

1003241 Let
289 020 w

ARCHIWUM
TOWARZYSTWA NAUKOWEGO WE LWOWIE
DZIAŁ II. — TOM VIII. — ZESZYT 1.

KONTRAKTY REALNE

W PRAWIE RZYMSKIM, W TEORII CYWILISTY-
CZNEJ I W PROJEKCIE POLSKIEGO KODEKSU
CYWILNEGO

NAPISAŁ

MARCELI CHLAMTACZ



WE LWOWIE
NAKŁADEM TOWARZYSTWA NAUKOWEGO
Z ZASIŁKIEM MINISTERSTWA WYZN. REL. I OŚW. PUBL.
DRUKARNIA UNIwersYTETU JAGIELLOŃSKIEGO POD ZARZĄDEM J. FILIPOWS
1930.

Skład główny wydawnictw Towarzystwa utrzymują: we Lwowie i w War
Gubrynowicz i Syn, w Krakowie Gebethner i Wolff.

WYDAWNICTWA TOWARZYSTWA NAUKOWEGO WE LWOWIE.

Prace naukowe, Dział I, historyczno-filologiczny.

	zł.
I. Abraham Władysław. Powstanie organizacji kościoła łacińskiego na Rusi. Tom I. str. XVI i 418.	20
II i III. Dąbkowski Przemysław. Prawo prywatne polskie. Tom I. str. XXII i 602, tom II. str. X i 731.	56
IV. Balzer Oswald. Skarbiec i archiwum koronne w dobie przedjagiellońskiej, str. 626	26
V. Janusz Bohdan. Zabytki przedhistoryczne Galicyi wschodniej, str. 310	15
VI.—VIII. Balzer Oswald. Królestwo Polskie 1295—1370, tom I str. 448, tom II str. 536, tom III str. 364	56

Archiwum naukowe, Dział I, historyczno-filologiczny.

Tom I. Dąbkowski Przemysław. O utwierdzeniu umów pod grozą łajania w prawie polskim średniowiecznym, str. 75 (4 zł.). — Buzek Józef. Studya z zakresu administracji wychowania publicznego. I. Szkolnictwo ludowe, str. 479 (20 zł.)	24
Tom II. Dembiński Bronisław. Stanisław August i ks. Józef Poniatowski w świetle własnej korespondencji, str. 259 (12 zł.). — Witwicki Władysław. Analiza psychologiczna objawów woli, z 4 fig. w tekście i 1 tabl., str. 127 (8 zł.). — Hahn Wiktor. Juliusza Słowackiego Samuel Zborowski, str. 71 (3 zł.). — Dąbkowski Przemysław. Załoga w prawie polskim średniowiecznym, str. 49 (2 zł.)	25
Tom III. Dąbkowski Przemysław. Rekojemstwo w prawie polskim średniowiecznym, str. 255 (12 zł.). — Dąbkowski Przemysław. Likup, studjum z prawa polskiego, str. 68 (3 zł.). — Hahn Wiktor. Literatura dramatyczna w Polsce XVI wieku, str. 133 (6 zł.). — Nanke Czesław. Szlachta wołyńska wobec Konstytucyi Trzeciego Maja, (str. 93 14 zł.)	25
Tom IV. Szumowski Władysław. Galicya pod względem medycznym za Jędrzeja Krupńskiego, pierwszego protomedyka 1772—1783. Z portretem Krupńskiego, str. 368 (16 zł.). — Janowski Benon. O odległościach jako czynnika rozwoju kultury, z 4 fig. w tekście i 5 tabl., str. 43 (4 zł.). — Modelski Teofil Emil. »Król Gebalim« w liście Chasdaja, studjum historyczne z X w., str. 122 (6 zł.)	26
Tom V. Tomkowicz Stanisław. Przyczynki do historii kultury Krakowa w pierwszej połowie XVII w., str. 315 (25 zł.). — Podlacha Władysław. Malowidła ściennie w cerkwiach Bukowiny, z 10 tabl., str. 208 (14 zł.)	36
Tom VI. Grzegorzewski Jan. Z Sidżyllatów rumelijskich epoki wyprawy wiedeńskiej akta tureckie, str. 408 (20 zł.). — Dąbkowski Przemysław. Prawo zastawu w Zwierciadłach saskim, szwabskiem i niemieckiem, studjum z historii prawa niemieckiego, str. 88 (4 zł.)	24
Tom VII. Kolankowski Ludwik. Zygmunt August, wielki książę Litwy do r. 1548, z 3 tabl. i 10 mapami, str. 419 (24 zł.). — Hadaczek Karol. Osada przemysłowa w Koszyłowcach z epoki eneolitu, studya do początków cywilizacji w południowo-wschodniej Europie, z 10 tabl., str. 75 (8 zł.)	32
Tom VIII. Longchamps de Berier Roman. Rekojmia z powodu rad i braków, a obowiązek świadczenia. Studjum z austriackiego prawa rylnego, str. 87 (4 zł.). — Ohanowicz Alfred. Współwłasność w prawie prywatnem austriackiem, str. 75 (4 zł.). — Hartleb Kazimierz. z Ocieszyna Ocieski, jego działalność polityczna i Dyaryusz podróży zymu (1501—1548), str. 342 (15 zł.)	23
Tom IX. Zakrzewski Stanisław. Opis grodów i terytoriów nej strony Dunaju, czyli t. z. Geograf Bawarski, z 1 tabl., str. 80	

633074 II

KONTRAKTY REALNE

W PRAWIE RZYMSKIM, W TEORII CYWILISTYCZNEJ I W PROJEKCIE POLSKIEGO KODEKSU
CYWILNEGO

NAPISAŁ

MARCELI CHŁAMTACZ



WE LWOWIE

NAKŁADEM TOWARZYSTWA NAUKOWEGO
I Z ZASIŁKIEM MINISTERSTWA WYZN. REL. I OŚW. PUBL.
DRUKARNIA UNIWERSYTETU JAGIELLOŃSKIEGO POD ZARZĄDEM J. FILIPOWSK
1930.

78928



~~Właściciel: Biblioteka Sądowa~~

85449



Kontrakty realne

w prawie rzymskiem, w teorii cywilistycznej
i w projekcie polskiego kodeksu cywilnego

Napisał

Marceli Chłamtacz.

Wstęp.

W okresie recepcji prawa rzymskiego urosła do znaczenia prawa zwyczajowego zasada zaskarżalności nieformalnych umów zobowiązaniowych. Wpadającą w oczy konsekwencją tej zasady, która opanowała teorię prawa pospolitego było uznanie, co prawda nie bez sprzeciwów, zaskarżalności t. zw. kontraktów realnych nie-nazwanych już w chwili zawarcia umowy obustronnie wiążących i tem samem zacieśnienie umów realnych do liczby znanych powszechnie czterech t. zw. kontraktów realnych nazwanych.

O rację istnienia tych to kontraktów realnych wre dziś w literaturze cywilistycznej namiętny spór. Wobec, zdawałoby się, wszechwładnego panowania t. zw. *nuda pacta*, podtrzymywanie owych kontraktów realnych nazwanych, nie wahano się nawet napiętnować jako nieudolną pozostałość pandektowej scholastyki¹.

Ponieważ wśród owych czterech nazwanych kontraktów, naj-poczytniejsze miejsce zajmuje pożyczka, przeto głównie, niemal wyłącznie, toczy się walka o konstrukcję tej właśnie umowy. Bo nie ulega, zdaje się, wątpliwości, że gdyby z dzisiejszej walki poglądów wyszła pożyczka jako ogólnie uznana umowa konsensualna, to tem-samem byłby przesądzony los użyczenia, przechowania i umowy

¹ Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II. 338.

o zastaw, których konstrukcyja jako umów konsensualnych narzucałaby się siłą konieczności.

Owa walka o konstrukcyę umów realnych znalazła wybitnie praktyczny oddźwięk w współczesnych kodyfikacyach i projektach kodyfikacyjnych. Znalazła zarazem wyraz w Projekcie polskiego prawa zobowiązań, Część szczegółowa¹, który co do pożyczki porzuca »pandektową scholastykę« (!).

To też niniejsze uwagi mają na celu rozpatrzyć w szczegółach problem konstrukcyjny umów realnych i to na podłożu teoryi pandektowej, na której wszakżeż opierają się współczesne kodyfikacje, aby w ten sposób historyczno-dogmatyczny i porównawczy przygotować dla obrad polskiej Komisji kodyfikacyjnej materiał mogący być pomocnym przy ostatecznem rozstrzygnięciu kwestyi konstrukcyjnej umów realnych, kwestyi nie tylko teoretycznej ale mającej zarazem praktyczne znaczenie, co w dalszym toku niniejszych uwag będę się starał wykazać.

I.

Prawo rzymskie i teoria prawa pospolitego.

Skargi o zwrot z t. zw. kontraktów realnych miały pierwotnie charakter *actionum ex delicto*² i rodziły obowiązek wynagrodzenia szkody. Zwolna dopiero przekształciły się one w skargi kontraktowe, niespełnienie obowiązku zwrotu nie uważano już jako *delictum*, jako wiarołomstwo, ale jako niedotrzymanie umowy, które w danym wypadku mogło być zupełnie niezawinione. O skardze z pożyczki wzmiankuje Cicero, skargi z *depositum* i *commodatum* wprowadzono zdaje się z początkiem ery cesarskiej³. Umowa, *consensus* ale w związku z uprzedniem świadczeniem (*res*) wiąże, stwarza obowiązek zwrotu.

Dawne prawo rzymskie stanowiło zamkniętą w sobie dziedzinę, w której nie tyle wola i jej treść, ile forma miała rozstrzygające znaczenie. W dziedzinie kontraktów realnych *pactum nudum* tylko w związku z *res* stwarzało umowny obowiązek zwrotu rzeczy

¹ Till i Longchamps, członkowie Komisji kodyfikacyjnej, Polskie prawo zobowiązań (Część szczegółowa). Projekt wstępny z motywami.

² Gai, IV, 47.

³ Kübler, Geschichte des röm. Rechts 175.

i odpowiedzialność zależnie od istoty i treści danej umowy, zależnie od charakteru skargi, *actio stricti iuris*, czy też *actio bonae fidei*.

W zasadzie dałby się pomyśleć dalszy rozwój kontraktów realnych w sensie analogicznym do *locatio conductio rei* czy *operarum*, że tak jak *nudum pactum* o odpłatne oddanie rzeczy w używanie lub odpłatne przyjęcie rzeczy w pieczę i przechowanie daje pojęcie obustronnie wiążącej umowy konsensualnej, tak samo umowa o oddanie rzeczy zamiennych z obowiązkiem zwrotu *tantundem eiusdem generis* lub umowa o użyczenie rzeczy czy o przyjęcie w przechowanie sposobem darmym, rodziłaby miała jako taka bez uprzedniego dania jako umowa konsensualna wzajemne prawa i obowiązki. Tą drogą jednak prawo rzymskie nie poszło mimo znacznych w późniejszym prawie ustępstw na rzecz zaskarżalności umów nieformalnych. Zbyt silną była starorzymska tradycja panowania formy i reguły. Kapitalista, udzielając drugiemu kredytu, gwoli osiągnięcia procentów z kapitału, nie wiązał samej udzielonej pożyczki ze sprawą procentów, lecz odrębną stypulacją te procenta kazał sobie przyrzec, a szukający kredytu nie zapewniał go sobie drogą zastrzeżenia w związku z przyjęciem się mającym po wypłaceniu waluty obowiązkiem zwrotu, lecz zapewniał go sobie również odrębną stypulacją¹. Urobieniu z typowej treści układów pożyczkowych pożyczki, jako umowy konsensualnej, pożyczki procentowej², jako odpowiednika kontraktu najmu, stało na przeszkodzie zamiłowanie do formy. Wolano ubrać w stypulację przyrzeczenie pożyczki i przyrzeczenie procentów, a tak samo przyrzeczenie zwrotu, chociaż ono już było zbędne, bo wynikało z faktu wypłaty waluty pożyczkowej, a nawet takie *stipulatione* przyjęte przyrzeczenie zwrotu w razie niewypłacenia waluty, mogło być unicestwione *exceptione doli*, względnie *non numeratae pecuniae*³. Urobieniu z bezpłatnego użyczenia i bezpłatnego depozytu czy z oddanej rzeczy w zastaw umowy konsensualnej stały na przeszkodzie inne względy i przyczyny, o których będzie mowa poniżej.

¹ l. 68 D. de V. O. 45, 1.

² *foenus*, loc. cond. irregularis, Kapitalmiethe.

³ *Wendt*, Der Real-Verbalkontrakt des röm. Rechts, *Iherings Jahrb.* XXI, 25; die res war dem Consens gegenüber die iuristische civilis causa debendi, Erzeuger und Träger des obligatorischen Erfolgs. *Pernice*, *Parerga* 268, *Ztschr. Sav.-Stift.* XIII.

Tak więc *pactum nudum*, nieformalna umowa stron tylko w związku z świadczeniem jednej strony, było *causa civilis*, stanowiło podstawę zobowiązania strony, na rzecz której uprzednie świadczenie nastąpiło. W odniesieniu do wspomnianych czterech realnych kontraktów, rzymskie wyobrażenie ten nieodłączny związek konsensu z *res* spetryfikowało, kontrakty realne pozostały interesami złożonymi¹.

W teorii prawa pospolitego aktualnym stać się musiał problem kontraktów realnych. Ponieważ w prawie pospolitem każda umowa wiąże, przeto funkcya uprzedniego świadczenia jako dodająca w rzymskiem prawie nieformalnej umowie siły i znaczenia odpada. Podobnie, jak kontrakty realne nienazwane, tak też i owe nazwane uchodziłyby winne za kontrakty konsensualne. Tak rozumowała i rozumuje dziś mniejszość reprezentantów teorii pandektowej i cywilistycznej². Znaczna większość oświadcza się za dalszem utrzymaniem tak w teorii jak i w prawodawstwach kontraktów realnych³.

Oczywiście, że uzasadnienie tego stanowiska nauki panującej nie polega na rzymskiej racyi, bo wszak i nauka panująca stoi na stanowisku nieograniczonej w zasadzie skuteczności nieformalnych

¹ Dernburg, System d. röm. Rechts II. 549; Brinz, Lehrbuch der Pandekten II. 135, 138.

² Bruns w Holtzendorffs Encyklopädie I. 370: die Hingabe der Sache ist nicht mehr der Rechtsgrund der Klagbarkeit... Eine feste Verabredung über Darlehen ist heute ein Darlehens- oder Leihevertrag... Beim Depositum ist es ebenso; Unger, Realkontrakte im heutigen Recht, Iherings Jahrb. VIII. 1; Thöl, Handelsrecht, I. 781; Kohler, Über das Konsensualdarlehen, Archiv für bürg. Recht II. 211 n. i Tenze, Lehrbuch j. w.; Heilfron, Röm. Rechtsgeschichte 491, uw. 191 i Tenze, Lehrbuch des bürg. Rechts II. 568; Affolter, das verzinsliche Darlehen, Arch. f. bürg. Recht XXVI; Lübbert, Der Kreditvertrag, Iherings Jahrb. LII. 313 n.; Schlossmann, Vorvertrag u. die rechtliche Natur der Realkontrakte w Iherings Jahrb. XLV. I. Szczegółowy przegląd literatury podaje Kinne, Der Contractus mohatrae w Gruchots Beiträge, LVI. 466.

³ Baron, Pandekten 372 n. § 210; Dernburg, Lehrbuch II. § 230 II; Fischer-Henle do § 598 k. n.; Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des bürg. Gesetzbuches; Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte 371 n. i Tenze, System des d. bürg. R. 2 2, 595 i uw. 12; Windscheid-Kipp, Pandekten II. § 370 i uw. 2; Regelsberger, Nachschrift w Iherings Jahrb. LII. 410 n.; Planck, Commentar zum b. Gb. II. 2, 912, 924 i tamże powołani. Cohn u Endemanna III. 843 w odniesieniu do pożyczki w pr. handlowem.

umów. Więc najczęściej twierdzi się, że istotnym przy realnych kontraktach jest zwrot rzeczy, że można zwrócić, co się otrzymało, że zatem w treści obopólnej woli mieścić się musi uprzednie świadczenie¹. Danie i towarzysząca mu umowa o zwrot są istotnymi momentami powstania obowiązku zwrotu, umowa wyprzedzająca danie jest umową przygotowawczą. Przyrzeczenie użyczenia rzeczy, czy przyjęcia w przechowanie czy też przyrzeczenie pożyczki muszą być traktowane jako odrębne zjawiska prawne, nie jako części składowe jednolitej umowy². Zwolennicy panującej nauki powołują się na to, że wedle zapatrywania obrotu i praktyki życia codziennego danie jest widomym znakiem skończonej umowy³, wymogiem jej zaistnienia⁴, że zapatrywanie obrotu uważa jako »początek« umowy danie i wzięcie rzeczy⁵, choćby je miała wyprzedzać wiążąca umowa przygotowawcza. Umowa realna w stosunku do przyrzeczenia zawarcia jej jest samoistną⁶, powód w procesie twierdzić i dowodzić musi nie tylko zawarcie umowy, ale oddanie rzeczy, choćby pozwany się nie jawił, wobec niewykazania podstawy roszczenia powód musi być oddalony⁷.

Nauka panująca, dając momentowi realnemu widoczną przewagę nad momentem konsensualnym, widzi początek umowy realnej w daniu względnie wzięciu rzeczy; sam konsens choćby w treści swojej wypełniał ośnowę praw i obowiązków z kontraktów tych wynikających, jest tylko umową przygotowawczą (p. de mutuo dando, p. de commodando, p. de deponendo, p. de oppignerando).

Przeciwnicy konstrukcyi umów realnych dają przewagę momentowi konsensualnemu, a podkreślając moment woli stron bądź odrzucają w całości konstrukcyę kontraktu realnego⁸, bądź przyji-

¹ Baron, j. w.: Rückleistungversprechen erfolgt erst bei der Vorleistung, weil es vorher gar nicht oder nur als bedingtes denkbar ist. Degenkolb, Die Lehre vom Vorvertrag, Archiv f. civ. Praxis N. F. XXI, 40: der Wille etwas gegebenes zurückzugeben... ohne res nicht möglich.

² Szczególnie Adler, Realvertrag- und Vorvertrag w Iherings Jahrb. XXXI. 202 n.

³ Dernburg, Pandekten II. 552. 3.

⁴ Windscheid j. w. 591. 603.

⁵ Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte 371.

⁶ Planck, j. w. 929.

⁷ Heilfron, j. w. 212 uw. 1, 213 i 585; Planck, j. w. 925.

⁸ Szczególnie Schlossmann, j. w. 89; Lübbert, j. w. 407 n.

mują zależnie od wykładni woli stron w konkretnym wypadku konstrukcyę umowy realnej, bądź to konsensualnej¹.

Jak przy kupnie realnem, nawet gdy oddanie rzeczy stoi tu na początku interesu, nawiązane zostają obopólne prawa i obowiązki, stwierdzające istnienie umowy synalagmatycznej, tak samo pożyczka, użyczenie czy depozyt nie przestają być wzajemną umową konsensualną chociaż w danym wypadku po jednej stronie realizacja przyjętego obowiązku nastąpiła. Na konstrukcyę umowy nie może mieć wpływu moment przypadkowy, czy między umową ustalającą wzajemne prawa i obowiązki, a wykonaniem przez jedną stronę istnieje krótszy lub dłuższy czasowy przedział. Konsensualną jest tak ta umowa, która na razie ustala wzajemne prawa i obowiązki, jak i ta, z którą równocześnie wiąże się uprzednie świadczenie jednej strony. Jeśli więc w danym wypadku to uprzednie świadczenie nie następuje spontanicznie, lecz wymuszonym być musi, to za początek umowy głównej uważać należy chwilę ustalenia tego obowiązku uprzedniego świadczenia wraz z wzajemnym obowiązkiem zwrotu w przyszłości, które to odsunięcie terminu odwzajemnienia leży w naturze i w przeznaczeniu każdej umowy za realną przez naukę panującą uważanej².

W istocie więc swojej tak pożyczka realna jak i umowa o pożyczkę przychodząca do skutku w tej postaci, że A. zobowiązuje się dziś dać B. 1 stycznia następnego roku pożyczkę 1000 zł., a B. zobowiązuje się dziś te 1000 zł. wraz z 4% odsetkami płatnemi w ratach kwartalnych od 1 stycznia począwszy zwrócić 1 lipca następnego roku, niczem się nie różnią. Ustalone świadczenie wypłaty waluty, świadczenie zwrotu, świadczenie odsetek, stoją

¹ Kohler, Lehrbuch j. w. 337 n. i Tenze w Arch. f. bürg. Recht II. 220 n.; Cosack, Lehrbuch des bürg. Rechts I. 631, 627; Kress, Lehrbuch des allg. Schuldrechtes 60, 61, 64, 90 i uw. 23, 94, 95 i uw. 35, 96, 97 i uw. 38, 98, 97 i 98: Im wesentlichen erklärt sich der Streit aus der Nachwirkung der röm. Begrenzung der realen und konsensualen Kontrakte, diese Begrenzung besteht heute nicht; Siber, Die Schuldrechtliche Vertragsfreiheit w Iher. Jahrb. LXX. 247: der Grund war einzig die geschichtliche Zufälligkeit, dass die Miethe anders als das Leihe u. Darlehensversprechen nicht in dem Jugendkleide der Stipulationsform stecken geblieben war; Boehmer, Realverträge im heutigen Recht, Arch. f. bürg. Recht XXXVIII. 333 n.

² Kohler, Gesammelte Abhandlungen 42: in der Hingabe des Darlehens ein Versprechen der Hingabe und eine Erfüllung dieses Versprechens uno tenore.

do siebie we wzajemnej zależności jako ogniwa jednolitej umowy, które panująca nauka, pojmując kontrakt pożyczki jako umowę realną, ustalającą przy wypłacie waluty jednostronne zobowiązanie zwrotu rozbija zdaniem przeciwników w troisty stosunek umowny: 1) p. de mutuo dando (umowa przygotowawcza); 2) umowa realna o zwrot; 3) umowa uboczna o procenta¹, przydzielając tylko przyrzeczenie udzielenia pożyczki do pactum, a łącząc natomiast dziś oddane przyrzeczenie zwrotu i dziś przyjęty obowiązek płacenia odsetek idealnie dopiero z chwilą wypłaty waluty tak, że p. de mutuo dando, a analogicznie p. de commodando, p. de doponendo i p. de oppignerando w gruncie rzeczy są przyrzeczeniem oddania przyrzeczenia zwrotu przy pożyczce, użyczeniu i zastawie i przyrzeczeniem przyrzeczenia przechowania i zwrotu przy depozycie.

Według konstrukcyi konsensualnej zgodna wola stron dania i wzięcia n. p. pożyczki rodzi wzajemne zobowiązanie skierowane z jednej strony do wypłaty waluty stosownie do okoliczności zaraz dokonanej, a z drugiej strony rodzi obowiązek wzajemny zwrotu tej już danej lub dać się mającej waluty. Oddanie rzeczy in genere czy in specie (pożyczka, użyczenie, zastaw, depozyt) ma miejsce nie contrahendi causa, ale wyłącznie solvendi causa. To oddanie² ma tylko to szczególniejsze znaczenie przy pożyczce, użyczeniu czy umowie o przechowanie właściwe zresztą umowie najmu czy locatio conductio operarum przy odpłatnem przechowaniu, że ono umożliwia obowiązek zwrotu, który atoli zaistniał jako taki jnż w chwili przed oddaniem, analogicznie jak przy konsensualnej umowie najmu, lub przy odpłatnej umowie o przechowanie.

Tej czystej konstrukcyi konsensualnej owych nazwanych kontraktów realnych przeciwstawiają się zwolennicy konstrukcyi mieszanej.

W praktyce życia leży częstokroć w intencji stron nie wymiana przyrzeczeń świadczeń, ale wymiana samychże świadczeń: przy kupnie ręcznem za gotówkę, przy realnej darowiźnie dopiero świadczenie lub wzajemne świadczenia tworzą podstawę stosunku obowiązkowego w związku z objawioną przyczyną, celem świadczenia. Kto wrzucił pieniąż do automatu, ten w razie gdy automat

¹ Lübbert, j. w. 350 n.; Kohler, Lehrbuch j. w. 338.

² Heilfron, Röm. Rechtsgeschichte 49, uw. 19: dies ist aber kein realkontraktliches Moment.

nie dopisał, ma prawo żądać zwrotu wrzuconego pieniądza a nie wzajemnego świadczenia, t. j. dostarczenia pożądanej rzeczy, bo jego intencją było za świadczenie otrzymać świadczenie, on nie zawarł umowy konsensualnej ale tylko realną¹. I tak jak przy kupnie ręcznym wedle praktyki życia wolą stron jest wymiana świadczeń wzajemnych, tak przy kontraktach realnych z woli stron wynika, że jedno świadczenie jest przyrzeczone a drugie zaraz wykonane, wymiana przyrzeczenia świadczenia za realne świadczenie, które umożliwia spełnienie danego celu gospodarczego: wręczenie waluty realizujące pozostawienie na czas pewien korzystania z cudzego kapitału, oddanie rzeczy wygodzonej umożliwiające bezpłatne korzystanie z tej rzeczy, odebranie rzeczy umożliwiające jej przechowywanie.

Według domniemanej intencji stron, konstrukcję realną częściej przyjmując należy odnośnie do umów darmych niż odpłatnych. Umowy darne budzić mogą częstokroć wątpliwości co do intencji przyjęcia na się prawnego obowiązku i podporządkowania się pod przymus prawny, podczas gdy umowy odpłatne przy w grę wchodzącym interesie obopólnym stron nie budzą wątpliwości co do intencji stron odnośnie do uskutecznionej wymiany samych przyrzeczeń obopólnych świadczeń².

Tak więc zwolennicy konstrukcji mieszanej czterech nazwanych kontraktów realnych, zależnie od konkretnego wypadku przyjmują bądź czystą konstrukcję umowy realnej, której początek datuje się od dania rzeczy (system rzymski), bądź konstrukcję umowy konsensualnej w razie wzajemnej wiążącej wymiany przyrzeczeń, n. p. pożyczka oprocentowana, pactum de mutuo dando et accipiendo, które zostaje zaabsorbowane wzajemną wymianą przyrzeczeń świadczeń i daje skończony kontrakt pożyczki, jako kontrakt konsensualny, którego początek datuje się już od chwili wymiany wzajemnych przyrzeczeń.

Od czasu, jak w teorii prawa pospolitego i praw nowożytnych zapanował wszechwładnie dogmat »pacta sunt servanda«, każda konstrukcja może liczyć na powodzenie, a więc i taka, że w treści swej skończona umowa konsensualna zależnie od woli stron w konkretnym wypadku, może mieć charakter bądź umowy

¹ Kress, j. w. 84, uw. 2.

² Por. Boehmer, j. w. 327.

przygotowawczej bądź definitywnej umowy. Jeden i ten sam kompleks zdarzeń prawnych może być: 1) kontraktem konsensualnym; 2) umową przygotowawczą do kontraktu realnego, bo każda z tych konstrukcyj jedynie swe oparcie znajdzie w woli stron¹.

II.

Szczególne właściwości rzymskich kontraktów realnych i ich stosunek do t. zw. umów przygotowawczych.

Ogólną charakterystyczną cechą rzymskich kontraktów realnych jest ich bezpłatność. Rzymska pożyczka, mutuum w pierwszym stadium swego rozwoju nie była interesem codziennego obrotu, ale bezprocentową pożyczką z grzeczności i przyjaźni i tem się tłumaczy, że i później, gdy się stała interesem obrotowym, obowiązek płacenia procentów musiał być ujęty w ramy odrębnej stypulacyi i nie sposób było dochodzić odsetek w moc jedynie zastrzeżenia przy wypłacie waluty uczynionego². Świadczenie z pożyczki bezprocentowej polega w oddaniu darmem na pewien czas korzystania z kapitału, z użyczenia w pozostawieniu sposobem darmym używania przez czas pewien rzeczy cudzej, świadczenie z depozytu w przyjęciu bezpłatnej pieczy nad rzeczą, nawet świadczenie dania rzeczy w zastaw, dając zabezpieczenie wierzytelności, ma cechę odrębną od umów zdążających do wymiany dóbr lub usług.

Na wszelki sposób wymienione trzy umowy mieszczą w sobie elementa darowizny³, a wiadomą jest rzeczą, że w rzymskim prawie, a tak samo w prawach nowożytnych darowizny, tak pod względem ich skuteczności, jak i co do wzajemnych stosunków prawnych między darczyńcą i obdarowanym wynikających, znacznie odbiegają od innych umów służących celom wymiennym. Z jednej strony spotyka się zastrzeżenie darowizny co do wymogów pod wzglę-

¹ Kress, j. w. 50, uw. 23 i 97, uw. 38: indess rechtlich sind alle diese Möglichkeiten gegeben, die Entscheidung hängt von der Auslegung des Einzelfalles ab.

² Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II. 2, §91.

³ Kohler, Lehrbuch, 390; Dernburg, Pandekten II. 772, uw. 9, 10; Heilfron, Röm. Rechtsgeschichte 565, 566, 594, uw. 2, 561, uw. 22.

dem formy; z drugiej rozluźnienie odpowiedzialności darczyńcy wobec obdarowanego.

Mówiąc o darowiznie ma się powszechnie na myśli darowiznę substancji majątkowej, a przecież świadczenie bezprocentowej pożyczki, świadczenie bezpłatnego używania cudzej rzeczy, świadczenie usług przechowywania rzeczy darmo, może niejednokrotnie wartością swoją znacznie przewyższać wartość darowanej substancji¹. Wiadomem jest z historii prawa rzymskiego, jak rygorystyczne obowiązki reguły co do skuteczności darowizny², wiadomem, że nawet w formę stypulacji ubrane przyrzeczenie darczynne mogło być unicestwione *exceptione legis Cinciae*, czyż dziwnem się wyda, że rzymskie prawo w odniesieniu do analogicznych wypadków darowizny używania czy darowizny usług staje na stanowisku, iż do skuteczności obietnicy dania bezprocentowej pożyczki, użyczenia, czy obietnicy przyjęcia w przechowanie, wymagane jest zgodne z zamiarem oddanie względnie przyjęcie rzeczy zamiennych czy specyficznie oznaczonych do rąk destynataryusza. Akty hojności, mające charakter przysługi przyjacielskiej, istnieniem samej obietnicy nie wdrażające się w wyobraźni darczyńcy jako prawnie wiążące obowiązki, dopiero przez realny akt oddania wychodzą ze sfery niewiążących zamierzeń w sferę zdarzeń prawnych. Obietnice mniej przezornie, nieraz nawet lekkomyślnie są czynione, ale wyzbycie się rzeczy w związku z intencją darczynną daje większą pewność dojrzałego postanowienia.

Jeśli dopiero Justynian podniósł przyrzeczenie darczynne (*pactum donationis*) do znaczenia wiążącej umowy, jeśli nowożytne ustawodawstwa poddają przyrzeczenie darczynne ostrym co do formy rygorom, to i dla dzisiejszych stosunków byłoby zjawiskiem zupełnie zrozumiałym, gdyby analogiczne rodzaje nieformalnych przyrzeczeń darczynnych, a więc *p. de mutuo dando*, *p. de commodando*, *p. de deponendo*, nie wiązały, lub gdyby nie były zaskarżalne. One w Rzymie nie były zaskarżalne nie tylko dlatego, że były *pactum*, ale nie były zaskarżalne, bo były obietnicą świadczenia za darmo³.

¹ Oddanie w bezpłatne używanie domu na czas dłuższy, Cosack, j. w. 627.

² Kübler, j. w. 181 n.

³ Odnośnie do stypulacji *«pecuniam te mihi crediturum spondes»* zatem zaskarżalnej obietnicy pożyczki (l. 68 de V. O. 45, 1.) trudno przypuścić, by

Jeśli nawet słusznem miałyby być twierdzenie, że rzymski system kontraktowy chroma na brak »wewnętrznej harmonii i konsekwencji«¹, to zatrzymanie dla wymienionych czterech umów jako kontraktów z grzeczności konstrukcyi umów realnych jak w Rzymie tak i dzisiaj ma uzasadnienie, a przeciwieństwem do rzymskiego wyobrażenia jest teoria prawa pospolitego i śladami jej idąca nowsza teoria cywilistyczna, która nie zarzucając zresztą kontraktów realnych, a stojąc pod urokiem dogmatu proweniencyi nierzymskiej »swobody formy« (Formfreiheit, Vertragsfreiheit), jakby boczną furtką wprowadza do systemu i do kodeksów zaskarżalność, moc wiążącą wzmiankowanych darmych obietnic pod formą bądź umów przygotowawczych do owych kontraktów realnych, bądź, jak czynią niektórzy zarzucając twór umów realnych, pod formą umów konsensualnych.

Zachodzi więc pytanie, jakim jest stosunek umów realnych do t. zw. umów przygotowawczych do tych umów.

Snując analogię darowizny do przyrzeczenia darczynnego powiemy, że oddanie rzeczy jest wykonaniem tego przyrzeczenia, jest zapłatą z tego przyrzeczenia wynikłego długu. Więc czem jest pactum de mutuo dando, p. de commodando, p. de deponendo w stosunku do realnej pożyczki, wygodzenia, depozytu? Jest skończoną umową ale taką, której wykonanie polegające w dopełnieniu momentu realnego rodzi nową umowę realną. I to właśnie jest znamienne, że podczas gdy dotąd nikt nie próbował określić stosunku przyrzeczenia darczynnego do aktu dania substancyi jako umowy przygotowawczej do samej darowizny, tak odnośnie do owych kontraktów realnych, mimo zgodności stanu faktycznego panująca teoria dowodzi, że owe obietnice udzielenia pożyczki, użyczenia, obietnice przyjęcia w przechowanie są w pełnem tego słowa znaczeniu tylko umowami przygotowawczymi, że są zatem przyrzeczeniami

prawnik miał na myśli pożyczkę bezprocentową, interes przyjacielski i grzecznościowy, którego łączenie z rygorami stypulacyi nie mogło odpowiadać intencji pożyczającego. Owa stypulacya odnosi się więc do pożyczki procentowej. Tak Schlossmann, j. w. 65 n., Boehmer, Realverträge im heut. Rechte, Arch. f. bürg. Recht XXXVIII. 327: Darum wird in der Mehrzahl der Fälle die Absicht einer rechtlichen Bindung sich erst darin dokumentieren, dass... die Hingabe bzw. Hinnahme der Sachen erfolgt.

¹ Dernburg, Pandekten II. 551. Przeciw przyjęciu odrębnego typu umów z grzeczności Planck, j. w. 914.

przyrzeczenia zwrotu pożyczki, zwrotu rzeczy wygodzonej, przyjęcia w przechowanie mającemi aktualne znaczenie dopiero w chwili dania rzeczy. Tymczasem stan faktyczny jest taki jak przy przyrzeczeniu darczynnem, że Primus przyrzeka Secundo zł 1000 tytułem pożyczki bezprocentowej płatnej 1 stycznia 1930 r. z terminem zwrotu 1 lipca 1930 r., że Primus przyrzeka Secundo przyjąć w przechowanie futro, że mu przyrzeka użyzyć swego automobilu do odbycia podróży do miejscowości X, że mu przyrzeka już dziś na zabezpieczenie długu oddać w zastaw drogocenny pierścień. Jeśliby się miało z takiej umowy dopuścić do skargi, to ona szłaby o wypłatę waluty, o wzięcie w przechowanie, o oddanie w używanie podobnie, jak z przyrzeczenia darczynnego idzie skarga o wykonanie, o zapłatę, podobnie jak z umowy najmu rzeczy czy usług szłaby skarga o oddanie rzeczy wynajętej czy przyjęcie rzeczy w przechowanie odpłatne, a wszak najem rzeczy czy usług abstrahując od momentu odpłatności, o ile idzie o sam moment konsensualny daje co do treści porozumienia stan rzeczy identyczny z treścią konsensu co do commodatum lub depositum. Jeśli jednak locatio-conductio jest umową konsensualną, a tamte umowami realnemi, to różnica w traktowaniu leży tylko w odmiennym charakterze owych umów, mianowicie w tem, że realne są aktami grzeczności, konsensualne umowami odpłatnemi. Początkiem zatem owych czterech umów realnych jest dopiero danie rzeczy dobrowolne. Powszechnie w prawie pospolitem z temi umowami związywane umowy przygotowawcze w treści swojej dają pełne porozumienie stron i wiążą jako samoistne umowy, o ile w danem prawodawstwie nie wprowadzi się pewnych ograniczeń ze względu na ich darczynny, grzecznościowy charakter tak samo jak wiąże przyrzeczenie darczynne jakkolwiek ono poddane zostało rygorowi co do formy (insynuacja, przymus notaryalny). Stosowanie pojęcia umowy przygotowawczej do obietnicy bezprocentowej pożyczki, wygodzenia czy depozytu jest o tyle niewłaściwe, że przypisuje stronom zamiar powtórzenia przy akcie realnym tego, co już przedtem powiedziały.

Tę niewłaściwość stosowania do umów realnych pojęcia umowy przygotowawczej wykazał Schlossmann¹, który rację odmiennego traktowania użyczenia i depozytu z jednej strony, a najmu rzeczy czy usług z drugiej, upatruje w odmiennej gospodarczej strukturze

¹ Schlossmann, j. w. 47, 63, 65, 68 n.

tych umów, w uzasadnionej konieczności ograniczenia mocy wiążącej, t. zw. umów z grzeczności, które w ogóle ze sfery przymusu prawnego winne być wyeleminowane, a winne być przyjęte do zakresu prawa dopiero wtedy, gdy czyn, świadczenie stwierdzi obietnicy odpowiadający stan rzeczy; wtedy dopiero po przesunięciu danego dobra z jednych rąk do drugich, wskazanem jest wkroczenie porządku prawnego. Schlossmann obietnicy bezprocentowej pożyczki, darmego użyczenia, obietnicy darmego przechowania odmawia i dla praw nowożytnych mocy wiążącej, gdyż takie obietnice tylko w zespoleniu z realnem daniem względnie wzięciem rzeczy dojrzeć mogą jako akty złożone do znaczenia kontraktów i w tej mierze wobec dziś powszechnie uznanej »swobody umów« idzie za daleko. W zasadzie i takim obietnicom mocy wiążącej odmawiać nie ma powodu, to są tak dobrze samoistne umowy jak owe kontrakty realne, a słuszną jedynie jest opozycja Schlossmanna przeciw pojmowaniu owych obietnic jako umów ściśle przygotowawczych¹. Obietnica użyczenia czy bezprocentowej pożyczki lub obietnica wzięcia w przechowanie bez wynagrodzenia są samoistnymi umowami, do których mają zastosowanie ogólne reguły o umowach przy uwzględnieniu ich specyficznego charakteru. Atoli te obietnice, jakkolwiek przyjęte przez drugą stronę nie są ani użyczeniem, ani pożyczką, ani depozytem, które re do skutku przychodzą, gdyż zresztą przed oddaniem rzeczy w używanie, czy jej przyjęciem w przechowanie po stronie obietnicę przyjmującego, o żadnych jego obowiązkach mówić nie można², ani o obowiązku przyjęcia rzeczy przy użyczeniu i pożyczce, ani o obowiązku oddania rzeczy w przechowanie, odnośnie do obietnicy przechowania, z czego wynika zarazem niewłaściwość konstruowania przyjętej obietnicy użyczenia, bezprocentowej pożyczki, darmego depozytu jako konsensualnych kontraktów (tak n. p. pr. obl. szwajcarskie), gdyż w praktyce życia i zresztą wedle domniemanej woli stron są to umowy tylko jednostronnie wiążące, o ile w ogóle ma się im przyznać moc i znaczenie umów wiążących, a nie jedynie aktów grzeczności i przyjaźni. Dlatego n. p. kodeks austr., jakkolwiek uznaje moc wiążącą takich

¹ Por. Planck, j. w. 912: Selbstländige Vorverträge, durch die sich jemand zum Leihen und Aufbewahren einer Sache verpflichtet, kommen im Leben nicht selten vor.

