastawnego«. Prawo zastawu na nieruchomości, o ile jest wogóle prawem rzeczowym, nie ciąży tedy na całej rzeczy. Może ten pogląd jest słuszny, ale że nie przyjęło go austr. prawo prywatne, wystarczy wskazać na przepisy §§ 447 i 457 k. c.¹. A także omówione przez nas postanowienia trzeciej noweli do k. c. nie dają podstawy do przyjęcia, jakoby cały dotychczasowy system miał uległ przeobrażeniu na rzecz »stałych miejsc zastawnych«. Czy może i po nastąpieniem bezwarunkowem wykreśleniu prawa zastawu na wniosek właściciela, będą dalsze hipoteki »ograniczone« do pozycji zastawnych, jakie miały przy wpisie? (Art. 813 k. c. szwajc.).

Na manowce sprowadza wogóle zbyt nie upatrywanie podobieństw między uprawnieniem do rozporządzenia hipoteką, a instytucją stałych miejsc zastawnych. Różnice między niemi biją przecież w oczy: miejsce zastawne, to nie prawo zastawu, »odnowienie hipoteki« równa się ustanowieniu nowego prawa zastawu dla nowej pretensyi, podczas gdy u nas (§ 33 now.) pretensya tylko jest nową, prawo zastawu uwolnione od dawnej, może teraz służyć tej nowej wierzytelności. A dalej — argument dopiero zaznaczony: prawo zastawu można wykreślić i spowodować przez to automatyczne posunięcie się następnych wierzycieli hipotecznych; nie można wykreślić »stałego miejsca zastawnego«, samo wykreślenie prawa zastawu na nieruchomości nie zmienia tam w niczem położenia następnego wierzyciela (por. Art. 814 ust. 1 i 3 k. c. szwajc.). Po definitywnem wykreśleniu hipoteki nie może być mowy o wykonaniu »prawa rozporządzenia« z § 33 now. — »w miejsce umorzonego poprzedniego prawa zastawu na nieruchomości można ustanowić inne« (Art. 814 ust. 2 k. c. szwajc.).

¹ Por. wyżej w »Planie pracy«.

Analogia między omawianymi instytucjami polega zatem jedynie na nieuwzględnianiu zarówno »prawa rozporządzenia« z § 33 now.¹, jak i nieobsadzonego miejsca zastawnego przy rozdziale licytacyjnej ceny kupna — za mało, aby je obie ryczałtowo z sobą zrównać.

Wspomniałem, że uprawnienie do rozporządzenia z § 33 now. nie jest hipoteką właściciela. Dlaczego? Czy dlatego, że materialnie zgasa hipoteka nie może być przeniesioną na właściciela, na imię jego »przepisaną«? Jeśli chodzi o ścisłość, to nawet taka »hipoteka właściciela *sensu stricto*« (która jest w rzeczywistości »zamaskowanym« długiem gruntowym), nie jest naprawdę hipoteką właściciela². Ale bądźco bądź wtedy właściciel »nabywa hipotekę« (§ 1165 k. c. n.), może ją dalej odstąpić, zgłasza ją bez żadnych już wątpliwości do licytacyjnej ceny kupna jako swą »wierzytelność«! A choć w całym szeregu partykularnych ustaw niemieckich owo przepisanie na imię właściciela nie było dozwolonem lub koniecznem, a mimo to istniała »hipoteka właściciela«, czyż to uzasadnia wniosek, że i dzisiaj uprawnienie do rozporządzenia materialnie zgasa hipoteką, której nie można przenieść na osobę właściciela, będzie jego hipoteką? Wszak dawniej i stałe miejsca zastawne mieszano z hipoteką właściciela — dziś już odróżnia się, a przynajmniej powinno odróżniać od siebie oba te systemy ściśle. Można więc i uprawnienie do rozporządzenia hipoteką z § 33 now. nazwać »niezupełną hipoteką właściciela«, ale jego istoty określenie to nie odda. Podobieństwa, jak widzieliśmy, i do hipoteki właściciela, i do stałego miejsca zastawnego nie braknie, ale naszą rzeczą jest raczej konstatować różnice. A różnicą jest niewątpliwie zasadniczą, że w przypadku dobrowolnego pozbycia nieruchomości zatrzyma właściciel swą hipotekę nadal, o ile jej nie spłaci nabywca, podczas gdy »prawo rozporządzenia hipoteką« przechodzi z pozbyciem własno-

¹ Por. wyżej: rozdz. IV § 1 pod 12.

² Por. wyżej: rozdz. III A 2 d.

ści nieruchomości na nowego jej właściciela — innemi słowy — służy¹ ono każdemu właścicielowi obciążonej nieruchomości, a nie jej »pierwszemu nabywcy« i tegoż następcom prawnym. Jak widzieliśmy poprzednio, nie można też takiej »hipoteki« likwidować do ceny kupna²; § 470 zd. 2 k. c. (35 now.) nie odnosi się — wbrew swemu brzmieniu — do przypadków z § 469 k. c. (33 now.).

Wszystkie inne podniesione w literaturze różnice pomiędzy hipoteką właściciela, a uprawnieniem do rozporządzenia z § 33 now. pomijamy jako nieistotne. I bez nich da się obronić zdanie, że obie te instytucje nie są identyczne, że istotną jest raczej treść uprawnienia, jakie przysługuje danemu podmiotowi prawnemu. Choć podmiotem takim jest i przy »prawie rozporządzenia hipoteką« właściciel, to jednak jest on tu czego innego podmiotem, nie hipoteki własnej.

Ale przecież mówią nam z odwołaniem się do § 449 k. c., że prawo zastawu nie może istnieć bez wierzytelności, że zatem w przyp. § 33 now. pozostaje tylko owo mistyczne »coś z prawa zastawu«, owa »odpowiedzialność rzeczowa«, czy »rzeczowe związanie nieruchomości«. I uczą nas, że obecny § 469 k. c. nie powiedział wcale, iż »hipoteka istnieje nadal«, że odpowiedzialność, o której tam mowa, nie jest jeszcze prawem zastawu. Ale przyznano przytem, że ta odpowiedzialność, pojęta w oderwaniu od prawa zastawu, nie jest wyrażeniem ani technicznem ani ściśłem — wprowadzono więc do konstrukcyi »coś«, co nie jest czemś konkretnem, co jednak ma być surogatem czegoś zupełnie realnego: hipoteka nie buja w obłokach! I znów musimy tu przypomnieć ów nieświeży, ale trafny pogląd, że nawet w tych ustawodawstwach, które stoją na stanowisku zawisłości hipoteki od wierzytelności, konieczną jest ta ostatnia tylko do ustanowienia hipoteki, a nie dla jej dalszego trwania, i że tak właśnie pojmować

¹ Por. wyżej: rozdz. IV § 1 pod 4.

² Por. wyżej: rozdz. IV § 1 pod 12.

należy przepis § 449 k. c. (»Prawo zastawu dotyczy wprowadzie zawsze ważnej pretensyi...«), jeśli się ma go doprowadzić do zgody z przepisem § 469 k. c. A więc nie można zastępować pozostałej, mimo zgaśnięcia wierzytelności, hipoteki czemś »nieścisle i nietechnicznym«, czemś co może być wprowadzie i jest niejednokrotnie użytym (w rozmaitych znaczeniach) w ustawie, co jednak objaśnić i wymienić na coś ścisłego i technicznego jest właśnie naszym obowiązkiem. § 449 k. c. mówi przecież o pretensyi, która »daje tytuł do nabycia prawa zastawu« nic więcej! Choć więc wierzytelność zgasła, nie zgasła jeszcze w przyp. § 469 k. c. samo prawo zastawu; wykonanie rozporządzenia hipoteką nie jest więc ustanowieniem nowego, lecz zmianą »tego, za co odpowiada nieruchomości«, t. j. wierzytelności, bez potrzeby uchylania dotychczasowego prawa zastawu. Wszakże taka zmiana dopuszczalną jest, jak wiadomo, w przyp. nowacyi (§ 1378 k. c.) i o ten przypadek łamie się już myśl przymusowa o bezwzględnej akcesoryjności prawa zastawu.

Nie mówmy zatem, ani o hipotece właściciela, ani też o otwartem miejscu zastawnem w przyp. § 469 k. c. Chyba, że koniecznie zechcemy ujednolicić nasze zapatrywanie z dawną interpretacją analogicznych przepisów bawarskiej ust. hip. z r. 1822 (zwłaszcza § 84), w której przyznane właścicielowi prawo rozporządzenia hipoteką (termin to wcale nie nowy) dziwnie — co do skutków — przypomina »prawo rozporządzenia« z § 33 now. Tam miał je też każdorazowy właściciel nieruchomości w przypadku materialnie zgasłej, lecz z ksiąg gruntowych niewykreślonej hipoteki i miał je dopóty, dopóki hipoteki nie wykreślił z księgi, w którym to przypadku następowało, jak u nas, posunięcie się w górę następnych wierzycieli hipotecznych; wykonać je mógł tylko przez zaciągnięcie nowej wierzytelności, nigdy przez przelew, nadzastaw, przepisanie na własne nazwisko; tracił to prawo w przypadku licytacyjnej sprzedaży nieruchomości. Ale tam wy-

konanie prawa rozporządzenia polegało na użyczeniu »ran-
gi« dotychczasowej hipoteki hipotece nowej: gasła więc
dawna hipoteka, pozostawiając »miejsce zastawne otwarte«
dla świeżo ustanowionej przez właściciela. A my nie
chcemy przecież mieszać systemu stałych miejsc zasta-
wnych z hipoteką właściciela, nie mieszajmy więc też
uprawnienia do rozporządzenia hipoteką z § 33 now.
z jedną lub drugą z tych instytucyi — wszak mamy
przed oczami system stałych miejsc zastawnych, taki ja-
sny i prosty, jakiemu wyraz daje szwajc. ustawa cywilna;
wiemy tedy i wskazaliśmy już wyżej¹, jakie zachodzą ró-
żnice między nim a »prawem rozporządzenia« z § 33 III
noweli do k. c. Porzućmy tedy dla wytłómaczenia tego
paragrafu »stałe miejsca zastawne«, lubo urok tej insty-
tucyi jest tak wielki, że mimowoli wciska się ona i tutaj
pod pokrywką czegoś innego, pod inną nazwą. Trzeba
z góry stwierdzić, że wszelkie zapatrywania, które przy-
jmują możliwość ustanowienia nowego prawa zastawu
w miejsce dawnego, przyznając właścicielowi czy »możli-
wość formalnego rozporządzenia miejscem hipotecznem«,
czy »możność dysponowania stopniem pierwszeństwa hi-
potecznego« prowadzą w konsekwencji do teoryi (części)
wartości, czyli miejsca (*locus*), do »stałych miejsc zasta-
wnych«; mamy tu tylko do czynienia z inną etykietą ze-
wnętrzną przy dosłownie tej samej zawartości wewnętrz-
nej. Jeżeli bowiem właściciel ma mieć podobne prawo
dyspozycji po zgaśnięciu dawnego prawa zastawu, toć
oczywiście każdy następny wierzyciel hipoteczny pozosta-
nie ograniczonym do miejsca, które otrzymał przy wpisie
prawa zastawu na rzecz swej pretensyi — prawo dyspo-
zycji właściciela wpłynie więc koniecznie na zmianę
przedmiotu prawa zastawu, zmianę niezgodną z przepi-
sem § 457 k. c. Wówczas trudno już mówić o osiągnięciu
zaspokojenia zastawcy z rzeczy (§ 447 k. c.), mimo (nie

¹ Por. wywody rozdz. III *in fine*.

zawsze zresztą istniejącej) możności postawienia wniosku na jej sprzedaż; zaspokojenie, a o nie przecież tylko chodzi, nastąpi jedynie z części wartości rzeczy, z wartości, jaką przedstawia pozycja zastawna danego wierzyciela hipotecznego, »z nadwyżki, jaka po odliczeniu już istniejących hipotek pozostanie«. Jeśli zaś chodzi o porównanie z zastrzeżeniem stopnia pierwszeństwa hipotecznego z § 53 ust. hip., to, jak zauważyłem wyżej¹, instytucja ta zastępuje u nas częściowo właśnie dotkliwy brak »stałych miejsc zastawnych«, atoli w chwili adnotacyi niema jeszcze dalszych wierzycieli hipotecznych, przed już istniejących zaś wierzycieli, a względnie przed ich hipoteki, adnotacya z § 53 ust. hip. wejść nie może (por. Art. 813 i nast. k. c. szwajc.). Analogia z ustępstwem pierwszeństwa hipotecznego, z którego zrezygnować może jeden wierzyciel na korzyść drugiego lub drugich, gdzie więc dwie lub więcej hipotek zmienia dobrowolnie przysługujące im pierwszeństwo, chybia zupełnie tam, gdzie chodzi o prawo zastawu dla nowej wierzytelności w miejsce dotychczasowej zgasłej, gdzie rozporządza hipoteką właściciel, nie pytając o zezwolenie ani dotychczasowego, ani nawet następnych wierzycieli hipotecznych (por. §§ 45 i nast. III now. do k. c.). Aby wytłómaczyć brak prawa posuwania się tych wierzycieli nie trzeba sięgać do zbytecznej fikcyi, iż każdy wierzyciel hipoteczny zrzuca się z góry »prawa« posuwania się, kiedy w rzeczywistości ani on sam o takim zrzeczeniu się nie myślał, ani ustawa nie uważa go za „*naturale negotii*“. Ustawa uważa właśnie za *naturale* coś, co jest wprost przeciwnem rzekomo domniemanemu zrzeczeniu: fakt automatycznego posunięcia się w górę w przypadku wykreślenia materyalnie zgasłej hipoteki, fakt, który jest niewątpliwym, i który daje najlepiej wyraz zasadzie: *pignoris causa indivisa*². Jakże fakt ten pogodzić z owym zrzeczeniem się, czy ma ono być »warunkowem« także

¹ Rozdz. IV § 2 *in fine*.

² Por. o tem wyżej w »Planie pracy«, tudzież w rozdz. I *in fine*.

w odniesieniu do ewentualnego wykreślenia prawa zastawu przez właściciela? Tento właśnie fakt powinienby, jak już wyżej zaznaczono, otworzyć szeroko oczy na różnicę pomiędzy uprawnieniem do rozporządzenia hipoteką z § 33 now., a stałym miejscem zastawnym k. c. szwajc.; sama bowiem możność zobowiązania się właściciela do zapewnienia następnemu wierzycielowi hipotecznemu posunięcia się naprzód ze swą hipoteką, w miejsce zgasłej, istnieje i w szwajc. k. c. (Art. 814 ust. 3).

Nie można więc z jednej strony nie dopatrywać w stopniu pierwszeństwa hipotecznego tego, co się poza nim ukrywa istotnie, z drugiej zaś strony pomijać różnicę między ukształtowaniem rozporządzenia hipoteką z § 33 now. a »stałym miejscem zastawnym«, różnicę, która nie dopuszcza przyjęcia »odnowienia hipoteki« dla przypadków z § 469 k. c.

»Materyalność« uprawnienia z § 33 now. wywodzi zatem z uprawnienia właściciela do ustanowienia prawa zastawu na swej nieruchomości. Jak to uprawnienie jest tylko wpływem ogólnego »prawa rozporządzania« nieruchomością, tak i możność przeniesienia materyalnie zgasłej hipoteki na nową wierzytelność wynika z uprawnienia właściciela do ustanawiania praw zastawu w ogólności. To co jest »szczególnem« w odniesieniu do czegoś »ogólnego«, będzie ogólnem w odniesieniu do dalszego szczegółu. Szersze obejmie i węższe; w dużem kole zmieści się małe.