² Por. Unger, j. w. 9 i Schey, Die Obligationsverhältnisse des österr. allg. Privatrechts 44, oraz Schlossmann, j. w. 18, Adler, j. w. 216.

obietnic, to przecież je ściśle odkreśla od samych kontraktów jako realne pojmowanych. Umowa, którą przyrzeczono użyczenie rzeczy nie oddając jej równocześnie, wiąże wprawdzie, ale nie jest kontraktem wygodzenia (§ 971 k. a.), kontraktu pożyczki nie należy łączyć z umową chociaż również wiążącą udzielenia pożyczki w przyszłości (§ 983 k. a.), przyrzeczenie wzięcia w pieczę nieoddanej jeszcze rzeczy wiąże wprawdzie przyrzekającego, ale nie jest jeszcze kontraktem przechowania (§ 957 k. a.).

Zamknięty w ramach typów umownych system kontraktowy rzymski wskazuje wyraźną tendencję zacieśnienia tych umów i niedopuszczenia do owej rozległości pojęcia umowy, jakie jest właściwością teorii prawa rzymskiego i teorii nowożytnej, zwłaszcza, że umowa nie jest pojęciem wyłącznie do sfery prawa należącym. Dla ilustracji dosyć przytoczyć rzecz w klasycznym prawie rzymskim bezsporną, że strony porozumiewszy się o precarium mimo to nie wchodzi w żaden stosunek prawny, nie wchodzi wń nawet po oddaniu rzeczy prekaryście¹, l. 12 pr. D. de precario 43, 26. (Celsus libro 25 digestorum): Cum precario aliquid datur, si convenit, ut in kalendas Iulias precario possideat, numquid exceptione adiuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? sed nulla vis est huius conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat, bo umowa prekaryjna do zamkniętej w sobie dziedziny prawie wiążących umów nie miała dostępu i od Celsusa aż do czasu bizantyńskich kompilatorów pracowała myśl prawnicza, by w pewnej chociaż mierze ten stosunek faktyczny podnieść do znaczenia umowy, bo wszak dopiero kompilatorowie² wprowadzają kontraktową skargę (a. praescriptis verbis) zatraciwszy zrozumienie istoty tego stosunku.

Wspólna zatem rzymskim kontraktom realnym charakterystyka jako aktów hojności, grzeczności i przyjaźni tłumaczy rację ich natury realnej; dobrowolne oddanie rzeczy czy jej przyjęcie w przechowanie stwarza dopiero wiążące się z treścią tych umów obowiązki, a wymuszenie tego oddania czy przyjęcia jakby okreśłą drogą umowy przygotowawczej jest bądźco zaprzeczeniem racji wymogu dobrowolnego oddania. Aktów hojności będących wynikiem grzeczności, przyjaźni wymusić nie można. L. 17 § 3. D. com. v.

¹ Dernburg, Pandekten II. 739 uw. 6; Windscheid j. w. II. § 376 uw. 3.

² Dernburg, Pandekten II. 470.

contra 13,6 (Paulus libro 29. ed edictum). Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficium ac nuda voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles.

Chyba bardzo wymownie tłumaczy Paulus rację realnej konstrukcji i przyznać trzeba, że w teorii nowożytnej i w nowożytnych ustawodawstwach wśród szczegółowych norm określających wzajemne obowiązki stron z tych kontraktów wynikające jest wiele takich, które tylko charakterem darczynnym tych umów wytłumaczyć się dadzą, jakkolwiek nierzadko poszczególne poglądy i interpretacje postanowień ustawy, poruszając się między axyomatem zaskarżalności umów w ogóle, a mając z drugiej strony specyficzny charakter kontraktów realnych na oku zdradzają wprost uderzającą chwiejność i zaskarżalność samych obietnic zacieśniają o tyle, o ile w danym wypadku istniała wola prawnego związania się, a nie jedynie intencja spełnienia aktu grzeszności¹. Wszak nawet Dernburg wprowadzie wypowiada zdanie o skuteczności »umowy przygotowawczej« do kontraktu wygodzenia², ale jakby jednym tchem zaraz ogranicza to twierdzenie, że bardzo często obietnica wygodzenia czynioną jest nie w intencji wzięcia na się prawnego obowiązku, a czując widocznie, że bardzo płynnym jest kryterium, czy się miało czy nie, intencję prawnego związania się, w swoich sławnych pandektach pociesza sędziogo, że »doświadczenie życia« wskazuje, co miano na myśli³. A przecież Ihering⁴ wprost wyklucza moc wiążącą t. zw. pacti de commodando, która to sama nazwa tej umowy nieznaną prawnikom rzymskim jest wytworem nowszej dogmatyki.

¹ Planck j. w. 912.

² Dernburg, Bürg. Recht II. 2, 236.

³ Dernburg, II. 736 uw. 2.

⁴ Ihering, Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen, Jahrb. f. Dogmatik t. XXIII. 220: das Depositum wie das Commodat gehören nicht zu den Geschäfts- oder Verkehrsverträgen, bei denen jeder auf seinen eigenen Vortheil abgesehen hat sondern zu den Gefälligkeits- oder Freundesverträgen, bei denen der Eine dem Anderen eine Gefälligkeit, einen Dienst erweist;

Mimo, że n. p. motywa do cywilnej ustawy niemieckiej uważają moc wiążącą *pacti de deponendo* jako samo przez się zrozumiałą, to jednak z brzmienia § 696 k. n. wynika jasno, że obietnica bezpłatnego przyjęcia w przechowanie nie wiąże, bo depozytaryusz każdej chwili może żądać zabrania rzeczy do przechowania oddanej, o ile czas trwania depozytu nie był oznaczony, jak z drugiej strony nie może żądać oddania rzeczy w przechowanie (§ 695)¹.

Poczucie słuszności i specyficzna właściwość kontraktów realnych tłumaczą więc dostatecznie ich konstrukcję, której nie może zachwiać ani obalić dogmat o zaskarżalności nieformalnych umów.

Między kanonistycznym poglądem o świętości danego słowa, któremu nowsza cywilistyka zawdzięcza zasadę o zaskarżalności nieformalnych umów, a charakterystyczną cechą kontraktów realnych, jako aktów przyjacielskiej usługi wymagających uprzedniego świadczenia, możliwy jest *de lege ferenda* kompromis i to w dwóch kierunkach.

Dla tego zaskarżalność wszelakich umów nie dopuszcza żadnych wyjątków, ten może gwoli uzyskania pewności, a choćby wielkiego prawdopodobieństwa, że w danym wypadku oddając obietnicę udzielenia bezprocentowej pożyczki, darmego wygodzenia, bezpłatnego przechowania, brano pod uwagę prawne związanie się wraz z ewentualnością przymusu, przyjęć rygory co do formy tego rodzaju obietnic analogicznie jak istnieje rygor co do formy dla przyrzeczenia darczynnego, na co wskazują do niedawna obowiązujące prawodawstwa². *De lege ferenda* nie jest wskazaniem pozostawienie zupełnie

Tenże, *Ein Rechtsgutachten betreffend die Gäubahn*, Tamże XVIII. 94: ich halte die Ansicht, dass das *pactum de commodando* schlechthin klagbar sei für verkehrt, während das vollzogene *Commodat* im Unterschiede vom *Precarium* allerdings der Willkür des Gebers entrückt ist.

¹ Heilfron, *Lehrbuch* II. 706, 704, 701 uw. 2; Schollmayer, *Einz. Schuldverhältnisse* 60 uważa umowę taką jako w ogóle nie wiążącą; przeciwnego zdania Windscheid-Kipp t. II. 601 uw. 3, który umowę o wzięcie w przechowanie uważa za kontrakt konsensualny tak co do obowiązku wzięcia w przechowanie jak i obowiązku zwrotu. Być może jednak, że Kipp ma na myśli odpłatny depozyt, gdyż wedle kodeksu niem. bezpłatność nie jest znamięm charakterystycznym umowy depozytowej (§ 689 k. niem.); por. nadto Planck, j. w. 942 i Heilfron, *Lehrbuch* II. 561 uw. 2.

² Kodeks cywilny pruski A. L. R. wymaga w razie użyczenia rzeczy wartości ponad 150 mk., a w razie użyczenia nieruchomości lub prawa zawsze formy pisemnej i to pod nieważnością umowy, choćby nastąpiło realne oddanie rzeczy.

otwartej kwestyi, czy np. obietnica oddania w bezpłatne używanie domu na lat 10, bez wypowiedzenia wiąże mimo braku sądowej czy notaryalnej insynuacji, co właśnie jest wątpliwem w kodeksie niemieckim, bo ze stanowiska tego kodeksu jest wątpliwem, czy darze oddanie do użytku domu jest s. str. darowizną¹.

Można także zająć de lege ferenda takie stanowisko, że dotrzymanie obietnic, bezpłatnej pożyczki, użyczenia, wzięcia w przechowanie uważa prawodawca jako postulat przyzwoitości i dobrych obyczajów, że jednak do dopełnienia tych obowiązków nie zmusza, czyli, że takie obietnice rodzą jedynie zobowiązania naturalne.

Postawienie pod przymus prawny nieformalnej obietnicy bezprocentowej pożyczki, użyczenia, przechowania bezpłatnego, budzi conajmniej wątpliwości, gdyż takie negotia amicalia wchodzić winne w dziedzinę prawa raczej w postaci gotowego świadczenia za przyrzeczeniem spełnienia obowiązków na odbierającym świadczenie ciężących.

W sporze, czy pożyczkę i depozyt osądzić należy na gruncie konstrukcyi realnej czy konsensualnej, rozmiar kontrowersyi winien być zacieśniony na pożyczkę procentową, na depozyt odpłatny, negotia amicalia wyżej scharakteryzowane, za których realną konstrukcją przemawiają specyficzne względy nie starczą na szali argumentów za utrzymaniem konstrukcyi realnej także dla pożyczki procentowej czy dla odpłatnego depozytu². Z drugiej jednak strony, kto przyzna rację konstrukcyi konsensualnej jedynie dla pożyczki procentowej i odpłatnego przechowania doszedłby do lege ferenda do systemu mieszanego, t. zn. do kształtowania bezprocentowej po-

¹ Por. Cosack j. w. I. 627, który pozatem odnośnie do k. niem. oświadcza się wbrew innym (por. Planck j. w. 912) za konstrukcją mieszaną kontraktu wygodzenia. Staudinger j. w. II. 1021 wskazuje na analogię podanego w tekście przykładu z darowizną, ale mimoto nie jest za zastosowaniem do takiej obietnicy rygoru pod względem formy w § 518 k. n. przepisanej dla obietnicy darczynnej, por. Haymann, Zur Grenzziehung zwischen Schenkung u. entgeltlichem Geschäft, Iher. Jahrb. LVl. 100. Za darowizną atoli: Dernburg Lehrb. 142 n. i uw. 8.

² Znamienne stanowisko Ungera w Jahrb. f. Dogm. VIII, 14, który mimo, że uważa użyczenie za kontrakt realny, co do pożyczki staje w szeregach zwolenników konstrukcyi konsensualnej; por. nadto Schey, die Obligationsverhältnisse des österr. allg. Privatrechtes 190 i Zusatz 191, który zaznacza co do p. de commodando, że w wątpliwości winno być traktowane »als unverbindlich« por. § 4 uw. 6. i § 40 uw. 5; Stintzing, die Vorverpflichtung 50 n.

życzki względnie darmego przechowania jako kontraktów realnych, zaś w razie odpłatności jako konsensualnych, do stanowiska, któremu odnośnie do pożyczki drastyczny wyraz dał projekt francusko-włoski (art. 636)¹, stanowiska, które w istocie rzeczy jest rezygnacją z wszelkiej konstrukcyi.

A jednak jednolita konstrukcyja w danem prawodawstwie ma dla praktyki pierwszorzędne znaczenie² i dlatego w dalszym ciągu niniejszych uwag staraniem naszym będzie przez porównanie wyników praktycznych, do jakich owe konstrukcyje prowadzą, uwydatnić wyższość i zasadność jednej ponad drugą.

Na razie w świetle dotychczasowych wywodów należy stwierdzić, że pożyczka bezprocentowa, użyczenie, bezpłatny depozyt raczej jako umowy realne zgodnie z prawem rzymskiem konstruowane być winne³.

Poniżej rozpatrzeć należy przeciwstawne konstrukcyje odnośnie do odpłatnego depozytu i procentowej pożyczki.

III.

Kodeks cywilny niemiecki w stosunku do problemu konstrukcyi kontraktów realnych.

Wobec rozbieżności poglądów co do konstrukcyi umów realnych w teorii prawa pospolitego i w ogóle w teorii cywilistycznej, autorowie kodeksu niemieckiego, kształtując prawodawczo odnośne umowy, unikali sposobności zajęcia wyraźnego stanowiska zaznaczając wprost dobitnie, że problem konstrukcyjny jest rzeczą nauki. Widocznie uważano, że kwestya konstrukcyi, jako rzekomo mająca znaczenie tylko teoretyczne, w niczem nie stoi na przeszkodzie ukształtowaniu danej umowy co do skutków praktycznych. Że tak nie jest, tego dowodzą właśnie poszczególne postanowienia kodeksu niemieckiego, gdyż za widoczną chwiejnością co do konstrukcyi umów realnych poszła także chwiejność pod względem rozumienia

¹ Relazione sul progetto str. 44 i 156.

² Boehmer j. w. 329: um blosse Schulfragen hätte ein so heftiger wissenschaftlicher Kampf nicht entbrennen dürfen.

³ Tak też Kohler w najnowszej pracy z r. 1909 kwalifikuje pożyczkę darmą jako kontrakt realny a procentową jako kontrakt konsensualny, Arch. f. b. Recht XXXIII. 20.

i konsekwencji z poszczególnych przepisów kodeksu wynikających i niemiecka literatura cywilistyczna, opierająca się na kodeksie niemieckim, daje wprost jaskrawy obraz rozstrzygnięć praktycznych, będących wynikiem niezdecydowanej postawy autorów kodeksu niemieckiego co do konstrukcyi omawianych umów. Autorowie kodeksu niemieckiego, uchylwszy się od decyzji w wyborze tej czy owej konstrukcyi, oddali złą przysługę praktyce, bo czyż można żądać od praktyków utrwalonych poglądów konstrukcyjnych, jeśli autorowie kodeksu, wśród których w dużej i przeważającej mierze zasiadali pierwszorzędni koryfeusze niemieckiej nauki prawniczej, zrezygnowali na rzecz tejże nauki z okazji zajęcia wobec ścierających się poglądów konstrukcyjnych zdecydowanego stanowiska.

Bliższe więc rozpatrzenie postanowień kodeksu niemieckiego w kwestyi konstrukcyi umów realnych w związku z motywami i protokołami obrad komisji kodyfikacyjnej, które to motywy i protokoły odzwierciedlają ostateczne wyniki nowożytnej nauki pandektowej, posłużyć może jako przydatny materiał, dla prac kodyfikacyjnych podjętych obecnie i w Polsce.

Omówić więc należy kontrakt użyczenia, przechowania, pożyczki w kodeksie niemieckim z pominięciem umowy o zastaw, która wyłączona została z dziedziny prawa zobowiązaniowego a przydzielona w całości do działu prawa rzeczowego¹.

1. Użyczenie.

§ 598 k. n. »Durch den Leihevertrag wird der Verleiher einer Sache verpflichtet dem Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gestatten«. Postanowienie to określa jedynie treść i osnowę zobowiązania użyczającego; wprost niepodobna z niego wydestać

¹ To stanowisko autorów kodeksu niemieckiego »der Wissenschaft überlassen« dosadnej krytyce poddaje Schlossmann j. w. 71. uw. 1: Dieses in der neueren Gesetzgebung nicht selten vom Gesetzgeber geübte, »der Wissenschaft überlassen« ist nichts anderes als ein in gewissen Dingen von ihm betätigter Verzicht auf deren klare und durchdachte Regelung unter Ausstellung eines durch Erlass einer mehrdeutigen Bestimmung hergestellten Blanketts für den Richter; por. nadto Schey j. w. 191. uw. 18: der d. Entwurf scheint das Commodat als Realkontrakt aufzufassen, will aber absichtlich (Mott. II. 444) nicht recht Farbe bekennen; przeciwie Siber, j. w. 247 n., który na podstawie motywów dowodzi, że kodeks niemiecki całkiem nie stoi w więzach konstrukcyi realnej.

konstrukcyi. Toż zwolennicy umowy realnej¹, starają się ją oprzeć na postanowieniu § 604 k. n., które wypowiada samo przez się zrozumiały obowiązek zwrotu użyzionej rzeczy po upływie oznaczonego czasu użyczenia, co całkiem nie przesądza konstrukcyi, bo wszak najemca także ma obowiązek zwrotu rzeczy po skończonem używaniu a przecież najem jest umową konsensualną². Komisya kodyfikacyjna³, chcąc sprawę konstrukcyi przekazać nauce, zdecydowana była użyczenie »traktować jednolicie«; a to nieco zagadkowe powiedzenie wskazuje chyba na to, że istotnie użyczenie ujęto w takie słowa, które nie zagradzają drogi ani jednej ani też drugiej konstrukcyi. Toż nie dziw, iż obok głosów za lub przeciw jednej lub drugiej konstrukcyi, odzywają się głosy, że według kodeksu niemieckiego użyczenie można uważać za umowę realną lub konsensualną⁴. Gdyby nawet zresztą tenor powołanego § 598 k. n., ogólnie zredagowany, wskazywał na kontrakt realny, to wobec uznania przez kodeks niemiecki ogólnej mocy wiążącej umów przygotowawczych⁵ do umów realnych, które to umowy przygotowawcze w stosunku do tych umów dają konsensem wypełnioną treść umowy realnej, mogliby uznać użyczenie za kontrakt konsensualny ci wszyscy, którzy, jak n. p. Schlossmann, umowę przygotowawczą za definitywny kontrakt konsensualny uważają⁶.

Ale też tutaj zaraz wychodzi na jaw ujemna strona pozostawienia otwartym problemu konstrukcyi. Jeśli bowiem ma się użyczenie uważać za umowę konsensualną, to wedle treści postanowień o użyczeniu użyczający odpowiada za dolus i culpa lata (§ 599 k. n.), jeśli zaś użyczenie uważać się będzie wedle treści tychże postanowień za umowę realną wówczas samą obietnicę użyczenia traktować trzeba jako sui generis umowę przygotowawczą, do której stosować należy ogólne przepisy o umowach pod względem odpowie-

¹ Fischer-Henle § 598 uw. 1.

² § 556 k. n.

³ Mot. II. 443; Prot. Nr. 121 (II, 269).

⁴ Cosack j. w. 627: kann... dadurch vorgenommen werden, dass der Verleiher die Leihsache dem Entleiher sofort übergibt oder aber auch so, dass er ihm die Übergabe erst für die Zukunft zusagt; por. Windscheid-Kipp, II. 591.

⁵ Mot. I. 178. 184: bei Realverträgen soweit diese anerkannt werden möglich und zulässig. 178.

⁶ Schlossmann j. w. 70 n. Stintzing j. w. 73.

działności za szkodę i nałożyć na użyczającego odpowiedzialność za *omnis culpa*¹ (§ 276 k. n.).

Między umową o wygodzenie a samem wygodzeniem jako kontraktem realnym zachodzi i ta różnica, że w umowie realnej użyczający »dozwala« (*gestatten* § 598 k. n.) na używanie rzeczy, w p. de commodando bierze obowiązek umożliwienia użycia rzeczy². Stąd zaś płynie konsekwencya, że odpowiedzialność użyczającego dopełniającego p. de commodando normuje się inaczej, ostrzej niż odpowiedzialność z samego użyczenia nieopprzedzonego obietnicą, że odpowiedzialność za szkodę w razie *pactum de commodando* po jego wykonaniu idzie dalej niż odpowiedzialność z realnego użyczenia, bo obejmuje każdy rodzaj winy. Wynika więc z tego, że utożsamianie p. de commodando z użyczeniem pojętem jako umowa konsensualna a zarzucenie użyczenia jako umowy realnej nie jest tylko kwestyą konstrukcyi, ale ma również znaczenie praktyczne, (wady, niezdatność do użytku).

Oczywiście, iż się czyni przytem stereotypowe zastrzeżenie, że obietnica użyczenia jest skuteczna jako »prawnie wiążąca umowa« a nie wtedy, gdy się przedstawia jako »czysto towarzyskie przyrzeczenie z grzeczności³, zaś znalezienie granicy między jednym a drugim oddaje się w ręce sędziego, który nie rzadko w trudnej znajdzie się sytuacji⁴. Odsyłanie sędziego do płynnego i nieuchwytnego

¹ Heilfron, Lehrbuch, II. 561. uw. 2b.; por. Planck j. w. 918 zudem bezieht sich § 599 überhaupt nicht direkt auf den Vorvertrag, durch den jemand eine Sache verleihen zu wollen verspricht. Por. Crome j. w. 2. 1, 587 uw. 7; Siber, Zur Theorie von Schuld u. Haftung, Iher. Jahrb. L. 272.

² Por. Planck j. w. 917: ist dagegen die Verleihung einer Sache versprochen, so hat der Versprechende nicht nur den Gebrauch der Sache zu gestatten sondern ihn dem anderen Theile zu ermöglichen; Endemann j. w. 1151 § 183; Cosack j. w. 627; Staudinger II. 1021.

³ Planck j. w. 912; Dernburg, Bürg. Recht II. 2. 235. 236, uw. 7; Windscheid-Kipp II. 591.

⁴ Cosack j. w. 627. podaje przykład: A. przyrzekł B. oddać w wygodzenie na lat 10 bez wypowiedzenia swój dom. W odniesieniu do kodeksu niemieckiego nasuwają się następujące wątpliwości: 1) czy dana umowa jest *commodatum* jako kontrakt konsensualny; 2) czy wobec tkwiącego w tej umowie momentu darczynnego nie należy wymagać *insynuacyi* (§ 518, 1 k. n.); por. co do tej kwestyi, zresztą spornej, Planck j. w. 775; Staudinger j. w. II. 1021; 3) czy przychyłając się ku konstrukcyi umowy realnej w przykładzie podanym upatrywać należy wiążące *pactum de commodando*. Cosack, wbrew zresztą wielu innym, widzi w podanym wypadku prawidłowy kontrakt konsen-

kryterium »prawnie wiążącej umowy« czy też »czysto towarzyskiej obietnicy grzecznościowej« kwestyi nie rozstrzyga, gdyż w razie takiej obietnicy przyrzekający nie mając interesu w jej dotrzymaniu, w braku pozytywnego przepisu zawsze uważanym być musi jako czyniący niewiązącą go obietnicę z grzeczności.

Oddanie wspaniałomyślnie przez redaktorów k. n. nauce rozstrzygnięcia problemu konstrukcyi na razie przynajmniej nie przyniosło jednolitej opinii, a walkę poglądów raczej pogłębiło.

2. Przechowanie.

Brzmienie § 688 kod. niem., określa kontrakt ten niewątpliwie jako realny: Durch den Verwahrungsvertrag wird der Verwahrer verpflichtet, eine ihm von dem Hinterleger übergebene bewegliche Sache aufzubewahren. A jednak mimo to wgląd w szczegółowe postanowienia materyi tej dotyczące budzi poważne wątpliwości co do konstrukcyi realnej tego kontraktu.

Autorowie kodeksu zarzucili przy tej umowie, w rzymskiem prawie charakterystyczne kryterium bezpłatności, a wskutek tego zbliżyli ją do najmu usług bądź do najmu dzieła. Toteż § 689 k. n. postanawia, że deponent może być obowiązany do wynagrodzenia, z czego niektórzy¹ nie bez słuszności wnioskują, że skoro deponent odpowiada za wynagrodzenie, to chyba jako strona, na korzyść której przychodzi z reguły umowa do skutku, może się domagać spełnienia obietnicy przyjęcia rzeczy w przechowanie, z czegooby wynikało, że depozyt za wynagrodzeniem jest umową konsensualną obojnie wiążącą². Pozatem przychodzi zwolennikom konstrukcyi konsensualnej w pomoc pactum de deponendo. Motywa do I. projektu głoszą zasadę wiążącej mocy takiej umowy, która atoli zdaniem

~~~~~

sualny. Dernburg Burg Recht II 236. podkreśla, że kodeks niem. nie wypowiedział się wyraźnie co do konstrukcyi mimo, że wyobrażenie obrotu kładzie z reguły na użyczającego pewne obowiązki dopiero po wręczeniu rzeczy, z czem nie zupełnie godzi się dalsze twierdzenie Dernburga »o samo przez się zrozumiałej umowie o wygodzenie«, która znowuż wedle uwagi 7, str. 236: bardzo często uczyniona będzie nie w zamiarze prawnego związania się.

<sup>1</sup> Schlossmann j. w. 75.

<sup>2</sup> Rzecz ta w odniesieniu do odpłatnego depozytu jest jednak sporną. Za umowę wzajemną uważają taki depozyt: Cosack j. w. 707, Schollmeyer j. w. 131. Za rodzącą jednostronne zobowiązanie uważają ją Endemann I, § 185 I., Staudinger II. 1315, Ennecerus, Lehrbuch d. bürg. R. II. 493; por. Mot. II. 582, Prot. 391 n.

zwolenników konstrukcyi konsensualnej ma być uważana za równoznaczną z umową depozytową. I tem się też tłumaczy, że i co do konstrukcyi depozytu w cywilistyce niemieckiej panuje zupełna rozbieżność poglądów, dochodząca aż do twierdzenia, że umowę tę bądź za kontrakt realny, bądź za konsensualny uważać należy<sup>1</sup>.

W związku z kwestyą konstrukcyi pozostaje jednak pytanie, czy depozytariusz może żądać wynagrodzenia, jeśli deponent z prawa dania rzeczy w przechowanie nie skorzystał lub przed czasem depozyt wycofał (§ 695 k. n.)<sup>2</sup>, czy w szczególności żądać może umówionego wynagrodzenia (kontrakt konsensualny, umowa wzajemna), czy też tylko zwrotu wyłożonych wydatków z powodu przygotowań do zawarcia umowy depozytowej jako umowy realnej w moc pactum de deponendo poczynionych (Dernburg); czy też w ogóle i wynagrodzenia szkody żądać nie może rzekomo z tego powodu, że pactum de deponendo rodzi jedynie obowiązek przyjęcia w depozyt, a sprzecznem jest z istotą i celem tej umowy obowiązek oddania rzeczy w przechowanie (Mot. II. str. 569, arg. § 695 k. n.)<sup>3</sup>.

Z chwilą gdy autorowie kodeksu niemieckiego porzucili moment bezpłatności, który jedynie odróżnia w rzymskim prawie depozyt od najmu usług, i gdy z realną umową depozytową związali bliżej nigdzie nie sprecyzowane pactum de deponendo, wyłoniły się powyższe wątpliwości.

Dernburg, zwolennik konstrukcyi realnej<sup>4</sup>, ogranicza depozytariusza do prawa żądania zwrotu wyłożonych wydatków w związku z oczekiwaniem przyjęciem rzeczy w depozyt poczynionych.

Z drugiej strony w razie umowy o depozyt bezpłatny trudno z poczuciem słuszności pogodzić ewentualność zmuszania do przyjęcia depozytu tego, kto bezinteresownie obietnicę przyjęcia uczynił<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Cosack j. w. 707; Kohler, Arch. f. bürg. Recht II. 219.

<sup>2</sup> Heilfron, Lehrbuch II. 701 uw. 2, 704, 706; Adler, j. w. 209; Schey j. w. 284, uw. 14, 298 uw. 5 i 6; Eck j. w. 539: Die Übergabe ist als Ursprung der Obligation gedacht.

<sup>3</sup> Tak n. p. Göppert, Krit. Vierteljahrschr. XIV. 419 uw. 6.

<sup>4</sup> Dernburg, Lehrbuch des bürg. Rechts II. § 349. III. 589, podobnie bez wahania Planck j. w. 1232, IV.

<sup>5</sup> Schlossmann j. w. 81 odróżnia trafnie między depozytem, a więc umową bezpłatną, a przechowaniem za wynagrodzeniem, które jest umową odpłatną o pracę (Arbeitsvertrag). Dernburg, Lehrbuch twierdzi, że pacta de deponendo jako jednostronnie wiążące są możliwe, lecz z ważnych przyczyn (§ 696 k. n.)

W tem właśnie leży znaczenie i istota rzymskich kontraktów realnych, liczących się z praktyką życia, że przyrzeka się łatwo, a czyni się to z dojrzałym namysłem, jeśli przyrzeczenie ma się poprzeć czynami; dlatego to i przy depozycie dobrowolne wzięcie rzeczy wymagane, z którym to wzięciem obietnica darmego przyjęcia w przechowanie nie może być postawiona na równi. Tę myśl zasadniczą, że świadczenie z depozytu jest łaską i uprzejmością, co prawda w innym związku, podkreśla Papinian l. 24 D. depos. 16, 3. sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit (Papinianus lib. IX. quaest.).

Motywy i protokoły komisyjne wcale nie rozświetlają naprowadzonych wyżej wątpliwości, bo usilnem staraniem redaktorów kodeksu niemieckiego było w omawianej materji jedno zamierzenie, aby odnośne postanowienia ująć w takie słowa, by one ile możności nie zdradziły tajemnicy, jakiej konstrukcyi sami autorowie kodeksu hołdują »die Ansichten gingen aber darüber auseinander, ob nicht die verschiedenen Anträge eine Entscheidung der Frage in dem einen oder anderen Sinne thatsächlich enthielten«. Przyznawano wprawdzie, że dziś w przeciwstawieniu do rzymskiego niezaskarżalnego pactum de deponendo nie ma powodu do »rozdrabniania« obietnicy wzięcia w przechowanie, a obietnicy przechowania i zwrotu oddanej rzeczy, tak jak się tego nie czyni przy umowie o dzieło (Werkvertrag), z drugiej jednak strony miano przecieć wątpliwości, czy między p. deponendo a depositum nie występują materialne różnice i czy mimo zgody w tym kierunku, że moment odpłatności nie odbiera depozytowi właściwego mu charakteru należy go uznać jako umowę wzajemną na równi z umową o dzieło, czy też pozostać przy tem, że zastrzeżenie wynagrodzenia nie czyni jeszcze depozytu umową wzajemną<sup>1 2</sup>.

~~~~~  
 można się uchylić od przyjęcia rzeczy w depozyt. Zapewne, że w razie odpłatnego depozytu odstąpienie od umowy tylko z ważnych przyczyn dopuszczalne, ale czy te ważne przyczyny zaistnieć muszą także w razie umowy o przyjęcie w depozyt bezpłatny jest conajmniej wątpliwe.

¹ Mot. II. str. 582, 569; Prot. II. str. 392, 393.

² Mimo wynagrodzenia kwalifikuje Staudinger II. 13215 depozyt odpłatny jako contractus bilateralis inaequalis, wenn die Vergütung nur eine Entschädigung für die Aufwendungen des Verwahrers bildet.

3. Pożyczka.

Problem konstrukcji pożyczki w kodeksie niemieckim wspiera się na postanowieniach §§ 607 i 610 k. n., których tenor zgodnie z założeniem autorów kodeksu, że kwestya konstrukcji należy do nauki, w tak oględne wyrazy ujęty został, że zwolennicy obu konstrukcji śmiało na tych postanowieniach mogą się oprzeć. Jedynie z wynurzeń motywów (t. 2. str. 305 n.) można wnosić, iż mimo-wólnie skłaniają się autorowie kodeksu do konstrukcji realnej, gdyż jakby raczej przez nieporozumienie odsuwają ewentualność konstrukcji konsensualnej w obawie, że przy przyjęciu tejże konstrukcji już z mocy samej umowy pożyczkowej możnaby pozywać o zwrot długu bez potrzeby dowodu wypłaty waluty, który to istotny moment, zdaniem autorów kodeksu wchodziłby w grę dopiero drogą *exceptio non adimpleti contractus*. Nieporozumie zaś polega na tem, że przecież i zwolennicy teorii konsensualnej zgodni są w tem, że wierzyciel, wynosząc skargę o zwrot pożyczki, musi twierdzić i dowodzić, że stanęła umowa i że nastąpiła wypłata waluty, bo z istoty pożyczki wynika, że świadczenie waluty musi wyprzedzić obowiązek zwrotu analogicznie jak przy najmie roszczenie zwrotu rzeczy najętej musi poprzedzić dowód jej oddania. Niemniej przeto powyższa uwaga autorów kodeksu dozwala zaliczyć ich do obozu zwolenników konstrukcji realnej. Pozatem z motywów wyciera jakby obawa przed nową konstrukcją, gdyż istotne różnice między pożyczką a innymi kontraktami konsensualnymi poszłyby w cień, przez co w praktyce nie możnaby uniknąć niewłaściwych konsekwencyj z nowej konstrukcji wynikających¹. Bo i to przyznać trzeba, że samo brzmienie § 607 k. n. przemawia raczej za konstrukcją realną: *Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehen empfangen hat, ist verpflichtet dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugeben*, jakkolwiek takie określenie nie daje pojęcia umowy pożyczkowej, a wykrawuje jedynie pewien moment tejże umowy, nie pozwalając stanowczo rozstrzygnąć, czy oddanie rzeczy jako pożyczka dochodzi do skutku *contrahendi causa*, czy też *solvendi causa* w moc umowy konsensualnej, z której po wypłacie waluty powstaje roszczenie o zwrot². Pozatem znowu § 610 k. n. w swojej zbyt ostrożnej redakcyi prze-

¹ Mot. II. str. 306.² Lübbert j. w. 365 n.

mawia raczej na korzyść konstrukcyi konsensualnej. W grę tutaj wchodzi tylko początkowe słowa tego paragrafu: *Wer die Hingabe eines Darlehens verspricht...* Wprawdzie zwolennicy realnego kontraktu dowodzą, że to postanowienie daje pojęcie umowy przygotowawczej (*pactum de mutuo dando*), przeciw czemu przemawia znaczenie użytych wyrazów, z których żaden nie wskazuje na to, że chodzi o zawarcie kontraktu pożyczki w przyszłości, co przecież wynika z istoty i przeznaczenia każdego *pactum de contrahendo*.

Jedno i drugie stanowisko do uzasadnienia skargi o zwrot wymaga oddania rzeczy, co też podkreślają motywa, nie podając zresztą wskazówki, czy od uprzedniego dania liczy się początek kontraktu pożyczki, czy przeciwnie już od samego porozumienia stron¹. I to właśnie rozdzieliło reprezentantów niemieckiej cywiliстыki na dwa ścierające się obozy z tem jednak, że znacznie przeważają głosy na korzyść konstrukcyi realnej^{2 3}.

¹ Siber, *die schuldrechtliche Vertragsfreiheit*, Iherings. Jahrb. LXX. 247 n.; Stammer, *Das Recht der Schuldverhältnisse* 12 i uw. 5: als Besonderheit ist das p. de m. dando vom Gb. § 610 aufgenommen worden.

² Planck j. w. 912 i tamże wymienieni autorowie z obu obozów; Znamienny jest pogląd Windscheida-Kippa II. j. w. 576 uw. 6. trwającego zresztą przy konstrukcyi realnej, który jakby pod naciskiem zwolenników przeciwnej opinii w odniesieniu do pożyczki procentowej mówi: *Von einem dem Miethvertrage entsprechenden Konsensualvertrage darf nur dann geredet werden, wenn die Absicht der Partheien darauf gerichtet ist, dass jetzt sofort ein Darlehensgeschäft abgeschlossen sein solle, durch welches der eine Kontrahent verpflichtet werde, eine gewisse Summe Geldes zum Gebrauch hinzugeben, der andere dafür eine Zinsvergütung zu zahlen*. Zagadką pozostaje, dlaczego kryterium takiej pożyczki konsensualnej ma polegać w »jetzt sofort!«; Staudinger j. w. I. 559 widzi w obietnicy pożyczki gotowość świadczenia, której to gotowości odpowiada obowiązek zwrotu z chwilą żądania wypłaty waluty tak, że stosunek kontraktowy zostaje ustalony wcześniej, a nie dopiero przez wręczenie (re), przez co »kontrakt pożyczki zatracą swą naturę jako kontrakt realny«. Ujmując rzecz w sposób prosty i zrozumiały należy powiedzieć, że Staudinger łączy w jedno, stadium przygotowawcze, t. j. umowę o danie i wzięcie pożyczki z przyrzeczeniem zwrotu (konstrukcyja konsensualna), podczas gdy panująca nauka rozdziela jedno od drugiego i przyrzeczenie zwrotu wiąże z uprzednią wypłatą waluty.

³ Crome j. w. 376.

IV.

Rozbiór przeciwstawnych konstrukcyj w stosunku do użyczenia, przechowania, pożyczki.

1. Użyczenie.

Przyjęta obietnica użyczenia, choćby ją uważać za rodzącą zawsze prawne obowiązki, przed otrzymaniem rzeczy przez komodatariusza daje mu jedynie prawo domagania się danej rzeczy, przed jej wydaniem wobec nieistniejącego obowiązku przyjęcia rzeczy o innych skutkach takiej umowy mówić niepodobna. Stwarza ona jedynie stadyum przygotowawcze, gotowość świadczenia po stronie przyrzekającego, która to gotowość w czyn wprowadzona tworzy dopiero wygodzenie jako trwały stosunek prawny, którego treścią jest użyczenie rzeczy z obowiązkiem zwrotu; tę trwałość owego stosunku uwydatnia rzymska pierwotna nazwa »utendum dare«¹. Skoro zatem z samej umowy o wygodzenie nic więcej wydestać nie można jak obowiązek dania rzeczy w używanie, skoro druga strona z takiej umowy żadnych nie zaciąga zobowiązań, co przecież i Kohler przyznaje², przeto dążność do stopienia pactum w jedno z samem użyczeniem uzasadnić się nie da³ zwłaszcza, że tego rodzaju obietnica jako samoistna umowa w systemie zobowiązań może znaleźć miejsce i w praktyce ma swoje uzasadnienie.

Dlatego trafnem wydaje się de lege ferenda ustalenie praw i obowiązków obu stron na wypadek, że oddanie rzeczy w używanie nastąpiło, co z konieczności prowadzi do odrębnego traktowania i niestapiania w jedno p. de commodando, jako odrębnej umowy powszechnie za umowę przygotowawczą uważanej, i samegoż użyczenia jako umowy realnej⁴. Zaktualizowanie obopólnych obowiązków z użyczenia może mieć miejsce dopiero przez danie rzeczy⁵; poprzedzająca to danie umowa aktualizuje jedynie i wyłącznie obowiązek dania rzeczy w używanie, stwarza niejako zobowiązanie

¹ »utendam dari etiam soli« D. 13. 6. 1.; Karlowa j. w. II. 2, 601 n.

² Kohler w Arch. f. bürg. Recht II. 217.

³ Eck-Leonhard j. w. 505 uw. 1: Dass der Commodatar aus dem p. de commodando zum Empfange haftet muss jedenfalls bestritten werden, mag man das Verhältniss auffassen, wie man will; por. Schey j. w. 44. 191; Unger j. w. 9 n.

⁴ Tak też trafnie rzecz ujmują Mot. II. str. 444. do I. proj. k. n.

⁵ D. 16, 3, 17, 3: geritur invicem negotium.

wstępne (Vorverpflichtung) całkiem inne niż obowiązki po fakcie dania między stronami wyłonić się mogące.

2. Przechowanie.

Podawane zazwyczaj uzasadnienie realnej natury umowy o przechowanie polega na tem, że piecza nad rzeczą i czuwanie nad nią są do pomyslenia dopiero po jej oddaniu, że przed oddaniem mówić można jedynie o obowiązku wzięcia wzgl. dania rzeczy w przechowanie. Takie jednak uzasadnienie nie wystarcza, albowiem i przy najmie pracy czy dzieła lub przy zleceniu obowiązki, ciężące na podejmującym się pracy, czy wykonania zlecenia stają się często-kroć aktualne dopiero po przyczynieniu się zamawiającego do ich zaktualizowania, albowiem z treści tych konsensualnych umów wynika obowiązek uprzedniego współdziałania drugiej strony, mającej umożliwić stronie przeciwnej spełnienie wzajemnego obowiązku, już w chwili zawarcia umowy konsensualnej istniejącego. Bez oddania konia dżokejowi, z którym zawarto umowę o ujeżdżanie go, nie można mówić o zaktualizowaniu obowiązków stąd wynikających, tem mniej o obowiązku zwrotu konia, a mimo to umowa istnieje i obowiązki z niej wynikające tą umową ustalone czekają na zrealizowanie. Czyż jest tak samo przy umowie o przechowanie? Czy jest tak przy depozycie darmym lub przynajmniej przy depozycie za wynagrodzeniem, o ile on solo consensu miałby przychodzić do skutku, o ile miałby być subsumowany pod konstrukcję konsensualną?

Umowa o przechowanie i pieczę bez wynagrodzenia przyjmując w zasadzie prawne związanie się strony oddającej przyrzeczenie, przeciwnie jak umowa z najmu nie nakłada na drugą stronę obowiązku współdziałania, mającego umożliwić wykonanie tej pieczy, nie nakłada na deponenta takiego obowiązku, gdyż umowa ta wyłącznie w jego interesie do skutku przychodzi, a zmusić go do tego współdziałania strona druga nie może, gdyż w spełnieniu świadczenia nie ma żadnego interesu tak jakby go miała, gdyby chodziło nie o darne przechowanie, ale o najem usług. Umowa konsensualna o darne przechowanie w swej istotnej treści jest tedy jednostronnie wiążącym przyrzeczeniem, z którego jedynie i wyłącznie płynie obowiązek wzięcia rzeczy w przechowanie, jest umową ustalającą gotowość wzięcia na się obowiązków z realnego w przyszłości wzięcia rzeczy w przechowanie. W praktyce życia jest nie do pomy-

ślenia, aby przyrzekający przyjęcie rzeczy w swe przechowanie miał prawo żądać oddania jej w przechowanie, cel i istota takiej umowy przeczą możliwości takiego żądania. Pactum de deponendo, nie wiążąc niczem deponenta, nie może być stawiane na równi z realnym bezpłatnym depozytem¹. Tam gdzie od woli odbierającego obietnicę zależy, czy on z uprawnienia żądania przyjęcia rzeczy w przechowanie ma korzystać lub nie, tam jedynie pactum w znaczeniu tak zwanej umowy przygotowawczej przyjąć można, które to atoli pactum żadną miarą za równoznaczne z konsensualną umową depozytową uchodzić nie może, a które spełnić może swe przeznaczenie wstępnego stosunku depozytowego przez oddanie rzeczy w przechowanie, t. j. przez realną umowę depozytową².

A jeśli taki przyszedł depozytariusz w oczekiwaniu oddania mu rzeczy w jego pieczę poczynał przygotowania i poniósł wydatki, czy przyjmując obowiązek drugiej strony powetowania mu tych wydatków nie należałoby przecież uznać, że sama już taka umowa stwarza przecież obowiązki i po stronie deponenta, że jest zatem umową wzajemną, do której po oddaniu rzeczy w depozyt jeszcze inne obowiązki deponenta dołączyć się mogą, że zatem w tym stanie rzeczy nie uchodzi dopatrywać się różnicy między p. de deponendo a konsensualną umową depozytową? Niewątpliwie, iż deponent, korzystając z swego prawa nieoddania rzeczy w przechowanie, winien wynagrodzić wydatki z przygotowaniem do przyjęcia depozytu połączone, lecz ten obowiązek jest wynikiem ogólnej zasady, że kto wykonuje swoje prawo czyni to na własne ryzyko, że dobra wiara i wyobrażenie obrotu nakładają nań obowiązek wynagrodzenia ewentualnej szkody, że ten obowiązek milcząco przyjął odbierając przyrzeczenie od strony przeciwnej³, co w niczem nie zmienia istoty p. de deponendo jako jednostronnie wiążącej umowy, jako umowy zatem nie stwarzającej stosunku, jaki z realnego depozytu wypływa.

Odrębnego rozważenia wymaga p. de deponendo w razie gdy zastrzeżono lub gdy z towarzyszących okoliczności wynika obowią-

¹ Crome j. w, 459: Der Hinterleger ist zur Übergabe nicht verpflichtet wengleich er sich durch besonderen Vertrag dazu verpflichten kann (§ 695 k. n.); i tenże, System d. bürg. Rechts II. 2. 743 uw. 13.

² Siber, die schuldrechtliche Vertragsfreiheit w Iherings Jahrb. t. LXX. 250.

³ Por. Mot. II. str. 570. 583 i § 962 k. a.; Schey j. w. 317 uw. 5, 6.

zek wynagrodzenia. W tym wypadku na pierwszy rzut miałyby się umowę obopólnie wiążącą, kontrakt odpłatny, z czegoby wynikało, że wprawdzie i teraz dający obietnicę przechowania nie może żądać oddania sobie rzeczy w przechowanie, że odbierający przyrzeczenie ma prawo od umowy odstąpić, że jednak analogicznie jak przy najmie usług umówione wynagrodzenie zapłacić musi. Gdyby tak istotnie było, to niepodobna odmówić racji tym, którzy p. de deponendo za konsensualny kontrakt uważają. Wiadomo, że tak nie jest. W przeciwieństwie do najmu usług¹ depozytariusz nie ma prawa żądać wymówionego wynagrodzenia, lecz jedynie zwrotu kosztów w związku z oczekiwanym przyjęciem depozytu poczynionych², albowiem nawet odpłatne pactum de deponendo nie uchodzi za umowę wzajemną, wynagrodzenie ma raczej znaczenie zryczałtowanej sumy wydatków złożonych na przechowanie i pieczę rzeczy, a nie jest zapłatą za przechowanie³ i przez to depozyt nie przybiera postaci umowy synalagmatycznej⁴, zastrzeżenie wynagrodzenia jest jedynie świadczeniem dodatkowym z istoty umowy niewynikającym⁵. Dopiero gdyby deponent w danym wypadku zrzekł się prawa odwołania, o ile się to uzna za niesprzeciwiające się celowi przechowania⁶, p. de deponendo przybrałoby charakter wychodzący poza ramy jednostronnie wiążącej obietnicy, ale też wtedy nie byłoby konsensualną umową depozytową lecz kontraktem najmu (Werkvertrag), jak trafnie przyjmuje Dernburg⁷.

Dochodzimy tedy do wniosku, że pactum de deponendo nawet w odniesieniu do odpłatnego depozytu, nie może być utożsamione z konsensualną umową depozytową, gdyż zasadniczo stwarza jedynie jednostronny oblig wzięcia rzeczy w przechowanie, a ewentualne stąd płynące obowiązki deponenta leżą poza sferą tak zawartej umowy.

¹ Por. § 615, § 649 k. n.; Heilfron j. w. II. 661; Windscheid-Kipp II. 606; Planck j. w. 1241; Dernburg j. w. II. 2. § 350, III. 1.

² Arg. § 699 k. n.; por. Heilfron j. w. II. 701 uw. 2; Planck j. w. 1232.

³ Endemann j. w. 1160; w pewnej mierze odmiennie Planck j. w. 1232 i Cosack j. w. 707; Staudinger j. w. II. 2. 1315.

⁴ Por. Ennecerus j. w. I. 2. 508.

⁵ Por. Prot. II. 393.

⁶ Tak też Planck j. w. 1241 i tamże powołani.

⁷ Dernburg, Lehrbuch II. 2, 592.

3. Pożyczka

a) Pożyczka bezprocentowa.

Umowa o pożyczkę bezprocentową przychodzi do skutku bądź jako pactum de mutuo dando, bądź jako p. de mutuo dando et accipiendo. Nie trudno jednak dowieść, że tak jedna jak i druga umowa rodzi jedynie związanie prawne po stronie przyrzekającego. Pactum de mutuo dando jest obietnicą jednostronnie wiążącą, daje jedynie prawo żądania pożyczki, nie mieści w sobie w chwili jej zawarcia obowiązku zwrotu, bo takie pactum nie mieści w sobie obowiązku przyjęcia, odbierający takie przyrzeczenie ma zupełnie wolną rękę, może zaofiarowanej wypłaty waluty bez narażenia się na jakąkolwiek odpowiedzialność nie przyjmując i dopiero akt przyjęcia waluty stwierdza i aktualnym czyni obowiązek zwrotu. Obopólne związanie się stron taką umową miejsca niema, a tem samem jasną jest odrębność, samoistność tej umowy, która jest czemś innym niż konsensualną pożyczką, bo nie stwarza stosunku pożyczki¹, oczywiście czemś innym niż pożyczka realna przyjmując zresztą moc wiążącą darmego przyrzeczenia pożyczki jako umowy, a nie jedynie jako aktu grzeczności poza sferą przymusu prawnego leżącego, ale jest to umowa z dołożeniem warunku »si volet« wykluczająca moram accipiendi².

Jednak z okoliczności towarzyszących zawarciu danej umowy wynikać może, iż w konkretnym wypadku przyszło do skutku porozumienie o danie i wzięcie pożyczki bezprocentowej (p. de mutuo dando et accipiendo). Pomijając okoliczność, że taka umowa w praktyce życia chyba rzadkiem będzie zjawiskiem i tam gdzie niewątpliwie zachodzi raczej do typu depositum irregulare zaliczoną być winna, zaznaczyć należy, iż mimo pozornej cechy wzajemności, co do skutków i takie pactum na równi z pierwszym postawić należy, albowiem przyrzekający pożyczkę z reguły nie ma interesu w żądaniu jej przyjęcia i wskutek tego i tego przyjęcia nie będzie mógł skutecznie dochodzić³, czem się tłumaczy, że dawniej w ogóle przyjmowano jako jedynie praktyczne p. de m. dando (n. p. k. austr. § 983).

¹ Regelsberger w Jahrb. f. Dogm. LII. 411: kein Darlehensverhältniss.

² Adler j. w. 243.

³ Schey j. w. 173 i uw. 4, 5, 6.

Ani tedy *p. de mutuo dando* ani również *p. de m. dando et accipiendo* w odniesieniu do pożyczki bezprocentowej nie dają takiego porozumienia stron, jakie ma miejsce w związku z realną pożyczką, nie dają takiego związania, któreby je stawiało na równej linii z propagowaną w nowszych czasach konstrukcją pożyczki konsensualnej, muszą jako odrębne twory prawne pozostać poza ramami pożyczki jako takiej¹.

b) Pożyczka procentowa.

Punktem centralnym sporu o konstrukcję pożyczki jest pożyczka procentowa.

Konstrukcja realna wychodzi z założenia, że przyrzeczenie zwrotu wymienia się za realne świadczenie; natomiast konstrukcja konsensualna przyjmuje wymianę obopólnych przyrzeczeń świadczenia. A. obowiązuje się dziś wypożyczyć B. 1-go lipca 1930 r. 1000 zł. B. zobowiązuje się zwrócić ową pożyczkę 1 stycznia 1931 r. i płać kwartalnie 4%, od 1 lipca 1930 począwszy. Zgodnie z założeniem konstrukcji realnej, ów stan faktyczny, będący w sobie zamkniętą całością, musi być rozbity na: 1) umowę o zawarcie pożyczki pierwszego lipca 1930 (*pactum de mutuo dando*); 2) na sam kontrakt pożyczki, przychodzący do skutku przez wypłatę waluty i rodzący jednostronne zobowiązanie zwrotu; 3) na umowę dodatkową o procent. Że początek pożyczki jako takiej przypada na chwilę wypłaty waluty, to zwolennicy tej konstrukcji uzasadniają w sposób najrozmaitszy².

pozytywne oparcie dla umowy wstępnej o danie pożyczki upatrują zwolennicy konstrukcji realnej w znanej opinii Paulusa, l. 68 D. de V. O. 45, 1. *Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio, quod si ita stipulatus fuero: pecuniam te mihi crediturum spondes?, incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest* (Paulus lib. II. ad edictum). Przyznać jednak trzeba, że powyższy fragment wcale nie wskazuje na umowę przygotowawczą w rozumieniu nowożytnej teo-

¹ Göppert, Zur Lehre von den *pacta de contrahendo*, Krit. Vierteljahrschr. XIV. 418.

² Heilfron, Lehrbuch II. 579; Dernburg, Pandekten II. 552; Brinz, Pandekten II. 135; Windscheid-Kipp, Pandekten II. 601. uw. 3, 279. uw. 5; Schlossmann j. w. 38. Kinne, *Contractus mohatrae* w Gruchots Beiträge, LVI. 468 n.; Wendt j. w. 21; Sohm, *Geschichte und System des röm. Rechts* 375 uw. 5, 393 uw. 3; Baron, Pandekten 373; por. wyżej str. 4 n.

ryi. Prawnik mówi tylko tyle, że jeśliś umowę o udzielenie kredytu obwarował karą konwencyonalną, to masz skargę o te karę praktycznie korzystną, bo kara pokryje twoją szkodę w razie nieudzielenia kredytu, jeśliś natomiast kazał sobie przyrzec ogólnie pożyczkę pieniężną, to wrazie niedotrzymania umowy incerta est stipulatio, będziesz w niekorzystnym położeniu dochodzenia straty z powodu nieudzielenia kredytu. Słusznie zarzucają przeciwnicy, że rozstrzygające słowo »credere« nie trafia w to, o co idzie zwolennikom konstrukcyi realnej, nie wskazuje na przyrzeczenie zawarcia pożyczki¹, t. j. na przyrzeczenie wypłaty waluty i przyrzeczenie przyrzeczenia zwrotu, i w ogóle nie pozwala wnosić, że Paulus operuje tak w nowszej teorii często nawet nadużywanem pojęciem umowy przygotowawczej.

Przyrzeczenie zwrotu w owej jednolitej całości przerzucają zwolennicy konstrukcyi realnej do późniejszej chwili zaliczenia waluty, gdyż przyrzeczenie zwrotu i przyjęcie tego przyrzeczenia tylko w związku z zaliczeniem waluty ma aktualne znaczenie.

To właśnie rozczłonkowanie jednolitego aktu woli i przeniesienie jego części (przyrzeczenie zwrotu i przyrzeczenie odsetek), do późniejszej chwili wypłaty waluty, uważają przeciwnicy jako ujemną stronę całej konstrukcyi realnej. Dlatego też powstało dla zwolenników tej konstrukcyi pytanie, jakim jest stosunek momentu konsensualnego do momentu realnego, czy pierwszy może wyprzedzać drugi. I w tej mierze uciera się pogląd, że res i consensus stanowią całość, stoją obok siebie, ale nie są związane równoczesnością, gdyż i zwolennicy konstrukcyi realnej przyznają, że pactum może wszystkie szczegóły głównej umowy unormować², wskutek czego przez wypłatę waluty z natury swej złożony akt kontraktu pożyczki do skutku przychodzi³, przyczem przyrzeczenie zwrotu czy ponowienie go przy oddaniu waluty już z natury rzeczy wpływa wobec przeznaczenia wypłaconej waluty, podczas gdy inne momenta poprzód w pactum uzgodnione stanowią dostateczną podstawę świadczeń ubocznych (procenta, hypoteczne zabezpieczenie i t. p.) i szcze-

¹ Lübbert j. w. 330; Kohler, Gesammelte Abhandlungen 59 n., który trafnie dowodzi, iż gdyby Paulus miał na myśli umowę przygotowawczą (p. de contrahendo) do realnej pożyczki, jak to powszechnie się przyjmuje, to odnośna stypulacja opiewałaby »pecuniam de mihi daturum spondes« a nie »p. crediturum spondes«; por. nadto Kohler, Lehrbuch I. 553.

² Dernburg, Lehrbuch d. bürg. Rechts 216.

³ Adler w Iherings Jahrb. XXXI. 204. n.

gólnie przy pożyczce procentowej kształtują to pactum jako umowę wzajemną¹, przy której jako odwzajemnienie za oddanie kapitału ustalonym zostaje obowiązek płacenia odsetek. Z chwilą zatem realizacyi tej tak zwanej umowy przygotowawczej nastaje początek kontraktu pożyczki, stosunek obowiązkowy z chwilą wypłaty waluty zmienia swą treść² »przrzeczenie dania pożyczki i sama pożyczka nie są członami, częściami jednolitej umowy«, gdyż należy ściśle oddzielić umowę o pożyczkę, a umowę główną³, roszczenie o zwrot ugruntowanym jest jedynie przez realny kontrakt pożyczki zwłaszcza, że z przrzeczeniem udzielenia pożyczki nawet procentowej (p. de mutuo dando)⁴, nie łączy się bezwzględny obowiązek wzięcia pożyczki, (p. de mutuo accipiendo) korzystania z kredytu.

Konstrukcyja konsensualna z czołowym jej reprezentantem Kohlerem na czele upatruje w podanym powyżej przykładzie, którym ustalono całość interesu kredytowego, gotową, definitywną pożyczkę konsensualną, której początkiem jest nie wypłata waluty, ale umowa o udzielenie pożyczki, którato umowa w przeciwieństwie do konstrukcyi realnej jest umową dwustronną, o ile obie strony w daniu i wzięciu pożyczki są interesowane. która z miejsca umożliwia wierzycielowi zaoferowanie waluty, uzasadniające roszczenie o odsetki, jak z drugiej strony z miejsca daje szukającemu kredytu wiarytelność o świadczenie sumy względnie rzeczy zamiennych. Szukający kredytu nie przyrzeka przrzeczenia zwrotu przy okazji wypłaty waluty, ale teraz już przyrzeka zwrot, a dający kredyt przyjmuje już teraz obietnicę zwrotu⁵. Dający kredyt już teraz dłużnym jest wypłaty sumy względnie rzeczy zamiennych, z czego płyną daleko idące konsekwencye praktyczne, zdaniem zwolenników tej konstrukcyi trudne do przyjęcia i do uzasadnienia ze stanowiska konstrukcyi realnej (n. p. kompensacya, cesya, egzekucyjne zajęcia)⁶.

Główny argument za tą konstrukcyą wysuwany przez jej zwolenników jest ten, że nie sposób dopatrzeć się praktycznego celu

¹ Affoter j. w. Arch. f. bürg. Recht XXVI. 5.

² Regelsberger, Nachschrift w Iherings Jahrb. LII. 412; podobnie Adler j. w. 219.

³ Planck j. w. 924, 925, 929.

⁴ Ibid, 929 u dołu; szczególnie Kohler, Lehrbuch II. 1, 235.

⁵ Kohler, Über das Konsensaldarlehen, Arch. f. bürg. Recht II. 220 n. i Tegoż Lehrbuch II. 1, 338 n.

⁶ Por. niżej, rozdz. VII. 44 n.

w tem, by strony gotową w swej treści umowę odraczały do chwili późniejszej w celu jej identycznego ponowienia, że w razie gdy kapitalista odmawia wypłaty waluty, to wedle realnej konstrukcji brak przyrzeczenia zwrotu i jego przyjęcia zastąpić musiałby dopiero nakazujący odnośnie oświadczenia prawomocny wyrok, po którym nastąpić mogłaby egzekucja przyrzeczonej wypłaty waluty, podczas gdy wedle konstrukcji konsensualnej wypłata jest zwykłym świadczeniem sumy czy innych rzeczy zamiennych, z czem łączy się ten wzgląd praktyczny, że według konstrukcji konsensualnej w razie odmowy wypłacenia kapitału skarga i egzekucja idzie wprost o jego wypłatę, i zbędne jest suplowanie drogą wyroku sędziego oświadczenia woli kapitalisty przyjmującego przyrzeczenie zwrotu, do którego dłużnik w moc umowy przygotowawczej (p. de contrahendo) jest zobowiązany. Pożyczka konsensualna *vi legis* czyni zbędnym taki proces, który byłby surogatem oświadczenia woli czyli, jak mówią motywa do projektu francusko-włoskiego »*La transformazione da preliminarre in definitivo si opera di diritto e senza bisogno di pronuncia giudiziale*«¹.

A nawet tam, gdzie w konkretnym wypadku zbiegają się czasowo *consensus* i *res*, to ta *res* nie jest uprzedniem świadczeniem gwoli zaistnienia kontraktu pożyczki, lecz jest równoczesnem wykonaniem umowy konsensualnej, spełnieniem przyjętego obowiązku, który, o ile należycie spełnionym nie był (ewikcja, odpowiedzialność za wady), ściąga na dającego wtórne skutki odpowiedzialności, z której w pierwszym rzędzie płynie obowiązek wypłaty waluty², tkwiący w treści umowy samej i wpadający w oko, o ile przyrzeczenie waluty czasowo nie schodzi się z jej wypłatą i tęże wyprzedza³.

Spór o znaczenie i wykładnię interesu kredytowego polega w tem, że nauka panująca umowę o pożyczkę stwierdzającą już teraz wolę wzięcia obowiązków z zaliczenia wynikających pojmuje jednak jako umowę o danie i wzięcie pożyczki w przyszłości, która dopiero przez danie waluty zawarta będzie, podczas gdy Kohler i jego zwolennicy taką umowę pojmują w tym sensie, że kapitali-

¹ Schlossmann j. w. 83 n. i Boehmer j. w. 333; Kohler, Lehrbuch II. 1, 337 i Obj. do projektu franc.-włoskiego str. LXIV.

² Boehmer j. w. 327 n.: *der erste Schritt zur Erfüllung*.

³ Znamienna uwaga Sibera j. w. 251: *Solches, die Hingabe ist Vertragspflicht, ihre thatsächliche Vornahme also Erfüllungsakt ist. Konstruieren mit Zeitatomen hat stets etwas Verkünsteltes.*

sta w moc już dziś zawartej pożyczki konsensualnej zobowiązuje się do wypłaty sumy, a dłużnik już dziś oddaje przyrzeczenie zwrotu tego, co ma otrzymać w przyszłości¹.

V.

Krytyka konstrukcji pożyczki konsensualnej.

Powyzsza konstrukcja niedocenia przede wszystkim zjawiska, dającego się przecież zauważyć w praktyce życia codziennego, że przychodzą do skutku pożyczki bez poprzednio ustalonego obowiązku wypłaty pożyczki. Ta też obserwacja życia codziennego zniewala zwolenników tej konstrukcji do przyznania, że zależy od okoliczności danego wypadku, czy miano na myśli pożyczkę konsensualną czy realną², co chcąc uwzględnić prawodawca musiałby przyjąć alternatywę takiej czy innej konstrukcji pożyczki, co też uczynił n. p. projekt kodeksu francusko-włoskiego³.

Nie liczy się dalej ta konstrukcja pożyczki z tem, że samo przyrzeczenie pożyczki częstokroć nie wskazuje na intencję wzięcia wiążącego obligu, a jest tylko niewiążącym zapowiedzeniem szansy udzielenia pożyczki nawet w razie, gdy przyszedł dłużnik wydał już skrypt dłużny do rąk zapowiadającego widoki na udzielenie pożyczki wierzyciela. Cały układ umowy o pożyczkę, co już wynika z natury umów przygotowawczych, częstokroć nie jest ścisły, tak, że często ustalenie woli stron nawet przy uwzględnieniu towarzyszących okoliczności jest trudne⁴.

Istotny atoli moment przemawiający przeciw pożyczce konsensualnej to ten, że aktualność przyrzeczonych świadczeń dłużnika zależną jest od faktu wypłaty waluty, że stworzonym zostaje stan zawieszenia, że dopiero gdy dający pożyczkę złoży walutę, dopiero wtedy nastaje stabilizacja świadczeń dłużnika, wszak przyznają to zwolennicy tej konstrukcji, że dopiero z chwilą wypłaty waluty powstaje definitywne roszczenie o zwrot, że w stosunku do obowiązku zwrotu świadczenie uprzednie jest istotne⁵, że jest ono prawną koniecznością⁶.

¹ Enneccerus j. w. I. 2, 432 uw. 2, Stintzing j. w. 35.

² Kohler, Lehrbuch, II. 338.

³ Art. 636. Progetto di Codice della Obligazioni e dei Contratti.

⁴ Planck j. w. 928. 942.

⁵ Lübbert j. w. 330, 380, 355.

⁶ Kinne j. w. 468 n.

Na poparcie procentowej pożyczki konsensualnej naprowadzana często¹ analogia kontraktu najmu jednak niedopisuje, bo przy najmie bierze najemca między innymi obowiązek zwrotu danej mu indywidualnej rzeczy, przy pożyczce świadczenie wierzyciela polega w oddaniu w nieograniczone zużycie rzeczy zamiennych, których wierzyciel, odmiennie niż przy najmie, zupełnie się wyzbywa niejako za cenę przyrzeczenia zwrotu danej wartości w przyszłości, wskutek czego obowiązek zwrotu przy pożyczce jest jej najistotniejszym celem, podczas gdy przy najmie jest prostą konsekwencją wynikającą z zakończenia stosunku najemnego, dla którego istotnem jest opłacenie czynszu², gdyż zwrot rzeczy najętej ma znaczenie drugorzędne, najmodawca pozostając właścicielem nie jest skazany jedynie na dotrzymanie wiary przez najmobiorec; wszak ma skargę o własność.

Konstrukcja pożyczki konsensualnej, jeśli ją ogólnie stosować i do pożyczki bezprocentowej zawodzi o tyle, że pożyczka taka pojęta zasadniczo jako umowa wzajemna, nie pozwala odszukać naprzeciw siebie stojących wzajemnych świadczeń i przyrzeczenia ich wymiany. Jeśli bowiem kapitalista przyrzeka wypłatę waluty to wszak nie można powiedzieć, że przyszły dłużnik odwzajemnia mu się przyrzeczeniem zwrotu długu, gdyż zwrot jako taki nie jest odwzajemnieniem za świadczenie używania przez pewien czas cudzego kapitału³, tak jak użyczenie nie jest umową wzajemną, jakkolwiek tutaj stoją naprzeciw siebie obowiązek pozostawienia rzeczy do użytku i obowiązek zwrotu, gdyż ten drugi obowiązek nie jest ekwiwalentem pierwszego⁴.

Przyjmując nawet pełną zwartość oświadczeń stron interesowanych, nie można powiedzieć, że pożyczka procentowa jako umowa konsensualna jest umową definitywną, bo obowiązek biorącego pożyczkę, chociaż obecnie ustalony, aż do wypłaty waluty definitywnie i aktualnie nie istnieje.

¹ Kohler w Arch. f. bürg. Recht XXXIII. 3 n.; Tenże, Gesammelte Abh. 43 n. oraz w Arch. f. bürg. Recht II. 224 n.

² Por. Schey j. w. 133, 134 i uw. 27, który zwraca uwagę na moment istotny, mianowicie, że przy najmie mimo oddania rzeczy, najmodawca ma obowiązek pozostawienia jej przez czas najmu u najemcy (eine fortdauernde Leistung), podczas gdy przy pożyczce wydanie waluty credendi causa absorbuje w całości świadczenie dającego pożyczkę.

³ Tak sądzi n. p. Lübbert j. w. 379.

⁴ Enneccerus II. 102 uw. 3.

Prawda, że ze stanowiska czystej konstrukcyi przyznać się musi, że pożyczka procentowa jako umowa konsensualna da się pomyśleć, dlatego nie tyle argumenty konstrukcyjne, ile praktyczne wyniki, do których ta konstrukcyja prowadzi mogą rozstrzygnąć spór na jej korzyść lub na korzyść konstrukcyi realnej, a właśnie te praktyczne wyniki tem bardziej należy sobie uprzytomnić, iż i w najnowszej cywilistycznej literaturze (Planck)¹ nie brak głosów, że jest to spór raczej teoretyczny, przeciw czemu najenergiczniej wypowiedział się Regelsberger i Schey².

Konstrukcyja realna nie dlatego wiąże oświadczenie obowiązku zwrotu z faktem wypłaty waluty, że rzekomo przeocza wolę zwrotu już przed wypłatą w poprzedzającej ją umowie o udzielenie kredytu, za co tak gwałtownie biją w nią zwolennicy konstrukcyi przeciwnej, ale konstrukcyja realna wiąże obowiązek zwrotu z wypłatą waluty, bo wyobrażenie życia, gospodarcze pojęcie pożyczki, względny praktyczny tego się domagają i praktyka życia nigdy nie przyjmie tego, że nazwać można gotową pożyczką oblig warunkowy dłużnika zwrotu tego, co ma kiedyś otrzymać, boć przecież konsensualna pożyczka w swej istocie jest kontraktem zawartym pod warunkiem zawieszającym.

Jest rzeczą oczywistą, że umowę poprzedzającą wypłatę waluty można w sensie konstrukcyi konsensualnej rozumieć tak, że kapitalista odbierając dziś, już teraz, przyrzeczenie zwrotu otrzymać się mającej waluty, od siebie przyrzeka wypłatę tej waluty (gotowa pożyczka konsensualna) a nie przyrzeka zawarcia w przyszłości przez środek wypłaty waluty przyjąć się mającej przez dłużnika, kontraktu pożyczki (konstrukcyja realna) (p. de mutuo dando et accipiendo)³. Rzecz leży raczej w tem, czy względny praktyczny przemawiają za usankcjonowaniem pierwszego stanowiska, które jest sztuczne, obrotowi codziennemu nieznanne i prowadzi do chwiejnej praktyki w ocenie codziennych zjawisk z interesami kredytowymi związanych. Praktycznie wskazanem jest raczej rozgraniczenie umowy o danie i wzięcie pożyczki, chociaż w niej implicite mieści się prze-

¹ Planck j. w. 924, 925.

² Regelsberger j. w. 411; Schey j. w. 38: Und diese Trennung vom Vorvertrag und Darlehen, ist nicht bloss doktrinelles Natur sondern von grösster Bedeutung in ihren praktischen Konsequenzen. Por. nadto Boehmer j. w. 329 i Heilfron II. 568 uw. 4, 4a, 674 uw. 2b, 295 uw. 10a.

³ Enneccerus j. w. 432 uw. 2.

cież i obowiązek zwrotu, od innych obowiązków wiążących się z faktem wypłaty waluty, zwłaszcza, że w nowożytnych prawach odmiennie niż w prawie rzymskim, umowa o udzielenie pożyczki nie musi występować w szacie starożytnej stypulacji, lecz w codziennej szacie zwyczajnej umowy, z czego jednak z drugiej strony nie wynika, że taka umowa ma się spływać w jedno z pojęciem kontraktu pożyczki¹, albowiem nie jest żadnym paradoksem oświadczenie, że dziś już chcę zwrócić pożyczkę, ale tem mojem oświadczeniem chcę być związanym dopiero w chwili wypłaty waluty.

VI.

Wręczenie waluty pożyczkowej a pożyczka konsensualna.

Konstrukcja konsensualnej pożyczki wychodzi z założenia, że pożyczka jest czystym stosunkiem zobowiązaniowym, że nawet tam, gdzie ów stosunek zobowiązaniowy w swej konkretnej postaci przedstawia się jako oddanie rzeczy zamiennych przez kapitalistę zaraz, jest to oddanie tylko dopełnieniem zobowiązania równocześnie z oddaniem zaciągniętego i jest rzeczą obojętną, czy między zawarciem umowy a jej dopełnieniem przez kapitalistę upływa jakiś czas czy nie. Oddanie waluty i przyjęcie jej manifestuje wolę zawarcia umowy, którą kapitalista równocześnie dopełnia², (zawarcie umowy przez czynności dopełnienia, Vertragsschliessung durch Erfüllungshandlungen)³.

Założeniem pożyczki konsensualnej są dwie fazy: zobowiązanie i faktyczne dopełnienie przez kapitalistę, zobowiązanie i faktyczne dopełnienie przez dłużnika. Pożyczka konsensualna stwarza stosunek napięcia, który z obu stron czeka na swą realizację, a z przeznaczenia pożyczki jako oddania kapitału w nieograniczone używanie wynika samo przez się, że początkiem dopełnienia umowy musi być wręczenie waluty przez kapitalistę. Konsekwencją tego stano-

¹ Crome j. w. 370, 376; Pernice j. w. 270; Adler j. w. 204, 207: die Realleistung ist so wesentlich, dass sie durch nichts ersetzt werden kann; Planck j. w. 925.

² Boehmer j. w. 323: die Hingabe der res ist Erfüllungsakt, der sich nur rein thatsächlich mit der Festsetzung des wirtschaftlichen Erfolgs, dem obligatorischen Vertrag vereinigt; por. też ibid. 328.

³ Endemann, Lehrbuch des bürg. Rechts I. str. 570.

wiska jest, iż nawet w wypadku dopełnienia pożyczki zaraz kapitalista odpowiada, o ile faktyczne dopełnienie nie pokrywa się z oczekiwanym skutkiem oddania rzeczy do nieograniczonej dyspozycji dłużnika lub o ile to dopełnienie w ogóle nie nastąpiło mimo przyjętego zobowiązania¹. W pożyczce konsensualnej kapitalista zobowiązuje się przenieść na własność pożyczającego kapitał, a biorący zobowiązuje się zwrócić go po pewnym czasie w rzeczach tego samego rodzaju. Konsensualna pożyczka stwarza zupełny przedział między stosunkiem obligacyjnym a stosunkiem prawa rzeczowego, akt prawa rzeczowego, wręczenie waluty jest następstwem, skutkiem stosunku obligacyjnego jako podstawy interesu kredytowego.

W dyametrycznym przeciwieństwie do takiego pojmowania interesu pożyczkowego stoi konstrukcja pożyczki realnej. Ona zespała ze sobą moment prawa rzeczowego i prawa obligacyjnego. Dla niej podstawowym momentem jest danie rzeczy zamiennych (res), z równoczesnym określeniem granic (consensus) tegoż dania (Zweckgabe)², jego przeznaczenia a to określenie granic i znaczenia dania wiąże akt prawa rzeczowego z consensus, który stwarza oblig dłużnika³.

Pożyczka realna jest gotowem przysporzeniem wartości majątkowych zamykającym zakres prestacji kapitalisty, chociaż obowiązek dania kapitału mógł przedtem istnieć w moc umowy kredytowej, a jako skutek tego dania powstaje jednostronny obowiązek zwrotu. Z przeznaczenia, z celu pożyczki wynika, że przysporzenie winno zapewnić dłużnikowi nieograniczoną dyspozycję, zatem niema pożyczki realnej w braku owego skutku dania — (fałszywe pieniądze, obce rzeczy dano jako pożyczkę). Jeśli danie rzeczy zamiennych wskutek winy kapitalisty naraziło dłużnika na szkodę, to kapitalista odpowiada, ta jednak jego odpowiedzialność ma swoje źródło poza zamierzoną umową, polega na naruszeniu obowiązku w myśl ogólnych reguł na udzielającym kredyt ciężących⁴.

Podstawowym elementem pożyczki realnej jest danie rzeczy zamiennych; choćby moment konsensualny wyprzedził czasowo moment realny, dopiero oba ze sobą skojarzone dają początek zaistnie-

¹ Siber w Iherings Jahrb. LXX. 245.

² Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II. 591.

³ Brinz j. w. II. 132 n. 138: Leistung mit einer Auflage von der einen Seite und von der anderen Seite die Annahme mit dem Versprechen erfüllen zu wollen

⁴ Siber j. w. 233, 245.

nia pożyczki, podobnie jak porozumienie stron co do przeniesienia własności dopiero wraz z realnem oddaniem rzeczy w posiadanie wypełnia istotę aktu tradycyi, jako sposobu przeniesienia własności. Przeniesienie na własność waluty pożyczkowej uzależnia powstanie roszczenia kapitalisty o zwrot odmiennie niż przy umowach wzajemnych, przy których roszczenia obopólne powstają z chwilą zawarcia umowy, a tylko realizacja jednego jest warunkiem realizacji roszczenia wzajemnego. Consensus choćby miał miejsce przed wydaniem waluty idealnie musi być uważany jako z tem daniem związany, i z niem stanowiący całość, ten consensus określa bowiem cel, przeznaczenie wydania waluty, czy jako *causa praesens* czy jako *causa futura* wypłata waluty nastąpić musi, gdyż jest ona jakby odwzajemnieniem za przyrzeczenie zwrotu.

W tym właśnie punkcie uwydatnia się przeciwstawność obu konstrukcyi. Podstawowym momentem konstrukcyi konsensualnej jest umowa obligacyjna, po niej czy równocześnie z nią dokonane wydanie waluty jest wykonaniem zobowiązania, podstawowym momentem konstrukcyi realnej jest *res*, a consensus przed, po, czy równocześnie z nią osiągnięty określa i uzasadnia powstanie zobowiązania po stronie biorącego, samo w sobie bezbarwne przysporzenie rzeczy motywuje, on podaje cel realnego przysporzenia (*causa credendi*)¹, consensus wskazuje na kredytowane świadczenie danych dóbr materialnych. Według konstrukcyi konsensualnej, *res* dokonywaną jest *solvendi causa*, a moment konsensualny ma zasadnicze znaczenie, w braku *res* pozostaje obowiązek jej świadczenia, bo nawiązano obligacyę świadczenia, wedle konstrukcyi realnej konsens niezwiązany równocześnie czy później z *res* jest dla pożyczki bez znaczenia², bo ten konsens określa cel dania, zaś obowiązek dania ze strony kapitalisty ustalić może jedynie odrębna umowa *consensus de futuro*, a jest nią *pactum de credendo*, dziś powszechnie nazywane *p. de mutuo dando*, dla którego jest miejsce poza obrębem pożyczki realnej. Natomiast w systemie prawa, które zasadniczo staje na stanowisku konstrukcyi konsensualnej zaciera się zupełnie praktycznie doniosła różnica między szukaniem kredytu zaraz, a zapewnieniem go sobie na przyszłość. Pełne porozumienie o po-

¹ Adler j. w. 267, 204 uw. 17: vor Realleistung besteht das Geschäft als solches überhaupt nicht.

² Schey j. w. 174: jener Consens hat einen anderen Inhalt als der über ein *pactum de contrahendo*.

życzkę pojęte przez strony jako consensus de praesenti, w systemie, który stoi na stanowisku pożyczki realnej, nie może w braku wypłaty waluty uchodzić za przyrzeczenie kredytu w przyszłości¹.