Czy wobec tego potrzeba dla przypadków z § 33 now. konstruować odrębne prawo podmiotowe? Zapewne można twierdzić, iż właściciel ma »prawnie chroniony interes« w wykonaniu przyznanego mu uprawnienia do rozporządzenia hipoteką, że to uprawnienie jest »stworzoną przez prawo przedmiotowe mocą jednostki w odniesieniu do pewnego przedmiotu«, lub że jest ono »władztwem« czy wyrazem władztwa »woli« właściciela — trudniej już byłoby wykazać, że właścicielowi przysługuje osobne

»roszczenie prywatne«, jako środek udzielony mu przez porządek prawny przeciw innym jednostkom, w celu uchylenia możliwego z ich strony bezprawia, t. j. naruszenia właściciela w wykonaniu rozporządzenia. Dla nas jest to wszystko dość obojętnem, bo nie widzimy żadnej potrzeby praktycznej, aby uprawnieniu właściciela do rozporządzenia hipoteką nadawać tytuł osobnego prawa podmiotowego. Wystarczy, gdy takim prawem jest prawo własności. Wszakże i możliwości (właściciela) ustanawiania praw zastawu nie charakteryzujemy jako odrębne prawo subiektywne, lecz jako wypływ mocy rozporządzania rzeczą własną, która to moc wypływa znowu z samego prawa własności. Jeśliby chodziło o porównanie — raczej literackie, niż ścisłe — moglibyśmy powiedzieć, że jednego z ogniw łańcucha nie można nazywać łańcuchem, zamiast jego częścią. Ale gdy ustawa, jak n. p. zachodnio-galic. kod. cyw. (w § 29), uważa prawo do życia, do sprawienia sobie potrzebnych w tym celu przedmiotów i t. d. za przyrodzone prawa człowieka, czy nas to skłoni do stworzenia z każdego z tych »praw« odrębnego prawa podmiotowego?

2. Sądzę, że co do konstrukcyi rozporządzenia hipoteką z § 33 now. kwestya przedstawia się jasno. Wyznaję jednak otwarcie, że o ile z całym przekonaniem broniłem tu prawa zastawu, które przetrwało pretensyę, o tyle trudnoby mi było rozszerzyć tę obronę na »prawo rozporządzenia« z § 37 now. Mógłbym wprawdzie powiedzieć i tutaj, że wykreślenie dotychczasowego prawa zastawu jest tylko warunkowem¹; więc ono nadal jeszcze warunkowo istnieje i może być na nową przeniesione wierzytelność. Ale chcemy konstrukcyę oprzeć na ustawie, nie na poprawieniu ustawy. A w niej mowa o »nowem« prawie zastawu, które wstępuje w miejsce wykreślonego, trudno więc zaprzeczać analogii ze stałym miejscem zastawnem, z »odnowieniem hipoteki«, zwłaszcza, że n. p. w dawniej-

¹ Por. rozdz. IV § 2 C.

szych meklemburskich ustawach hipotecznych istniało »zastrzeżenie otwartej hipoteki«¹, a zatem instytucja z zastrzeżeniem z § 37 now. prawie identyczna. W późniejszych ustawach hipotecznych, które przyjęły system stałych miejsc zastawnych, a w szczególności w takimże systemie kod. cyw. szwajc., odpada wprawdzie potrzeba podobnego zastrzeżenia i dziś nawet wykreślenie prawa zastawu nie pomoże następnym wierzycielom hipotecznym (Art. 814 k. c. szwajc.) — lecz uzasadnia to tylko wniosek, że trzecia now. do k. c. sięgła w unormowaniu rozporządzenia hipoteką z § 37 do przeszłości, czyli (przynajmniej formalnie) cofnęła się wstecz. Przyczyna obranej drogi jest jasna: niechęć do przyjęcia systemu stałych miejsc zastawnych w całej pełni; atoli właśnie przepis § 37 now. dowodzi, że to co dobre narzuca się mimo chęci z niepowstrzymaną siłą i jeśli nie tu (§ 33), to gdzieindziej (§ 37) wypłynie na wierzch. § 37 now. to hołd złożony przez dotychczasowy system systemowi stałych miejsc zastawnych, to wyraz zasady: *et haec facienda et illa non omittenda*, oportunizm, wywołany przez rzeczywiste potrzeby praktyczne (por. zresztą wyżej rozdz. IV § 2 pod C).

3. Co do konstrukcji »prawa rozporządzenia« z § 38 now. v. wyżej rozdz. IV § 2 pod D).

4. Co do hipoteki na nieruchomości własnej z § 1446 k. c. (36 now.) stoimy na stanowisku, iż jest ona prawdziwą hipoteką mimo faktu, że jej podmiotem właściciel. Nie można bowiem zapominać o tem, że w przypadkach § 1446 k. c. wierzytelność — jak wykazano w rozdz. II — istnieje zawsze, istnieje też prawo zastawu dla jej zabezpieczenia. Nie będziemy tu przedstawiać wszystkich teorii, jakie w odniesieniu do hipoteki właściciela pojawiły się na gruncie niem. prawa prywatnego. Zaznaczamy tylko, że niektóre z nich idą w kierunku uznania samodzielnej (rzeczowej) odpowiedzialności nieruchomości, czyli jej zwią-

¹ Archiv f. d. Civ. Pr. T. 62, 127 nast.

zania niezależnie od osoby zobowiązanego, inne znów w kierunku »odciążenia« własności, t. j. powrotu części wartości nieruchomości do rąk właściciela, lub (co zd. m. na jedno wychodzi) w kierunku przyznania mu dyspozycji miejscem zastawnym, skoro — jak już podniesiono wyżej — dyspozycya ta nie może w gruncie rzeczy dotyczyć czego innego, jak części wartości nieruchomości. Poglądy te prowadzą bądź do wyjaśnienia istoty długu gruntowego¹, której to instytucyi prawo austr. dotąd nie przyjęło², bądź też wpadają mniej lub więcej świadomie w objęcia systemu stałych miejsc zastawnych, zamiast starać się o przeprowadzenie ścisłej różnicy między tym systemem, a hipoteką właściciela k. c. n. Dla nas są one już z tej przyczyny mniej doniosłe, że z hipoteką na nieruchomości własnej mamy do czynienia jedynie w przyp. § 1446 k. c., w których dług nie gaśnie nigdy i w których też, mimo § 526 k. c., nie gaśnie (§ 1446 zd. 1) hipoteka, nie przestaje być nadal hipoteką. Prawda, że będzie ona wyjątkiem od zasady, że prawo zastawu jest prawem na rzeczy cudzej, atoli nie mamy żadnej uzasadnionej przyczyny, aby wbrew potrzebom życia odsuwać się od tego wyjątku, jak od czegoś »niesamowitego« i starać się go wtłoczyć przymocą w obce mu zupełnie ramy. Rozstrzygającymi dla istnienia hipoteki właściciela są tu dwa wyraźne upoważnienia ustawowe: możność zgłoszenia takiej hipoteki do ceny rozdziałowej (§ 470 k. c., 35 now.), oraz możność jej przeniesienia na inną osobę, bądź w drodze rozporządzenia właściciela, bądź w drodze egzekucyi (§ 1446 zd. 2). Poza temi upoważnieniami może właściciel, pozbywając nieruchomość, zatrzymać nadal hipotekę dla siebie: zjednoczenie ustaje, pozostaje hipoteka i to w ręku tego samego (co dotąd) podmiotu; trudno więc sam fakt, że podmiot ten był lub jest zarazem wła-

¹ P. o tem w rozdz. III pod 1.

² Sprawozd. kom. izby panów str. 55 nast.