W systemie konstrukcji konsensualnej jeden przyrzeka świadczenie rzeczy i drugi przyrzeka świadczenie zwrotu tantundem odsunięte do przyszłości. Gdy świadczenie pierwszego nastąpi, wówczas pożyczka konsensualna zabsorbowała to, co przy konstrukcji realnej w danym systemie prawa jest w stanie spełnić jedynie t. zw. pactum de mutuo dando. Danie i wzięcie skryptu dłużnego w systemie pożyczki realnej niezwiązane z wypłatą waluty jest bez znaczenia dla pożyczki realnej, jak bez znaczenia była stypulacja pecuniam creditam accepturus spondit creditori futuro (fr. 30. D. 12, 1. fr. 4 D. 20, 3. fr. 11 pr. D. 20, 4), w razie nieodebrania waluty, która stanowiła causam futuram stypulacji².

A przeciwnie — w systemie pożyczki konsensualnej owo danie i wzięcie skryptu jest niewątpliwem powołaniem do życia kontraktu pożyczki, w moc którego odbierający skrypt może być pozwany o wypłatę waluty, o którą to wypłatę w systemie pożyczki realnej mógłby być pozwany, gdyby odrębną umową do świadczenia tytułem pożyczki w przyszłości »wraz z oznaczeniem terminu« był się zobowiązał, gdyby był zawarł umowę kredytową, t. j. umowę o świadczenie kredytować się mające, gdyby w danym wypadku chodziło o zapewnienie sobie pożyczki w przyszłości. W braku takiej umowy a wobec niewypłacenia waluty, więc wobec nieprzyjścia do skutku pożyczki, szukający kredytu ma tylko prawo żądać zwrotu skryptu, gdyż umowa pożyczkowa jako akt złożony rozpoczęta skończoną nie została.

W systemie prawa, stojącego na stanowisku konstrukcji konsensualnej, przyrzeczenie wypłaty waluty stanowi jedną tylko część dwustronnej umowy, w systemie konstrukcji realnej przyrzeczenie wypłaty waluty stanowić może treść i istotę odrębnej umowy, którą ostatecznie nazwać można umową przygotowawczą, gdyż w samej pożyczce realnej porozumienie obu stron określa jedynie obowiązki biorącego pożyczkę i stwarza zobowiązanie jednostronne. Ponieważ zaś przyrzeczenie dania pożyczki w przyszłości, wedle praktyki życia i obrotu może być celem dla siebie poza realną pożyczką, przeto łączenie obietnicy pożyczki i obietnicy zwrotu w jeden jedno-

¹ Enneccerus I 355 i I. 2, 432 uw. 2: Entsteht das Geschäft succasiv u. wird erst durch die Hingabe vollendet.

² Schey j. w. 174 i uw. 12.

lity stosunek prawny, nie jest wskazane, a rozdzielenie umowy kredytowej od samej pożyczki nie jest tylko doktryną, ale ma doniosłe znaczenie praktyczne¹.

O ile więc jeden przyrzeka w pewnym terminie wypłatę waluty, a drugi zwrot i procenta, to zwolennicy konstrukcyi konsensualnej przyjmują gotowy kontrakt pożyczki, typową umowę wzajemną, zwolennicy konstrukcyi realnej natomiast przyjmują obustronnie wiążącą umowę kredytową, w relacyi do pożyczki realnej *consensus de futuro* (p. de mutuo dando et accipiendo).

Praktyka życia codziennego poucza jednak, że umowa kredytowa może być i jednostronnie wiążącą, i to wiążącą bądź kapitalistę (*pactum de mutuo dando*), co się przyjmuje z reguły, bądź wiążącą przyszłego dłużnika, który na żądanie wierzyciela zobowiązuje się z kredytu korzystać (p. de mutuo accipiendo).

W konkretnym wypadku rozstrzyga wola stron, ale takich umów w kleszcze konsensualnej pożyczki zamknąć nie można, a nawet kwalifikowanie *pactum de mutuo* obustronnie wiążącego, odsuwającego termin wypłaty na dalszą przyszłość, jako gotowej pożyczki, sprzeciwia się domniemanej woli stron i wyobrażeniom obrotu, bo kto odsuwa termin wypłaty waluty w przyszłość, to tem samem zaprzecza intencji korzystania zaraz z kredytu, on go chce sobie zapewnić w późniejszym terminie², on może oczywiście myśleć i powiedzieć, że zwróci udzieloną mu ewentualnie pożyczkę wraz z procentami, ale to jego oświadczenie dziś niema znaczenia aktualności a przeciwnie aktualne znaczenie ma jedynie oświadczenie kapitalisty udzielenia kredytu. Wola zwrotu tego, co się dopiero ma otrzymać, może być objęta oświadczeniem w łączności z umową kredytową, z umową przygotowawczą, ale ona wiąże dopiero z chwilą wypłaty, gdyż sama umowa kredytowa nie daje gwarancyi, że do wypłaty waluty przyjdzie czy to z przyczyny po stronie jednej czy po stronie drugiej leżącej, a nie jest kwestyą tylko interpretacyi, czy dany całokształt interesu pożyczkowego skwalifikować jako umowę przygotowawczą do pożyczki, czy też jako definitywną pożyczkę³,

¹ Schey j. w. 37 n.

² Degenkolb j. w. 29, 40.

³ Tak Siber j. w. w *Jahrb. f. Dogm. LXX.* 250, który tam, gdzie od woli drugiej strony zależy, czy z obliżu ma zrobić użytek przyjmuje konstrukcyę realną (bezproc. pożyczka), a zaś konstrukcyę konsensualną tam, gdzie

zależnie od tego, czy dający obietnicę pożyczki niema czy ma prawo żądać od drugiej strony jej przyjęcia. To odróżnienie zresztą tyczyć się może tylko pożyczki procentowej, gdyż przy bezprocentowej, przy której kapitalista niema interesu w realizacji kredytu o obowiązku przyjęcia pożyczki w ogóle mowy być nie może¹.

Cała kwestya redukuje się tedy do pytania, czy interes pożyczkowy z terminowo oznaczonym czasem wypłaty waluty z chwilą teje wypłaty ulega umorzeniu, a w jego miejsce przychodzi do skutku pożyczka jako kontrakt realny, czy też interes pożyczkowy, ustalający całokształt stosunku obowiązkowego w odniesieniu do obu stron w grę wchodzących, trwa aż do momentu końcowego, t. j. do zwrotu kapitału i odsetek².

Omówiwszy poprzednio stanowisko prawa rzymskiego i pospolitego, a w związku z tem ostatniem także stanowisko cyw. kodeksu niemieckiego, będziemy się starali wyciągnąć konsekwencye praktyczne, jakie z przeciwstawnych konstrukcyi wynikają, gdyż de lege ferenda tylko wzgląd praktyczny może być rozstrzygającym dla prawodawcy w kwestyi przyłączenia się do jednej, czy do drugiej konstrukcyi.

VII.

Praktyczne konsekwencye wynikające z porównania przeciwstawnych konstrukcyi pożyczki.

a) Jeśli pożyczka jest umową konsensualną, wówczas, o ile umówiono się z pośrednikiem o wynagrodzenie za wyrobienie pożyczki, prowizya jest należną z chwilą dojścia do skutku umowy konsensualnej, choćby wypłata waluty nie nastąpiła n. p. w razie gdyby kapitalista korzystając z klauzuli *rebus sic stantibus* od umowy odstąpił (§ 610 k. n.; § 936 k. a. art. 146 proj. polskiego, art 641 proj. franc-włoskiego).

Według natomiast konstrukcyi realnej prowizya jest należną dopiero z chwilą wypłaty waluty³.

przyrzekający ma prawo żądać przyjęcia (pożyczka procentowa); por. Boehmer j. w. 324 i Endemann, Lehrbuch I. 617 uw. 9.

¹ Schey j. w. 173.

² Regelsberger, Nachschrift 413.

³ Heilfron, Lehrbuch II. 568 uw. 4 i 674 uw. 2b gdzie powołane orzeczenie Najw. Sądu niem. staje po stronie konstrukcyi realnej; por Eck-Le-

Oczywiście, że interpretacja danej umowy może doprowadzić do wniosku, że jeszcze przed wypłatą waluty należy się prowiżya, o ile szukającemu kredytu już na samym zapewnieniu sobie kredytu na przyszłość zależy, gdyż pożyczka a umowa kredytowa, umowa o pożyczkę są zupełnie różnymi zjawiskami prawnymi, a nowożytna konstrukcja w ostatecznym rezultacie dąży do utopienia w pojęciu umowy kredytowej samej pożyczki¹, n. p. kredyt budowlany realizowany częściami w miarę postępu robót budowlanych.

b) Obowiązek płacenia odsetek według konstrukcji konsensualnej pojętym być musi jako wzajemne świadczenie za używanie kapitału, w jednolitej bowiem umowie pożyczkowej naprzeciw przyrzeczenia wypłaty kapitału stoi przyrzeczenie zwrotu i płacenia odsetek, pożyczka konsensualna procentowa jest umową wzajemną. I ta jej właściwość odnośnie do obowiązku płacenia odsetek ma jej zapewniać wyższość nad konstrukcją realną, gdyż, twierdzą zwolennicy konstrukcji konsensualnej², skoro wedle konstrukcji realnej, jednolity akt umowy pożyczkowej rozbity zostaje na przyrzeczenie dania i wzięcia pożyczki; przyrzeczenie zwrotu i płacenia odsetek przy i w chwili wypłacenia waluty, to umowa stron, iż odsetki liczone być mogą od chwili wcześniejszej, niż nastąpiła wypłata waluty (a takie zastrzeżenia są możliwe i dopuszczalne), staje w kolizji z zasadą z konstrukcji realnej wynikającą, że procenta należą się na podstawie ubocznej umowy, będącej dodatkiem do realnego kontraktu.

Ta rzekomo słaba strona konstrukcji realnej, jest raczej jej zaletą, albowiem zwolennicy przeciwnej konstrukcji przyznają zgodnie, że tylko obowiązek zwrotu jest w zależności od uprzedniej wypłaty waluty, że wierzyciel dochodząc zwrotu kapitału musi twierdzić i udowodnić nie tylko zawarcie umowy ale wypłatę waluty, że w braku tego dowodu nawet w zaoczności będzie ze swem roszczeniem oddalony. Więc zwolennicy konstrukcji konsensualnej twierdzą, że tylko w stosunku do obowiązku zwrotu kapitału jest »istotnym« obowiązek wypłaty waluty, więc nie jest istotnym także w stosunku do obowiązku wypłaty procentów, z czegooby wynikało, że wierzyciel już w razie gotowości wypłaty waluty mógłby żądać procentów

onhard, Vorträge I. 529; Dernburg, Lehrbuch II. 2. § 339 uw. 20 i Planck j. w. II. 2, 1138; Dernburg j. w.: erst dann, wenn das Darlehen gegeben ist.

¹ Regelsberger, Nachschrift 426.

² Lübbert j. w. 354, 356, 380 n.

nie wypłaciwszy kapitału; że takie roszczenie uchyliby mogła dopiero *exceptio non adimpleti contractus*¹. Tak samo mógłby kapitalista roszczenie o odsetki przeciwstawić *compensando* roszczeniu o wypłatę kapitału². Do takiej to niepraktycznej konsekwencji prowadzi przeciwstawienie przyrzeczeniu wypłaty kapitału przyrzeczenia opłacania odsetek jako wzajemnego świadczenia.

W praktyce codziennego obrotu jest pożyczka kredytowanem świadczeniem kapitału, zwrot jego jest zasadniczem założeniem aktu pożyczki. Spełnia pożyczka dwojaką funkcję, jest użyczeniem kredytu jako dobra nierealnego, ale w obrocie mającego wartość, jest gotowością wzięcia na siebie ryzyka z powodu ewentualnej niewypłacalności dłużnika (fr. 67 § 1 D. pro socio 17, 2), gdyż kredyt w odniesieniu do dłużnika, któremu się go udziela, to nic innego, jak wzięcie na się ryzyka. Drugą funkcją pożyczki jest oddanie w nieograniczone używanie kapitału (moment prawa rzeczowego). Obowiązek płacenia odsetek w związku z zakredytowanem świadczeniem nie jest wyłącznie odwzajemnieniem za oddanie w używanie kapitału, on jest także ceną za samą gotowość udzielenia kredytu, którą realizuje oddany *credendi causa* kapitał, bo wszak i przy umowie o samo otwarcie kredytu może być ustanowiona cena jego w postaci procentów jako prowizya za samą gotowość udzielenia kredytu. I właśnie w umowie kredytowej jako *sui generis* samostnej umowie przez panującą teorię jako *pactum de contrahendo* traktowanej, odsetki jako odwzajemnienie³ za udzielenie kredytu uwydatnione są już w tej umowie kredytowej (p. de *credendo*) i jest zupełnie zrozumiałe, że one w danym wypadku, o ile taką była intencya stron, są należne wcześniej niż następuje wypłata kapitału⁴.

¹ Por. *Enneccerus*, *Lehrbuch* § 162.

² *Schey* j. w. 39 uw. 15 i 16, przeciw *Kohlerowi*, *Gesamm. Abhandl.* 45: die correspondierende Verpflichtung (obowiązek zwrotu i płacenia procentów) des anderen Theils entspringt also nicht aus dieser Hingabe der Geldsumme sondern aus dem ursprünglichen Consensualkontrakt.

³ *Dernburg* j. w. II. 2, 250; *Endemann*: *Der Kredit als Gegenstand der Rechtsgeschäfte*, *Ztschr. f. Handelsrecht* IV. 50; *Schey* j. w. 134. *Thöl*, *Handelsrecht* I. 992.

⁴ *Cohn* u. *Endemanna*, *Handbuch* III. 841 insoweit darf man im verzinslichen Darlehen... einen Kreditverkauf als eingeschlossen erachten ohne dass aber durch dies Moment das juristische Wesen des zinsbaren Darlehens erschöpft wäre.

Konstrukcja realna, wiążąc obowiązek zwrotu z momentem uprzedniej wypłaty kapitału, więc z przyjściem do skutku umowy rodzącej jednostronne zobowiązanie, zrywa tem samem zależność obowiązku zwrotu i płacenia odsetek od obowiązku wypłaty kapitału ustalonego w umowie o pożyczkę, nie przeciwstawia więc zwrotu kapitału jako odwzajemnienia za oddanie kapitału, czem ten zwrot w swojej istocie nie jest, a za jaki uważać go musi konstrukcja konsensualna.

Świadczenie odsetek jako dodatek do głównego obowiązku zwrotu kapitału ustalony być może w samejże umowie kredytowej, a przy wypłacie waluty jest tylko reprodukowany.

Wyżej określona istota umowy kredytowej uzasadnia w zupełności prawo żądania odsetek za czas przed wypłatą waluty, gdyż, jak powiedziano, odsetki jako odwzajemnienie za gotowość udzielenia kredytu (Kreditpreis) od chwili zawarcia p. de credendo są należne¹; p. de credendo, umowa o pożyczkę, o ile przedstawia się jako odpłatna gotowość udzielenia kredytu, jest w pełnem tego słowa znaczeniu umową wzajemną.

c) Na pierwszy rzut oka wydaje się, że jednak pożyczka konsensualna posiada wyższość nad realną w rozstrzygnięciu wypadku, gdy pożyczający popadł w zwłokę w odebraniu waluty w związku z pytaniem co do obowiązku płacenia odsetek.

Konstrukcja konsensualna uważa obowiązek płacenia odsetek jako obopólną umową ustalone świadczenie wzajemne. W normalnym toku rzeczy kapitalista reflektuje na umówiony procent, a nie w pierwszym rzędzie na odbiór waluty przez poszukującego kredytu, w myśl umowy zatem żądać może odsetek za czas, przez który poszukujący kredytu zwleka, gdyż tak się umówiono. Roszczenie o odsetki ma pełne uzasadnienie z chwilą zaoferowania waluty.

Przedewszystkiem należy zauważyć, że do tegoż samego wyniku, odpowiadającego domniemanym intencjom stron, dochodzi i konstrukcja pożyczki realnej.

Kapitalista w myśl umowy kredytowej (umowy przygotowawczej) oferuje należycie walutę, dłużnik zwleka. Kapitalista ma interes w przyjęciu waluty i przyjściu do skutku pożyczki. Na ogół, a mówimy o pożyczce procentowej, liczy on zmobilizowawszy odpowiednią sumę na zwolnienie się z dalszej troski o jej korzystną lokatę,

¹ Schey j. w. 177 uw. 32; Endemann j. w. 196 n.

na korzystne oprocentowanie, z czego wynika, iż zawarłszy pactum de credendo w tej swojej nadziei nie powinien doznać zawodu.

Przy umowie o pożyczkę procentową obustronny obowiązek dania i wzięcia pożyczki, nawet w braku wyraźnej umowy, przyjęć można jako milcząco ustalony¹. Jeśli zatem pożyczający zwleka, pożyczki niema, bo ona tylko przez oddanie waluty do skutku przychodzi, ale pożyczający musi wynagrodzić szkodę stąd wynikłą, która normalnie równa się sumie należnych odsetek za czas zwłoki, gdyż interes dającego kredyt ogranicza się na pobór procentów i oczywiście odbiór kapitału. Przez nieodebranie w czas waluty pożyczający dopuszcza się »moram accipiendi«, gdyby nie zwłoka, umowa realna w czas doszłaby do skutku, kapitalista byłby pobierał odsetki, to niepobranie jest jego szkodą, któraby miejsca nie miała w razie odebrania wczas waluty.

Wynik zatem w stosunku do obu konstrukcyi zupełnie jednakowy, a różnica jedynie w tem, że obowiązek uiszczenia procentów przy konstrukcyi konsensualnej płynie z umowy głównej, przy konstrukcyi realnej z umowy przygotowawczej, z umowy użyczenia kredytu.

W tym jednak punkcie konstrukcyę realną atakuje Kohler² w najświeższej rozprawie z r. 1909, wywodząc, że pod kątem umowy przygotowawczej niepodjmujący waluty dłużnik dopuszcza się moram solvendi, bo wszak nie tylko nie podejmuje zaoferowanej mu sumy ale nie zawiera umowy t. j. nie przyrzeka zwrotu i nie przyrzeka płacenia odsetek związanych w konstrukcyi realnej z momentem wypłaty. Atak ów jest jednak wynikiem przeoczenia, że z umowy przygotowawczej przyszły dłużnik jest przedewszystkiem uprawnionym do żądania wypłaty waluty, nie podejmując jej dopuszcza się niewątpliwie moram accipiendi, bo »przyjęcie waluty«, mówiąc słowami samego Kohlera z r. 1889³, jest prawem a nie obowiązkiem szukającego kredytu, niepodjmując waluty dopuszcza się atoli moram accipiendi, jest więc jego obowiązkiem płacić odsetki. A od tego obowiązku nie zwalnia go też konstrukcyja realna i umowa przygotowawcza.

Oba stanowiska dochodzą do jednego i tego samego wyniku, różnica polegać będzie w uzasadnieniu.

¹ Planck, j. w. 929.

² Kohler, Das Vereinbarungsdarlehen, Arch. f. bürgerl. Recht XXXIII. 11 n.

³ Arch. f. bürgerl. Recht II (1889) 230.

d) A. przyrzekł dziś B. pożyczkę na rok jeden 1000 z 4% oprocentowaniem płatną za trzy miesiące, którą B. miał odebrać w dniu 1. maja przed południem. W dniu tym A. odnośną kwotę przygotował w osobnej kowercie z adresem B. i zawiadomił B., że pieniądze tak przygotowane są do odebrania. W nocy z 1 na 2 maja wybuchł u A. pożar i przygotowane pieniądze spłonęły¹.

Niewątpliwie, iż stając na stanowisku konstrukcyi konsensualnej powiemy, że ciężące na A. świadczenie rzeczy mimo należytej oblacyi wskutek zwłoki szukającego kredytu a bez winy kapitalisty stało się niemożliwem, i że ponadto właśnie wskutek tejże zwłoki ryzyko przypadkowej straty poniesie szukający kredytu, to znaczy, że nie będzie wolny od wzajemnego świadczenia. Jeśli w związku z oblacyą dłużnika a wśród zwłoki wierzyciela dłużny przedmiot zostaje stracony, to właśnie ta gotowość świadczenia uchodzi za surogat samego świadczenia (pro soluto... oportet esse)², z czego oczywiście wynika prawo dłużnika do żądania wzajemnego świadczenia. Ale na czym polega w naszym wypadku to wzajemne świadczenie? Zwolennicy konstrukcyi konsensualnej ten właśnie przypadek przytaczają chętnie na poparcie swej konstrukcyi³, z którejby wynikać miał obowiązek zwrotu kapitału i odsetek, pomijając zresztą, że w tym wypadku o zwrocie właściwym wobec nieotrzymania kapitału mówić nie można.

Przyjrzyjmy się jednak tejże sytuacji pod kątem konstrukcyi realnej.

Według tejże konstrukcyi stan faktyczny rozkładamy na dwie umowy. Umowa przygotowawcza i samaż pożyczka. Umowa przygotowawcza w treści swej jest przyrzeczeniem dania i wzajemnem przyrzeczeniem wzięcia pożyczki wraz z obowiązkiem płacenia odsetek. Poszukujący kredytu, dopuszczając się zwłoki przyjęcia, bierze na siebie ryzyko szkody z nieprzyjęcia wyniknąć mogącej, a polega ta szkoda w utracie kapitału i pozbawieniu kapitalisty poboru odsetek wymówionych, zwłaszcza że kapitalista przez przyjęcie byłby zwolniony

¹ Por. Cosack j. w. wyd. z r. 1909, 433 i wyd. z r. 1927, oraz tamże na str. 632 podany podobny przykład I. 1. i podobny przykład u Ecka, Vorträge zum bürg. Gesetzbuche I. 239 uw. 1.

² L. 72. pr. D. de solut. 46, 3 (Maccellus lib. XX. dig.); por. Windscheid j. w. II. 450; Kohler, Annahme u. Annahmeverzug, Iherings Jahrb. XVII. 386; Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers, Tamże XLIII. 276. 282.

³ Lübbert j. w. 385 n.; Kohler j. w.; por. Heilfron, Lehrbuch II. 159.

ze swego obligu, a to wykonanie przezeń obligu z umowy o pożyczkę byłoby zarazem powstaniem długu z pożyczki procentowej. Praktyczny rezultat obu stanowisk byłby więc jednaki a różne będzie jedynie uzasadnienie. Według konstrukcyi konsensualnej świadczenie sumy i procentów jest wynikiem spoczywającego na poszukującym kredytu obowiązku odwzajemnienia, według konstrukcyi realnej jest wyrazem szkody, za którą odpowiada. I teraz zapytać tylko należy, co bardziej godzi się z wyobrażeniem obrotu. Czy możliwem będzie wytłómaczyć laikowi, że musi zwrócić kapitał, którego nie wziął, bo zawarł konsensualną pożyczkę? Czy też, że dlatego odpowiada, gdyż swem ociążaniem się spowodował szkodę, którą ponieść musi!

Ważniejszy jednak jest wzgląd na to, że ze stanowiska konstrukcyi konsensualnej można nawet dojść do wniosku, że ryzyko straty kapitału pozostanie przy kapitaliście, który ma prawo żądać tylko procentów, gdyż świadczenie procentów jest odwzajemnieniem za oddanie kapitału, nie jest zaś odwzajemnieniem zwrot kapitału, jak nie jest odwzajemnieniem przy pożyczce bezprocentowej zwrot sumy pożyczonej¹. Skoro zatem konstrukcyja konsensualna w razie przypadkowej straty kapitału podtrzymuje w okresie zwłoki szukającego kredytu wzajemny jego obowiązek świadczenia, to konsekwentnie dojść musiałyby do włożenia na szukającego kredytu tylko obowiązku zapłaty procentów. Tak też rozstrzygał rzecz w r. 1889 Kohler², podczas gdy w r. 1879, a także w swym podręczniku z r. 1906 i w najnowszej rozprawie z r. 1909 stawiając obciążenie na równi z wręczeniem waluty przez drugą stronę, przerzucił tak ryzyko kapitału jak i procentów na szukającego kredytu³, który dopuścił się zwłoki.

¹ Siber, j. w. 246, uw. 4, 232.

² Kohler w Archiv f. bürg. Recht II. 232: denn mit der mora accipiendi geht nur die Gefahr über, in Bezug auf die Gegenleistung, nicht in Bezug auf die Rückleistung.

³ Kohler, Lehrbuch II. 340 i Tenze, Annahme und Annahmeverzug Iherings Jahrb. XVII. 386. 396: soll hier der Schuldner ausser einem vergeblichen Spaziergange und einem gehörigen Aerger auch noch den Schaden mit in den Kauf nehmen! Nimmermehr! por. Ibid. 386 n. Tegoż, Lehrbuch j. w.: In solchem Falle den Darleiher aufsitzen zu lassen, wie die gewöhnliche Lehre es thut, ist völlig unbillig, und auch das ist ein Beweis für die Richtigkeit unseres Standpunkts; nadto w Arch. f. bürg. Recht XXXIII. (1909): Das Verein-

Konstrukcja konsensualna pożyczki ustala wzajemne prawa i obowiązki w formule: przyrzeczenie wypłaty waluty z obowiązkiem zwrotu i płacenia odsetek. Zatem poza prawem żądania wypłaty kapitału, które zgasło, pozostałby obowiązek zapłacenia odsetek. Ze stanowiska więc konsensualnej pożyczki rozstrzygnięcie podanego wypadku nie daje bezspornego wyniku.

Konstrukcja pożyczki realnej, wykluczając przyście do skutku pożyczki a przyjmując w podanym stanie faktycznym umowę o pożyczkę, ustala jej treść w formule: przyrzeczenie dania i wzięcia tytułem pożyczki, kapitalista do dania, poszukujący kredytu do wzięcia pożyczki jest obowiązany względnie za niepodjęcie odpowiada. Pod kątem obowiązku wynagrodzenia szkody w razie mora accipiendi uzyskuje się rozstrzygnięcie pewniejsze i dające się ustalonymi zasadami co do zwłoki wierzyciela umotywować¹.

Jest jeszcze w omawianej kwestyi jednak jeden moment, który służyć może jako próba trafności jednej czy drugiej konstrukcji. Kiedy mianowicie A. domagać się może kapitału i procentów od B?

Konstrukcja konsensualna przyjmując surogację wypłaty waluty, więc zaistnienie kontraktu pożyczki, musi dojść do wniosku, że w podanym przykładzie, A. po upływie roku może żądać wypłaty kapitału i odsetek².