ścicielem, uważać za dostateczny do uchylenia prawa zastawu. Widać też stąd, że mimo tysiącznych zapewnień prawo własności nie jest tak szerokiem i nieograniczonem prawem, aby obok niego — choć tylko wyjątkowo — nie mogło się ostać inne ograniczone prawo rzeczowe na rzecz właściciela, aby właścicielowi nie zależało zgoda na utrzymaniu tego prawa (t. j. hipoteki) dla siebie. Jako istotne ograniczenie wierzyciela-właściciela lub właściciela wierzyciela przyjąć trzeba tylko niemożność prowadzenia egzekucyi na nieruchomości własną. Inne ograniczenia (por. n. p. § 180 ust. 1 O. E.), wypływające ze stanowiska właściciela jako »zobowiązanego« (choć w przyp. § 1446 k. c. jest on tylko hipotecznym dłużnikiem), są już natury (czysto) egzekucyjno-prawnej; wobec możliwości zaspokojenia hipoteki właściciela z ceny rozdziałowej błędnie i owo istotne ograniczenie podmiotu hipoteki na nieruchomości własnej, zwłaszcza gdy się zważy, że właściciel może dojść do zaspokojenia swej wierzytelności, nie czekając, aż inny wierzyciel wdroży egzekucję na nieruchomość, a mianowicie drogę wykonania rozporządzenia sposobami, o których była mowa wyżej¹. Twierdzeniom, jakoby właściciel rozporządzał tu (tylko) miejscem hipotecznem lub stopniem hipotecznego pierwszeństwa, przeczy tedy oczywistość: właściciel rozporządza w przyp. § 1446 k. c. przedewszystkiem swą własną wierzytelnością zastawną, własną hipoteką, hipoteką ciążącą na własnej nieruchomości. Zresztą widzieliśmy już poprzednio, co się za owem miejscem zastawnem lub stopniem pierwszeństwa hipotecznego ukrywa, co należy z poza nich wydobyć na jaw. W szczególności tu, gdzie istnieje faktycznie hipoteka właściciela, gdzie nie zgasł wcale dług zastawny osoby trzeciej, nie można — nawet z pozorami słuszności — innego zająć stanowiska, jak, że mamy przed sobą prawdziwą hipotekę, na której istotę jako takiej nie wpływają

¹ Por. wyżej rozdz. IV § 1 pod 7.

pewne ograniczenia właściciela, będącego jej podmiotem. Kto zgodnie z faktycznym i prawnym stanem wyznaje zapatrywanie, że w razie zmiany własności hipoteka taka pozostaje w rękach dotychczasowego jej podmiotu, t. j. byłego właściciela, a nie (jak rozporządzenie z § 33 now.) przechodzi na nowonabywcę nieruchomości, ten w konsekwencji musi też uznać jej byt prawny jako hipoteki, nie bacząc na charakter uprawnionego, którym dziś jest właściciel, jutro osoba, która właścicielem obciążonej hipoteki bądź nigdy nie była, bądź już być przestała, a więc tylko wierzyciel. Z materyalnego istnienia tej hipoteki wypływają też szersze uprawnienia właściciela, niż w przyp. § 33 now. (469 k. c.), a mianowicie możność nie tylko »przeniesienia prawa zastawu na nową wierzytelność«, lecz także odstąpienia (cesyi) wierzytelności hipotecznej jako takiej, a nawet — w przypadkach nabycia na własność nieruchomości przez wierzyciela — możność ustanowienia nadzastawu (por co do tego wyżej: rozdz. IV § 1 pod 7).

ROZDZIAŁ VI.

Wnioski.

Stanąłem w rozdz. III na stanowisku, że możliwie najodpowiedniejsze uregulowanie naszej materyi przedstawia system stałych miejsc zastawnych w jego dzisiejszem opracowaniu przez kod. cyw. szwajc. System ten odpowiada w zupełności naszym wynikom co do potrzeby usunięcia przeżytków »nadziei prawnej«, czy »prawa« posuwania się dalszych wierzycieli hipotecznych, nie naruszając możliwości odrębnego unormowania tej sprawy drogą (uwidocznionej w księdze gruntowej) umowy pomiędzy stronami i nie wykluczając prawa wierzycieli zastawnych do dochodzenia (zaspokojenia) swych pretensyi w postępowaniu egzekucyjnem na nieruchomości. W systemie tym wybija się jasno różnica między »prawem« posuwania się następnych wierzycieli hipotecznych, którego ustawa nie uznaje nawet po wykreśleniu poprzedzającego prawa zastawu, a wspomnianem »prawem dochodzenia« zaspokojenia w egzekucyi, które w przypadku »pustych miejsc zastawnych« (Art. 815) przyznano bezwzględnie rzeczywistym zastawnym wierzycielom. Wskutek możności wykreślenia prawa zastawu w księdze gruntowej, bez utraty prawa dyspozycyi miejscem zastawnem, nie naraża się właściciel nieruchomości na niebezpieczeństwo przeniesienia zgasłej materyalnie hipoteki przez dotychczasowego wierzyciela na osobę trzecią (cesya), dzia-

lającą w zaufaniu do ksiąg gruntowych¹. System ten dałby się niewątpliwie przeszczepić na nasz grunt. Paśchy wprowadzie musiała dotychczasowa doniosła zasada: *pignororis causa indivisa*² — trzebaby poświęcić tekst § 457 k. c. — automatyczne posuwanie się dalszych wierzycieli hipotecznych, w razie wykreślenia materialnie zgasłej hipoteki, przeszłoby do historii. Jednem słowem nastąpiłby musiała prawdziwa, daleko idąca, reforma dotychczasowego systemu. Natomiast unika się wówczas konieczności przyjęcia (zarazem) konstrukcyi pozwalającej przenieść prawo zastawu w oderwaniu od zabezpieczonej niem wierzytelności, czyli nie narusza się zasady zawisłości prawa zastawu od wierzytelności, gdyż: 1) obierając system stałych miejsc zastawnych, niekoniecznie musimy przyswoić sobie zarazem instytucję długu gruntowego i 2) dyspozycja miejscem zastawnym przez właściciela nie polega na »przeniesieniu prawa zastawu na nową wierzytelność«, lecz na ustanowieniu nowego prawa zastawu w miejsce dotychczasowego (wykreślonego), a zatem z jego hipotecznem pierwszeństwem. Tę zasadę akcesoryjności musimy — jak podniosłem w rozdz. V — naruszyć, acz tylko częściowo, szukając konstrukcyi dla »prawa rozporządzenia hipoteką« wedle § 33 now. Co prawda nie jest ona ani taką teoretyczną świętością, ani tak bezwzględnie wyznawaną przez austr. kod. cyw., aby nad jej (obecnem) ograniczeniem załamywać ręce³.

Staraliśmy się już wykazać wyżej, że zarzuty przeciw przedziwnej jasności systemowi »stałych miejsc zastawnych«, podniesione w toku obrad nad III now. do

¹ Lub też na możliwość ustanowienia dla niej prawa nadzastawu przez dotychczasowego wierzyciela; por. wyżej: rozdz. IV § 1 pod 11.

² Por. o tem wyżej w »Planie pracy«, w rozdz. I (wywody końcowe), oraz wywody rozdz. V pod 1.

³ P. wyżej: wstęp do rozdz. IV, tamże (rozdz. IV) § 1 pod 7 i przedewszystkiem wywody rozdz. V pod 1.

k. c.. nie są uzasadnione, a względnie że nie są one tak poważne, aby mogły osłabić przekonanie o jego dobroci na korzyść jakiegoś innego systemu. Nie usłuchano jednak głosu zmarłego »księcia« prawników austriackich, który doradzał stanowczo przyjęcie systemu stałych miejsc zastawnych dla austr. prawa hipotecznego. Obecnie więc zastanowić się nam tylko wypada, jakie są strony ujemne systemu przyjętego w tej mierze przez trzecią now. do k. c. i jakie poprawki uczynićby należało celem ich usunięcia.