Konstrukcja realna oczywiście istnienia pożyczki nie przyjmuje i przyjąć nie może, bo wręczenia waluty nic nie jest w stanie zastąpić, ale z tytułu przyrzeczenia wzięcia pożyczki, co nie nastąpiło z przyczyn po stronie kapitalisty nieleżących, a w związku ze zwłoką szukającego kredytu i zaferowaniem tegoż, ten ostatni szkodę stąd wynikłą ponieść musi i oczywiście wynagrodzenia tej szkody domagać się może kapitalista »zaraz«, nie potrzebując czekać upływu roku, gdyż szkoda zaistniała już teraz, i wskutek niedojścia do skutku pożyczki z przyczyn nie leżących po stronie kapitalisty także *lucrum cessans*, t. j. ubytek procentów jako element szkody już teraz zaistniał. Jeśli bowiem przyjmujemy, że w podanym stanie faktycz-

~~~~~  
barungsdarlehen str. 11. er muss verzinsen und rückzahlen wie wenn er das Geld bekommen hätte.

<sup>1</sup> Adler j. w. 211 uw. 27 i 207, który podkreśla trafnie odmowę przyjęcia waluty jako tytuł do żądania wynagrodzenia szkody, a nie jako tytuł do odwzajemnienia; por. Cosack I. j. w. 457.

<sup>2</sup> Tak też Cosack j. w. 433 (wyd. 1909).

nym »ryzyko wzajemności«<sup>1</sup> ponosi poszukujący kredytu, to jest wbrew konsekwencji odsuwać obowiązek jego prestacji z tytułu tego ryzyka do terminu zapadłości długu z pożyczki, która w systemie pożyczki realnej do skutku wcale nie doszła, a którą konstrukcja konsensualna przyjęć musi.

Próba porównawcza wychodzi więc na korzyść konstrukcji realnej, gdyż ona daje pewne i stanowcze rozstrzygnięcie.

Podkreślić jednak należy, że omówione wyżej skutki zwłoki wierzyciela w związku z przypadkowym zniszczeniem zaoferowanej waluty odnoszą się jedynie do obustronnie wiążącej umowy kredytowej p. de mutuo dando et accipiendo, gdyż jednostronnie wiążące p. de m. dando<sup>2</sup> (kredyt »na żądanie«) wyklucza ponoszenie ryzyka wzajemności, bo w ogóle wyklucza zwłokę przyjęcia przyszłego dłużnika<sup>3</sup>.

Trudniej jeszcze dla konstrukcji konsensualnej przedstawia się wypadek pożyczki bezprocentowej w razie zaoferowania waluty i jej przypadkowego zniszczenia w trakcie zwłoki przyszłego dłużnika. Reguły o »niebezpieczeństwie wzajemności« do takiej pożyczki chyba nie mogą być stosowane, gdyż ona umową synalagmatyczną nie jest, przyrzeczenie zwrotu nie jest odpłatą za przyrzeczenie udzielenia pożyczki<sup>4</sup>, podczas gdy ze stanowiska konstrukcji realnej umowa obustronnie wiążąca pożyczkę wyprzedzająca, o ile kapitalista przez zwłokę przyszłego dłużnika nie mógł się zwolnić z swego obowiązku wypłaty waluty w braku współdziałania drugiej strony, wedle ogólnych reguł o mora accipiendi prowadzi do rozstrzygnięcia przerzucającego ryzyko wzajemności na poszukującego kredytu.

e) Silne rzekomo poparcie konstrukcji konsensualnej pożyczki znajdują jej zwolennicy w razie, gdy pożyczający zwleka z punktualną wypłatą procentów. Przyjmujemy, że A. udzielił pożyczkę od 1 stycznia 1929 na lat 10 z zastrzeżeniem kwartalnej spłaty procentów.

<sup>1</sup> Cosack j. w. 457: die Gefahr der Gegenseitigkeit.

<sup>2</sup> Planck j. w. 929; Ennecerus j. w. § 364.

<sup>3</sup> Adler j. w. 251. 258 i 211 uw. 27: wofern nur wirklich mora accipiendi u. nicht etwa ein einseitiges p. de m. d. vorliegt; Ibid. 252: Sie borgen am 1. Jänner auf Verlangen, t. zn. Sie borgen nicht, wenn es nicht verlangt wird.

<sup>4</sup> Siber j. w. 246 uw. 4: das unverzinsliche Darlehen ist... kein gegenseitiger Vertrag; Ennecerus j. w. II. § 364; Cosack j. w. (1927) 614. 618; Stammler 85: die eine Leistung bildet kein Entgelt der anderen.



Oczywiście może wierzyciel pozywać o procenta i zwrot szkody z powodu opóźnienia w ich wypłacie. To jednak wcale nie polepsza sytuacji wierzyciela, który nie otrzymując odsetek mimo to cierpliwie musi wyczekiwać dalekiego terminu zwrotu.

I owóż w tej właśnie sytuacji ma mu przyjść w pomoc konstrukcja konsensualna. Danie pożyczki jest świadczeniem, któremu odpowiada wzajemny obowiązek opłaty odsetek, zwłoka w ich uiszczeniu nie może być bez wpływu na dalsze pozostawienie w rękach dłużnika kapitału.

Podobnie, jak to ma miejsce przy innych umowach synallagmatycznych, może w tym razie wierzyciel pod pewnymi warunkami od umowy odstąpić albo kapitał wypowiedzieć przed czasem, jak to n. p. w myśl wyraźnego przepisu ustawy uczynić może wynajmujący w razie niewpłacenia dwóch rat czynszu (por. § 326 i 554 k. niem.).

Pozostawiając na razie otwartą kwestyę, czy w razie zwłoki w płaceniu procentów, w braku wyraźnego przepisu lub wyraźnego zastrzeżenia stron, dopuszczalną jest analogia z postanowień locatio-conductio rei dotyczących, i przyznając na chwilę taką analogię jako dopuszczalną, stwierdzić należy, że i konstrukcja pożyczki realnej bynajmniej nie stałaby na przeszkodzie stosowaniu takiej analogii w celu ratowania kłopotliwej pozycji wierzyciela.

To też w literaturze cywilistycznej wielu zdecydowanych zwolenników konstrukcji realnej oświadcza się zgodnie ze zwolennikami konstrukcji konsensualnej za prawem wcześniejszego odstąpienia, względnie wypowiedzenia pożyczki jako odpowiadającym milczącemu porozumieniu stron zgodnemu z wyobrażeniami obrotu (§ 157 k. niem.)<sup>1 2</sup>. Tylko zwolennicy konstrukcji realnej to prawo wcześniej-

---

<sup>1</sup> Planck j. w. II. 2. 940 i tamże powołani autorowie; Affolter, Arch. f. bürg. Recht XXVI. i Oertmann § 609; Staudinger j. w. 1047. 1054; szczególnie Lübbert j. w. 395, który z przesadą wysławia właśnie w tym punkcie konstrukcję konsensualną: gerade hier scheint uns das Ergebnis der herrschenden Lehre wenig befriedigend zu sein, z tem, że praktyka życia rze-komo identyfikuje się z konstrukcją konsensualną, że instytucje kredytowe udzielają kredytu tylko pod wyraźnym zastrzeżeniem natychmiastowego wypowiedzenia w razie niewpłacenia dwóch rat procentowych, por. Ibid. 397 n.; Kohler w Arch. f. bürg. Recht XXXIII. 13.

<sup>2</sup> Cosack j. w. 633, mimo, iż z naciskiem wypowiada się za pożyczką realną, oświadcza się zarazem za dopuszczalnością odstąpienia od pożyczki; por. Ibid. 631.

szego żądania zwrotu, względnie wcześniejszego wypowiedzenia kapitału, opierają na domniemanej woli stron, i powołując w pomoc tę domniemaną wolę stron przyjmują dopuszczalność wcześniejszego zwrotu, podczas gdy w oczach zwolenników konstrukcyi konsensualnej to prawo odstąpienia od umowy jest koniecznym następstwem ogólnych zasad z pojęcia umowy synalagmatycznej wynikających.

W omawianej kwestyi narzuca się jednak pytanie zasadnicze: czy w ogóle dopuszczalnym jest odstąpienie od umowy względnie przedterminowe wypowiedzenie pożyczki w razie niepłacenia odsetek.

Jak obowiązek zwrotu po upływie pewnego czasu, tak z drugiej strony obowiązek pozostawienia wartości danych w rękach dłużnika stanowi istotę i gospodarcze przeznaczenie pożyczki. Jeśli pożyczka bezprocentowa, pozbawiająca kapitalistę fruktyfikacyi kapitału, w tym więc względzie bezsprzecznie akt hojności z przyczyn analogicznych, jak darowizna przeciw odwołaną być nie może (nieprzewidziane własne zapotrzebowanie kapitału, rażąca niewdzięczność por. § 530 k. n.)<sup>1</sup>, chociaż one w położeniu kapitalisty dotkliwiej nawet odczute być mogą niż niepłacenie lub niepunktualne płacenie odsetek przy pożyczce procentowej, to trudno dopuścić do odwołania pożyczki procentowej w razie zalegania dłużnika z procentami, gdyż pamiętać należy, że między pożyczką a najmem gospodarczo wielka zachodzi różnica; wszak łatwo oddać najemcy rzecz, będącą własnością wynajmującego, podczas gdy poszukujący kredytu ową wartość ongiś mu do nieograniczonej dyspozycyi oddaną z obecnych zasobów swego gospodarstwa wydobyć musi, a wydobyć przedwczesne i znienacka tej wartości może spowodować ruinę gospodarczą pożyczającego. Z pojęcia pożyczki prawo przedterminowego żądania zwrotu pożyczki z powodu niepunktualnego płacenia odsetek jako naturale negotii wyprowadzić się nie da, a stosowanie ustawowego przepisu, zaczerpniętego z norm prawnych o najmie, przy zachodzącej pojęciowej różnicy między pożyczką a najmem analogii nie dopuszcza.

Udzielenie kredytu kryje w sobie, jak każda umowa wykony-

---

<sup>1</sup> Odmienego zdania co do pożyczki bezprocentowej Cosack j. w. 630, który przyjmuje darowiznę używania kapitału i jest za odwołaniem w następującym wypadku: A. pożyczył przyjacielowi B. na założenie handlu bezprocentowo na 5 lat Mk. 10.000. B. w ten sposób odpłacił dobroć przyjaciela, że z żoną jego popełnił cudzołóstwo. Z powodu grubej niewdzięczności może A. zdaniem Cosacka żądać zwrotu pożyczki przed upływem pięciu lat.

wać się mająca w przyszłości, pewne ryzyko, przeciw któremu kapitalista sam przez odpowiednie zastrzeżenia chronić się powinien

De lege ferenda całkiem nie jest wskazana zmiana dotychczasowego stanu, w którym wedle prawodawstw nowożytnych nie jest znane prawo przedwczesnego żądania zwrotu pożyczki w razie nieuiszczenia procentów, a tem samem również nie jest wskazane, co częściowo czyni cywilistyczna teoria niemiecka, w braku wyraźnego zastrzeżenia ustalać domniemanie, gdyż nawet w razie, gdy takie zastrzeżenie uczyniono wyraźnie, jeszcze badać należy, czy zwłoka istotna zachodzi, czy nie ma przyczyn usprawiedliwiających dłużnika w niepłaceniu procentów<sup>1</sup>.

Stażość i trwałość kredytu doznałyby wprost niepożądanego dla stosunków gospodarczych wstrząsu, gdyby przeszczepiono z kontraktu najmu odnośny przepis do kontraktu pożyczki procentowej uważanej za kontrakt konsensualny i za umowę wzajemną, gdyby stworzono regułę interpretacyjną niezgodną z przeznaczeniem pożyczki, a czyniącą zbędnem odrębne zastrzeżenie, którego przezorny kapitalista nie pominie, jak tego dowodzi praktyka w instytucjach długoterminowego kredytu<sup>2 3</sup>.

Dochodzimy zatem do wniosku, że konstrukcja konsensualna umożliwia stosowanie analogii z kontraktu najmu co do wcześniejszego wypowiedzenia pożyczki w razie niepłacenia procentów, podczas gdy pożyczka realna mimo, że jest umową odpłatną, ale rodzącą jednostronne zobowiązanie takiej analogii nie dopuszcza, co jest zgodne z celem i przeznaczeniem pożyczki jako interesu kredytowego.

---

<sup>1</sup> Por. bardzo w tej mierze wstrzemięzliwe stanowisko Dernburga, Lehrbuch II. 2, 246 a, uw. b, nawet w razie zastrzeżenia stron; nadto Heilfron, Lehrbuch II. 517 i 147 co do najmu; Dernburg, Pandekten II. 736 i uw. 38. Wprost przeciw przedwczesnemu obowiązkowi zwrotu w razie niepłacenia odsetek Gierke, Dauernde Schuldverhältnisse w Iherings Jahrb. LXIV. 400 n. przeciw również Enneccerus j. w. II. 2, 436: aber zu weit dürfte es gehen, wenn manche dafür eine Vermuthung aufstellen. Tak samo bez zastrzeżeń Crome, System d. deut. bürg. Rechts II. 2, 596: hat der Darlehensgeber keineswegs das Recht (nach § 326 b. G. b.) von dem Vertrag zurückzutreten. Przeciw analogii z najmu Cohn u Endemanna j. w. III. 840.

<sup>2</sup> Por. Lübbert j. w. 395 n.

<sup>3</sup> Gierke j. w. 400: ein gesetzliches Recht vorzeitiger Forderung hat der Gläubiger niemals i uw. 82: auch nicht wegen unpünktlicher Zinszahlung.

f) Zauważono już powyżej, że umowa kredytowa, powszechnie t. zw. umowa przygotowawcza, wyprzedzająca realny kontrakt pożyczki — pactum de credendo, jest odrębną, samoistną umową, mocą której przyszły dłużnik może się domagać wypłaty waluty, mocą której kapitalista ma świadczyć z tytułu przyrzeczonej pożyczki. Przy pożyczce pieniężnej jest to świadczenie sumy. Obowiązek zwrotu sumy i przyrzeczenie tego zwrotu, które panująca opinia z całości kształtu umowy o pożyczkę przesuwa zarazem do chwili wypłaty waluty ustalonym został już w chwili umowy o pożyczkę, on się zresztą sam przez się rozumie, bo mieści się implicite w samej nazwie zawieranej umowy i w życiu codziennym i w obrocie dłużnik omówiwszy w umowie kredytowej wszystkie szczegóły oczekuje i ma prawo żądać wypłaty sumy. Czyż może zresztą przy okazji wypłaty sumy oświadczyć co innego, niż powtórzyć zapewnienie zwrotu, samo przez się z pojęciem pożyczki związane.

W chwili wypłaty waluty nie ma więc miejsca spełnienie przyrzeczenia zwrotu, co by wynikało z pojęcia umowy przygotowawczej jako takiej, lecz ma miejsce reprodukcja uczynionego już przedtem przyrzeczenia i to wystarcza, bo jest rzeczą powszechnie dla każdego zrozumiałą, co oznacza odbiór waluty tytułem pożyczki. W systemie pożyczki realnej bez względu na to, czy intencja wzięcia na się obliżu istniała przedtem, przyjmuje się obowiązek zwrotu dopiero przy wypłacie waluty, bo też w tej chwili obowiązek zwrotu jest aktualny. Z umowy więc kredytowej jako takiej wynika obowiązek wypłaty sumy, względnie wydania innych rzeczy zamiennych. W tej mierze na ogół panuje zgoda wśród zwolenników realnej pożyczki<sup>1</sup>. Sprzeciw podnoszą jedynie ci, którzy w umowie kredytowej dopatrują się ściśle przygotowawczej umowy, z której płynie roszczenie o zawarcie umowy, o contrahere, które wszak składa się nie tylko z elementu realnego ale i z elementu konsensualnego (przyrzeczenie zwrotu<sup>2</sup>).

Atoli nie jest wprost zrozumiałem, w jakim celu mianoby ponownie powtarzać przy wypłacie sumy, co już ustalono poprzednio, jedyną rzeczą, o którą chodzi przyszłemu dłużnikowi, jest wypłata waluty<sup>3</sup>, w moc istotnej treści umowy kredytowej, przyrzeczeń da-

---

<sup>1</sup> Adler j. w. 204 n.; por. Lübbert j. w. 348 n.

<sup>2</sup> To głównie wytyka umowie przygotowawczej odnośnie do pożyczki realnej Kohler w *Gesam. Abhandl.* 59 n.

<sup>3</sup> Schlossmann j. w. 84 n.

nia i wzięcia pożyczki. Że fakt wypłaty waluty działa w dwóch relacjach: że w relacji do umowy kredytowej jest jej dopełnieniem, a więc ją umarza, zaś w relacji do realnej pożyczki jako zaliczenie waluty stwarza jednostronny oblig, to przecież ta okoliczność w niczem nie zmienia obowiązku wypłaty sumy z tytułu zawartej umowy kredytowej. Tak jak z tytułu przyrzeczenia darczynnego następuje świadczenie donandi causa, tak z tytułu umowy kredytowej następuje świadczenie credendi causa i tem samem zawarcie pożyczki. Że zaliczenie waluty działa w relacji do p. de credendo solvendi causa, w relacji do pożyczki obligandi causa, to tu i tam chodzi o zaliczenie sumy czy też rzeczy zamiennych<sup>1</sup>, zawarcie pożyczki realnej jest wykonaniem umowy kredytowej, którą się spełnia przez oddanie waluty. A tak samo jak zaciągnięcie zobowiązania darczynnego przez przyrzeczenie darczynne nie jest jeszcze darmem przysporzeniem<sup>2</sup>, tak nie jest umowa o pożyczkę samą już pożyczką. Wykonanie umowy kredytowej polega w zawarciu realnej pożyczki, a wypłata waluty i ona tylko do tego celu prowadzi. Umowa przygotowawcza, umowa kredytowa stwarza obowiązek dania i wzięcia pożyczki. Mieści się zatem w tej umowie porozumienie stron w dwóch kierunkach: co do świadczenia sumy lub rzeczy zamiennych w przyszłości z określeniem już dziś celu i przeznaczenia świadczenia. Nie to jest istotnem w chwili wypłaty waluty, czy nastąpi spełnienie przyrzeczenia zwrotu, przyrzeczenia odsetek, bo te przyrzeczenia przyjąć się musi, jako z natury interesu kredytowego wynikające i w umowie przygotowawczej ustalone, ale istotnem jest stwierdzenie ważnego przyjscia do skutku zapowiedzianego świadczenia sumy czy rzeczy zamiennych credendi causa, gdyż choćby przyjąć zupełnie prawidłowe porozumienie o pożyczkę, to w braku warunków co do zdolności do działań prawnych po stronie przyszłego wierzyciela czy dłużnika przygotowywana pożyczka do skutku nie dojdzie, antycypowane przyrzeczenie zwrotu, przyrzeczenie odsetek będą bez znaczenia. I w tym to względzie zachodzi łączność między umową przygotowawczą a samą realną pożyczką.

Łączność tę można zaobserwować w prawie rzymskiem

---

<sup>1</sup> Por. Schey j. w. 175.

<sup>2</sup> Por. co do natury umowy o darowiznę wywody objaśnień do części szczegółowej projektu polskiego prawa zobowiązań 102 n.

w związku ze stypulacją zwrotu po otrzymaniu lub w oczekiwaniu otrzymania waluty. Stypulacja o zwrot może upaść, ale zostanie w razie ważnej wypłaty waluty skarga o jej zwrot z tytułu re przyścia do skutku pożyczki (arg. D. 12, 1, 9, § 5 i 7 «manebit conductio ex numeratione»)<sup>1</sup>.

Konstrukcja konsensualna, dla której momentem podstawowym, tworzącym zarazem początek powstania kontraktu pożyczki jest consensus, uzna związaną stron z tytułu pożyczki, o ile w momencie osiągniętego porozumienia zachodziły wymogi ważności umowy, choćby one nie istniały w chwili wypłaty waluty, konstrukcja realna rozdzielając interes pożyczkowy na umowę przygotowawczą i samą pożyczkę, przesuując moment konsensualny do samej wypłaty waluty, stawiać musi wymogi ważności umowy według stanu w momencie wypłaty waluty. Pupil czy marnotrawca, choćby pierwszy tutore auctore, a drugi przed uznaniem go za marnotrawcę zawarli umowę pożyczkową, nie doprowadzą do ważnej realnej pożyczki, o ile zaliczenie waluty nastąpiło sine tutoris auctoritate lub po uznaniu za marnotrawcę, odmiennie niż to wynika z pojęcia pożyczki konsensualnej (fr. 4 D. de scons. Maced. 14, 6. (Scaevola lib. II. quaest.) Quia quod vulgo dicitur filio familias credi non licere, non ad verba referendum est sed ad numerationem). W t. zw. umowie przygotowawczej do pożyczki nie idzie o przyrzeczenie zwrotu względnie przyrzeczenie odsetek, ale łączność, związek umowy przygotowawczej z realną pożyczką polega w ocenie wymogów ważności wedle chwili wypłaty waluty, a nie wedle chwili osiągniętego porozumienia, do czego z konieczności prowadzi konstrukcja konsensualna.

Przyjmując więc w chwili wypłaty waluty zdolność stron do działań prawnych, tak jak ona istniała w chwili zawarcia umowy przygotowawczej<sup>2</sup>, tak roszczenie z umowy przygotowawczej jak z konsensualnej pożyczki jest jedno i to samo, jest roszczeniem o wypłatę sumy względnie o wydanie innych rzeczy zamiennych credendi causa, bo też wydanie tych rzeczy jest spełnieniem tego, co stanowi osnowę umowy przygotowawczej, jest spełnieniem contrahere<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Wendt j. w. Iherings Jahrb. XXVIII. 13 n.

<sup>2</sup> Schey j. w. 74 n. i w uw. 26 powołane l. 9. pr. D. 26, 8: § 2. I. 2, 8 i Gaius II. 82.

<sup>3</sup> Degenkolb j. w. 42: vertragsmässiger Anspruch auf contrahere.

α) W związku z powyższymi uwagami pozostaje kwestya dopuszczalności kompensacyi w dwóch kierunkach, a to kompensacyi ze strony kapitalisty przeciw powyżej scharakteryzowanej wierzytelności przyszłego dłużnika i odwrotnie kompensacyi przyszłego dłużnika przeciw innej wierzytelności kapitalisty do dłużnika.

Zasadniczo sprzeciwiają się kompensacyi ci, którzy w wypłacie waluty widzą tylko jeden z elementów umowy realnej, do której dołączyć się mają momenty konsensualne, gdyż wtedy, jak twierdzą, roszczenia sobie przeciwstawione nie są jednakie. Przeciw roszczeniu kapitalisty n. p. o cenę kupna nie może przyszły dłużnik kompensować swego roszczenia o wypłatę waluty, mówi Dernburg<sup>1</sup>, gdyż dług z kupna jest długiem pieniężnym, podczas gdy obietnica pożyczki uzasadnia obowiązek do zawarcia kontraktu pożyczki, przeciw czemu przemawia okoliczność, że przyszły dłużnik domagając się kompensacyi, tem samem implicite ponawia oświadczenie zwrotu i płacenia odsetek, t. zn. spełnia to, co wynika z pojęcia umowy przygotowawczej.

Inni więc przyznają, że roszczenie o wypłatę waluty wyczerpuje wobec uprzedniej umowy kredytowej jako jedyny pozostały jeszcze element wszystkie wymogi przyjęcia do skutku samejże pożyczki realnej, bo konsens wyprzedzający wypłatę waluty pozostawia do realizacji pożyczki czyste żądanie sumy. Godząc się więc w zasadzie na dopuszczalność kompensacyi, czynią pewne ograniczenia, ale nie ze względu na niejednorodność wierzytelności, ani ze względu na różnice w konstrukcyjnym ujęciu pożyczki, ale ze względów praktycznych, ze względu na cel umowy kredytowej. I tak Kohler<sup>2</sup> i Regelsberger<sup>3</sup>, antagoniści w kwestyi samej kon-

<sup>1</sup> Dernburg, Lehrbuch 352 uw. 7; podobnie Windscheid-Kipp II. j. w. § 350.

<sup>2</sup> Kohler w Arch. f. bürg. Recht II. 325 i Tenze, Lehrbuch II. 1, 332, 212.

<sup>3</sup> Regelsberger w Nachschrift w Iherings Jahrb. LII. 414, 415, który w sformułowaniu, czy kapitalista ma obowiązek »zawarcia kontraktu« czy też »wypłacenia sumy« nie widzi istotnej różnicy, a jeno różnicę wyrażenia się i sam określa obowiązek kapitalisty jako obowiązek wypłaty sumy (Geldschuld): Planck j. w. 526: Eine Geldforderung u. eine Forderung aus Darlehensversprechen sind dem Leistungsgegenstande nach nicht verschiedenartig; nur steht bei der letzteren neben dem Anspruch auf die Darlehensvaluta ein solcher auf Abgabe der zum Abschluss des Darlehensvertrags erforderlichen Willenserklärung.

strukeyi pożyczki, oświadczają się zgodnie przeciw kompensacyi ze strony kapitalisty przeciw roszczeniu o wypłatę waluty jako sprzecznej z celem umów kredytowych; wszak przyszły dłużnik gwoli zapewnienia sobie przyływu kapitału zawarł umowę kredytową, której cel byłby chybiony, gdyby kapitalista zaskoczył go narzuconą mu wbrew jego woli kompensacją z inną, z innego tytułu pochodzącą swoją wierzytelnością, w czemby się mieściła zarazem przemiana tytułu dawnej wierzytelności na tytuł z pożyczki, co wbrew woli dłużnika dopuszczalnem nie jest.

Przyszły dłużnik jednak przeciw wierzytelności kapitalisty może kompensować swoją wierzytelność z umowy kredytowej, gdyż będzie to tylko zaliczenie waluty otrzymać się mającej na inną pretensję kapitalisty, co jest zupełnie normalnym sposobem przyjscia do skutku pożyczki, a ma dla przyszłego dłużnika o tyle praktyczną wartość, że uzyskanym kredytem umorzył dawniejszą już płatną pretensję (por. § 607, 2 k. niem.).

Zasadniczo tedy tak ze stanowiska jednej i drugiej konstrukcyi, poza odosobnionemi głosami, kompensacja w opisanym powyżej sensie w zasadzie jest dopuszczalną. Znaczna rozbieżność poglądów w tej mierze<sup>1</sup> ma swoje wytłómaczenie nie w różnym określeniu roszczenia z umowy kredytowej, ale w różnicy zapatrywań co do celowości i we względach praktycznych, które jednak różnie oceniać można.

Gdyby się miało dopuszczalność kompensacyi oceniać ze stanowiska samej konstrukcyi, to konstrukcyja konsensualna, nie stawiając żadnej tamy dopuszczalności kompensacyi, prowadzi do niepożądanych pod względem praktycznym wyników, do wyników dla dłużnika niekorzystnych; zaś argumenty właśnie ze względów konstrukcyjnych przeciw kompensacyi w systemie pożyczki realnej przytoczone są nieistotne, gdyż z umowy kredytowej nabywa przyszły dłużnik prawo do wypłaty sumy w celu sperfekcyonowania realnej pożyczki<sup>2</sup>. Spór w kwestyi dopuszczalności kompensacyi zahacza nie tyle o samą kompensację, ile o różnorodność celu (causa), świadczeń sobie przeciwstawionych<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Planck, j. w. II. 2, 929; II. 1, 526 i tamże powołane sprzeczne poglądy, ponadto Crome, j. w. 371 zasadniczo przeciw kompensacyi i Heilfron, Lehrbuch II. 295 i uw. 10.

<sup>2</sup> Enneccerus j. w. 355, 432.

<sup>3</sup> Planck j. w. II. 1, 526.



g) Nowożytna praktyka<sup>1</sup> uznaje dopuszczalność t. zw. cessyi roszczenia przyszłego dłużnika o wypłatę waluty pożyczkowej w tem znaczeniu, że po tejże wypłacie przychodzi zgodnie z konstrukcją realną do skutku pożyczka między t. zw. cedentem a udzielającym kredytu. I w tym względzie panuje powszechna zgoda, iż mimo podjęcia waluty przez trzeciego, t. zw. cessyonaryusza, cedent jest biorącym pożyczkę, gdyż poza plecami kapitalisty nie można mu podstawić cessyonaryusza jako dłużnika mimo, iż on kredytowaną sumę podjął.

Poza zasadniczą zgodą w tym punkcie rozchodzą się jednak poglądy co do dopuszczalności takiej przez praktykę stosowanej cessyi.

Zbyt ciasne pojmowanie umowy kredytowej jako aktu przygotować mającego właściwą pożyczkę, jako aktu, ustalającego obowiązek contrahere, obowiązek wymiany odnośnych oświadczeń przy wypłacie waluty, stwarza przy takim pojmowaniu umowy kredytowej tę trudność, że odbiera przy tej t. zw. cessyi walutę trzeci poza umową kredytową stojący. I tutaj zwolennicy konstrukcyi realnej jakby przyparciu do muru przyznają, że wystarcza zupełnie przedtem przy zawarciu umowy kredytowej konsens osiągnięty między kapitalistą a przyszłym dłużnikiem, że pozostały jeszcze ostatni element realnej pożyczki jest »czystem świadczeniem pieniężnym«<sup>2</sup>, gdyż inaczej pomijając sztuczną koncepcję pełnomocnictwa, mocą którego cessyonaryusz odbierając walutę, przyrzeka jej zwrot imieniem cedenta, niepodobna wybrnąć z trudności, jakie stwarza pojmowanie wypłaty wraz z konsensem jako nierozdzielnej całości. I właśnie ta t. zw. cessya, w istocie swej będąca umocowaniem trzeciego do podjęcia waluty pożyczkowej<sup>3</sup>, jest próbą dowodzącą, że uzasadnionym jest pogląd już poprzednio rozprawdzony, że interes pożyczkowy, o ile odrazu niema swego początku i zakończenia w wypłacie waluty, ale o ile poprzedzony jest umową kredytową, może w tejże umowie zabsorbować moment konsensualny z odsunięciem do przyszłości jedynie momentu realnego przy istniejących wymogach konsensu w chwili wypłaty waluty. To ciasne pojmowanie umowy kredytowej jako aktu wyłącznie przygotowa-

---

<sup>1</sup> Por. Planck, II, 1, 561.

<sup>2</sup> Ibid. j. w. II, 1, 561: ein reiner Geldanspruch.

<sup>3</sup> Siber, j. w. 248.

czego, a nie samoistnego tworu powoduje rozdzwięk między praktyką a teorią, która wbrew praktyce uważa cessyę w podanem powyżej rozumieniu »z reguły za niedopuszczalną«, przyznając przecieź możliwość zboczeń od tej reguły, zboczeń w ostatnich czasach w odniesieniu do t. zw. kredytów budowlanych bardzo licznych, przy których to kredytach kapitalista, dbając o swoją hipotekę, zastrzega dopuszczalność cessyi tylko na rzecz osób trzecich z budowlą związanych (dostawcy, robotnicy budowlani), które to zastrzeżenie ograniczające możliwość cessyi na rzecz wskazanych osób odpowiada zupełnie celowi i przeznaczeniu kredytu budowlanego i w zasadzie dopuszczalność t. zw. cessyi potwierdza<sup>1</sup>.

Ta, powiedzieć można, połowiczna dopuszczalność cessyi uwytadnia w całej pełni charakter umowy kredytowej, która pomyślana w odosobnieniu od zawrzeć się mającej pożyczki realnej jest umową nie tylko przygotowawczą, ale umową o zindywidualizowanej treści, jest umową, której przedmiotem jest kredytować się mające świadczenie i dlatego to nie może ona być w całości związana z osobą cessyonariusza, boby wówczas straciła ten specyficzny swój charakter kredytować się mającego świadczenia.

W związku z problemem t. zw. cessyi łączy się atak skierowany przez zwolenników konstrukcyi konsensualnej przeciw konstrukcyi realnej.

Według konstrukcyi konsensualnej już dziś zobowiązuje się kapitalista do wypłaty sumy mając przyrzeczony już dziś jej zwrot, nic zatem nie stoi na przeszkodzie dopuszczalności cessyi wypłacić się mającej solvendi causa sumy, podczas gdy wedle konstrukcyi realnej dopiero przy wypłacie uczynione oświadczenie zwrotu i jego przyjęcie ustala prawa wierzyciela z pożyczki, albowiem samo p. de credendo streszcza się w obietnicy udzielenia kredytu nie przesądzającej jeszcze kwestyi zwrotu, gdyż przyszły dłużnik może z kredytu nie skorzystać, a w tym stanie rzeczy ze względów konstrukcyjnych powstaje dla pożyczki realnej trudność uzasadnienia w praktyce pożądaney tej t. zw. cessyi, albowiem, jak twierdzą przeci-

---

<sup>1</sup> W tej kwestyi por. Fischer-Henle, j. w. 284; Dernburg, Lehrbuch II. 1, 382; Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte 371, ci autorowie oświadcniają się »z reguły« przeciw cessyi. Za cessyą: Planck, j. w. 561 i tamże powołani, Kohler, Lehrbuch 339 i w Arch. f. bürg. Recht II. 237; Regelsberger, j. w. 418; Lübbert, j. w. 380; Heilfron, Lehrbuch II. 580, uw. 2.

wnicy konstrukcyi realnej, zapoznając znaczenie umowy kredytowej, oddanie waluty nie jest aktem samoistnym, ale aktem mającym na celu stworzenie stosunku pożyczkowego, przez co jest rzekomo logiczną niemożliwością od roszczenia o zawarcie realnej pożyczki oddzielić roszczenie o wypłatę waluty jako roszczenie samoistne<sup>1</sup>.

Tak pomyślany atak na realną pożyczkę polega na nieporozumieniu.

Prawdą jest, że o ile ma miejsce jedynie p. de m. dando, to przyszedł dłużnik dziś niezdecydowany co do podjęcia pożyczki, więc i niezwiązany obowiązkiem zwrotu, takiej z jednostronnie wiążącego pactum płynącej pretensyi cedować nie może, ale jeśli in concreto przyszło do skutku obopólnie wiążące p. de credendo (p. de m. dando et accipiendo), które przecież absorbuje sobą moment konsensualny, t. j. w przyrzeczeniu wzięcia pożyczki implicite zawarte przyrzeczenie jej zwrotu, to nic nie stoi na przeszkodzie dopuszczalności t. zw. cessyi a nawet dopuszczalności egzekucyjnego zajęcia<sup>2</sup>, gdyż roszczenie cedenta idzie o świadczenie sumy względnie rzeczy zamiennych<sup>3</sup>.

h) W systemie konstrukcyi konsensualnej, który zaliczenie waluty pożyczkowej uważa jako początek wykonania umowy, przyjąć się musi obowiązek zaliczenia waluty jako czysty dług pieniężny, jako obowiązek świadczenia sumy, której zwrot w umowie konsensualnej został ustalony, Konsekwencją tego stanu rzeczy jest zasadnicza dopuszczalność tak successyi pod tytułem szczególnym, jak i successyi uniwersalnej. Moment ten wyraźnie podkreślają zwolennicy konstrukcyi konsensualnej, odnośnie do obu rodzajów successyi<sup>4</sup>.

Omówiwszy poprzednio dopuszczalność t. zw. cessyi, należy jeszcze wziąć pod uwagę przeciwstawność omawianych konstrukcyj odnośnie do successyi uniwersalnej.

Więc na wypadek śmierci przyszłego dłużnika po zawarciu

<sup>1</sup> Boehmer, j. w. 331 n., który przeocząc możliwość cessyi przez umocnienie cessyonaryusza do podjęcia waluty i przeocząc znaczenie pactum de m. dando et accipiendo mówi o niemożliwości skonstruowania cessyi w moc zawartej umowy kredytowej.

<sup>2</sup> Siber, j. w. 239.

<sup>3</sup> Regelsberger, j. w. 414 n.

<sup>4</sup> Kohler w Archiv f. bürg. Recht XXXIII. 9 n.; Boehmer, j. w. 330 n.; Lübbert, j. w. 374.

pożyczki konsensualnej kapitalista ma prawo żądać od dziedziców odbioru, ci zaś nawzajem mają prawo żądać wypłaty waluty. Śmierć poszukującego kredytu nie może mieć wpływu na prawo kapitalisty żądania odbioru waluty. Przyjmując atoli to pierwsze, przyjąć się musi wobec pojmowania pożyczki jako umowy wzajemnej i to drugie, że śmierć przyszłego dłużnika jest bez wpływu na obowiązek wypłaty waluty przez kapitalistę, bo sprzeciwiałoby się pojęciu wzajemności, gdyby pozostawiono kapitalistę przyprawie żądania odebrania waluty, zwalniając go od obowiązku jej wypłaty<sup>1</sup>. Prawo to atoli żądania odbioru waluty byłoby uzasadnionem chyba w odniesieniu do pożyczki procentowej; w razie konsensualnej pożyczki bezprocentowej kapitalista niema interesu w odebraniu waluty, a byłby jedynie zobowiązany wobec dziedziców poszukującego kredytu do wypłaty im waluty, osobom innym, sobie obcym, którym zawierając umowę ze spadkodawcą nie miał wcale intencji świadczyć przyjacielskiej usługi, za jaką bezprocentowa pożyczka uchodzi.

W systemie prawa, które staje wyłącznie na stanowisku konsensualnej pożyczki (prawo oblig. szwajc., projekt polski kod. cyw.), roszczenie o wypłatę waluty jako akt wykonania umowy już zawartej i przejście tego roszczenia na spadkobierców szukającego kredytu jest prostą konsekwencją tak ustalonego pojęcia kontraktu pożyczki<sup>2</sup>.

Istota jednak pożyczki jako interesu kredytowego, względ na domniemaną intencję stron i wyobrażenia obrotu budzą conajmniej wątpliwości co do dopuszczalności sukcesyi uniwersalnej po stronie przyszłego dłużnika, boć i konsensualna pożyczka mimo swej konstrukcyi jest przecież niczem więcej jak przyjętą zapowiedzią udzielenia kredytu, w tem znaczeniu aktem przygotowawczym do realizacji kredytu, przy którym rozstrzygającą jest osoba, której udzielenie kredytu zapowiedziano. Dlatego to tak w teorii<sup>3</sup>, jak i w praktyce sądowej przeważa pogląd o niedopuszczalności sukcesyi

---

<sup>1</sup> Tak Adler, j. w. 262 n., który jakkolwiek zwolennik konstrukcyi realnej, oświadcza się przeciw wykluczeniu sukcesyi uniwersalnej co do p. de mutuo dando.

<sup>2</sup> Dlatego to Kohler w Arch. f. bürg. Recht XXXII. 20, chociaż tak gorący zwolennik konsensualnej pożyczki pojmuje przecież tak przez niego zwaną »Freundesdarlehen« jako kontrakt realny.

<sup>3</sup> Windscheid-Kipp, j. w. II. 388, uw. 5 a.

uniwersalnej z tytułu p. de mutuo dando, bo roszczenie z pactum de mutuo dando ma tę właściwość, że tylko świadczenie do rąk przyszłego dłużnika zapewnia niezmienną jego ośnowę i jego charakter. To też słusznie podniesiono<sup>1</sup>, że byłoby zmianą obligu kapitalisty świadczenie na rzecz dziedziców przyszłego dłużnika, byłoby zmianą nawet samego obligu, bo w razie istnienia kilku dziedziców nastąpić musiałoby rozbitcie obligu na kilku dziedziców i podział świadczenia, co z pewnością w intencji kapitalisty, zapowiadającego kredyt na rzecz zmarłego spadkodawcy nie leżało, jak w domniemanej woli tego kapitalisty nie leżało również udzielenie kredytu nieznanym sobie spadkobiercom.

Drastyczniej jeszcze przedstawia się rzecz, jeśli przyjmiemy częsty w praktyce wypadek jednostronnie wiążącej umowy pożyczkowej. Czyż można pogodzić z domniemaną wolą kapitalisty gotowość użyczenia pożyczki w miejsce poszukującego kredytu spadkodawcy nieznanym mu jego dziedzicom, czyżby to nie było wprost narzuceniem kapitaliście dłużnika w interesie na podłożu zaufania do dłużnika się opierającym<sup>2</sup>.

Teorya konsensualnej pożyczki, przeskakując umowę kredytową, umowę przygotowawczą, musi powyższe momenta o tak praktycznej doniosłości pominąć, gdyż nie sposób dowodzić, że oderwane od skończonej, definitywnej pożyczki roszczenie o wypłatę sumy nie przechodzi na dziedziców spadkodawcy.

Natomiast z pojęcia umowy kredytowej wynika, że świadczenie sumy nie jest samoistnym aktem, mającym jedynie na celu wykonanie już nawiązanego obligu z zawartej pożyczki, lecz związane jest i przeznaczone do zrealizowania dopiero przez wypłatę stosunku pożyczkowego, umową kredytową narazie wszczętego.

Umowa kredytowa uważana za coś więcej niż za czystą umowę przygotowawczą, posiada, jak wyżej wykazano, pewne właściwości, do których należy między innymi i niedopuszczalność sukcesyi uniwersalnej po stronie czynnej. Konstrukcyja konsensualna pożyczki, omijając zupełnie umowę o pożyczkę (p. de mutuo dando), niejako jedną stacyę na drodze do zrealizowania kredytu, eliminuje zarazem z pożyczki pojętej jako definitywny kontrakt, umowom

---

<sup>1</sup> Göppert, j. w. 423 n.

<sup>2</sup> Por. Kohler, Lehrbuch II. 163; Dernburg, Lehrbuch II. 1, 388 i Endemann, Lehrbuch I. 863.

przygotowawczym właściwą, w nauce panującej powszechnie przyjętą zasadę, że prawa z umów przygotowawczych, z p. de mutuo dando w szczególności, nie są przedmiotem sukcesji<sup>1</sup>.

### VIII.

#### Umowa kredytowa w stosunku do pożyczki realnej.

Realizację interesów kredytowych w ogóle, a pożyczek w szczególności, wyprzedzają z reguły starania o uzyskanie kredytu. Te starania i towarzyszące im układy stron w swej konkretnej postaci mogą, chociaż nie muszą, przybrać charakter i znaczenie zjawisk i zdarzeń dla prawa nieobojętnych. Szukający kredytu nieraz zadowolnić się musi samą szansą, samą mniej lub więcej uzasadnioną nadzieją, że w przyszłości u danego kapitalisty na kredyt liczyć może. Taki może być minimalny wynik układów o kredyt, wynik o znaczeniu faktycznym, pozbawiony wszelkich gwarancji prawnych wobec kapitalisty.

Może jednak wynik układów być i ten, że kapitalista zobowiązuje się szukającemu kredytu na jego żądanie tego kredytu w umówionym czasie i w oznaczonej sumie bezinteresownie udzielić<sup>2</sup>. To zjawisko, jako umowa o zobowiązaniu jednostronnem, wkracza już w dziedzinę prawa i pytać musimy, czy taka nieodpłatna obietnica udzielenia kredytu ma moc wiążącą. Ponieważ taka obietnica jako użyczenie darne, chociaż nie jest darowizną sensu stricto, jako akt grzeczności z przyczyn poprzednio wyłuszczonej może się nie nadawać do poddania jej przymusowi prawnemu, przeto i ona okazuje się środkiem nieodpowiednim do zapewnienia sobie kredytu, chyba że dane prawodawstwo w celu uniknięcia dorywczych, nierozważnych lub lekkomyślnych tego rodzaju obietnic przez rygor formy podobnie, jak to ma miejsce co do przyrzeczeń darczynnych

---

<sup>1</sup> Z rezerwą w tej mierze co do p. de contrahendo Degenkolb, j. w. 78: Unvererblichkeit und Unzedierbarkeit des Anspruchs aus dem Vorvertrag treffen nicht ein für alle Mal zu; por. Ibid. 88; Fischer-Henle § 610 k. n. uw. 1.

<sup>2</sup> Cohn u Endemanna j. w. III. 841, uw. 64: das unverzinsliche Darlehen kann mangels eines Kreditpreises nur als Kreditschenkung angesehen werden.

lub co do formy pisemnej poręki i taką obietnicę w moc wiążącą wyposaży, bo przy zupełnej swobodzie co do formy w danym konkretnym wypadku mogą zachodzić wątpliwości, czy obietnicy bezprocentowej pożyczki towarzyszyła intencja prawnego związania się<sup>1</sup>.

Może dany układ przybrać i taką treść, że najdokładniej określa szczegóły interesu kredytowego i to odpłatnego, jednego lub całego ich łańcucha w przyszłości przewidywanego. W tym wypadku musi powstać pytanie wzajemnego stosunku takiego układu do jego realizacji czy też do realizacji w poszczególnych jego fazach (umowy o otwarcie kredytu). Te i tym podobne układy, umowy, mają stworzyć czy zapewnić obowiązek użyczenia kredytu, a mogą przybrać bardzo różną konkretną postać. Na wszelki jednak sposób te umowy o użyczenie kredytu mają znaczenie odrębne, typowe i w ramach t. zw. umów przygotowawczych, jak to się zwykle dzieje, pomieścić się nie dadzą. Ten moment uwydatnił też Dernburg, który w swym podręczniku prawa cywilnego niemieckiego o umowach nakładających obowiązek użyczenia kredytu mówi jako o typie odrębnych umów (por. II. 2, § 236 tego podręcznika). Inni wspominają tylko o zobowiązaniach z umowy przygotowawczej wyprowadzając z niej, jako mającej w systemie zobowiązań znaczenie ogólne, mniej lub więcej szczegółowe wnioski<sup>2</sup>. Jeśli sobie uprzytomnimy, że tak zwana umowa przygotowawcza, którą zwolennicy konstrukcyi konsensualnej identyfikują z konsensualną pożyczką, jest sui generis kontraktem, a nie jeno przygotowaniem do realnego kontraktu pożyczki, to stanie się zrozumiałem, że roszczenia z tej umowy kredytowej wynikające mają odrębne swoje właściwości, które wplecione w samą pożyczkę jej funkcję gospodarczą, zrozumiałą dla każdego laika, zaciemniają.

Rozważając problem konstrukcyi t. zw. umów realnych, a w szczególności pożyczki, gdyż o nią przedewszystkiem zająć się tak ożywiony dotąd spór naukowy<sup>3</sup>, należy określić stosunek umowy kredytowej do samejże pożyczki biorąc pod obserwacyę tak dokładnie określoną treść umowy kredytowej, że jedynie pozostały moment realny wypłaty waluty pożyczkowej odracza realizacyę pożyczki. I pytać dalej należy, czy początkiem kontraktu po-

<sup>1</sup> Schlossmann, j. w. 77 n.; Boehmer, j. w. 327.

<sup>2</sup> Por. n. p. Heilfron, Lehrbuch II. 579: Verpflichtungen aus dem Darlehensvorvertrag.

<sup>3</sup> Kohler, Arch. f. bürg. Recht II. 220 n.

życzki jest moment wypłaty waluty, do którego idealnie przesuwają się wszystkie szczegóły, które w umowie kredytowej określili przyjsię do skutku pożyczki, czy też, że początkiem kontraktu pożyczki jest taż umowa kredytowa, przez co wypłata waluty jest dla siebie faktem oderwanym, faktem będącym wykonaniem umowy kredytowej, która zatem jest identyczna z samą pożyczką (konstrukcja konsensualna).

Właściciel fabryki poszukuje dziś kredytu hipotecznego 50.000 zł. z terminem 1. stycznia 1931. na  $4\frac{1}{2}\%$  i zabezpieczeniem hipotecznym na swoim domu na I. miejscu hipoteki. Porozumienie zostało w pełni osiągnięte z tem, że każdej ze stron przysługuje prawo wypowiedzenia pożyczki w terminie kwartalnym, w którym to terminie kwartalnym zapadają zarazem praenumerando uiszczać się mające raty procentowe<sup>1</sup>. Na żądanie kredytującego banku właściciel fabryki przed terminem 1. stycznia 1931. zeznał skrypcie dłużny, stwierdzający otrzymanie pożyczki dopiero 1. stycznia 1931. wypłacić się mającej, zarazem na żądanie kredytującego banku przeprowadził intabulację prawa zastawu dla udzielić się mającej pożyczki.

Tak w praktyce życia i w obrocie przygotowany interes kredytowy dostaje się na warstat prawniczych konstrukcyj.

Zwolennicy konstrukcji realnej stanowiący dla siebie całość akt woli stron rozkładają na poszczególne elementy. Jedne starczyć mają do budowy umowy przygotowawczej, a inne do budowy definitywnej pożyczki, a to tak: W podanej powyżej całości umowy mieści się umowa dania i wzięcia pożyczki (pactum de mutuo dando et accipiendo). Bank 1 stycznia 1931. ma wypłacić 50.000 zł. tytułem pożyczki, właściciel fabryki winien przyjąć 50.000 zł. tytułem pożyczki. Te momenta aktualizują już dzisiaj ową umowę przygotowawczą. Przyniesienie zwrotu tej pożyczki, leżące w pełni świadomości stron już dzisiaj, gdyż wynikające z samego pojęcia interesu pożyczkowego, jest wedle tej konstrukcji tylko przyniesieniem przyniesienia zwrotu w chwili wypłaty waluty, przyniesienie odsetek dziś ustalone jest tylko dodatkiem czy klauzulą uboczną do przyniesienia zwrotu. Tak przeprowadzona szczegółowa analiza powyżej podanego jednolitego aktu woli, daje w rezultacie: 1) pactum de mutuo dando et accipiendo; 2) 1. stycznia 1931. po wy-

---

<sup>1</sup> Regelsberger, j. w. 411 n.



płaceniu waluty realny kontrakt pożyczki; 3) dodatkową umowę o odsetki względnie o inne świadczenia biorącego kredyt.

I owóż przeciw temu to rozdrabnianiu jednolitego aktu woli zwracają się zwolennicy pożyczki konsensualnej, dopatrując się w podanym wyżej całokształcie zawartej umowy, nie materiału rozdzielać się mającego wedle potrzeby na umowę przygotowawczą i na definitywny kontrakt pożyczki, ale uznając ten materiał jako wystarczający do zaistnienia kontraktu pożyczki, z którego płynące różne wzajemne obowiązki winne być w ten sposób wykonywane i aktualizowane, że nieodzownym wstępem ma być fakt, nagi fakt wypłaty waluty. Ale podczas gdy ta wypłata waluty jest *condicio iuris* dla powstania długu z pożyczki dla zwolenników konstrukcji realnej, to dla zwolenników konstrukcji konsensualnej dług z pożyczki powstał w chwili zawarcia umowy, a wypłata waluty czyni zależnym nie powstanie stosunku pożyczkowego, ale jedynie powstanie roszczenia o zwrot<sup>1</sup>.

W podanym wyżej przykładzie: W dniu 1 stycznia 1931. oświadcza bank: Wywiązując się z przyjętego na dzień dzisiejszy długu z pożyczki składamy do dyspozycji 50.000 zł. (konstrukcja konsensualna), lub też: Zgodnie z przyrzeczeniem udzielenia kredytu, którego warunki przedtem ustalono i w skrypcie dłużnym uzgodniono, składamy tytułem pożyczki do dyspozycji 50.000 zł. (konstrukcja realna). Jak to słusznie zauważył Regelsberger<sup>2</sup>, to tak pojmuje rzecz praktyka codziennego życia zgodnie z założeniem konstrukcji realnej, dla której wypłata waluty w stosunku do p. de *credendo* oznacza punkt przełomowy, stanowiący podstawę roszczenia o zwrot i zarazem początek umowy realnej wraz z umorzeniem równoczesnym umowy kredytowej. Kapitalista byłby niepomniernie zdziwiony, gdyby mu zwolennik konstrukcji konsensualnej udzielił pouczenia, że umowa zawarta przed 1. stycznia 1931. jest definitywną pożyczką, dla której właściwą nazwą jest najem kapitału, czy też użyczenie kapitału<sup>3</sup>.

Spór cały zaognia się tedy około pytania: Czy obietnica zwrotu i płacenia odsetek ma być odwzajemnieniem za oddanie kapitału (konstrukcja realna), czy też obietnica zwrotu i odsetek

---

<sup>1</sup> Siber, j. w. 248.

<sup>2</sup> Regelsberger, *Nachschrift* j. w. 412.

<sup>3</sup> *Kreditmiethvertrag* lub *Kreditleihevertrag*; por. Lübbert, j. w. 363 n.; przeciw tej nomenklaturze Regelsberger, j. w. 426 n.

winna być odwzajemnieniem za samo tylko przyrzeczenie oddania kapitału (konstrukcja konsensualna).

## IX.

### Próba oparcia pożyczki konsensualnej o prawo rzymskie.

Zwolennicy pożyczki konsensualnej z kontrastu, w jakim ona występuje w prawie rzymskim jako kontrakt realny, starają się wysnuć uzasadnienie jej natury konsensualnej w prawach nowożytnych. Wywodzą mianowicie, że niezaskarżalność nieformalnych umów zmuszała Rzymian do rozbijania aktu pożyczkowego na odrębne stypulacje: o udzielenie pożyczki, o odsetki, o zwrot pożyczki, że jakkolwiek z czasem przez wypłatę waluty doprowadzone do skutku mutuum czyniło zbędną stypulację o zwrot, którą się posługiwano jednak gwoi uzyskania dokumentu stypulacyjnego jako środka dowodowego<sup>1</sup>, to jedynie nieuznawanie nieformalnych umów stało na przeszkodzie stopieniu pożyczki w jedną wzajemną umowę konsensualną, gdyż tak obietnica pożyczki jak przyrzeczenie odsetek musiały być ubrane w stypulację. Nieuroczyście uczyniona obietnica pożyczki wymuszona być nie mogła, lecz tylko dobrowolne jej spełnienie zapewniało obowiązek zwrotu, obietnica dania pożyczki skazana była na teren stypulacji. I w tej to stypulacji tkwi według przeważającej opinii<sup>2</sup> dzisiejsza umowa przygotowawcza (pactum de mutuo dando), wyrzucana poza właściwą pożyczkę pojętą jako kontrakt realny.

Gdy prawo pospolite i nowsza dogmatyka prawa stanęły na stanowisku swobody formy, gdy zbędną stała się potrzeba umacniania konsensu przez świadczenie jednej strony, to tem samem padła zaporą stopienia w jedną całość wszystkich momentów interesu kredytowego, t. j. przyrzeczenia wypłaty waluty, przyrzeczenia zwrotu, przyrzeczenia odsetek, gdyż tylko zewnętrzne powody wskazują na odmienne stanowisko co do konstrukcji umów realnych w prawie rzymskim. Gdyby nie niemoc rzymskiego pactum, mówią zwolennicy konstrukcji konsensualnej, to rzymska pożyczka okaza-

---

<sup>1</sup> Pernice, Parerga 259; por. Wendt j. w. 20 n.

<sup>2</sup> Windscheid-Kipp II. 272 i uw. 2.

łaby się w szacie umowy konsensualnej, bo w istocie rzeczy, gdy z tych trzech umów zdejmie się szatę stypulacyi, ujrzy się jednolitą umowę konsensualną<sup>1 2</sup>.

Powyzszym próbom oparcia konsensualnej pożyczki o prawo rzymskie należy się przeciwstawić przedewszystkiem dlatego, że właśnie w rzymskim prawie nie brak bardzo wyraźnych wskazówek, podkreślających moment realny w pożyczce, stwierdzających zapoczątkowanie obligu z pożyczki dopiero z chwilą wypłacenia waluty mimo antecypowanego przyrzeczenia jej zwrotu w formie stypulacyi. Nie brak wskazówek, stwierdzających powstanie prawa zastawu zabezpieczającego pożyczkę nie w chwili zawarcia stypulacyi o zwrot, ale w chwili wypłaty waluty. Dowodzi realnego charakteru pożyczki rzymskiej rozwój stypulacyi, która w związku z *exceptio non numeratae pecuniae* z umowy abstrakcyjnej stała się umową kausalną<sup>3</sup>. Właśnie rzymscy prawnicy oddzielają fakt układów pożyczkowych sformalizowanych *stipulatione*, a zapewniających, zapowiadających przyjście do skutku realnej pożyczki, od samej pożyczki jako takiej. (*Fr. 3 § 4 D. de scons. Maced. 14, 6*). (*Ulpianus libr. 29 ad ed.*). *Si a filio familias stipulatus sim et patri familias facto crediderim, sive capite demiautus sit sive morte patris vel alias sui iuris sine capitis deminutione fuerit effectus, debet dici cessare senatus consultum, quia mutua iam patri familias data est. Tu stypulacya zwrotu pomyślana jest w związku z zaliczeniem waluty, które jest *causa futura* stypulacyi<sup>4</sup>. A przecież stypulacya, analogicznie z dzisiejszem zeznaniem skryptu dłużnego praktykowana w formie pisemnej *cautio*, wskazuje dobitnie na osiągnięte porozumienie, które jednak, jak długo nie wypłacono waluty, zaistnieniu kontraktu pożyczki całkiem nie przesądzało, a stwierdzało jedynie, że przyrzeczenie zwrotu jest odwzajemnieniem za wypłatę*

<sup>1</sup> Kohler, Lehrbuch 338: schon in röm. Recht war das Darlehen... doch als Verbaldarlehen ohne Hingabe möglich, indem beide Theile durch Stipulation, der eine sich die Hingabe des Geldes u. der andere sich die Rückzahlung u. Verzinsung versprechen liess; dies hatte die Pandektenwissenschaft vergessen; Heilfron, II. 578 n.; głównie Lübbert, j. w. 332 n.

<sup>2</sup> Znamienne wyraża się Kohler II. 2, 233: man hat sich aus dem Bann d. Pandektenrechtes nicht befreien können; Siber, j. w. 247: die geschichtliche Zufälligkeit; Ibid. 248, 249: Beruht nicht auf innerer Nothwendigkeit.

<sup>3</sup> Heilfron, System 480 n. 592.

<sup>4</sup> Pernice, Parerga, Zeitschr. d. Sav.-Stift. XIII, 259, 260, 268.

waluty już dokonaną (*causa praesens*), lub dokonać się mającą (*causa futura*).

Podobnie moment realny jako kontraktowi pożyczki dający początek podkreśla Scaevola, fr. 6 D. eod. 14, 6 (Scaevola lib. II. quaestionum): *Contra etiam recte dicitur, si a patre familias stipulatus sis, credas postea filio familias facto, senatus potestatem exercendam, quia expleta est numeratione substantia obligationis. Tu również wypłata waluty pomyślana jest jako causa futura stypulacji, która jako moment konsensualny pożyczki wyprzedza samą wypłatę.*

Antycypowane zeznanie długu z pożyczki i ustanowienie dlań hipoteki przed faktem zaliczenia waluty, nie zmienia istotnej treści układów jako umów o udzielenie pożyczki i nie daje zaistnienia samejżeż pożyczki, czego dowodem powołane wyżej rozstrzygnięcia, gdyż nie wyklucza, iż mimo tych przygotowań jedna lub druga strona cofnie się, a wtedy pożyczka nie dojdzie do skutku. Dobrą w tej mierze ilustrację stanowi fr. 4 D. quae res pign. v. hyp. datae 20, 3 (Paulus lib. V. resp.). *Titius cum mutuam pecuniam accipere vellet a Maevio, cavit ei et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit: deinde postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam: quaesitum est, an et prius res venditae creditori tenerentur. respondit, cum in potestate fuerit debitoris post cautionem interpositam<sup>1</sup> pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est, et ideo inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit. Gdyby się przyjęło, że porozumienie przed wypłatą waluty dokonane stanowi konsensualny kontrakt pożyczki, to już w chwili zawarcia umowy powstać musiałoby dla warunkowej pretensyi i prawo zastawu, czemu powołana opinia prawnika rzymskiego przeczy (por. fr. 11 § 1, fr. 9 § 1 D. qui pot. 20, 4).*

Umowa o pożyczkę we wszystkich szczegółach skończona wiąże wprawdzie, ale sama pożyczką nie jest, zeznanie skryptu dłużnego, a nawet hipoteczne zabezpieczenie, są aktami przygotowawczymi, formą wypełnić się mającą przez wlanie w nią treści, a tą treścią jest fakt wypłaty waluty. *Implendae stipulationis gratia*

---

<sup>1</sup> Przez *cautio* rozumieć należy stypulację spisaną, por. cytaty u Goldschmidta, *Die querela non numeratae pecuniae*, *Iherings Jahrb.* XXIV. 73, uw. 1.

numeratio intelligenda est fieri, fr. 7 D. de nov. 46, 2 (Pomponius lib. 24 ad Sabinum). Ani antycypowana stypulacya zwrotu, z którą implicite związane jest przyrzeczenie wypłaty waluty, ani dzisiejszy skrypt dłużny jako taki nie rodzą zobowiązania z pożyczki, gdyż mimo wydania skryptu, dłużnik może nie przyjąć waluty; fr. 30 D. de reb. cred. 12, 1 (Paulus lib. V. ad Plautium). Qui pecuniam creditam accepturus spondit creditori futuro, in potestate habet ne accipiendo se ei obstringat. Przed wypłatą waluty zobowiązanie z pożyczki nie istnieje; fr. 11 D. qui potiores 20, 4 (Gaius lib. sing. de form. hyp.). Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat... poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam. Mimo stypulacyi zwrotu i z nią związanej stypulacyi udzielenia pożyczki (fr. 68 D. 45, 1) wypłata waluty była fundamentem roszczenia o zwrot, podobnie jak i dzisiaj bez względu na to, jaką się przyjmie konstrukcję.

Tak samo fakt stypulacyi zwrotu przy równoczesnej lub niemal równoczesnej wypłacie waluty w niczem nie zmienia realnej natury pożyczki; fr. 6 § 1 D. de novat. 46, 2 (Ulpianus lib. V. ad Sabinum). Cum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est. idem erit dicendum et si ante stipulatio facta est, mox pecunia numerata sit<sup>1</sup>.

Choćbyśmy tedy w myśli i idealnie z powyżej ze źródeł prawa rzymskiego zaczerpniętych interesów pożyczkowych zdjęli szatę stypulacyi, to osiągniemy jedynie skojarzenie w jedną umowę konsensualną przyrzeczenia udzielenia pożyczki i ewentualnie przyrzeczenia odsetek, a więc umowę kredytową, a nie skończony kontrakt pożyczki, gdyż obowiązek zwrotu związany jest z konieczności z wypłatą waluty pomyślaną bądź to jako causa praesens, bądź jako causa futura przyrzeczenia zwrotu. To też, idąc po linii rzymskich wyobrażeń, nie można dopatrywać się w owych stypulacyach pożyczki konsensualnej.

Stypulacya opiewająca »pecuniam te mihi crediturum spondes«, jak ją nam podaje Paulus, formalizuje tylko umową kredytową (fr. 68 de V. O. 45, 1)<sup>2</sup>. Na tej to opinii Paulusa niemal że

<sup>1</sup> Gai, Inst. III. 131, IV. 116 i Siber, Röm. Recht in Grundzügen II. 177 n.: so wird statt des Darlehenskontrakts Geld ausbezahlt und zugleich Rückgabe stipuliert, D. 46, 2, 6, 1 i 7, por. D. 44, 4, 2, 3.

<sup>2</sup> Tekst powyżej, str. 32.

jedynie<sup>1</sup> oparła teoria prawa pospolitego tak do dziś powszechnie przyjęte pactum de mutuo dando, jako jeden z wypadków zastosowania t. zw. umowy przygotowawczej (pactum de contrahendo). Ponieważ zaś tak nazwane pactum może być jednostronnie lub obojawnie wiążące, przeto dla uniknięcia nieporozumień, zaproponowano nazwę pactum de mutuando<sup>2</sup> dla umowy o pożyczkę obojawnie wiążącej, zaś pactum de mutuo dando względnie accipiendo dla umowy, bądź kapitalistę, bądź szukającego kredytu jednostronnie wiążącej, przyjmując zresztą zgodnie czysto przygotowawczy charakter tej umowy, której istotną treścią jest przyrzeczenie contra here, t. j. zawarcia w przyszłości realnego kontraktu pożyczki.

Mimochodem jednak zauważyć należy, że utarte od dawna nazwy są wytworem późniejszej dogmatyki prawa i nie pochodzą od prawników rzymskich, którzy według powyżej powołanych opinii analizują jedynie znaczenie umowy »pecuniam te mihi crediturum spondes« (fr. 68 D. 45, 1), w razie niedotrzymania jej ze strony kapitalisty, jako też znaczenie umowy poszukującego kredytu i zapowiadającego przyjęcie zaofiarowanego kredytu »Qui pecuniam creditam accepturus spondit creditori futuro....« (fr. 30 D. 12, 1).

Prawnik Paulus przyjmuje za punkt wyjścia obustronną umowę udzielenia i przyjęcia kredytu i pyta o konsekwencje w razie niedotrzymania tej umowy przez jedną lub drugą stronę. Co do niedotrzymania umowy przez kapitalistę wypowiada się Paulus, mając na oku cel praktyczny dochodzenia praw z umowy przed sądem, jasno i stanowczo w tym sensie, że treścią i osnową roszczenia jest wynagrodzenie szkody z powodu nieudzielenia kredytu »incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest«. W razie zaś szansy otrzymania kredytu i w związku z oczekiwanym kredytem zeznania stypulacji zwrotu... (pecuniam creditam accepturus spondit creditori futuro), oświadcza tenże Paulus, że poszukujący kredytu nie przyjmując sumy kredytowanej wobec kapitalisty związanym nie jest, nie jest związanym tak, jakby nim był w razie przyjęcia kredytowanej sumy. Stwierdza więc dobitnie jedynie istnienie umowy o danie i wzięcie kredytu, pozostawia nas jednak Paulus, odmiennie niż w odniesieniu do kapitalisty niedo-

<sup>1</sup> Por. Göppert w Krit. Vierteljahrschrift XIV. 400; w recenzji głośnej ongiś rozprawy Degenkolba, Der Begriff des Vorvertrags (1871).

<sup>2</sup> Endemann, Der Kredit 201, uw. 21.

trzymującego obietnicy, bez odpowiedzi w kwestyi odpowiedzialności poszukującego kredytu za nieprzyjęcie kredytować się mającej sumy, to znaczy, Paulus nie zajmuje się kwestyą, czy w danym wypadku miało miejsce p. de m. dando czy też obopólnie wiążące p. de m. dando et accipiendo. Obietnica udzielenia kredytu ubrana w szatę stypulacyi jest odrębną, samoistną umową i nie może być uważana za przyrzeczenie dania pożyczki w rozumieniu konstrukcyi konsensualnej, obietnica zwrotu przed wypłatą nie jest przyrzeczeniem zwrotu w rozumieniu konstrukcyi konsensualnej, gdyż w braku wypłaty waluty, w braku causa, upada.

## X.

### Umowa przygotowawcza a umowa kredytowa (ich osnowa i przedmiot).

A teraz wypada przedewszystkiem przyjrzeć się, do czego dochodzi nowsza teoria cywilistyczna na podłożu ogólnego pojęcia umowy przygotowawczej, której śladów w wyżej podanych rozstrzygnięciach Paulusa żadnym sposobem dopatrzeć się niepodobna<sup>1</sup>.

Panująca teoria określa jako treść zobowiązania wynikającego z tego rodzaju umowy przygotowawczej świadczenie *contrahere*, więc zobowiązanie do zawarcia pożyczki, wynikające z *pactum de mutuando*, w oczywistym przeciwieństwie do Paulusa, który w stypulacyi »*pecuniam te mihi crediturum spondes*« nie dopatruje się ani to umowy przygotowawczej, ani też, co ważniejsze, nie twierdzi, że *contrahere* jest «*in obligatione*», t. zn. nie twierdzi, że *contrahere* wypełnia roszczenie procesowe, gdyż w oczach rzymskich prawników *obligari* jest jednoznacznie z *actione teneri*, lecz twierdzi przeciwnie, że treścią roszczenia i osnową skargi jest *interesse* (*id venit in obligationem, quod mea interest*). Według atoli treści umowy przygotowawczej w pojęciu nowożytnej teorii wniosek skargowy i osnowa wyroku opiewać winne na *contrahere*, więc

---

<sup>1</sup> Jedynie Pernice, *Zeitschr. der Sav. Stift, Rom. Abth. XIII. 26a, 270*, widzi w fr. 30 D. 12, 1, umowę kredytową, która atoli nie jest umową przygotowawczą: *die Stipulation ist die Vorbereitung des Kreditgebens u.nehmens, aber an sich ganz selbständig, weder ein bedingter Darlehensvertrag noch ein Vorvertrag, es bedarf deshalb noch eines zweiten entscheidenden Vertrags, um das Darlehen zu Stande zu bringen; Ibid. 270.*

nie na interesse, ale na oddanie oświadczenia zwrotu i przyjęcie tego oświadczenia przez drugą stronę i dopiero prawomocny wyrok mógłby zastąpić oświadczenie pozwanego, poczem miałyby miejsce egzekucya waluty<sup>1</sup>.

Zatem prawomocny wyrok sędziego byłby surogatem momentu konsensualnego przy pożyczce, której moment realny dopełnionym będzie w stadyum egzekucyi przez zabranie przez władze sądowe odnośnej sumy<sup>2</sup>.

I tu właśnie popada teoria umowy przygotowawczej a z nią zwolennicy konstrukcji realnej kontraktu pożyczki w ostry konflikt ze zwolennikami pożyczki konsensualnej, którzy pytają: POCO ta określona droga, czyż nie lepiej przyjmując konsensualny charakter pożyczki zamiast pozywać o *contrahere* i za pośrednictwem sędziego to *contrahere* uzyskiwać<sup>3</sup>, odrazu skierować skargę o świadczenie sumy wraz z ewentualną egzekucją tej sumy jako aktu będącego wykonaniem konsensualnego kontraktu pożyczki. Zwolennicy konstrukcji konsensualnej zapytują, poco skarga o zawarcie głównej umowy i uznanie jej po prawomocnym wyroku za zawartą, poco więc przeciąganie sprawy aż do prawomocności wyroku, skoro wedle teorii konsensualnej poszukujący kredytu nie potrzebuje pozywać o zawarcie kontraktu pożyczki, lecz o wypłatę kapitału jako we wzajemnej umowie konsensualnej pożyczki przyrzeczonego świadczenia, które, co z natury pożyczki wynika, stanowić musi początek wykonania wzajemnej umowy<sup>4</sup>.

Bo też w istocie umowa o udzielenie kredytu, określająca we wszystkich szczegółach realizację pożyczki, jest czemś więcej niż tylko umową przygotowawczą, jest odrębną umową kredytową, sto-

<sup>1</sup> Kohler, Arch. f. bürg. Recht XXXIII. 6; Boehmer, j. w. 332.

<sup>2</sup> N. p. Endemann, I. 618, uw. 9 i uw. 14; Die Aufnahme durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung des Schuldners gilt.

<sup>3</sup> Przeciw *contrahowaniu* »in procura« niezgodnemu z pojęciem *obligatio ad faciendum*, a za *condemnacją* na *interesse* oświadcza się ostatecznie i Göppert, j. w. 413, mimo, iż na 410 mówi, że skarga z *pactum de contr.*: darf u. muss sonach regelmässig direkt auf das *contrahere* selbst gerichtet werden; Ibid. 421: das p. de c. bietet den Vortheil, dass man daraus schlimmsten Falls nur das Interesse bezahlen muss.

<sup>4</sup> Kohler, Über das Konsensdarlehen 323 n., dobitnie Thöl, j. w. 784: der Hauptvertrag kommt zur Entstehung ohne Mitwirkung des Verpflichteten: Von beiden Seiten nicht auf Vertragsabschluss sondern auf Vertragserfüllung geklagt werden kann.



jącą równorzędnie obok pożyczki, jest umową przygotowawczą chyba w tymże samym sensie, jak jest nią kupno w stosunku do tradycyi rzeczy sprzedanej, jak jest nią przyrzeczenie darczynne, a więc samoistna umowa w stosunku do wykonania obietnicy darczynnej<sup>1</sup>. Wszak i przy pożyczce zaliczenie waluty jest alienacją, aktem prawa rzeczowego przesuującym substancję majątkową (wartości) do majątku biorącego pożyczkę, jest realizacją umowy kredytowej, która to funkcya umowy kredytowej wcale nie licuje z przydzieleniem jej znaczenia i charakteru umowy czysto przygotowawczej, gdyż ta umowa kredytowa ma znaczenie samoistne obok kontraktu pożyczki, ona rodzi doniosłe skutki właśnie na wypadek, gdy oczekiwana pożyczka do skutku nie dojdzie<sup>2</sup>.

Tak więc wśród ożywionego sporu o konstrukcyę kontraktu pożyczki w obu walczących obozach zapanowała niemal powszechna zgoda w tym bodaj punkcie, że świadczenie sumy i ono tylko obciąża kapitalistę, który przyrzekł je w konsensualnej pożyczce, że toż samo świadczenie sumy i ono jedynie rozstrzyga o zaistnieniu realnego kontraktu pożyczki<sup>3,4</sup>, że w umowie kredytowej antycypującej osnowę zawrzeć się mającego kontraktu pożyczki dany już jest moment konsensualny, że ten moment w chwili zaliczenia waluty istnieje i jest reprodukowany choćby milcząco, zwłaszcza, że w praktyce życia codziennego biorący pożyczkę w moc nawiązanej przedtem umowy kredytowej kwituje odbiór waluty, a sama istota interesu na obowiązek zwrotu wskazuje, poprzednio zresztą szczegółowo ustalony, w momencie zaliczenia waluty strony trwają przecież przy poprzednio wymienionych oświadczeniach i byłoby bezcelowem ich wyraźne<sup>5</sup> powtarzanie.

Według nowszej dogmatyki prawa z pactum de mutuo dando

<sup>1</sup> Heilfron, Lehrbuch II. 477 n.; szczególnie Degenkolb, j. w. w Arch. f. civ. Praxis LXXI. 29.

<sup>2</sup> Regelsberger, Nachschrift 413: Es hat tieferen Grund, dass beide Schuldverhältnisse unterschieden werden, t. j. umowa kredytowa i realna pożyczka.

<sup>3</sup> Cosack, j. w. 631: auf die Hergabe klagen.

<sup>4</sup> Windscheid-Kipp, II. § 370, uw. 18: dass das Urtheil auf Auszahlung des versprochenen Darlehens lauten u. auf dem gewöhnlichen Wege vollstreckt werden könne; por. Ibid 272, uw. 2 i I: 406, uw. 5.

<sup>5</sup> Por. n. p. Kohler w Arch. f. bürg. Recht XXXIII. 9, a także Cohn u Endemanna, j. w. III. 842, uw. 70: Dagegen liegt in der Annahme einer Summe »als Darlehen« das Restitutionsversprechen von selbst.

wynika obowiązek świadczenia sumy względnie rzeczy zamiennych, który umożliwia zaistnienie pożyczki realnej, a który jest wykonaniem kontraktu pożyczki wedle konstrukcji konsensualnej.

Obie zatem konstrukcje na ogół zgodne są w tem, że wniosek skargowy, że wyrok opiewać winien w razie niedotrzymania umowy kredytowej na świadczenie sumy, a nie na interesie z powodu niezaliczenia waluty przez kapitalistę, jak to miało miejsce w prawie rzymskim.

Pożyczka realna jest wręczeniem waluty wraz z przyjęciem wyraźnie lub milcząco oświadczonem przyrzeczeniem zwrotu i ewentualnie procentów. Umowa zatem przygotowawcza do pożyczki polega w przyrzeczeniu wypłaty waluty z jednej i przyrzeczeniu przyrzeczenia zwrotu i ewentualnie odsetek z drugiej strony.

Panująca teoria wyciąga tylko konsekwencję z pojęcia umowy przygotowawczej, tworzy nowszą dogmatyki prawa, określając jako przedmiot takiej umowy obowiązek *contrahere*.

Kohler i jego zwolennicy zarzucają słusznie, że umowa, mocą której kapitalista przyrzeka dziś wypłatę za miesiąc tytułem pożyczki pewnej sumy, a drugi przyrzeka dziś przyjęcie i oprocentowanie tej pożyczki, jest czemś innem niż umową przygotowawczą, jest czemś więcej, bo jej przedmiotem nie jest *contrahere*, ale jej przedmiotem jest obowiązek wypłaty sumy za miesiąc wobec już dziś osiągniętego konsensu. Stacę, za jaką uważa panująca teoria umowę przygotowawczą w dążeniu do sfinalizowania interesu kredytowego Kohler mija zupełnie i umowę wypełniającą już dziś moment konsensualny pożyczki, kwalifikuje jako definitywną pożyczkę.

Przyznać trzeba, że umowa o pożyczkę, jak ją z praktyki życia i obrotu chwyta Kohler, nie jest umową przygotowawczą w rozumieniu wyżej podanem, ale też nie jest skończoną pożyczką, zdolną zastąpić kontrakt realny, jest umową o pożyczkę, umową o kredyt, umową o samoistnem prawem i gospodarczem znaczeniu, bo kto zapewnia sobie pożyczkę w przyszłości, tem samem manifestuje wolę korzystania z kredytu nie dziś, ale później<sup>1</sup>, on raczej zapowiada wzięcie obliżu z pożyczki w przyszłości.

Przedmiotem tej umowy kredytowej nie jest obowiązek dare certam pecuniam (konstrukcja konsensualna), ale też nie jest jej

---

<sup>1</sup> Göppert, j. w. 402.

przedmiotem *contrahere* (konstrukcja realna), jej przedmiotem jest *credere*. Że przedmiotem jej jest *credere* w prawie rzymskim, to jest niewątpliwem; w prawie pospolitem *nmowę* kredytową *ściągnięto* na teren umowy przygotowawczej, i w konsekwencji musiano dojść do *contrahere*, mieszczącego w sobie obowiązek zaliczenia waluty wraz z przyjąć się mającem przyrzeczeniem zwrotu. O co więc skarży, na co opiewa wyrok, co egzekwuje przyszły dłużnik wedle konstrukcji konsensualnej? Oczywiście, że wniosek skargowy, wyrok, egzekucja opiewają na zaliczenie sumy. O co skarży, na co opiewa wyrok, co egzekwuje przyszły dłużnik według konstrukcji realnej. Oczywiście o zawarcie umowy, którą zastępuje prawomocny wyrok i wydanie waluty ewentualnie drogą egzekucji. O co skarży, na co opiewa wyrok, co egzekwuje przyszły dłużnik na podstawie umowy kredytowej. Skarga, wyrok, ewentualnie egzekucja opiewają na wynagrodzenie szkody z powodu cofnięcia gotowości udzielenia kredytu (Paulus).

Zdawałoby się, że wobec *ściągnięcia* w prawie pospolitem i w nowożytnej dogmatyce umowy kredytowej na teren umowy przygotowawczej, praktycznie zakres kontrowersji o konstrukcję pożyczki zredukowany został do sporu czysto teoretycznego, gdyż jedno i drugie stanowisko w braku dobrowolnego świadczenia kapitału prowadzi w ostatecznym wyniku do wymuszenia drogą skargi i egzekucji, praktycznie będzie obojętnem, czy mamy przed sobą umowę przygotowawczą czy gotową już główną umowę, szukający kredytu jedną skargą obejmie roszczenie o zawarcie umowy i jej wykonanie i obu konstrukcyom stanie się zadość.

Lecz oto wyłania się inna trudność z powodu zapoznania samostnego znaczenia umowy kredytowej i identyfikowania jej z umową przygotowawczą przez jednych, a z definitywną pożyczką przez drugich. Wierna swemu założeniu konstrukcja konsensualna zdecydowanie opiera skargę, wyrok, ewentualnie egzekucję na żądaniu wypłaty sumy. Konstrukcja panująca dziwną objawia chwiejność w doprowadzeniu aż do egzekucyjnego wymuszenia świadczenia sumy z umowy przygotowawczej, ogarnia ją jakiś niepokój wobec rozdzwiewku z Paulusem (*id venit in obligationem, quod mea interest*).

Bo też trzeba przypomnieć, że powołana poprzednio opinia Paulusa »*id venit in obligationem, quod mea interest*« opiera się na przyrzeczeniu »*pecuniam te mihi crediturum spondes*«, zatem

na przyrzeczeniu udzielenia kredytu, z czem gdyby się była liczyła nowsza dogmatyka prawa, umowę taką z dobrą racją nazwaćby była powinna, abstrahując od nieznanego prawu pospolitemu stypulacji, pactum de credendo, gdyż ta nazwa uwydatnia charakter umowy i jej samoistny cel gospodarczy, podczas gdy sama już nazwa pactum de mutuo dando (p. de mutuando) wybija na tej umowie piętno aktu jedynie przygotowawczego.

Pactum de credendo jest celem dla siebie, szukający kredytu dąży przez pactum de credendo do zapewnienia sobie kredytu w przyszłości i osiągnięcie tego celu obecnie mu wystarcza, pactum de credendo nie jest środkiem zmierzającym do tem szybszego zrealizowania umowy głównej, co jest cechą charakterystyczną umów przygotowawczych (p. de contrahendo). Dlatego to takie pactum de credendo kształtuje odmiennie obowiązki z niego wynikające w sensie aktualnego związania stron obu lub na razie jednej strony, podczas gdy druga ma swobodę wzięcia na się wzajemnego zobowiązania w moc swego oświadczenia w ramach istniejącego pactum de credendo<sup>1 2</sup>.

Najważniejszym jednak znamieniem samoistności pacti de credendo oddalającym je w prawie rzymskim od umowy przygotowawczej jest odmienna treść obliżu temu stosunkowi zobowiązaniowemu właściwa »Id venit in obligationem, quod mea interest«, w razie niedotrzymania pactum de credendo, kapitalista zobowiązany jest do wynagrodzenia szkody, o to jedynie go pozwać, to jedynie wyegzekwować na nim można. Wprost uderzającym jest kontrast wyżej określonego stanowiska nowożytnego do stanowiska rzymskiego.

Stanowisko zwolenników konstrukcji realnej, którzy widzą w p. de credendo środek przygotowawczy do pożyczki realnej i stanowisko zwolenników konstrukcji konsensualnej, którzy w przy-

<sup>1</sup> Kohler, Lehrbuch II. 234, uw. 1. Stosowanie do takich umów kredytowych, t. zw. umowy przygotowawczej, zwalcza Kohler: Lange Zeit wollte man hier mit dem Gedanken des Vorvertrags hantieren als ob noch gar keine Vertragsverpflichtung bestünde, sondern der eine Theil lediglich berechtigt wäre, von dem Anderen den Abschluss des Vertrags zu verlangen, a ponieważ p. de contrahendo nie mogą zaspokoić sprawnie odnośnych potrzeb gospodarczych, przeto Kohler może głównie dlatego tak gorliwie walczyć o pożyczkę konsensualną.

<sup>2</sup> Dernburg, Lehrbuch II. 1, 249.

rzeczeniu kredytu widzą jedno ogniwo gotowego już kontraktu pożyczki, przekształciło w prawie pospolitem i w nowszej dogmatyce prawa owe Paulusa »quod mea interest« w obowiązek tak oto określony przez Windscheida (t. II. str. 573, uw. 18), że wyrok opiewać ma na wypłacenie przyrzeczonej pożyczki i w zwyczajnej drodze może być wyegzekwowany<sup>1</sup>. Z pactum de mutuo dando rola wierzyciela z pożyczki może być przymusowo narzucona.

Praktyczne konsekwencje tak pomyślanego przymusu z pactum de mutuando dojrzał już dawno przedewszystkiem Regelsberger i poparł go częściowo Dernburg, którzy naginając się jakby pod naciskiem panującej opinii do jej poglądu, czynią przecież poważne zastrzeżenia.

Charakterystyczną w tej mierze jest walka poglądów, jaką z samym sobą od r. 1859 prowadził niemal do ostatnich czasów (1907) Regelsberger, rozgłoszonej sławy cywilista niemiecki. Jeszcze w roku 1859<sup>2</sup>, a w roku 1868 z obszernem umotywowaniem<sup>3</sup>, ograniczał, wbrew innym, w razie niedotrzymania pactum, szukającego kredytu tylko do żądania interesse, gdyż mówi, że egzekucja na kwotę przyrzeczonej pożyczki jest niewskazaną (unthunlich), »oder man müsste dem Promittenten im Exekutionsweg Hab und Gut verkaufen lassen, damit er — Gläubiger werde«. Tenże Regelsberger przeciw innym oświadcza się w r. 1859 za dopuszczalnością skargi tylko o interesse (Paulus!), z tem, że oczywiście pozwany ma facultatem alternativam dobrowolnego zaliczenia przyrzeczonej sposobem pożyczki sumy. Po latach niemal 50 tenże sam Regelsberger<sup>4</sup> powyższe zaznaczone swoje odosobnione stanowisko poddaje rewizji i dochodzi do następujących znamiennych wyników. Podtrzymuje swój pogląd za ograniczeniem przymusowej egzekucji w stosunku do kapitalisty tylko do interesse jako dyktowanego względami praktycznymi. Znowu powtarza, co dawniej drastycznie wypowiedział, ażali nie jest rzeczą dziwną, dass... einer Person zwangsweise Haus und Hof verkauft wird, damit sie Darlehensgläubiger werde? tem dziwniejszą, że wywołanie takiej sytuacji nie równoważy

<sup>1</sup> Por. Windscheid-Kipp, j. w. II. 272, uw. 2 i I. 907, uw. 5.

<sup>2</sup> Regelsberger, Zur Lehre vom Altersvortrag der Pfandrechte 48.

<sup>3</sup> Regelsberger, Civilrechtliche Erörterungen I. Heft, 130 n.; a także w Endemanna Handbuch des Handelsrechts II. 419 i uw. 15 (1885): den Pflichtigen auf das allenfallsige Interesse zu belangen.

<sup>4</sup> Regelsberger, Nachschrift w Iherings Jahrb. LII. 421 n.

także doniosły interes drugiej strony, która zapotrzebowanie kredytu gdzieindziej zaspokoić może wobec przysługującego jej prawa żądania wyrównania szkód, jakieby wynikły dla niej z powodu niedotrzymania obietnicy i konieczności korzystania z kredytu gdzieindziej pod uciążliwszymi warunkami. Jakby pod naciskiem opinii przeciwnej, uchodzącej za panującą, czyni Regelsberger następującą koncesję: Podczas gdy dawniej obstawał przy tem, że roszczenie z niedotrzymania umowy kredytowej idzie o interesse wraz z facultas alternativa, to teraz skłonny jest przyznać, że idzie ono o wykonanie obietnicy, że pozywać należy o wykonanie, że wyrok opiewać winien na wykonanie, ale że uprawniony mając taki wyrok wyznacza pozwanemu termin prekluzyjny do wypłaty, po którego bezskutecznym upływie żądać może jedynie odszkodowania (arg. § 283 n. kod. cyw.).

Regelsberger, poparty przez Dernburga<sup>1</sup> zasadniczo pozostał w zgodzie z Paulusem: »Id venit in obligationem, quod mea interest«.

Zatem z umowy kredytowej wedle nowożytniej dogmatyki prawa, wprawdzie skarga i wyrok opiewają na zaliczenie waluty, nie wprost na wynagrodzenie szkody z powodu niedotrzymania umowy kredytowej, jak w prawie rzymskiem, ale, o ile skazany na zaliczenie kapitalista, waluty nie zaliczy, lub jej w czas nie zaliczy, to szukający kredytu żądać może wynagrodzenia szkody.

I w tym właśnie momencie uwydatnia się różnica między umową kredytową a konsensualną pożyczką. Zwolennicy takiej pożyczki wypierając z systemu zobowiązań pactum de credendo oświadczają się za tem, że nietylko wniosek skargowy i wyrok, ale i egzekucya tylko na wypłatę sumy opiewać może, co też z naciskiem przeciw panującej opinii niemieckiej cywilistyki (Planck)<sup>2</sup> podkreśla Kohler<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Dernburg, Pandekten II. 556, uw. 6: die Verurteilung in das Interesse ist derzeit nicht, wie nach klassischem Rechte, der einzige Ausweg, aber regelmässig doch das praktische u. angemessene, daher dem Kläger auf Antrag nicht zu versagen. B. G. B. lässt die Frage offen. Bardziej stanowczo za skargą o wykonanie wypowiada się w podręczniku do prawa niem. II. 2, 249: Aus dem Versprechen des Darleihers kann auf dessen Erfüllung geklagt werden, ale czy można prowadzić egzekucję?

<sup>2</sup> Planck, j. w. 928: Auf Grund des Darlehensversprechens kann der Versprechensempfänger auf Hingabe des Darlehens klagen und wenn der Ver-

A już chociażby ta różnica zdań w kwestyi samej tylko egzekucyi roszczenia z umowy kredytowej, utożsamianej z konsensualną pożyczką, uzasadnia de lege ferenda wyodrębnienie umowy kredytowej od samej pożyczki jako kontraktu realnego. W pożyczce konsensualnej kompromis z tezą Paulusa, do którego dochodzi niemiecka cywilistyka, nie jest do osiągnięcia.

Z pojęcia umowy kredytowej obopólnie wiążącej płynie odpowiedzialność za niepodjęcie pożyczki. A jeśli szukający kredytu nie chce zeń korzystać? Czy porządek prawny winien go zmusić do dotrzymania obietnicy przyjęcia? Upór szukającego kredytu w przyjęciu ofiarowanej pożyczki byłby do złamania przez złożenie sumy do depozytu na rzecz dłużnika (§ 379, 376 n. kod. cyw.) lub w drodze zwyczajnej skargi o przyjęcie umówionej sumy, za czem bez zastrzeżeń oświadczają się zwolennicy konstrukcyi konsensualnej<sup>1</sup>.

Przeciw użyciu jednak owych środków przemawiać mogą różne okoliczności; zmienione stosunki od chwili zawieranej umowy o pożyczkę, które korzystanie z kredytu czynią bezcelowem, sprzedaż fabryki, dla której poszukiwano kapitału obrotowego, zmiana traktatów handlowych uniemożliwiających dalszy eksport, czyniących tem samem techniczne udoskonalenie fabryki zbędnem, uzyskanie kapitału przez spadek czy też przez posag żony, wreszcie uzyskanie pożyczki na mniejszy procent. Czyż jest rzeczą wskazaną, pyta Regelsberger, narzucać przyszłemu dłużnikowi przymusowo pożyczkę, teraz już dlań niepożądaną, zwłaszcza, gdy on rozmyślnie owych przyczyn, czyniących dlań kredyt zbędnym, nie spowodował. Czyż niema innego środka, któryby wyrównał kolizyę interesów obu stron, boć przecież wchodzi w grę i interes kapitalisty, bo mówiąc o umowie kredytowej, normalnie przyjmuje się odpłatność udzielić się mającej pożyczki, choćby ona nie miała polegać w płaceniu odsetek, ale w innego rodzaju odwzajemnieniu za użyczenie używania kapitału (pożyczka bezprocentowa z obowiązkiem poboru piwa z browaru kapitalisty). Normalnie więc ma dla kapitalisty wartość pewność lokaty i prawidłowe opłacanie procentów. Ale czyż tych interesów kapitalisty nie można zaspokoić z ominięciem przymusu podjęcia pożyczki? Słuszność i sprawność obrotu przemawiają zatem