A. Przechodząc najważniejsze zarzuty natury ogólnej — raczej ekonomicznej niż prawniczej — zarzuty, podniesione już przed wejściem w życie III now. do k. c., mamy wrażenie, że większość ich nie jest uzasadnioną. Staje się to odrazu jasnem wobec naszego stanowiska, negującego pozaumowne prawo dalszych wierzycieli hipotecznych do posuwania się w górę w przypadku umorzenia poprzedzającej wierzytelności zastawnej (rozdz. I). Wiadomo już od dawna, że wierzyciel hipoteczny żąda tem wyższego oprocentowania swej wierzytelności, im w gorszej pozycji hipotecznej uzyska prawo zastawu na nieruchomości; wszelka nadzieja do posunięcia się naprzód na wypadek umorzenia hipotek poprzedzających na tę stopę procentową w niczem nie wpływa, jej wysokości nie umniejsza. Przyznać wierzycielom hipotecznym prawo do posunięcia się równałoby się tedy niesłusznemu faworyzowaniu ich na niekorzyść właściciela, wydostaniu się ich wierzytelności zastawnych w pozycję, którąby właściciel wyzyskać mógł dla otrzymania lepszej pożyczki może amortyzacyjnej, w każdym zaś razie niżej oprocentowanej. A temu ustawa sprzyjać nie może, bez względu na to, czy ten i ów łatwowierny wierzyciel hipoteczny zawiedzie się w swej nieusprawiedliwionej nadziei. Wykluczenie prawa posuwania się nie wyklucza, jak widzieliśmy, przyznania wierzycielom hipotecznym prawa dochodzenia (zaspokojenia) swych pretensyi w toku egze-

kucyi realnej, w której pomija się hipoteki materyalnie zgasłe, nie »przeniesione« przez właściciela (§ 470 zd. 1 k. c. w dzisiejszem brzmieniu), a względnie daje się wierzycielom hipotecznym do ręki odpowiednie środki (§§ 128, 165, 213 i 231 ord. egz.) dla umożliwienia im realizacji tego prawa. Poza to prawo — poza te środki — ustawa zd. m. wyjść nie powinna, gdyż mogłaby ściągnąć na siebie zarzut braku bezstronności. Jeżeli zarzucono w literaturze, że pomiędzy właścicielem a wierzycielami hipotecznymi wywiąże się niejako rodzaj wyścigu, polegającego ze strony właściciela na dążności do jak najszybszego przeniesienia hipoteki na nową wierzytelność, ze strony zaś wierzycieli hipotecznych do również możliwie najprędszego wdrożenia egzekucyi realnej, aby mu to przeniesienie udaremnić — to na ten zarzut wystarczy odpowiedzieć, że *in praxi* średnio przezorny właściciel zawsze znajdzie czas na wykonanie rozporządzenia i że właśnie ów czas niemożności zapobieżenia temu przez wierzycieli hipotecznych jest właściwym (normalnym) okresem dyspozycji hipoteką przez właściciela: o tento okres głównie chodzi. A zresztą ustawa pozwala na wykonanie »prawa rozporządzenia« aż do dozwoleń zarządu przymusowego lub nawet aż do adnotacyi przybicia targu w postępowaniu licytacyjnem¹, daje więc właścicielowi znacznie większe szanse wyjścia z »wyścigu« zwycięzcą. I to nie na to, aby udaremniał egzekucyę, lecz, aby przez odpowiednie wyzyskanie kredytu realnego mógł zaspokoić swych gorszych, grożących egzekucyą, wierzycieli hipotecznych. Zapobieżenie dalszej egzekucyi przez zapłatę będzie więc pozytywnym, dodatnim, rezultatem rozporządzenia materyalnie zgasłą hipoteką; wyjdzie to na korzyść i właściciela i dalszych wierzycieli realnych.

A jeśliby instytucya rozporządzenia hipoteką przez

¹ Por. wyżej: rozdz. IV § 1 pod 12.

właściciela utrudniła w niektórych wypadkach »akcyę oddłużenia« własności nieruchomości, tam w szczególności, gdzie właściciel użyje kredytu realnego na cele nie stojące w związku z jego gospodarstwem, to w odniesieniu do tych nierozumnych lub nawet nieszczęśliwych właścicieli musimy powiedzieć: *volenti non fit iniuria*. Cenniejszą jest bowiem dla nas »wolność rozporządzania« własnym przedmiotem majątkowym, niż wszelkie, choćby najbardziej *bona mente* ograniczenia tej wolności. Właściciel nie jest (nie musi być) kurandem. Reszta zależy głównie od jego rozumu. Na nieszczęśliwe przypadki, na nieszczęśliwą sytuacyę osobistą właściciela takie ograniczenia nie pomogą. Owszem zmusiłyby go nieraz do wyzbycia się swej własności za cenę podyktowaną nagłością chwili, a więc nie pozostającą do wartości nieruchomości w odpowiednim stosunku.

Zresztą porzucmy już to nie cywilnoprawne zagadnienie. Dość nam, że ważniejsze europejskie ustawodawstwa cywilne przyznają właścicielowi w tej lub innej formie uprawnienie do dyspozycji materyalnie zgaśłą lub zjednoczoną z własnością hipoteką. Nie przeszkadza to dopuszczeniu rzeczywiście uzasadnionych wyjątków w kierunku ograniczenia go w zaciąganiu nowych długów hipotecznych (por. n. p. Art. 354 zd. 1 szwajc. k. c.). W odniesieniu do naszego tematu wrócimy jeszcze niebawem do tej kwestyi, mówiąc o dopuszczalności rozporządzenia umorzoną częścią wierzytelności zastawnej¹.

B. Ujemne strony »prawa rozporządzenia hipoteką«, jak je uregulowała III now. do k. c., można wprawdzie scharakteryzować jako stan niejasności, względnie zawiłań, którego następstwem jest niezgodność w tłómaczeniu dotyczących jej postanowień prawnych. jednak zd. m. taki ogólny zarzut jest i pozostanie tylko ogólnikiem. Judykatura z biegiem czasu dojdzie bowiem niewątpliwie

¹ P. niżej pod B 4.

do jednolitej interpretacji, a temsamem odpadnie obawa złego oddziaływania sprzecznych interpretacji ustawy na kredyt hipoteczny. Rzecz inna, czy jej nie należy poprawić w szczegółach i to w szczegółach istotnych. W tej mierze musimy wskazać na wywody rozdz. IV, które nam dają podstawę do poczynienia odpowiednich propozycji. Pójdziemy (przeważnie) porządkiem podniesionych tam punktów.

1. A więc należy usunąć nieformalną hipotekę właściciela z § 1446 k. c. (§ 36 now.) t. zn. pozwolić (wyraźnie) »przepisać« hipotekę na nazwisko właściciela w przypadkach, w których właściciel nabywa wierzytelność¹. Jak wykazałem wyżej, jest ona prawdziwą hipoteką na rzecz właściciela, któremu przysłużyła zabezpieczona prawem zastawu pretensya. Niema zaś dostatecznych podstaw, aby dopuścić wpisu takiej hipoteki w przypadkach nabycia własności nieruchomości przez wierzyciela hipotecznego, wykluczyć go zaś w przypadkach nabycia przez właściciela pretensyi, zabezpieczonej prawem zastawu na jego nieruchomości. Korzyść z przepisania hipoteki na właściciela jest widoczna: odjęcie dotychczasowemu wierzycielowi hipotecznemu możliwości przelania zjednoczonej z własnością hipoteki na osobę trzecią, działającą w zaufaniu do ksiąg gruntowych, lub też ustanowienia dla niej prawa nadzastawu.

Nie wynika stąd wcale, aby można było pozwolić właścicielowi przepisać »prawo rozporządzenia hipoteką« z §§ 33 i 37 now. na jego imię. To upoważnienie byłoby kardynalnym błędem, przemianą prawa rozporządzenia w hipotekę właściciela, tam gdzie ona naprawdę nie istnieje, gdzie właściciel niema pretensyi. Byłby to w rzeczy samej dług gruntowy na rzecz właściciela², a do niego nie chce przecież dopuścić ani ustawodawca, ani ci, co tę proponują zmianę. Niekorzyści wynikłe stąd, że nadal

¹ Por. w tym kierunku wywody rozdz. II i IV § 1 pod 4.

² Por. wyżej: rozdz. III A 2 b i d.

osoba trzecia będzie mogła w zaufaniu do ksiąg gruntowych nabyć materyalnie zgasłą hipotekę (lub nabyć na niej prawo nadzastawu) od dotychczasowego wierzyiciela hipotecznego, muszą tu już iść na rachunek właściciela nieruchomości. W jego rękach leży przecież wybór, czy pozostawić taką hipotekę nadal w księdze gruntowej, czy rozporządzić prawem zastawu. Gdyby natychmiastowe rozporządzenie hipoteką nie było mu na rękę, ma zresztą środek z § 37 now. Więcej o niego troskać się niema ustawa istotnej przyczyny.