~~~~~  
sprechende seine Verbindlichkeit nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt nach Massgabe der §§ 283 fg, 280 Schadenersatz verlangen.

³ Kohler w Arch. f. bürg. Recht XXXIII. 5.

¹ Ibid, 7.

za wynagrodzeniem szkody kapitaliście, przymus przyjęcia pożyczki wydaje się tem dziwniejszy, że w zasadzie nawet przy obojnie wiążącym pactum de mutuo dando kapitalista ma prawo żądania odsetek, ale niema prawa żądania odbioru oferowanej sumy, obowiązkiem szukającego kredytu, który wpadł w mora accipiendi, jest zapłacanie odsetek¹. Toteż kodeks pruski w trafnem wyczuciu praktycznych potrzeb obrotu ograniczał kapitalistę do prawa żądania jedynie odszkodowania, oznaczając z góry wysokość tego odszkodowania w braku dowodu szkody wyższej do kwoty półrocznych procentów w kraju obowiązującej stopy procentowej². Kodeks niemiecki zupełnie pominął to trafne stanowisko kodeksu pruskiego. Pominął w przeciwieństwie do Dernburga³, który dowodzi, że taki przymus przyjęcia pieniędzy ze stanowiska wyobrażeń obrotu byłby dziwaczny, że raczej należy przyjąć, iż taki przymus nie leżał w zamiarze stron w czasie zawierania umowy, że raczej miały na myśli tylko odszkodowanie w razie niedotrzymania umowy⁴. W swoich zaś pandektach⁵, tenże Dernburg nastawianie na podjęcie waluty piętnuje jako pozbawione rozsądnego sensu, mimo, że przyznaje zresztą, iż kwestya jest sporną i że kodeks cywilny niemiecki pozostawił ją także co do pactum o procentową pożyczkę otwartą⁶. Regelsberger nie negując możliwości bezpośredniej egzekucyi, podtrzymuje swoje dawne ograniczenie do prawa żądania interesse, gdyż to odpowiada domniemanej woli stron i wyobrażeniom obrotu⁷, a ten pogląd podziela także cywilistyka niemiecka oświadczając się za skargą o zawarcie po-

¹ Kohler w Arch. f. bürg. Recht II. 231.

² Heilfron, Lehrbuch II. 581, uw. 3.

³ Dernburg, Das bürg. Recht II. 2, 249; por. Schey, Die Obligationsverhältnisse des österr. Privatrechtes 174.

⁴ Cohn u Endemanna j. w. III. 857: kann bei dem verzinslichen Darlehen zwar nicht auf Abnahme, aber auf das volle Interesse geklagt werden, nadto uw. 191.

⁵ Dernburg-Sokołowski, II. 728.

⁶ Mot. II. str. 316: zu einer Begünstigung des Versprechenden im Sinne des preuss. A. L. R. § 660 fehlt es an zureichenden Gründen. Der Entwurf lässt dahingestellt, ob in concreto nur die Verpflichtung zur Hingabe, nicht auch die Verpflichtung zur Annahme begründet werden soll. Kodeks pruski (A. L. R. 11, § 658—660) skargę o przyjęcie pożyczki wogóle wykluczał.

⁷ Przeciw Regelsbergerowi por. Kohler w Arch. f. bürg. Recht XXXIII. 11.

życzki z tem, że w razie ociągania się szukającego kredytu, kapitalista może żądać wynagrodzenia szkody¹.

XI.

Pożyczka konsensualna jako twór prawny pojęciowo identyczny z umową kredytową.

Przyrzeczenie dania i wzięcia pożyczki wraz z akcesoryami jest dla siebie odrębną umową, która zrealizowana robi dopiero miejsce samejże pożyczce lub całemu szeregowi pożyczek, o ile pactum de credendo nie dotyczy jednej pożyczki, ale całego ich szeregu podając w postaci t. zw. otwarcia kredytu górną granicę kwotową tego kredytu. A to pactum de credendo przemianowane przez zwolenników konstrukcyi realnej na ciasniej już wedle swej nazwy pojmowane pactum de mutuo dando w istocie swej nie jest jedynie środkiem, zapewniającym realną pożyczkę, ale samoistną umową o kredyt, boć pocóż szukający szybkiego kredytu miałby wsuwać przed samą pożyczkę umowę przygotowawczą, gdy po ustaleniu warunków umowy pożyczkowej brak jej jedynie zaliczenia waluty. Gdyby tak ciasno, jak to czyni panująca teoria, pojmować p. de mutuo dando, to istotnie racya tego pactum, z którego roszczenie wedle tej nowożytnej teoryi idzie o zaliczenie waluty byłaby iluzoryczną, a zwolennicy teoryi realnej, upatrując przedmiot roszczenia z pactum w obowiązku zaliczenia waluty mimowolnie osłabiają wartość i znaczenie pożyczki jako kontraktu realnego. I wtedy cały spór o konstrukcyę stałby wyłącznie pod znakiem czysto teoretycznego zagadnienia², bez widocznych różnic praktycznych, bo czy zaliczenie waluty nastąpiło w wykonaniu pactum przygotowawczego, to jest obojętne, jakby było obojętne, czy roszczenie procesowe o zaliczenie waluty opierałoby się na konsensualnej definitywnej pożyczce, czy też tylko na przygotowawczem p. de mutuo dando.

Konstrukcyja konsensualna, upatrująca w przyrzeczeniu zaliczenia waluty jedno ogniwo jednolitej pożyczki, zapoznaje znaczenie umowy kredytowej, już w prawie rzymskiem jako odrębna stypula-

¹ Planck, j. w. 930.

² Tak n. p. Planck, j. w. 924.

cy podobna do dzisiejszej umowy otwierającej kredyt występującej. Cytowane wyżej opinie rzymskich prawników używają stale wyrazów *accipere pecuniam* nie określając wysokości kwoty, co znaczy przyjęcie obietnicy udzielić się mającej pożyczki lub szeregu pożyczek (*obligatio credendi*).

Na wszelki sposób, ujmuje rzecz negatywnie Pernice; owa *sponsio »pecuniam creditam accepturus spondit creditori futuro«*, w której mieści się *implicite* przyrzeczenie udzielenia kredytu, nie jest ani warunkowym kontraktem pożyczki, ani umową przygotowawczą¹. Więc czemżeż jest? Jest samoistną umową o kredyt. Jeśli istotnym celem pożyczki jest trwałe użyczenie używania obcego kapitału w zaufaniu jego zwrotu w oznaczonym terminie, lub też po wypowiedzeniu, to już sama umowa zapewniająca dopływ owego kapitału jest czemś realnem, bo ona ma za przedmiot *credere*, jako specyficzny rodzaj świadczenia. Jest ta umowa *darma* lub *odpłatna*, bo za samo zapewnienie prawnie chronione udzielenia kredytu, żądać może kapitalista wynagrodzenia (*provizya*), bez względu na to, czy realizacya kredytu nastąpi, ta *provizya* jest ceną za otwarcie kredytu, zarazem świadczeniem wzajemnem za to otwarcie. Zobowiązanie kapitalisty »*se crediturum*« daje szukającemu kredytu już dziś pewność sytuacji w przyszłości, a nie jest tylko przygotowaniem przyszłej pożyczki, gdyż sama prawnie chroniona szansa kredytowa ma realną wartość. I w tem to oświetleniu powyżej już częstokroć używana nazwa *pactum de credendo* zasługuje na pierwszeństwo przed częściej dziś używaną nazwą *pactum de mutuo dando*. A jest chyba rzeczą oczywistą, że jeśli otwarcie kredytu o szerszej rozpiętości stanowi odrębną dla siebie umowę, to charakter tej umowy nie będzie inny, choćby to otwarcie kredytu dotyczyło tylko jednego w przyszłości zawrzeć się mającego kontraktu pożyczki^{2 3}. Pożyczka realna jest *consensus de praesenti*, umowa kredytowa, obietnica pożyczki jest *consensus de futuro*, przyrzeczeniem świadczenia *credendi causa* w przy-

¹ Pernice, j. w. 270; Stintzing, j. w. 29.

² Dernburg, Lehrbuch II. 2, 249 n.

³ Endemann, Der Kredit als Gegenstand der Rechtsgeschäfte, Zeitsch. f. Handelsrecht IV. 197 n. i 197 uw. 21; Crome, System d. deutsch. bürg. Recht II. 2, 595: der in der Darlehensgewährung liegende Kredit ist es, der bald entgeltlich, bald unentgeltlich gewährt wird.

szłości¹, wraz z określeniem terminu, jako istotnego momentu takiego przyrzeczenia.

Ale ta umowa »se crediturum«, jako sui generis umowa konsensualna, sama w sobie odrębną posiada treść. Przedmiotem jej jest przyrzeczenie credere. Samo to przyrzeczenie kredytu uzależnia kapitalista od wystawienia skryptu dłużnego, dania hipotecznego zabezpieczenia², ustalenia wysokości odsetek od udzielić się mających pożyczek czy zaliczek na nie, spełnienia ewentualnych innych jeszcze zastrzeżeń, których aktualizacja czyni skutecznem pactum de credendo i uzasadnia prawo żądania kredytów. Zależy przytem od interpretacji odnośnej umowy, czy wiąże ona obopólnie czy też jedną stronę, t. j. kapitalistę i tem tłumaczyć należy okoliczność, że w poprzednio omawianej opinii Paulusa (fr. 68 D. 45, 1) niedotrzymujący obietnicy użyczenia kredytu, odpowiada z tytułu interesse, podczas gdy tenże Paulus (fr. 30 D. 12, 1) odnośnie do szukającego kredytu, mimo wydania kaucyi stypulacyjnej przezeń, nie nie wspomina o interesse, w razie niewykorzystania tego kredytu, wychodząc z założenia, któremu hołduje i dzisiejsze wyobrażenie, że wydanie skryptu dłużnego samo w sobie jeszcze nie nakłada obowiązku podjęcia pożyczki³, jak z drugiej strony nie zwalnia od obowiązku zapłacenia odsetek jako odpłaty za otwarcie kredytu mimo niekorzystania z niego, o ile in concreto pactum obopólnie wiąże. Ale ani wystawienie skryptu dłużnego, ani hipoteczne zabezpieczenie nie przesądzają powstaniu kontraktu pożyczki⁴, przerzucają ciężar dowodu⁵ lub stwarzają domniemanie na korzyść kapitalisty. Nie przesądzają zaistnieniu pożyczki, gdyż są tylko wykonaniem klauzul, ustalających przyjście do skutku umowy kredytowej. Kapitalista, gdyby nie wydano mu skryptu, nie zahipotekowano sumy kredytować się mającej, nie dałby przyrzeczenia kredytu.

To przyrzeczenie zresztą nie musi doprowadzić do zaliczenia pożyczki, lecz wśród danych okoliczności zgaśnie z przyczyny jemu tylko właściwej, a to z powodu pogorszenia się stosunków majątkowych szukającego kredytu. Czyż ten moment nie przemawia za

¹ Schey j. w. 174.

² W tej kwestyi szczegóły u Endemanna j. w. 209 n.; por. Regelsberger w Endemanna Handbuch j. w. II. 419.

³ Dernburg j. w. 236, 248, 249.

⁴ Por. Planck j. w. II. 935.

⁵ Heilfron Lehrbuch II. 385.

odrębną naturą, za potrzebą odrębnego traktowania pactum de credendo w oderwaniu od pożyczki jako takiej.

Z dużym nakładem bogactwa argumentów kilkakrotnie opracowywana przez Kohlera konsensualna pożyczka, jest w swojej istocie umową kredytową, umową o pożyczkę w przyszłości, ale nie jest samążecz pożyczką¹.

XII.

Odwołanie umowy kredytowej z powodu pogorszenia się stanu majątkowego szukającego kredytu. (Clausula rebus sic stantibus w stosunku do konsensualnej pożyczki)².

Jeśli w międzyczasie od zawarcia umowy kredytowej stan majątkowy szukającego kredytu pogorszył się, który zagraża ewentualności zwrotu pożyczki, to kapitalista może od umowy odstąpić, uważa się bowiem, że wyobrażeniom zdrowego obrotu odpowiada z przyrzeczeniem kredytu związane założenie, że przed realizacją kredytu w stosunkach majątkowych przyszłego dłużnika nie zajdą zmiany grożące jego niewypłacalnością. Ale można również przyjąć jako milczące zastrzeżenie, że kapitalista, gdyby ten stan rzeczy był do przewidzenia, nie byłby dał przyrzeczenia udzielenia kredytu (warunek rozwiązujący), że zatem złe położenie majątkowe dłużnika istniejące już nawet w chwili zawarcia umowy kredytowej, a kapitaliście nieznanne, może uzasadnić bądź żądanie zabezpieczenia, bądź odwołanie umowy.

Niektóre jednak ustawodawstwa nowożytne (kodeks pruski I. 11 § 656, 657, kod. austr. § 936, § 610 k. n.), ograniczają zastosowanie tej reguły do niekorzystnej zmiany stosunków majątkowych przyszłego dłużnika, o ile ona nastąpiła po zawarciu umowy kredytowej (clausula rebus sic stantibus), podczas gdy praktyka n. p.

¹ Verträge auf Rückleistung, um absurde Konsequenzen zu vermeiden und dem Parteiwillen gerecht zu werden als Realkontrakte behandelt werden müssen, Adler, j. w. 212.

² Por. Regelsberger, Sicherheit für betagte u. bedingte Forderungen w Iherings Jahrb. XL. 470 i Heilfron I. 509, uw. 5, II. 216 n., 3 uw. 4; Dernburg, Pandekten II. 728 i uw. 5: powołane sławne D. 46, 3, 38 pr.; por. nadto Regelsberger u Endemanna j. w. II. 410.

sądów niemieckich idzie dalej i uznaje za dopuszczalne prawo odwołania lub żądania zabezpieczenia, gdy zły stan majątkowy istniał już w czasie zawarcia umowy kredytowej, a był kapitaliście nieznanym bez względu zresztą na to, czy był przez szukającego kredytu zawiniony lub nie. W tym wypadku owa praktyka uważa błąd co do stosunków majątkowych dłużnika jako istotny błąd co do właściwości osoby (§ 119 k. n.) i, co jest rzeczą znamionną, przeciwstawia się najwyraźniejszym intencjom prawodawcy, który taki błąd jedynie jako błąd co do motywów kwalifikuje¹.

Ponieważ tedy przedmiotem *pacti de credendo* jest przyrzeczenie kredytu, zatem obowiązek oddania drugiemu dóbr materialnych w zaufaniu zwrotu ich w przyszłości, przeto wyjątkowe odwołanie przyrzeczonej pożyczki jako interesu kredytowego ma pełne uzasadnienie, bo pewnym jest, że kapitalista wyłożonego kapitału nie chce stracić.

Można tedy w odniesieniu do umowy kredytowej stanąć na stanowisku, że w razie pogorszenia stosunków majątkowych przyszłego dłużnika po zawarciu umowy kredytowej, pozwany kapitalista na skargę o udzielenie kredytu, zasłania się *excepcją*², można to prawo kapitaliście przysługujące określić jako prawo odwołania umowy³, można wreszcie uważając niezmienny od chwili zawarcia umowy stan majątkowy przyszłego dłużnika za milcząco dołożony warunek, przyjąć, że w razie zmiany stosunków majątkowych umowa się rozwiązuje⁴. Tak czy owak, kapitalista niema obowiązku dotrzymania umowy.

Można atoli z drugiej strony w omawianej sytuacji ograniczyć prawo kapitalisty do wstrzymania się z udzieleniem kredytu aż do spełnienia wzajemnego świadczenia lub dania zabezpieczenia. Spełnienie wzajemnego świadczenia przy zamierzonej pożyczce nie da się zastosować, gdyż z istotą jej i przeznaczeniem byłoby to niezgodne. Pozostaje więc obowiązek dania zabezpieczenia, którego dopełniając przyszły dłużnik byłby w prawie żądania od kapitalisty dotrzymania obietnicy.

¹ Prot. II. 47—50, I. 631 n.

² Eck, *Vortraege* I. 507; Kohler, *Lehrbuch* II. 1, 340.

³ Heilfron, *Lehrbuch* II. 580 i uw. 2 a; Planck j. w. 942.

⁴ Dernburg, *Pandekten* II. 728 mówi o *stillschweigende Bedingung*, tak samo Heilfron, j. w. 217.

Więc zachodzi pytanie: Czy prawo odwołania ze strony kapitalisty, czy też tylko obowiązek dania zabezpieczenia ze strony przyszłego dłużnika?

W literaturze cywilistycznej zdania w tej mierze są podzielone, a to głównie z tej przyczyny, że umowę kredytową, że samą pożyczkę rozmaicie się pojmuje.

Prawo żądania zabezpieczenia odnosić się może tylko do umów wzajemnych, obustronnie wiążących, a p. de credendo z reguły umową obustronnie wiążącą nie jest, bo z reguły wiąże tylko kapitalistę¹. Natomiast przyrzeczenie pożyczki za opłatą procentów uważać należy za umowę wzajemną, co wprost przyznają i ci, którzy zresztą w omawianej kwestyi przeczą możliwości ograniczenia kapitalisty na prawo żądania zabezpieczenia². Tęsamem w odniesieniu do pożyczki procentowej niewłaściwym jest przyznanie kapitaliście tylko prawa odwołania swej obietnicy, a wykluczenie prawa żądania zabezpieczenia, gdyż nawet ograniczenie kapitalisty do prawa żądania zabezpieczenia czyni zadość postulatowi jego bezpieczeństwa, a z drugiej strony nie unicestwia pożądanego zrealizowania kredytu ze strony przyszłego dłużnika, który winien stracić ową szansę uzyskania kredytu w razie pogorszenia sytuacji majątkowej, o ile zabezpieczenia dać nie chce lub nie może³.

Charakter i istota umowy kredytowej, bądź jednostronnie wiążącej, bądź wzajemnej, nie stoją zatem na przeszkodzie alternatywnemu, zależnie od okoliczności danego wypadku, stosowaniu jużto prawa żądania zabezpieczenia, jużto prawa odwołania obietnicy użyczenia kredytu⁴ (por. n. p. § 321, § 610 n. kod. cyw.).

Oczywiście, że owe wyjątkowe dobrodziejstwa przyznane kapitaliście, będą miały miejsce, jeśli treść umowy kredytowej jest

¹ Planck j. w. 942.

² Eck j. w. 507: das Darlehensversprechen kein gegenseitiger Vertrag ist; ale odnośnie do pożyczki procentowej tenże sam Eck Ibid. 505 uw. 2: Mit der Zweiseitigkeit des Geschäfts (p. de mutuo dando) verhält es sich schwerlich anders als bei der Miete, odmiennie, bo za zabezpieczeniem, a nie tylko za odwołaniem, Ibid. 300 i uw. 4; Regelsberger w Iherings Jahrb. XL. 478 i tamże LII. 414, 411. 415.

³ Regelsberger, Sicherheit für betagte u. bedingte Forderungen, Iherings Jahrb. XL. 481.

⁴ Za ograniczeniem kapitalisty do prawa odwołania umowy kredytowej Heilfron, Lehrbuch I. 561, uw. 4 i II. 579 n. Kohler w Arch. f. bürg. Recht XXXIII. 19 przeciw Regelsbergerowi j. w. 475, 482.

wątpliwą, a odpaść muszą w wypadkach, gdy z treści umowy wynika niewątpliwie, że kapitalista ewentualność pogorszenia stosunków majątkowych brał w rachubę¹.

Z prawa odwołania obietnicy, względnie żądania zabezpieczenia², korzystać może kapitalista bądź w razie pogorszenia się sytuacji majątkowej przyszłego dłużnika po zawarciu umowy kredytowej, bądź też choćby ona, nieznaną kapitaliście, istniała już w czasie zawarcia umowy.

W tym ostatnim wypadku przyznanie owego dobrodziejstwa kapitaliście wkracza w dziedzinę błędu co do właściwości osoby, z którą się umowę ma zawrzeć, a przyznać trzeba, że zdolność kredytowa tej osoby jest ze względu na cel i znaczenie interesu w grę wchodzącego, momentem istotnym, podobie jak identyczność osoby kontrahenta³. Mimo odosobnionych głosów przeciwnych⁴, stosowanie owego dobrodziejstwa także w razie złego stanu majątkowego już w chwili zawarcia umowy kredytowej należy uważać w nowszej cywilistyce i praktyce sądowej jako utarte⁵ i należy przyznać kapitaliście swobodę, czyto odwołania umowy kredytowej, czy przeciwstawienia ekscypcy z zastrzeżeniem jej uchylecia w razie gotowości dania zabezpieczenia.

Umowa kredytowa z reguły wiąże jednostronnie, dlatego prawo odwołania musi być odrębnie w ustawie przewidziane, gdyż tylko tam, gdzie w danym konkretnym wypadku taka umowa jako obustronnie wiążąca pojętą być może, wolno stosować w razie pogorszenia stosunków majątkowych ogólną regułę dotyczącą umów synalagmatycznych o żądaniu zabezpieczenia, zaś obowiązek wzięcia pożyczki w moc umowy kredytowej względnie odpowiedzialność za niepodjęcie jej, przyjmuje się jako milcząco ustalone tylko w razie umowy kredytowej wraz z przyrzeczeniem płacenia procentów⁶.

¹ Till w motywach do proj. cz. ogólnej zobowiązań 158 n.

² Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse 74 i uw. 4; Planck, j. w. 942 za alternatywą: albo odwołanie, albo zabezpieczenie, odwołanie w odniesieniu do jednostronnie wiążącej umowy kredytowej.

³ Regelsberger w Iherings Jahrb. XL. 477.

⁴ Lenel, Der Irrthum über wesentliche Eigenschaften w Iherings Jahrb. XLIV. 22 n. przeciw dopuszczalności zaczepienia umowy kredytowej z powodu niewypłacalności, a natomiast za żądaniem zabezpieczenia (§ 321 k. n.).

⁵ Orzeczenia Sądów Rzeszy niem. podane przez Regelsbergera j. w. 473; Planck j. w. 943.

⁶ Planck j. w. 929.

Jakież przedstawia się prawo odwołania względnie żądania zabezpieczenia w stosunku do pożyczki konsensualnej?

To, co stanowi zamkniętą dla siebie całość jako umowa kredytowa, w konstrukcyi pożyczki konsensualnej jest jej jedną częścią, jedną połową, do której dołącza się jako część druga przyrzeczenie zwrotu, wskutek czego oprocentowana pożyczka konsensualna staje się umową wzajemną i w konsekwencyi tego w razie pogorszenia stosunków majątkowych przyszłego dłużnika winno mieć do konsensualnej pożyczki zastosowanie tylko żądanie zabezpieczenia z wykluczeniem prawa odwołania, które do umów wzajemnych niema zastosowania.

Tak więc, o ile w systemie danej kodyfikacyi pożyczka uznana jest jako umowa realna, tam unormowanie praw kapitalisty z powodu pogorszenia stanu majątkowego przyszłego dłużnika w ramach umowy kredytowej da się wszechstronnie zastosować, t. j. bądź przez przyznanie kapitaliście prawa odwołania umowy, bądź prawa żądania zabezpieczenia, o ile zaś w danej kodyfikacyi pożyczka skonstruowaną jest jako umowa konsensualna, tam zasadniczo tylko prawo żądania zabezpieczenia winno mieć miejsce, bo dopuszczenie prawa odwołania da się pomyśleć jako wyjątek, jako zboczenie z drogi wskazanej konsekwentnem stosowaniem ogólnej zasady o żądaniu zabezpieczenia odnośnie do umów wzajemnych¹.

Z pojęcia pożyczki konsensualnej odnośnie do omawianej kwestyi da się ponadto wyprowadzić następujący wniosek: Jeśli z powodu pogorszenia stosunków majątkowych szukającego kredytu przysługuje kapitaliście prawo odwołania umowy, nie zaś tylko prawo żądania zabezpieczenia, to ono i wtedy przysługiwać mu powinno, gdyby nieświadom stanu rzeczy walutę pożyczkową wypłacił, gdyż to prawo odwołania jest uchYLENIEM obliгу kapitalisty, więc skoro wypłaty dokonał, to winno przysługiwać mu prawo żądania zwrotu (*condictio sine causa*). Tak też są skłonni pojąć rzecz, co prawda będący w odosobnieniu², niektórzy cywiliści, wychodząc z założenia, że *clausula rebus sic stantibus* winna analogiczne znaleźć zastosowanie i po dokonanej wypłacie waluty, gdyż ten sam względ, ochrony kapitalisty przed grożącą mu stratą, za tem przemawia.

¹ Stammler, *Das Recht der Schuldverhältnisse* 94 i uw. 4, który, zdaje się, przychylił się do konstrukcyi konsensualnej pożyczki; por. Planck j. w. 943 i Eck j. w. 505, 507, uw. 2.

² Oertmann j. w. § 610.

Podczas obrad nad postanowieniem dotyczącem prawa odwołania obietnicy pożyczki w kodeksie niemieckim, myśl ta również była poruszana¹. Jakkolwiek z jednej strony przyznać trzeba, że, jeśli wogóle dopuszczenie klauzuli rebus sic stantibus w wysokim stopniu wywołuje niepewność kredytu, to rozszerzenie jej zastosowania nawet w razie wypłacenia waluty tę niepewność kredytu potęguje, to z drugiej strony i to przyznać się musi, że z pożyczki pojętej jako umowa konsensualna to prawo żądania zwrotu waluty wynikałoby jako logiczna konsekwencja umowy dwustronnej, która początkiem swym dotyczy chwili osiągniętego porozumienia i jako jednolity prawny organizm opanowywać winna interes kredytowy aż do jego całkowitego zgaśnięcia. Natomiast na korzyść konstrukcji realnej zaznaczyć należy, że dobrodziejstwo odwołania obietnicy udzielenia kredytu związane z umową kredytową, jako całkiem odrębną umową, znajduje swój kres w chwili wypłaty waluty, która zarazem daje początek nowemu kontraktowi, pożyczce realnej, sama zaś gasnąc, jako już nieistniejący twór prawny, uchyla możliwość stosowania w związku z jego istnieniem dopuszczalnego prawa odstąpienia od umowy².

A wreszcie ostatnie zastrzeżenie przeciw pożyczce konsensualnej w związku z klauzulą rebus sic stantibus.

Bezprocentowa pożyczka umową wzajemną nie jest³, bo zwrot jej nie jest przecież odwzajemnieniem za użyczenie kapitału. Dla uchronienia kapitalisty przed grozą niewypłacalności dłużnika, ustawodawstwo, któreby zasadniczo przyjęło konsensualną konstrukcję pożyczki, musiałoby, uważając przyrzeczenie pożyczki za umowę definitywną, zejść mimoto na stanowisko umowy przygotowawczej do realnej pożyczki, na stanowisko umowy kredytowej, co też czyni czołowy obrońca pożyczki konsensualnej Kohler⁴, oświadczając się jedynie za prawem odwołania.

¹ Protokolle II. str. 50.

² Zasadniczo przeciw temu dobrodziejstwu Göppert w recenzji rozprawy Degenkolba w Krit. Vierteljahrschr. XIV. 247, który słusznie zwraca uwagę na brak podobnej ochrony na rzecz tego, który bez uprzedniej obietnicy zawarł kontrakt pożyczki wręczając walutę, a który, o ile sobie na ten wypadek prawa odstąpienia lub wypowiedzenia nie zastrzegł, mimo pogorszenia stosunków majątkowych dłużnika, musi wyczekiwać umówionego terminu spłaty pożyczki.

³ Eck-Leonhard j. w. 300, uw. 4.

⁴ Kohler, Arch. f. bürg. Recht XXXIII. 19. Niesłusznie jednak twier-

XIII.

Pożyczka w projekcie polskiego kodeksu
cywilnego.

Idąc co do pożyczki za wzorem prawa obligacyjnego szwajcarskiego, a częściowo za wzorem projektu francusko-włoskiego, projekt polskiego prawa zobowiązań utrzymał co do użyczenia i przechowania naturę realną tych umów, co do pożyczki zaś jest próbą kodyfikacyjną oparcia tej umowy o konstrukcję konsensualną.

W tej mierze stanowisko projektu jako takie góruje przede wszystkim nad projektem francusko-włoskim, którego autorowie mając oczywiście świadomość niezamkniętego do dziś dnia sporu w nauce, a uważając go widocznie za spór o czystą doktrynę, w określeniu istoty pożyczki pozostawiają praktyce swobodę traktowania pożyczki bądź jako umowy realnej, bądź jako konsensualnej, nie licząc się z tem, że wszak właśnie zachodzą bardzo pod względem praktycznym ważne konsekwencje zależnie od konstrukcji realnej czy konsensualnej¹.

Stanowisko projektu polskiego góruje nad kodeksem niemieckim, którego autorowie, bezskutecznie zresztą, wprost się wysilali, by się nie zdradzić ze swą tajemnicą, a raczej ze swym brakiem decyzji stanięcia po stronie jednej czy drugiej konstrukcji co do natury umów realnych wogóle, chociaż podczas obrad nie brakło ostrzeżeń, że mogą zachodzić materialne różnice między pactum de mutuo dando, p. de deponendo, a między konsensualną pożyczką, czy konsensualnym depozytem².