2. Powtórę należy wyraźnie dozwolić ustawowo rozporządzenia hipoteką przez właściciela w przypadku zrzeczenia się prawa zastawu przez wierzyiciela hipotecznego, bez równoczesnego zrzeczenia się przezeń pretensyi, dalej w przypadkach długu warunkowego, przejęcia długu bez zgody właściciela i przedawnienia prawa zastawu (por. rozdz. IV § 1 pod 5).

3. Jak widać z wywodów rozdz. IV (§ 1 pod 7) użyte w § 1446 k. c. (36 now.) wyrażenie: »przenieść na trzeciego« w przeciwstawieniu do wyrażenia § 469 k. c. (33 now.): »przenieść na nową wierzytelność«, rodzi niejasności. Celem ich uniknięcia trudno oczywiście pisać komentarz w samej ustawie. Ale w każdym razie można tam (w § 1446 k. c.) i trzeba dodać słowa: »względnie na nową wierzytelność«. Nie zaszkodziłoby też bezpośrednio po słowach: »w drodze egzekucyi« dodać w nawiasie: (§§ 320 i nast. O. E.), aby w ten sposób zapobiedz interpretacyi uchylającej przepis § 321 O. E. (por. wyżej rozdz. IV pod 10).

4. Przedstawiliśmy już wyżej¹ szczegółowo, jakie motywy przemawiają przeciw dopuszczeniu rozporządzenia częściowo umorzoną hipoteką. Wyraziliśmy także przekonanie, że praktyka, może nie zaraz, lecz po upływie pewnego czasu, kiedy już materyały ustawodawcze nie

¹ Rozdz. IV § 1 pod 8 i 10.

będą odgrywały takiej jak dziś roli, mogłaby stanąć na stanowisku niedopuszczalności takiego częściowego rozporządzenia. Na razie jednak rzecz się ma przeciwnie: *communis opinio* pozwala na nie bez zastrzeżeń, gdy tymczasem wiemy, że nie jest ono dla nikogo korzystnem. »Właściciel może płacić raty bankowe w ten sposób, że na każdą ratę lub kilka rat zaciągnie pożyczkę u osób trzecich. Gospodarka właściciela będzie polegała na łałaniu starych długów nowymi«. Że nie są z tego zadowolone i instytucje kredytowe, udzielające pożyczek amortyzacyjnych, widzieliśmy wyżej. A jeśli redaktorom trzeciej now. do k. c. chodziło tylko o to, aby dać właścicielowi możliwość uzupełnienia (w tej samej instytucji kredytowej) pożyczki amortyzacyjnej do wysokości rat już umorzonych, to winni byli wyraźnie dopuścić ten wyjątek, uznając jako zasadę wykluczenie częściowego rozporządzenia hipoteką.

5. W myśl wywodów rozdz. IV § 1 pod 3 należałoby ustalić stosunek przepisu § 33 now. (469 k. c.) do § 39 O. E., a w szczególności zezwolić ustawowo na zastanowienie egzekucyi na wniosek wierzyciela popierającego i na uwidocznienie tego zastanowienia w księdze gruntowej — bez równoczesnego wykreślenia prawa zastawu którem może rozporządzić właściciel.

6. § 469a zd. 1 k. c. (34 zd. 1 now.) należałoby stosownie do wyników rozdz. IV § 1 p. 9 skreślić, zaś zdanie drugie tego § zmienić na sposób Art. 814 ust. 3 kod. cyw. szwajc.¹ Zresztą, salwując zasadę § 34 now., zgodzićby się można i na mniejszą zmianę², zmianę drugiego tylko zdania tego paragrafu, a mianowicie: na zastąpienie słów: »nie może rozporządzić hipoteką« wyrażeniem: »rozporządzenie hipoteką jest bezskuteczne«, oraz na równoczesne przedstawienie słów: »wobec kogoś innego«, któreto

¹ P. wyżej rozdz. III B.

² Wówczas pozostałoby pierwsze zdanie § 34 now. (469a k. c.) w dotychczasowem brzmieniu.

słowa odpadłyby w dotychczasowem miejscu, weszły natomiast w bliższy związek z wyrażeniem: »rozporządzenie hipoteką jest nieskutecznem«¹.

7. § 470 k. c. (35 now.) winien ulegć zmianie w duchu wywodów rozdz. IV § 1 pod 12. A zatem w pierwszym zdaniu tego paragrafu winny odpaść słowa: »albo po nastąpieniem zjednoczeniu (§ 1446)«. Natomiast w zdaniu drugim trzeba wyrazić dokładnie, iż ono odnosi się tylko do przypadków zjednoczenia z § 1446 k. c.

8. § 37 now. zd. ost. nie pozwala na uwzględnienie zastrzeżenia wpisu nowego prawa zastawu (por. rozdz. IV § 2 pod C), gdy »aż do adnotacyi wdrożenia postępowania licytacyjnego nie uczyniono zeń użytku«. Dla ujednolajnienia z możliwością wykonania rozporządzenia wedle § 470 k. c. (35 now.) powinna tu nastąpić zmiana terminu: »aż do adnotacyi wdrożenia postępowania licytacyjnego« — na czas: aż do udzielenia przybicia targu (por. rozdz. IV § 1 pod 12).

9. Jeśli wreszcie wspomnimy zauważony już przez szereg autorów brak przepisów co do rozporządzenia hipoteką w przypadkach hipoteki łącznej², oraz podniesioną przeze mnie w § 4 rozdz. IV niekonsekwencyę w postanowieniach przejściowych (§ 43 now.) — to w ten sposób wyczerpalibyśmy rejestr pożądaných przez nas zmian szczegółowych w postanowieniach prawa o rozporządzeniu hipoteką przez właściciela, przy zatrzymaniu całości reformy, dokonanej w tej materji przez III now. do k. c.

Zdaje mi się też, że po dokonaniu tych zmian odpadłby jeden z »ogólnych« zarzutów, jakie podniesiono przeciw »nowemu prawu«, a mianowicie, że przedstawia się ono jako zawikłane i niejasne, co może odbić się nie-
dobrze na ewolucji tak ważnej dziedziny życia ekonomicznego i prawnego, jaką jest bezsprzecznie kredyt hipo-

¹ P. o tem bliżej w rozdz. IV § 1 pod 9.

² Zd. 2 § 40 now. odnosi się tylko do »prawa rozp.« z § 38 now.; p. zresztą rozdz. IV § 3.

teczny. Inni chcieliby może dalej idących zmian w postanowieniach noweli, ale nam dość tych, które naszkicowaliśmy wyżej, gdyż i tak nie podnosiliśmy ich potrzeby dlatego, że żywimy nadzieję uwzględnienia tych zmian przy sposobności przypuszczalnej przemiany rozporządzenia ces. na ustawę. Nie temu bowiem celowi poświęciłem niniejszą pracę.

Kraków, październik 1917 r.

Literatura

zużytkowana przy pisaniu niniejszej pracy.

- Adler Em.: Publizitätsprinzip (1899); p. str. 95.
Bruck: Eigentümerhypothek (1903); p. str. 130 i nast.
Cosack: Lehrbuch des Deutschen bürg. Rechtes (1913) I str. 54 i nast., II str. 219 i nast., 224 i nast., 234 i nast., 255 i nast.
Dernburg: Das burgerliche Recht d. D. Reichs i t. d. III; p. str. 617; 724 i nast.
Doliński: Hipoteka właściciela w projekcie noweli cyw. w Przeglądzie prawa 1914 (39); str. 171—198.
Ehrenzweig Armin: Gutachten über den Entwurf i t. d. (1908), str. 63 i nast.
Eisner: Verfügungsrecht des Eigentümers über die Hypothek etc. Ger. Ztg. 1917, str. 8 nast., 19 nast., 39 nast., 134 nast. i 149 nast.
Exner: Das österr. Hypothekenrecht; p. str. 313 nast., 379 nast., 478 nast., 668 nast., 664 nast. i 467.
Fischer-Colbrie: Die Anfechtung von Hypotheken durch Nachhypotheken (1902), p. str. 7, 14, 50 nast., 73 nast.
Gmeyner: Das Verfügungsrecht des Eigentümers über die Hypothek u. die grundbücherliche Durchführung derselben w Jur. Bl. 1917, str. 194 nast.
Gmür: Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch IV (Sachenrecht) III Abt., p. str. 220, 260.
Grünzweig: Das Verfügungsrecht des Eigentümers über die Hypothek als Exekutionsobjekt w Jur. Bl. 1917, str. 265 i nast.
Hirschfeld: Beiträge zum Pfandrecht an eigenem Grundstück (1914); p. str. 101 nast.
Horn: Die Eigentümerhypothek (1906); str. 68 nast., 169.
Jaworski: Ustawy o księgach publicznych I; p. str. 17 nast., 111 nast., 211 nast., 242 nast., 295 nast., 348 nast., 419 nast.

- Kafka: Die sachenrechtlichen Bestimmungen i t. d. w. Österr. Zentralblatt t. 26 (1908), str. 624 nast. 633.
- Klang: Die sachenrechtlichen Bestimmungen der Teilnovelle zum allg. bürgerl. Gesetzbuche (Vortrag) w. Jur. Bl. 1917 Nr. 13, str. 150.
- Bemerkungen zu den sachenrechtlichen Bestimmungen der Zivilnovellen (1917), str. 125—171.
- Koban: Regress des Bürgen u. Pfand Eigentümers (1904), p. str. 91 i 115 uw. 10.
- Krainz-Ehrenzweig: System I, str. 111 nast., 778 nast., 824, 833, 859 nast., 866 nast., 886 nast.
- Krasnopolski: Die Änderung u. Ergänzung einiger Bestimmungen des allg. bürgerl. Gesetzbuches (1908); p. str. 11 nast.
- W. Czasopiśmie Grünhuta t. VIII, str. 517 nast., oraz t. XI str. 43 nast., 82 nast.
- Kafka: Österr. Obl. Recht, str. 252 nast.
- Langer: Das Verfügungsrecht des Eigentümers nach § 33 der III Teilnovelle bei Annuitätsdarlehen von Kreditanstalten w. Ger. Ztg. (1916) str. 427 nast.
- Last: Das Verfügungsrecht des Pfand Eigentümers über die freigeordnete Hypothek nach getendem Rechte u. nach dem Entwurfe einer Novelle zum allg. bürgerl. Gesetzbuche w. Prager Jur. Vierteljahrsschrift XL (1908); p. str. 35 nast., 49 nast., 66 nast., 70 nast., 76.
- Marcusen: Die Korrealhypothek im modernen Rechte w. Ztschr. für vergleichende Rechtswissenschaft XIII; p. str. 220 nast.
- Mitteis: Der Entwurf einer Novelle zum allg. bürgerl. Gesetzbuche (1908), str. 19.
- Neumann: Kommentar zur O. E. (2) p. str. 173, 321 nast., 550 nast., 560 nast., 569, 611 nast., 641 nast., 1205 nast.
- Oberneck: Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis w. Gruchots Beiträge XLVII; p. str. 306.
- Ohanowicz: O rozrządzeniu właściciela hipoteką i t. d. w. Przeglądzie prawa (1917), str. 280 nast.
- Ohmeyer: Das Verfügungsrecht des Eigentümers über die zwangsweise begründete Hypothek w. Ger. Ztg. 1917 Nr. 20 (str. 291 nast.).
- Pankholzer: Das Verfügungsrecht des Eigentümers über die Hypothek. Odbitka z »Deutsche Sparkassen-Ztg.« (1916) str. 1—64.
- Planck: Kommentar zum BGB. III ad § 1179.
- Reinitz: w. Neue Freie Presse z 15/IV 1908 r., str. 14.
- Roth: Die hypothekarische Succession u. die Eigentümer-Hypothek w. Archiv. f. ziv. Praxis 62; p. str. 113 nast.
- Schey: Verfügung des Eigentümers über die Hypothek. Aus einem

- Kommentar zu den Teilnovellen w Ger. Ztg. 1916, Nr. 24, 25 i 26 (str. 205 i nast.).
- Schreiber: Schuld und Haftung I (1914); p. str. 10 nast., 21, 180 nast. 353.
- Schwerin: Schuld u. Haftung (1911) p. str. 14 i 28.
- Schwind: Wesen u. Inhalt des Pfandrechtes (1899), str. 145.
- Staudinger-Reizler: Kommentar I, str. 523 nast. (ad § 135 k. c. n.).
- Steiner: Die Regierungsvorlage betreffend Änderung u. Ergänzung einiger Bestimmungen des allg. bürgerl. Gesetzbuches w Not. Ztg. z r. 1909 Nr. 21.
- Steinlechner Über die Regierungsvorlage einer Novelle zum allg. bürgerl. Gesetzbuche (1908) str. 20 nast.
- Strohal: Die Eigentümerhypothek im österr. Recht w Öst. Zentralblatt (1883), str. 261 nst.
- Thon: Rechtsnorm u. subjektives Recht (1878), p. str. 343.
- Till: Der Entwurf einer österr. Zivilgesetznovelle v. Jahre 1907 (Vortrag, 1908), str. 17 nast.
- Tuor: Das neue Recht. Einführung in das schweiz. Zivilgesetzbuch, str. 479 nast.
- Wallsmann: Verzicht auf die Eigentümerhypothek w Archiv für bürgerl. Recht t. 39, str. 37 nast.
- Weiss Egon: Zur Lehre von Schuld u. Haftung im österr. Recht w Österr. Zentralblatt (1913), str. 782 nast.
- Wellspacher: Kritische Bemerkungen zur Zivilgesetznovelle w Ger. Ztg. 1908, str. 87 nast.
- Der Entwurf im Herrenhause (1909), str. 14 nast.
 - Die Eigentümerhypothek im Entwurfe der Zivilgesetznovelle w Ger. Ztg. 1913 Nr. 20 (str. 217 nast.).
- Wróblewski: Nowela do austr. k. c., str. 43 - 49.
- Powszechny austr. k. c. I ad § 469.
-

Dodatek.

W tekście nie mogłem już uwzględnić prac i artykułów, które opublikowano po zupełnem niemal wydrukowaniu niniejszego studyum. Tyczy się to zwłaszcza recenzji: Bettelheima i Ohmeyera o cytowanej wyżej pracy Klanga (p. Jur. Bl. z 1918 r. Nr. 2 i Ger. Ztg. z 1918 r. Nr. 13 i 14. dalej artykułu Langer'a p. t. »Das Verfügungsrecht des Eigentümers nach der III Teilnovelle bei Simultanhypotheken« w Ger. Ztg. z 1918 r. Nr. 11—12, a wreszcie publikacji Ehrenzweiga p. t. Die Zivilrechtsreform in Österreich Verbesserungsvorschläge zu den Novellen (1918), str. 13 nast. Ze względu na podniesione tam niektóre zagadnienia, próbuję na tem miejscu poświęcić ich rozwiązaniu kilka uwag, oczywiście w granicach, zakreślonych z natury rzeczy dla »dodatku«, który nie może łączyć się z łańcuchem przyczyn czy warunków, opóźniających wydanie całości.

Do rozdz. IV § 1 p. 3. Pytanie, czy właściciel nieruchomości ma — wśród warunków określonych §§ 33 i nast. III now. do k. c. — uprawnienie do rozporządzenia (tylko) prenotowaną hipoteką, nie przedstawia, jak sędzę, dla prawa austr. trudności w rozwiązaniu. Hipoteka prenotowana jest bowiem także hipoteką i skoro ustawa — wyraźnym przepisem — nie uniemożliwia prawnie rozporządzenia nią przez właściciela, nie mamy i my dość uzasadnionej przyczyny do odpowiedzi przeczącej. Co więcej: można m. zd. przenieść prenotowane dotąd prawo zastawu na nową wierzytelność, zamieniając równocześnie wpis warunkowy na wpis stanowczy, jeśli tylko dokument tabularny na nową wierzytelność jest dla jej intabulacji dostatecznym tytułem prawnym. Będzie to »ziszczaniem się warunku, od którego zależy przemiana prenotacji na intabulację«, tem więcej, że »oświadczenie nadające się do intabulacji« wystawia tu również osoba, przeciw której uzyskano prenotację (§ 41 a ust. hip.). Że nie następuje tu usprawiedliwienie prenotacji dotychczasowej pretensyi,

która n. p. zgasiła (por. także § 45 ust. 1 ust. hip.), jest rzeczą oczywistą, ale właśnie w samej istocie rozporządzenia hipoteką przez właściciela leży już uzasadnienie przemiany prenotacji na intabulację, skoro właścicielowi wolno przenieść prawo zastawu na nową wierzytelność. Jeżeli bowiem dokument, wierzytelność tę wykazujący, odpowiada wymaganiom §§ 32 lub 33 ust. hip., nie można już mówić o warunkowem tylko prawie zastawu dla nowej pretensyi.