Projekt polski wśród ścierających się poglądów w nauce, stanął w tej mierze zgodnie z prawem szwajcarskiem i zdecydowanie

~~~~~  
dzi Kohler, że § 610 k. n. (odwołanie) jest tylko powtórzeniem zasady § 321 k. n. (zabezpieczenie).

<sup>1</sup> Il mutuo, o prestito di consumazione, è un contratto col quale una delle parti dà o si obbliga a dare all'altra una certa quantità di danaro o di altre cose consumabili, con l'obbligo pel mutuuario di restituere altrettanto della stessa natura e qualità di cose (art. 636 proj. franc.-włoski i objaśnienia pag. CLXIV. i CLXVI).

<sup>2</sup> Prot. II, str. 392 i 393. Jedni mówią, że zachodzi »geringe praktische Wichtigkeit« między jedną a drugą konstrukcją, ale inni jakby przestrzegali »ob nicht doch materielle Unterschiede zwischen der Behandlung des p. de deponendo u. dem depositum hervortreten können«.

na stanowisku konstrukcyi konsensualnej, wychodząc z założenia, że potrzeby obrotu, że wyobrażenia społeczeństwa, różne w tej mierze od wyobrażeń rzymskich, przyjęcie takiej konstrukcyi usprawiedliwiają, że jest *utilius* pod zjawisko życia gospodarczego, jakim jest interes pożyczkowy, podłożyć nie realną, rzymską, ale nowożytną konstrukcyę konsensualną.

Praktyczne zatem konsekwencye wynikające z porównania przeciwstawnych konstrukcyj pożyczki omówione w rozdziale VII, a przemawiające naszym zdaniem na korzyść konstrukcyi realnej, zniewalają nas zająć wobec głoszonej przez projekt konstrukcyi stanowisko negatywne.

Na tem jednak poprzestać nie możemy, lecz analizując poszczególne postanowienia projektu, pożyczki dotyczące, będziemy śledzić, czy też ów projekt rzeczywiście wiernym pozostał swojej konstrukcyi, czy też wiedziony praktycznym instynktem tu i ówdzie nie wpadł w objęcie rzymskiej pożyczki, podając szczegółowe normy niezgodne lub nie całkiem zgodne z pojęciowo w art. 144 ustaloną definicyą pożyczki, a powtóre, czy też tu i ówdzie właśnie wskutek przez się głoszonej konstrukcyi nie wywołał pewnego rozdźwięku między projektem Tilla o Polskiem prawie zobowiązań (część ogólna) a projektem zobowiązań (część szczegółowa).

#### 1.

Art. 144. ust. 1. projektu polskiego opiewa: W umowie o pożyczkę, zobowiązuje się dający pożyczkę przenieść na własność biorącego kapitał pożyczkowy, a biorący pożyczkę zobowiązuje się zwrócić go w rzeczach tego samego rodzaju.

W objaśnieniach do projektu<sup>1</sup> czytamy, że rozrywanie interesu pożyczkowego na obietnicę pożyczki jako na umowę przygotowawczą i na samą pożyczkę re mającą przychodzić do skutku nie jest wskazane, bo postulat różnej realizacyi kredytu, w nowożytnych stosunkach tak doniosły dla rolnictwa i przemysłu, domaga się, by kapitalista miał »odrazu« obowiązek wypłaty pożyczki skoro umowę zawarł.

W systemie pożyczki realnej z *p. de mutuo dando* skarżyć będzie przyszły dłużnik o zawarcie pożyczki przez wypłatę waluty<sup>2</sup> i ona

<sup>1</sup> Till i Longchamps, Polskie prawo zobowiązań, część szczegółowa 164 n.

<sup>2</sup> Dernburg, Pandekten II, 728: der Vertragsschluss liegt ohne weiteres in der Hingabe und der Annahme behufs eines Darlehens.

w razie zasądzenia według dziś przeważającej opinii nawet drogą egzekucyi wymuszoną być może.

O samą wypłatę waluty w moc zawartej pożyczki, a więc o czystą wypłatę sumy skarżyć będzie dłużnik z pożyczki konsensualnej, w której obietnica wypłaty stanowi jeden człon obustronnie wiążącej umowy konsensualnej.

Czy powiemy: obietnica pożyczki i potem kontrakt realny, czy też obietnica wtłoczona w pożyczkę konsensualną, kapitalista ma od razu obowiązek wypłaty waluty; niepodobna odgadnąć, dlaczego konstrukcja konsensualna realizuje lepiej postulat rażnego uzyskania kredytu, a rzecz cała w tym punkcie schodzi istotnie na teren czysto teoretyczny, że w pierwszej alternatywie wypłata spełnia dwie funkcje, bo w odniesieniu do pactum jest jego wykonaniem, w odniesieniu do realnej pożyczki ma miejsce contrahendi (obligandi) causa, w drugiej zaś spełnia funkcję solvendi causa, jest jedynie wykonaniem umowy zobowiązaniowej po stronie kapitalisty. Wszak w poprzednich wywodach wykazano, że osią i punktem centralnym sporu jest pytanie, czy z intencją związania się zawarta dziś umowa o danie i wzięcie kredytu ma być pojęta jako umowa o realne danie i wzięcie pożyczki w przyszłości (consensus de futuro), jako umowa zapowiadająca zawarcie kontraktu pożyczki (konstrukcja realna), czy też umowa o powyższej treści wkładająca na kapitalistę dziś już obowiązek wypłaty sumy wraz z tem, iż dziś już istnieje warunkowy oblig dłużnika zwrotu otrzymać się mającej waluty, winna być pojęta jako definitywny kontrakt pożyczki (konstrukcja konsensualna)<sup>1</sup>. Z umowy przygotowawczej skarżyć może przyszły dłużnik o zawarcie pożyczki przez wydanie waluty a po prawomocności wyroku, o ile nie wypłacono waluty, prowadzić egzekucję, lub po wyznaczeniu odpowiedniego terminu i bezskutecznym jego upływie, może żądać wynagrodzenia szkody (§ 283 k. n.), może też w razie opóźnienia, od umowy odstąpić (§ 286 k. n.). Wedle konstrukcji konsensualnej efekt będzie ten sam, bo skarga pójdzie o świadczenie tytułem zawartej pożyczki, a po wyroku bądź egzekucya, bądź wynagrodzenie szkody (por. art. 179—182 proj. Tilla, część ogólna). W tym punkcie nie tyle problem konstrukcji, ile alternatywa: egzekucya waluty czy też tylko wynagrodzenie szkody

---

<sup>1</sup> Por. rozdz. VI. i VIII.

z powodu niewypłacenia waluty stanowić mogą dla prawodawcy kapitalne zagadnienie<sup>1 2</sup>.

## 2.

Przeciw pożyczce konsensualnej przemawia przede wszystkim ten moment, że w praktyce życia bardzo trudno uchwycić konkretne dane, z którychby można pozytywnie ocenić, że przyrzekający pożyczkę i ten, który o nią się stara, daną umową obopólnie się związali, gdyż nawet spisanie skryptu i jego wręczenie kapitaliście samo w sobie ani za związaniem się kapitalisty, ani tem mniej za związaniem się szukającego kredytu nie przemawiają<sup>3</sup>, bo wzięcie skryptu może być tylko otwarciem szansy kredytu, a danie tylko środkiem do uzyskania tej szansy. Praktycznie skrypt nie wyrzuca poza nawias ani p. de m. dando, ani p. de mutuo accipiendo, które się nie mieszczą w ramach pożyczki konsensualnej. Tak samo intabulacja skryptu, na którą dłużnik zezwała, w niczem w braku innych danych nie przemawia za pożyczką konsensualną, bo ta intabulacja nie stwierdza związania się dłużnika, ale jest założeniem, na którym opierając się kapitalista wziął obowiązek użyczenia kredytu (p. de mutuo dando). Wszak sam autor polskiego projektu informuje, że w Małopolsce mimo dokonanej intabulacji dłużnik przyszły nie czuje się w obowiązku podjęcia pożyczki, a tę praktykę respektuje projekt w art. 149, 1, podając regułę interpretacyjną, że podjęcie pożyczki jest prawem, a nie obowiązkiem dłużnika, co oznacza nic innego, jak cofnięcie się na pozycję jednostronnie wiążącego p. de m. dando<sup>4</sup>.

Niezgodnie też z wyobrażeniem obrotu widzą n. p. autorowie projektu francusko-włoskiego w uprzednim wpisie hipotecznym w związku z umową przygotowawczą pożyczkę konsensualną, podczas gdy

---

<sup>1</sup> Por. Planck j. w. 928.

<sup>2</sup> Regelsberger j. w. 420; por. Kohler w Arch. f. bürg. Recht XXXIII. 12, 13.

<sup>3</sup> Dernburg j. w. II. 2, 248; Planck j. w. 928 u góry, Cohn u Endemanna j. w. III. 856, upatruje w daniu i przyjęciu skryptu jedynie p. de mutuo accipiendo i zaznacza, iż jest quaestio facti, jaką intencją miały strony zawierając pactum de mutuo i sprzeciwia się przyjmowaniu domniemania.

<sup>4</sup> Por. Schey j. w. 174 i objaśnienia do polskiego projektu str. 169; Regelsberger u Endemanna j. w. II. 419, który zaznacza, że zabezpieczenie aktualizuje jedynie obowiązek kapitalisty udzielenia pożyczki.

ten wpis stanowi *causam* samego przyrzeczenia pożyczki i nie przesądza obowiązku jej podjęcia<sup>1</sup>.

Według wyobrażeń obrotu i domniemanej intencji stron, ani wręczenie skryptu ani jego zahipotekowanie w niczem nie koncentrują umowy jako obopólnie wiążącego kontraktu pożyczki. O ile wypłata do skutku nie przyjdzie, skrypt będzie zwrócony, a prawo zastawu, jako pozbawione substratu prawo akcesoryjne, będzie wykreślone i to się stać musi, o ile dłużnik udowodni, że wypłata nie nastąpiła, bo zahipotekowanie skryptu stwarza jedynie domniemanie, że wypłata nastąpiła i przerzuca ciężar dowodu na biorącego pożyczkę<sup>2</sup>. A chyba przyznać zechcą zwolennicy konstrukcji konsensualnej, że wręczenie skryptu zahipotekować się mającej pożyczki, jest bijącym wprost w oczy objawem zgody dania i przyszłego zwrotu, podczas gdy mimo to praktyka życia nie przeczą intencji, sam oblig zwrotu łączy dopiero z faktem wypłaty waluty, a konstrukcja pożyczki, która koniecznie taki oblig zwrotu wiąże już z chwilą wcześniejszą, bez uzasadnionej racji tej praktyce życia zadaje gwałt i z nią staje w sprzeczności<sup>3</sup>, gdyż tylko uprzednie świadczenie uchyla wątpliwości co do intencji stron<sup>4</sup>.

Według projektu prawo żądania wypłaty przedawnia się po upływie 6 miesięcy od chwili, gdy dający pożyczkę popadł w zwłokę (art. 148).

Postanowienie to jest pośredniem zaprzeczeniem własnej konsensualnej konstrukcji a cofnięciem się na stanowisko umowy przygotowawczej, (§ 936 kodeksu austriackiego) zarazem na stanowisko art. 29, IV. polskiego projektu części ogólnej, który określa znaczenie i moc wiążącą t. zw. umów przygotowawczych, wśród których specyficznym rodzajem jest umowa kredytowa<sup>5</sup>. Więc po upływie 6 miesięcy od terminu wypłaty waluty przyrzekający kredyt kapitalista jest wolny, o ile w tym terminie realizacji kredytu

---

<sup>1</sup> objaśnienia do proj. franc.-włosk. str. CLXIV. i CLXVI.

<sup>2</sup> Planck j. w. 935.

<sup>3</sup> Windscheid j. w. II. 601, uw. 3; co do kontraktu składu. Adler j. w. 204, 245: die jetzt schon gewollte Verpflichtung doch noch nicht besteht, weil sie entweder vom Rechtswege noch nicht bestehen kann oder weil sie für später gewollt ist.

<sup>4</sup> Por. Dernburg, Pandekten (wyd. 1894 II. 21, uw. 4: denn Geben und Nehmen... begründet einen Zustand, der nicht mehr ignoriert werden kann.

<sup>5</sup> Por. objaś. do cz. ogól. proj. 63.

nie żądano<sup>1</sup>, z czego wynika, że głoszona w projekcie konstrukcja upada, a odżywa p. de mutuo dando jako jednostronnie wiążąca umowa, której realizacja w kierunku zawarcia realnej pożyczki zależną jest od nagiej woli (si volam) obietnicę odbierającego.

Kombinacja przyrzeczenia dania waluty z przyrzeczeniem zwrotu<sup>2</sup> zawodzi, a jedynie praktyczną jest kombinacja przyrzeczenia zwrotu wraz z realnem daniem jako niczem nie dającym się zastąpić istotnym momentem kontraktu pożyczki.

### 3.

Pożyczka pojęta zasadniczo jako umowa konsensualna, ustala obowiązek dania i zwrotu kapitału pożyczkowego. Z pojęcia tego wynika z konieczności odpowiedzialność dłużnika wynagrodzenia szkody z nieprzyjęcia wynikającej, co przy pożyczce procentowej ma praktyczne znaczenie. I tutaj projekt licząc się z tem, że w praktyce życia codziennego z samej umowy o użyczenie kredytu wyobrażenie obrotu nie przyjmuje obowiązku przyjęcia, zniewolony był wprowadzić w art. 149, 1 regułę interpretacyjną, że w braku odmiennej umowy biorący pożyczkę nie jest obowiązany do podjęcia kapitału pożyczkowego. Tem samym projekt stanął na stanowisku jednostronnie wiążącego pactum de m. dando i drogą reguły interpretacyjnej zaparł drogę wyciągnięciu konsekwencji z pojęcia pożyczki konsensualnej jako umowy wzajemnej, gdyż z ustalonego pojęcia pożyczki konsensualnej wynika (art. 144 »a biorący pożyczkę zobowiązuje się zwrócić«) odpadnięcie warunku «si volet», znamionującego p. de mutuo dando<sup>3</sup>.

Ta reguła jednak co do pożyczki bezprocentowej jest zbędna, gdyż przy niej wierzyciel nie ma interesu w nastawianiu na przyjęcie pożyczkowego kapitału. Obowiązek podjęcia waluty nie miałby zresztą celu, gdyż dłużnik każdej chwili dług bezprocentowy może zwrócić (art. 155, 2), a co do pożyczki procentowej owa reguła domniemanej woli stron nie odpowiada, bo tej domniemanej woli stron odpowiada raczej obowiązek płacenia odsetek bez względu na to, czy

---

<sup>1</sup> Por. Adler j. w. 258: ein in die Bedingung si volet gestellter Vorvertrag; Stintzing, j. w. 25, 26, 33 wenn sich die Bereitschaftspflicht in eine Erfüllungspflicht verwandelt hat.

<sup>2</sup> Kohler, Gesamm. Abhand 42.

<sup>3</sup> Adler j. w. 258, 259.

kapitał podjęto czy też nie<sup>1</sup>, co wynika z pojęcia umowy kredytowej jako tworu odmiennego od pożyczki realnej.

Projekt kierowany względami praktycznymi staje w negacyi do umowy konsensualnej, gdyż akceptuje jednostronnie wiążące p. de m. dando przez wprowadzanie reguły interpretacyjnej niezgodnej z pojęciem umowy kredytowej obustronnie wiążącej (p. de mutuo dando et accipiendo), niezgodnej zarazem z pojęciem konsensualnej pożyczki procentowej. Z postanowień o pożyczce wynika, że w wątpliwości, czy też w razie sporu, biorący pożyczkę zawsze swobodnie cofnąć się może i na żadne konsekwencje się nie naraża, które to stanowisko co do pożyczki procentowej, o ile w danym wypadku wątpliwą była wola stron, nie da się obronić<sup>2</sup>.

Pożyczka konsensualna chcąc się obyć bez szerszej pojąć się dającej umowy przygotowawczej, umowy kredytowej, daje wynik niepraktyczny, gdyż stwarza niepewność co do skutków z niepodjęcia waluty wynikających.

#### 4.

Z samego brzmienia art. 144 trudna jest charakterystyka umowy pożyczkowej. Istniejący obowiązek wypłaty waluty po stronie kapitalisty wskazuje na umowę dwustronnie wiążącą, której jednak z umową wzajemną identyfikować nie można, zwłaszcza, że projekt w ogólnej części w art. 20 istotę umowy wzajemnej jasno i z precyzją określa jako umowy, przy której jedno świadczenie ma być odpłatą drugiego<sup>3</sup>, a zarazem poprzestaje na takim określeniu umowy wzajemnej i nie podtrzymuje<sup>4</sup> znanego w innych prawodawstwach podziału na umowy jednostronnie i obustronnie wiążące. W związku tedy z pojęciem umowy wzajemnej, której znaczenie w projekcie zostało ustalone, należy pytać, czy pożyczka konsensualna projektu cz. szczególnej w owym pojęciu się mieści, co, jak okaże się poniżej, ma bardzo doniosłe konsekwencje praktyczne.

Zdaje się nie ulegać wątpliwości, że pożyczkę procentową za

<sup>1</sup> Planck j. w. 929; Regelsberger j. w. 414, 425; przedewszystkiem Kohler, Arch. f. bürg. Recht XXXIII. 11; Tenże, Lehrbuch II. 1, 235.

<sup>2</sup> Heilfron j. w. II. 581 i tamże w uw. 3 powołany kodeks pruski I. 11. 658, wedle którego nieprzyjmujący pożyczki płaci odszkodowanie w sumie półrocznych odsetek od pożyczyc się mającego kapitału; por. Planck j. w. 930 i Dernburg j. w. II. § 236 I.

<sup>3</sup> Objaśnienia do art. 20 cz. ogół. str. 58.

<sup>4</sup> Longchamps, Projekt franc.-włoski 13 i n.



taką umowę wzajemną uważać należy, co zresztą na ogół przyjmują cywiliści obu zwalczających się obozów<sup>1</sup>. A jeśli tak jest, to oczywiście do takiej pożyczki muszą być zastosowane reguły ogólne do umów wzajemnych się odnoszące. Taką ogólną regułą głosi projekt cz. ogólnej w art. 164, że »kto na mocy umowy wzajemnej zobowiązał się do wcześniejszego świadczenia, może powstrzymać się ze swem świadczeniem aż do spełnienia lub zabezpieczenia wzajemnego świadczenia, jeśli spełnienie wzajemnego świadczenia jest wątpliwe skutkiem złego stanu majątkowego drugiej strony«.

Zdawałoby się, że projekt w razie złego stanu majątkowego biorącego pożyczkę zadowolni się powołaniem się na tę regułę części ogólnej odnoszącą się wogóle do umów wzajemnych. Tak się jednak nie stało. Mimo, że i przy pożyczce konsensualnej wchodzi w grę to samo niebezpieczeństwo, co przy innych umowach wzajemnych, mimo, że danie zabezpieczenia kryje ryzyko udzielić się mającego kredytu, mimo, że n. p. nauka niemiecka w razie umowy wzajemnej, a więc pożyczki procentowej oświadcza się zgodnie za zastosowaniem podobnej reguły, jak wspomniany w art. 164 proj. cz. og.<sup>2</sup>, projekt odnośnie do pożyczki w odrębnym art. 146 cz. szczegółowej przewiduje na ten wypadek coś odmiennego, a mianowicie prawo odstąpienia od umowy i odmówienia wypłaty kapitału pożyczkowego, jeśli jego zwrot jest wątpliwy skutkiem złego stanu majątkowego drugiej strony.

Nie wchodząc w uboczną kwestyę, czy prawo odstąpienia ma miejsce w razie pogorszenia się stanu majątkowego po zawarciu umowy<sup>3</sup>, czy też jeśli ten stan majątkowy już w chwili zawarcia umowy istniał ale kapitałiście znanym nie był, należy zapytać, dlaczego projekt uznał za stosowne w art. 146 cz. szczeg., wprowadzić odrębne prawo odstąpienia od konsensualnej pożyczki i mimo identycznego stanu faktycznego, nie zadowolnił się klauzulą art. 164 cz. ogólnej.

Objaśnienia do części szczegółowej projektu<sup>4</sup> dają w tej mie-

<sup>1</sup> Eck-Leonhard, Vorträge 507 i 505, uw. 2; Schey j. w. 133 n.; Kohler w Arch. f. bürg. Recht XXXII. 2.

<sup>2</sup> Planck j. w. 942; por. Stammerler j. w. 94.

<sup>3</sup> Tak kod. niem. § 321; bardzo pouczające na ten temat wywody w Prot. II str. 47—50 i Prot. I. str. 631 n., co do uznania w tak ograniczonym zakresie cl. rebus sic stantibus; przeciw ograniczeniu trafnie Till j. w. 158 n.

<sup>4</sup> Por. objaśn. 167 i 164 u dołu.

rze zbyt skąpą odpowiedź, gdyż jest rzeczą niezrozumiałą, dlaczego kapitaliście niema ewentualnie wystarczyć danie mu zabezpieczenia, dlaczego »tu musi być prawo definitywnego odstąpienia«.

I tutaj właśnie uwypatnia się słaba strona konstrukcyi pożyczki konsensualnej. Tak jest istotnie, że przy umowie kredytowej, która atoli pożyczką nie jest, a która, powiedzieć śmiało można, z reguły wiąże tylko kapitalistę, że przy konsensualnej pożyczce bezprocentowej, która znowu umową wzajemną nie jest, jedynie możliwą jest odrębna kautela w postaci odwołania obietnicy udzielenia kredytu.

Projekt, nie mogąc przeoczyć różnorodnego ustosunkowania się stron, ze względu na dany interes kredytowy, darmy lub odpłatny, obopólnie lub jednostronnie wiążący, postanowieniem art. 146 wyszedł poza konsekwencye z umowy wzajemnej wynikające, w art. 164 cz. ogólnej określone, i wrócił na stanowisko umowy przygotowawczej i realnej pożyczki<sup>1</sup>.

##### 5.

Co do charakteru swego i znaczenia, tak norma art. 164 cz. ogólnej, jak norma art. 146 cz. szczeg. projektu są t. zw. normami uzupełniającymi, jakkolwiek względy praktyczne raczejby przemawiały za tem, że norma art. 164 mieć winna znaczenie normy uzupełniającej, a norma art. 146 cz. szczeg. znaczenie reguły interpretacyjnej, której stosowanie wyłączone być winno w każdym wypadku, w którym treść danej obietnicy, okoliczności jej towarzyszące, istnienie woli nieudzielenia kredytu w razie pogorszenia stosunków majątkowych wykluczają<sup>2</sup>. Gdyby projekt tak rzecz pojął, wówczas w odniesieniu do pożyczki procentowej, w braku danych do zastosowania reguły interpretacyjnej z art. 146, możnaby jeszcze skutecznie stosować art. 164 proj. cz. ogólnej, które to stanowisko słusznie podziela cywilistyka niem., gdyż w istotnej swej treści zgodny z art. 146 projektu, § 610 k. n., brzmieniem swoim uwypatnił ową normę jako regułę interpretacyjną, bo mówi: »wer die Hingabe eines Darlehens verspricht, kann »im Zweifel« das Versprechen widerrufen, wenn in den Vermögensverhältnissen des an-

<sup>1</sup> Por. art. 641 proj. franc.-włos., który słusznie stawia prawo odwołania na drugim planie, o ile dano odpowiednie zabezpieczenie.

<sup>2</sup> Stämmeler j. w. 94: das zweifellos ohne Bedingung erfolgte Versprechen wird nicht durch das Gesetz ergänzt.

deren Theiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Rückerstattung gefährdet wird.

Pomijając jednak powyższą kwestyę, zaznaczyć należy, że projekt, mimo konstrukcyi konsensualnej pożyczki, świadom trudności wynikających z konsekwentnego stosowania reguł o umowach wzajemnych, odnośnie do kauteli przyjętej w art. 146 chcąc dać przepis ogólny, dający się zastosować równie dobrze do pożyczki bezprocentowej, jak i procentowej, zawrócił do pożyczki realnej, od której oddzielić trzeba samą obietnicę udzielenia kredytu, obietnicę udzielenia pożyczki, jak to uczynił trafnie n. p. kodeks niemiecki. Mimowolnie zeszedł projekt odrębnem postanowieniem art. 146 na stanowisko konstrukcyi realnej, przy której obietnicę pożyczki traktuje się jako t. zw. umowę przygotowawczą, przy zaistnieniu stanu faktycznego identycznego ze stanem podanym w art. 146 już wedle art. 29, 2 proj. cz. ogól. odwołał<sup>1</sup>.

## 6.

Art. 149 proj. głosi, że w braku odmiennej umowy, biorący pożyczkę nie jest obowiązany do podjęcia kapitału pożyczkowego, zaś objaśnienia (str. 169) potrzebę takiego przepisu tłumaczą tem, że projekt uważa pożyczkę za umowę konsensualną, czyli, że gdyby nie ten przepis, to w każdym wypadku niepodjęcia pożyczki, biorący ją naraziłby się na skutki niespełnienia wzajemnych obowiązków w moc umowy na nim ciążących, a ponieważ w pożyczce konsensualnej a oprocentowanej obowiązek dania waluty i obowiązek płacenia odsetek stoją do siebie w stosunku świadczeń wzajemnych, to tam gdzie niema miejsca reguła interpretacyjna art. 149, 1, już sama gotowość wypłaty waluty uzasadnia prawo żądania odsetek<sup>2</sup>, gdyż jest rzeczą słuszną bronić kapitalistę przed stratą, który gwoli dotrzymania umowy wycofał n. p. kapitał z korzystnej lokaty.

Jednak właśnie ten obowiązek płacenia odsetek mimo niepodjęcia kapitału doskonale się tłumaczy, jeśli tę t. zw. konsensualną pożyczkę obejrzymy w świetle obustronnie wiążącej umowy kredytowej. Otwarcie kredytu za wynagrodzeniem samo w sobie jest już gotowem, dopełnionem świadczeniem z punktu gospodar-

<sup>1</sup> Por. art. 29, 2 proj. cz. ogól. Objaśnienia do tegoż art. na str. 63 n., gdzie właśnie podkreślono praktyczną wartość odstąpienia przy interesach kredytowych, a w szczególności w razie przyrzeczenia pożyczki.

<sup>2</sup> Tak Kohler, *Gesamm. Abhandl.* 46 i w *Arch. f. bürg. Recht* II. 230.

czego mającym praktyczną wartość<sup>1</sup>, i ta to gotowość uskutecznienia pożyczki uzasadnia prawo żądania wynagrodzenia, o ile to otwarcie kredytu nastąpiło sposobem odpłatnym. O ile zatem w danym wypadku nie stanęła umowa tylko kapitalistę wiążąca (udzielenie kredytu »na żądanie«), to biorący, czy pożyczkę podjął, czy też nie podjął, odsetki płacić musi, ale nie dlatego, że pożyczka konsensualna doszła do skutku, ale dlatego, że ta t. zw. w projekcie konsensualna pożyczka w istocie rzeczy jest umową kredytową, sui generis umową, którą dotąd panująca teoria niewłaściwie określa jako umowę przygotowawczą, podczas gdy ona jest sui generis samoistną umową<sup>2</sup>. Ponieważ zaś taka umowa kredytowa może być bądź jednostronnie, bądź obustronnie wiążąca, co jest quaestio facti<sup>3</sup>, przeto autorowie projektu, świadomi tego w formie reguły interpretacyjnej, wprowadzają do t. zw. konsensualnej pożyczki w czystej postaci, p. de mutuo dando czyli innemi słowy przecież czynią różnicę między właściwą konsensualną pożyczką, a jej jednym członem, t. j. obietnicą dania pożyczki, jako odrębną umową, która stosunku pożyczkowego nie stwarza. W postaci reguły interpretacyjnej odnajdujemy w projekcie obok konsensualnej pożyczki t. zw. umowę przygotowawczą z art. 29 proj. części ogólnej.

Atoli reguła interpretacyjna art. 149 proj. w stosunku do obustronnie wiążącej pożyczki konsensualnej tego projektu wprowadzić musi nieporozumienie, bo pod tym względem niema nigdy wątpliwości, że biorący pożyczkę niema obowiązku podjęcia waluty (Abnahmepflicht)<sup>4</sup>, wątpliwość jedynie zachodzi co do tego, czy ma płacić odsetki w razie niepodjęcia waluty i na ten też wypadek należało podać regułę interpretacyjną treści zupełnie innej, a mianowicie, że w wątpliwości odnośnie do pożyczki procentowej, jako dwustronnie wiążącej<sup>5</sup>, biorący pożyczkę odpowiada i odsetki płacić musi, o ile w danym wypadku nie miało miejsca przyjscie do skutku jedynie obietnicy udzielenia pożyczki (jednostronnie wiążące p. de mutuo dando). W systemie projektu, który obietnicę pożyczki uważa za definitywną umowę w związku z regułą interpretacyjną art. 149,

<sup>1</sup> Endemann, Der Kredit 196 n.

<sup>2</sup> Schey j. w. 175 i uw. 32.

<sup>3</sup> Kohler, Arch. f. bürg. Recht II. 228.

<sup>4</sup> O ile wedle treści danej umowy to podjęcie nie jest dla danego interesu istotnem (depositum irregulare), por. Dernburg, Pandekten II. 635,

<sup>5</sup> Planck j. w. 929.

niepodobna stwierdzić, czy i kiedy przyszedł dłużnik popada w mora accipiendi, a przeciwnie w systemie pożyczki realnej i umowy przygotowawczej będzie tylko quaestio facti, czy umowa przygotowawcza wiąże jednostronnie czy obopólnie i wedle tych kryteriów ocenić można niezastnienie lub zaistnienie zwłoki przyjęcia i jej skutków.

## 7.

Projekt, mając co do ewikcyi na względzie niepraktyczne konsekwencye, do jakich prowadzi konsensualna pożyczka, zbacza, i to bardzo wydatnie, na stanowisko konstrukcyi realnej.

Wedle tej ostatniej o ewikcyi wogóle przy pożyczce mówić nie można. O ile dano obce pieniądze, fałszywe pieniądze, to pożyczka nie przychodzi do skutku, gdyż celem pożyczki jest wniesienie do majątku pożyczającego do nieograniczonego użytku pewnej ilości rzeczy zamiennych, pewnych wartości. O ile to założenie się nie ziści, pożyczki niema, a rzeczy nie będące reprezentantem owych kredytowanych wartości wracają do dającego. O ile szukający kredytu przez danie niewłaściwych rzeczy poniósł szkodę, dający odpowiada za nią pozakontraktowo, gdyż kontrakt realny do skutku nie przyszedł<sup>1</sup>.

Wedle projektu (art. 156, ust. 2), w razie ewikcyi kapitału pożyczkowego, pożyczka nie przychodzi do skutku, o ile biorący pożyczkę wydał trzeciemu kapitał i o ile o pretensyi podniesionej przez trzeciego zawiadomił dającego pożyczkę. To znaczy zatem, że w razie nieprzysporzenia własności biorącemu pożyczkę, umowa nie przychodzi do skutku; rezultat analogiczny do tego, do jakiego dochodzi konstrukcyja realna, ale zarazem rezultat, który jest zarzuceniem wynikających z konstrukcyi konsensualnej konsekwencyj, gdyż stojąc na stanowisku tej konstrukcyi należało stwierdzić, że umowa, jako umowa konsensualna, ostać się musi, zaś biorący pożyczkę ma jedynie prawo odstąpienia od umowy z powodu ewikcyi<sup>2</sup>, tak samo, jak według projektu, o ile zaniechał denuncyacyi i pozbawił dającego możności podniesienia zarzutów przeciw pretensyi trzeciego, będzie odpowiadał za kapitał pożyczkowy, mimo, że nie sprawdziło się zasadnicze założenie z celu pożyczki wynikające, t. j. pozostawienie na pewien czas używania kapitału. Z tego powiązania

---

<sup>1</sup> Schey j. w. 94; Adler j. w. 200.

<sup>2</sup> Por. objaśn. 172.

przepisów o ewikcyi z pożyczką konsensualną uzyskuje się wynik godzący w samo pojęcie i istotę tejże konsensualnej pożyczki, której fundamentalnem założeniem jest wypłata waluty uzasadniająca prawo żądania zwrotu, a tutaj nagle odkrywamy i taką ewentualność, że prawo żądania zwrotu istnieje mimo niemożności korzystania z kapitału.

Takich komplikacyj konstrukcyja realna nie zna. W braku przejścia kapitału do majątku dłużnika, pożyczki niema, a dający wbrew oczekiwaniu nieprzechodzące na własność rzeczy, rzeczy te odbiera i oczywiście odpowiada za szkody, jakieby biorący z odebrania tych rzeczy poniósł. Może też, o ile samą pożyczkę poprzedziło p. de m. dando, odrzucając rzeczy niewłaściwe żądać dostarczenia rzeczy właściwych<sup>1</sup>.

Tak samo o ewikcyi z powodu wad fizycznych w pożyczce realnej mowy być nie może. Przedewszystkiem biorący pożyczkę niema obowiązku przyjmowania rzeczy wadliwych.

Jeśli rzecz miała wady, a biorący pożyczkę mimo to ją przyjął (stęchłe lub zatrute zboże), to pożyczka do skutku przychodzi, gdyż biorącemu nie dzieje się krzywda, bo jego obowiązek polega w zwrocie rzeczy tej samej ilości, jakości i dobroci, reguły o ewikcyi będą zupełnie zbędne. Jeśli z powodu tych wad poniósł szkodę, to może jej dochodzić wedle ogólnych reguł o odszkodowaniu lub *actione contraria ex mutuo*<sup>2</sup>.

Konstrukcyja konsensualna osiąga tenże rezultat w razie nieprzyjęcia rzeczy wadliwych, podstawiając jako wyjście odstąpienie od zawartej już umowy konsensualnej. I to wyjście względnie jest najlepsze, gdyż stosowanie zasad analogicznych, jakie obowiązują co do kontraktu kupna, prowadzi do niepraktycznych komplikacyj, albowiem reguły o ewikcyi przy kupnie mają miejsce bez względu czy efektywna szkoda nastąpiła<sup>3</sup>, a przy pożyczce dający ją odpowiada za szkodę wyrządzoną (arg. art. 135, art. 147, 1 proj. cz. szczeg.).

Projekt wychodząc z założenia, że pożyczka consensu przychodzi do skutku, podtrzymuje istnienie pożyczki w razie przyjęcia rzeczy wadliwych i daje biorącemu prawo żądania wynagrodzenia szkody z powodu wad zamilczanych, a przeciwnie daje biorącemu

---

<sup>1</sup> Kohler w Arch. f. bürg. Recht XXXIII. 14.

<sup>2</sup> Schey j. w. 94; Brinz II. 480 i uw. 27.

<sup>3</sup> Longchamps, objaśn. 168.

pożyczkę prawo odstąpienia od umowy mimo, że wadliwe rzeczy przyjął i nic innego jak takie same rzeczy ma zwrócić, jeśli dający pożyczkę o wadach nie wiedział (art. 147, 1 i art. 147 2). Rezultat nadspodziewany! Przeciw lojalnemu pożyczko-dawcy ma pożyczko-biorca prawo odstąpienia, przeciw nielojalnemu takiego prawa odstąpienia niema. Jeśli zatem dano papiery na okaziciela, na których ciążył obowiązek dopłaty<sup>1</sup>, o czym dający nie wiedział, to może biorący pożyczkę za zwrotem papierów od umowy odstąpić i od dopłaty się zwolnić, ale wobec nielojalnego pożyczko-dawcy tego prawa mieć nie będzie a zadowolnić się musi skuteczniejszy dopłatę trudnym procesem o odszkodowanie!

Że powyższe konsekwencje wynikające z zastosowania do pożyczki jako umowy konsensualnej reguł o ewikcyi są wysoce niepożądane, to chyba jest jasne<sup>2</sup>.

Powiązanie wynagrodzenia, spowodowanego wadami rzeczy z ewikcyą z powodu wad fizycznych (art. 147) prowadzi zatem do wyników niepraktycznych.

O ile, choćby wadliwe rzeczy, przyjęto, pożyczka do skutku przychodzi. Odpowiedzialność za szkody z powodu wad jest zagadnieniem odrębnem, unormowanem w części ogólnej (art. 172 cz. og.).

## 8.

Konstrukcja realnej pożyczki procentowej daje pojęciowo wprawdzie umowę odpłatną, ale rodzi zobowiązanie jednostronne, bo roszczenie o danie credendi causa przez wręczenie waluty zostaje zabsorbowane, a roszczenie o odsetki jest akcesoryum obowiązku zwrotu, zaś normy dotyczące umów wzajemnych, rodzących zobowiązania obustronne do pożyczki procentowej zastosowania mieć nie mogą.

Wedle ogólnych zasad o niedopełnieniu umów wzajemnych, a pożyczka konsensualna projektu za taką umowę wzajemną uważaną być musi (art. 20 cz. ogół. projektu) pożyczko-dawca w razie niepłacenia procentów może od umowy odstąpić, tak jak umowa

---

<sup>1</sup> Schey, j. w. 94 i uw. 4.

<sup>2</sup> Por. Planck j. w. 925, 932, 930 i tamże krytyka stanowiska Cosacka 931; oraz proj. franc.-włoski, który w art. 640 co do szkody spowodowanej wadami czyni różnicę między procentową a bezprocentową pożyczką.

o najem pod pewnymi łagodniejszymi dla najmobiorey warunkami może być rozwiązana (art. 101 proj. cz. szczeg.)<sup>1</sup>.

Stosując do pożyczki procentowej analogię pojęcia najmu kapitału, musi się z koniecznością prawo odstąpienia przed terminem wymownej zapadłości przyjąć jako naturale negotii i do pożyczki procentowej<sup>2</sup>, co jest wprost wykluczone w odniesieniu do pożyczki realnej. Choćby więc nawet w sposób dorozumiany z treści umowy takie prawo odstąpienia z powodu niepłacenia odsetek wyprowadzić się nie dało, to w systemie pożyczki konsensualnej ono w praktyce wytworzyłoby się musiało mimo sprzeczności z istotą i przeznaczeniem kredytu. W niemieckiej literaturze cywilistycznej właśnie zwolennicy pożyczki konsensualnej uważają to prawo przedterminowego wypowiedzenia pożyczki w razie niepłacenia rat procentowych jako wynikające z natury tej umowy, jako umowy wzajemnej<sup>3</sup>, podczas gdy niektórzy zwolennicy pożyczki realnej prawo przedterminowego wypowiedzenia z powodu niepłacenia odsetek, opierają na wyraźnym lub z okoliczności zawarcia umowy towarzyszących wynikającym zastrzeżeniu stron<sup>4</sup>, co też potwierdza i praktyka.

Ze de lege ferenda, z samego prawa płynące odstąpienie od umowy z powodu niepłacenia odsetek, nie jest uzasadnione, wykazano powyżej<sup>5</sup>.

De lege ferenda dochodzę do następujących wyników:

Kontrakty realne winne być nadal utrzymane, albowiem przeniesienie tych tworów prawnych do dziedziny umów konsensualnych wobec specyficznych cech i właściwości użyczenia, przechowania, pożyczki w przeciwstawieniu do kupna, najmu, czy zlecenia i spółki, doprowadziłoby w praktyce do zatarcia się owych właściwości i co ważniejsza, do konsekwencyj sprzecznych z naturą i gospodarczem przeznaczeniem owych trzech umów.

---

<sup>1</sup> objaśnienia do art. 101 cz. szczeg. str. 137.

<sup>2</sup> Czyni to Kohler (Arch. f. bürg. R. XXXIII. 12) zalecając stosowanie żywcem § 554 k. n. odnoszącego się do najmu.

<sup>3</sup> Affolter, Das verzinsliche Darlehen w Arch. f. bürg. Recht XXVI. 1 n., który wyraźnie podkreśla, że rozstrzygnięcie kwestyi (pozytywne lub negatywne) zależy od tego, czy procentowa pożyczka jest umową wzajemną, czy rodzi dwustronne, wzajemne prawa i obowiązki.

<sup>4</sup> Tak Enneccerus j. w. § 363, uw. 4, który się sprzeciwia przyjmowaniu w tym wypadku domniemania. Por. Planck j. w. 940.

<sup>5</sup> Por. str. 52 i n.



Obietnica użyczenia, udzielenia pożyczki, przyjęcia w przechowanie, zapowiada w swej istotnej treści tylko gotowość świadczenia, które staje się obowiązkiem z chwilą żądania ze strony uprawnionego. Takie obietnice jako odrębne, *sui generis* umowy, winne być traktowane, wrzucanie ich do wspólnego kosza, t. zw. umowy przygotowawczej, nie jest wskazane, bo wedle obecnego stanu nauki pojęcie umowy przygotowawczej jest płynne, a praktyka życia i obrotu wytworzy z owych obietnic, szczególnie z obietnicy pożyczki odrębne typy umów o zindywidualizowanej treści (umowa kredytowa, umowa o otwarciu kredytu, rachunek bieżący).

Z drugiej atoli strony konstruowanie takich obietnic jako kontraktów konsensualnych jest rzeczą ryzykowną. Praktyka życia nigdy nie przestanie wiązać obowiązków z użyczenia, przechowania, z pożyczki z realnem oddaniem rzeczy.

Idąc w tej mierze za wzorem kodeksów obowiązujących w Polsce, należałoby określając owe trzy umowy jako kontrakty realne zaznaczyć tylko, że obietnica użyczenia, udzielenia pożyczki, wzięcia w przechowanie wiąże (por. n. p. § 983, 957, 971 k. a.).

Kwestyą odrębną jest ewentualność poddania tych obietnic wymogowi formy na wzór rzymskiej *stipulatio credendi*, gdyż wymóg formy może być wskazówką, że w danym wypadku obietnicę, chociażby nawet darmo, chciano poddać przymusowi prawnemu nie zadawalniając się jeno obowiązkiem przyzwoitości.

### Spis dzieł powoływanych w skróceniu.

- Adler, Realvertrag u. Vorvertrag w Iher. Jahrb. XXXI. 1892.  
 Affolter, Das verzinsliche Darlehen w Arch. f. bürg. Recht XXVI. 1905.  
 Baron, Pandekten 1896.  
 Boehmer, Realverträge im heut. Recht w Arch. für bürg. Recht XXXVIII. 1912.  
 Brinz, Lehrbuch der Pandekten 1879.  
 Bruns - Eck - Mitteis, Das Pandektenrecht w Holtzendorffs Encyclopädie I. 1904.  
 Cohn w Endemanns Handbuch des Handelsrechts 1885, III. 833 n.  
 Cosack, Lehrbuch des bürg. Rechts 1927 i 1909.  
 Crome, System des deutschen bürg. Rechts, II. 1, II. 2, 1902.  
 — Partiarische Rechtsgeschäfte 1897.  
 Degenkolb, Zur Lehre vom Vorvertrag w Arch. für civ. Praxis XXI. n. F. LXXI. 1877.  
 Dernburg, System des röm. Rechts 1912.  
 — Das bürgerliche Recht des deut. Reichs 1906.

- Eck-Leouhard, Vorträge über das Recht des bürg. Gesetzbuches 1908.  
 Enneccerus, Lehrbuch des bürg. Rechts II. 1928.  
 Endemann, Lehrbuch des bürg. Rechts I. 1905.  
 — Der Kredit als Gegenstand der Rechtsgeschäfte w Ztschr. für Handelsrecht IV. 1861.  
 Fischer-Henle, Bürg. Gesetzbuch 1900.  
 Goldschmidt, Die Querela non numeratae pecuniae w Iherings Jahrb. XXIV. 1886.  
 Gierke, Dauernde Schuldverhältnisse w Iher. Jahrb. LXIV. 1914.  
 Göppert, Zur Lehre von den pacta de contrahendo w Krit. Vierteljahrschrift für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft XIV. 1872.  
 Haymann, Zur Grenzziehung zwischen Schenkung u. entgeltlichem Geschäft w Iher. Jahrb. LVI. 1910.  
 Heilfron, Röm. Rechtsgeschichte 1903.  
 — Lehrbuch des bürg. Rechts II. 1905.  
 Ihering, Ein Rechtsgutachten betreffend die Gäubahn w Iher. Jahrb. XVIII. 1880.  
 — Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen w Iher. Jahrb. XXIII. 1885.  
 Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte 1885.  
 Kinne, Der Contractus mohatrae w Gruchots Beiträge LVI. 1912.  
 Kohler, Lehrbuch d. bürg. Rechts 1906.  
 — Über das Konsensualdarlehen w Archiv f. bürg. Recht II. 1889.  
 — Annahme u. Annahmeverzug w Iherings Jahrb. XVII. 1879.  
 — Gesammelte Abhandlungen 1883.  
 — Das Vereinbahrdarlehen w Arch. f. bürg. Recht XXXIII. 1909.  
 Kress, Lehrbuch des allg. Schuldrechtes 1929.  
 Kübler, Geschichte des röm. Rechts 1925.  
 Lenel, Irrthum über wesentliche Eigenschaften w Iher. Jahrb. XLIV. 1902.  
 Longchamps de Berier, Projekt franc.-włoski o zobowiązaniach 1929.  
 Lübbert, Der Kreditvertrag w Iherings Jahrb. LII. 1907.  
 Motive zu dem Entwurf eines bürg. Gesetzbuches f. d. deut. Reich II.  
 Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse 1899.  
 Perucco, Parerga w Sav.-Ztschr. f. Rgesch., Rom. Abth. XIII. 1892.  
 Planck, Commentar zum bürg. Gesetzbuch II. 1914.  
 Progetto di Codice delle obbligazioni e dei contratti, Roma 1928.  
 Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürg. Gesetzbuches I, II.  
 Regelsberger, Sicherheit für betagte u. bedingte Forderungen w Iher. Jahrb. XL. 1898.  
 — Civilistische Erörterungen 1868.  
 — w Endemanns Handbuch des Handelsrechts II. 417 n.  
 — Nachschrift w Iher. Jahrb. LII. 1907.  
 Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers w Iher. Jahrb. XLIII. 1901.  
 Schey, Die Obligationsverhältnisse des österr. allgem. Privatrechtes 1890.  
 Schlossmann, Vorvertrag u. die rechtliche Natur der Realkontrakte w Iher. Jahrb. XLV. 1903.

Siber, Röm. Privatrecht II. 1928.

— Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit w Iher. Jahrb. LXX. 1921.

— Zur Theorie von Schuld u. Haftung nach Reichsrecht w Iher. Jahrb. 50, 1905.

Sohm, Geschichte u. System des röm. Rechts 1905.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse 1897.

Staudinger, Kommentar zum bürg. Gesetzbuche 1912.

Stintzing, Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse, 1 Heft, 1903.

Till, Polskie prawo zobowiązań (część ogólna). Projekt wstępny z motywami 1923.

Till i Longchamps de Berier, Polskie prawo zobowiązań (część szczegółowa). Projekt wstępny z motywami 1928.

Thöl, Das Handelsrecht I. 1879.

Unger, Realkontrakte im heutigen Recht w Iher. Jahrb. VIII. 1866.

Wendt, Der Real-Verbal-Kontrakt des röm. Rechts w Iher. Jahrb. XXVIII. 1883.

Windscheid-Kipp, Pandekten 1906.

---

## SPIS RZECZY.

|                                                                                                                                                                              | Str. |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| Wstęp . . . . .                                                                                                                                                              | 1    |
| I. Prawo rzymskie i teoria prawa pospolitego . . . . .                                                                                                                       | 2    |
| II. Szczególne właściwości rzymskich kontraktów realnych i ich stosunek do t. zw. umów przygotowawczych . . . . .                                                            | 9    |
| III. Kodeks cywilny niemiecki w stosunku do problemu konstrukcji kontraktów realnych . . . . .                                                                               | 18   |
| 1. użyczenie w niem. kod. cywilnym . . . . .                                                                                                                                 | 19   |
| 2. kontrakt przechowania w niem. kod. cywilnym . . . . .                                                                                                                     | 22   |
| 3. pożyczka w niem. kod. cywilnym . . . . .                                                                                                                                  | 25   |
| IV. Rozbiór przeciwstawnych konstrukcyj w stosunku do użyczenia, przechowania, pożyczki . . . . .                                                                            | 27   |
| 1. użyczenie . . . . .                                                                                                                                                       | 27   |
| 2. przechowanie . . . . .                                                                                                                                                    | 28   |
| 3. pożyczka . . . . .                                                                                                                                                        | 31   |
| a) pożyczka bezprocentowa . . . . .                                                                                                                                          | 31   |
| b) pożyczka procentowa . . . . .                                                                                                                                             | 32   |
| V. Krytyka konstrukcji konsensualnej pożyczki . . . . .                                                                                                                      | 36   |
| VI. Wręczenie waluty pożyczkowej a pożyczka konsensualna . . . . .                                                                                                           | 39   |
| VII. Praktyczne konsekwencje wynikające z porównania przeciwstawnych konstrukcyj pożyczki . . . . .                                                                          | 44   |
| a) pośrednictwo a pożyczka . . . . .                                                                                                                                         | 44   |
| b) obowiązek płacenia odsetek . . . . .                                                                                                                                      | 45   |
| c) zwłoka w podjęciu waluty . . . . .                                                                                                                                        | 46   |
| d) ryzyko wzajemności . . . . .                                                                                                                                              | 49   |
| e) zwłoka w uiszczaniu procentów . . . . .                                                                                                                                   | 52   |
| f) waluta jako łącznik między umową przygotowawczą a pożyczką realną . . . . .                                                                                               | 56   |
| g) t. zw. cesya należnej waluty . . . . .                                                                                                                                    | 61   |
| h) sukcesya uniwersalna co do roszczenia o wypłatę waluty . . . . .                                                                                                          | 63   |
| VIII. Umowa kredytowa w stosunku do pożyczki realnej . . . . .                                                                                                               | 66   |
| IX. Próba oparcia pożyczki konsensualnej o prawo rzymskie . . . . .                                                                                                          | 70   |
| X. Umowa przygotowawcza a umowa kredytowa (ich osnowa i przedmiot)                                                                                                           | 75   |
| XI. Pożyczka konsensualna jako twór prawny pojęciowo identyczny z umową kredytową . . . . .                                                                                  | 85   |
| XII. Odwołanie umowy kredytowej z powodu pogorszenia się stanu majątkowego szukającego kredytu (Clausula rebus sic stantibus w stosunku do konsensualnej pożyczki) . . . . . | 88   |
| XIII. Pożyczka w projekcie polskiego kodeksu cywilnego 1—8 . . . . .                                                                                                         | 94   |
| Pogląd de lege ferenda . . . . .                                                                                                                                             | 108  |