Rozwiązanie drugiego pytania: czy wierzyciel zastawny ma uprawnienie do rozporządzenia zgasiłą i t. d. hipoteką, ciężącą (jako nadzastaw) na jego wierzytelności hipotecznej, budzi więcej wątpliwości. Z przepisów noweli (por. także sprawozd. izby panów str. 53 nast.) wynika, że to uprawnienie przyznano jedynie właścicielowi nieruchomości, a nie t. zw. właścicielowi wierzytelności (§§ 353 i 1424 k. c.). Wprawdzie w § 33 now. mowa jest o właścicielu »dobra«, a pod pojęcie to możnaby z teoretycznego punktu widzenia podciągnąć i wierzytelność hipoteczną, jako »dobro hipoteczne« — jednak zaprzeczyć trudno, iż byłaby to interpretacja, wykraczająca daleko poza ramy ustawy (p. n. p. § 35 (470 k. c.), a przedewszystkiem 38 now.), którą zatem usprawiedliwiłby mogła jedynie — rozszerzona na wierzyciela hipotecznego — wspólność celu z instytucją rozporządzenia hipoteką przez właściciela nieruchomości, a zatem uznana ze stanowiska ekonomicznego potrzeba ewolucyi prawa hipotecznego we wskazanym powyższem pytaniem kierunku.

Do rozdz. IV § 3. Zasada, z której wyszedłem przy omawianiu uprawnienia do rozporządzenia hipoteką w przypadkach hipoteki łącznej, znalazła już wyraz w literaturze przed definitywnem ukończeniem druku tej pracy. Chodzi tu o pogląd, iż »na wszystkich łącznie obciążonych nieruchomościach, bez względu na okoliczność, czy należą one do tego samego właściciela, czy nie, można rozporządzić tylko taką kwotą zastawną, jaka odpowiada jednorazowej kwocie hipoteki łącznej«. Przyczyny, że ta słuszna zasada nie doprowadziła jej wyznawcy do wyników przedstawionych w § 3 rozdz. IV — szukać należy (między innemi) w jego zapatrywaniu o wyłącznie »rzeczowem związaniu« pojedynczych nieruchomości i o prawie rozporządzenia jako o »prawie związanem«, które nie pozwala żadną miarą na uwzględnienie możliwego stosunku obligacyjnego pomiędzy pojedynczymi uczestnikami. Kwestya, czy i który z właścicieli łącznie obciążonych nieruchomości jest zarazem dłużnikiem osobistym, albo czy jednemu lub więcej z nich przysługują roszczenia zwrotne przeciw innym współobowiązany, ma być dla rozstrzygnięcia o uprawnieniu właściciela lub właścicieli do rozporządzenia hipoteką zupełnie obojętną. Tu chodzi tylko i wyłącznie o »rzecзовą odpowiedzialność« nieruchomości, więc lubo zastosowuje się bez wątpli-

wości przepisy § 825 nast. k. c. — to postanowienia §§ 891 nast. k. c. nie wchodzi zgoła w rachubę, albo innemi słowy w ich miejsce wchodzi fikcja, że tych postanowień prawnych zupełnie niema w k. c.! Czy — *stante concluso* — rozwiązanie problemu będzie słusznem, o to autorowi nie chodzi wcale, wobec czego i dla nas dalsza polemika z jego zapatrywaniem przedstawia się jako zbyteczna; inne zaś argumenty artykułu, o którym mowa, wspierają się na znanej wstecznej zasadzie; *lege non distinguente nec nostrum est distinguere*.

Do rozdz. VI. Pomijając żądanie przewodnictwa zjazdu miast pruskich z r. 1916, dążącego do zmiany k. c. n. w kierunku uznania prawa posuwania się dalszych wierzycieli hipotecznych w braku odmiennej pomiędzy stronami umowy (p. rozdz. I), musimy zwrócić uwagę na wniosek, zmierzający do ułatwienia t. zw. konwersyi w górę, t. j. zwyżki stopy procentowej. Uzasadnieniem tego wniosku, który przedstawić się pragnie jako wpływ »dyrektywy chwili«, ma być okoliczność, iż obecnie musimy się liczyć ze zwyżką, a nie ze spadkiem stopy procentowej. Nie bardzo rozumiem, dlaczego należy się z tą zwyżką liczyć już dzisiaj i dzisiaj już ustawowo ją »ułatwiać«. Chwilowa, bardzo zresztą nieznaczną, zwyżka stopy procentowej ma swą przyczynę — za świadectwem niedawno opublikowanego w prasie sprawozdania gen. sekretarza banku austro-węgierskiego — w wydaniu t. zw. asygnat kasowych przez tenże bank, oraz w zakupieniu większej ilości węgierskich państwowych asygnat kasowych. Innych przyczyn zwyżki stopy procentowej na razie niema, a trudno przepowiadać cywiliście, czy i kiedy ona nastąpi. Oczywiście nie chodzi tu o argumenty przeciw takiemu ujęciu kwestyi, jakie ma swój wyraz w szwajc. k. c. (Art. 818 ust. ost.), który postanawia, iż »procent pierwotnie umówiony nie może być na niekorzyść dalszych wierzycieli zastawnych podwyższony ponad 5 od sta« (por. § 1119 zd. 1 k. c. n., tudzież §§ 8 i 9₁ rozp. całego min. z 26/I 1917 Nr. 34 Dz. p. p.). Ważniejszym jest wskazanie, iż nie uchodzi »ułatwiać« (ustawowo) już i tak ułatwionej zwyżki stopy procentowej, bez zasadniczej zmiany »błogosławionej w skutki« ordynacyi dla ochrony lokatorów. Nie mogę się tu oczywiście wdawać w ocenę tej ordynacyi ze stanowiska prywatno-prawnego, ani też uzasadniać bliżej zapatrywania, iż odpowiednie dochodzenie i karanie występku lichwy mieszkaniowej oddziaływałoby bardziej dobroczynnie, niż przepisy, których interpretacya nie pozwala n. p. na podwyższenie czynszu najmu bogacącemu się na wojnie spekulantowi, albo na wypowiedzeniu najmu lokatorowi, celem pomieszczenia obarczonej dziećmi siostry właściciela, której mąż jest na wojnie (p. § 7₄ cyt. rozp.). Ale trudno mi przy tej sposobności powstrzymać się od wzmianki, że jeśli chodzi o »istniejącą lub grożącą nędzę mie-

szkaniową«, to ordynacya ochronna, o której wpływie mniej lub więcej dobroczynnym będziemy mogli mówić dopiero wtedy, gdy zobaczymy, jakie za sobą pociągnie skutki dla egzystencji (zwłaszcza mniejszych) właścicieli miejskich nieruchomości — nie zapobiegnie tej nędzy z pewnością. Trzeba raczej skorzystać z istotnie korzystny wpływ wyrzeć mogącej ustawy o prawie budowlu (z dn. 26/IV 1912 Nr. 86 Dz. p. p.) i odpowiednio pobudzić związki społeczne (państwo, gminy, instytucje kościelne i t. d.), aby umożliwiły wprowadzenie w czyn zamierzeń tej ustawy w sposób, któryby naprawdę pozwolił osobom niezamożnym na korzystanie z prawa budowlu (§ 3 cyt. ustawy). Lecz bliższe rozpatrzenie tej kwestyi odłożyć muszę do innego, właściwszego dla niej, miejsca.
