Dr WŁADYSŁAW LEOPOLD JAWORSKI.

PRAWO NADZASTAWU

wedle

USTAWODAWSTWA AUSTRYACKIEGO.

W KRAKOWIE,
NAKŁADEM KSIĘGARNI SPÓŁKI WYDAWNICZEJ POLSKIEJ.
1894.

42313

W KRAKOWIE W DRUKARNI «CZASU» FR. KLUCZYCKIEGO I SPÓŁKI
pod zarządem J. Łakocińskiego

SPIS RZECZY.

str.

Wstęp 1

Rozdział I 4

Przepisy odnoszące się do prawa nadzastawu str. 4. Ogólne zasady prawa zastawu str. 4. Stosunki unormowane przepisami odnoszącymi się do prawa nadzastawu str. 7. Ustawa nie daje pojęcia prawa nadzastawu str. 19, rozstrzyga tylko niektóre stosunki str. 26. Zaznaczenie dalszej drogi badania str. 27.

Rozdział II. Rozbiór teoryi prawa nadzastawu 29

Autorowie starsi (Zeiller, Nippel, Winiwarter, Ellinger) str. 29. Przejście do nowszych stanowi Kirchstetter str. 36. Autorowie nowsi: A) Klepsch i Udziela str. 36; B) Harum, Krainz, Till i Ofner str. 46; C) Stubenrauch str. 53; D) Exner str. 56. Ogólna charakterystyka powyższych teoryi i wnioski str. 60

Rozdział III 64

I. Stosunek rozstrzygnięty przez kodeks cywilny wskazuje, ze przedmiotem prawa nadzastawu jest prawo zastawu str. 65, ustawa hipoteczna zaś nie prowadzi do tego wniosku str. 69.

II. Prawo hipoteki nie jest prawem niezawislem, nie może przeto wyrównac różnicy między kodeksem cywilnym a ustawą hipoteczną w kwestyi prawa nadzastawu str. 78, wskutek czego przyjąc należy, że prawo nadzastawu ustawy hipotecznej ma inny przedmiot, aniżeli prawo nadzastawu kodeksu cywilnego, że jest nim mianowicie wierzytelność wraz z prawem zastawu str. 90

III. Zapatrywanie, że przedmiotem prawa nadzastawu wedle u. c. jest prawo zastawu, popiera historya kody

fikacyi austr. str. 95. Obraz obcych ustawodawstw: Landrecht str. 100, kodeks saski str. 102, projekt kod. cyw. dla państwa niem. str. 103, kod. Kantonu Zurich str. 103, kodeks Napoleona str. 106, ust. hip. belgijska 107, prawo hiszpanskie str. 107.

IV. A) Stosunek (wedle kodeksu cywilnego) prawa zastawu na prawie zastawu do prawa zastawu na wierzytelności str. 107. B) Przedmiotem prawa nadzastawu wedle ust. hip. jest cała wierzytelność a nie tylko ta jej część, która jest ubezpieczoną prawem zastawu str. 117.

V. Rozstrzygnięcie stosunków przedstawionych w rozdziale pierwszym. A) Stosunek nadzastawnika do przedmiotu prawa nadzastawu str. 129; B) Stosunek między nadzastawnikiem a zastawnikiem str. 135; C) Stosunek między zastawcą a nadzastawnikiem str. 136; D) Stosunek między dłużnikiem osobistym zastawnika a nadzastawnikiem str. 139; E) Wpływ poprzednich stosunków na pierwotny stosunek prawa zastawu str. 140.

Zadaniem niniejszej pracy jest nauka o prawie nadzastawu wedle prawa austryackiego.

Treścią rozdziału I. jest wydobycie z ustawowych przepisów, odnoszących się do prawa nadzastawu, stosunków, jakie te przepisy mają rozstrzygnąć, następnie rozwinięcie wszystkich możliwych form tych stosunków, a wreszcie zbadanie, czy wszystkie te formy są przez rzeczone przepisy unormowane. Ustawa może normować te wszystkie formy w dwojaki sposób: albo podaje odnośne pojęcie, w naszym wypadku pojęcie prawa nadzastawu, a więc uogólnienie, w którem mieścić się musi unormowanie wszystkich ewentualności, albo też nie daje pojęcia, a rozstrzyga tylko pojedyncze stosunki. O ile wtedy stosunki te okażą się wyraźnie unormowanymi, wynik tego badania będzie materyałem, mającym posłużyć do zbudowania pojęcia prawa nadzastawu, o ile zaś stosunki te nie będą unormowanymi, wynik tego badania przedstawi zadania, jakie nauka w przedmiocie instytucyi prawa nadzastawu przez uzupełnienie tych braków ma spełnić.

Rozdział II. ma za zadanie przegląd i krytykę teoryi prawa nadzastawu, jakie są znane w literaturze prawa austryackiego. Krytyka odnosić się może tylko do następujących dwóch punktów. Po pierwsze, winna wykazać, czy dana teorya nie ma wewnętrznych sprzeczności. Stwierdzenie, że tak jest, musi spowodować odrzucenie takiej teoryi już z tej przyczyny. Powtóre, krytyka winna zbadać, czy dana teorya rozstrzyga wszystkie formy stosunków, rozwinięte w rozdziale pierwszym, tudzież winna ocenić uzasadnienie tego rozstrzygnięcia. Pierwsze stanowisko krytyki jest stanowiskiem podmiotowem danego autora, bez badania bowiem prawdziwości premis przy-

jętych przez niego, zastanowić się tu tylko należy, czy z premis tych wyciągniętym został logiczny wniosek. Natomiast drugie stanowisko jest przedmiotowem, rozchodzi się tu bowiem o zbadanie, czy premisy danego autora są prawdziwe i czy użyto wszystkich premis, jakie użytemi być mogły i powinny.

W rozdziale trzecim rozstrzygniętymi zostaną rozwinięte w rozdziale pierwszym stosunki i postawioną względnie bronioną będzie teorya prawa nadzastawu, którą autor uważa za uzasadnioną. Badanie zamierzone w rozdziale pierwszym wykaże, że austryackie prawo nie daje pojęcia prawa nadzastawu, a nadto że tylko niektóre formy stosunków, jakie z ustawowych przepisów o prawie nadzastawu wysnuć się dadzą, są wyraźnie przez te przepisy unormowanemi, że zaś część ich czeka na pomoc nauki. Otóż ta druga część rozstrzygniętą być może w dwojaki sposób. Albo rozstrzygnięcie to osiągnąć można w drodze analogii, albo też wypłynie ono, jako szereg logicznych wniosków, z pojęcia prawa nadzastawu. Że jednak pojęcie prawa nadzastawu nie danem jest przez ustawę, a z drugiej strony że to pojęcie, jak każde inne, nie może być jakąś konstrukcyą apriorystyczną a przeciwnie winno być tylko uogólnieniem szczegółowych postanowień, przeto jasną jest rzeczą, że ta druga droga rozstrzygnięcia nieunormowanych wyraźnie przez ustawę form stosunków wtedy tylko może być użytą, jeżeli wyraźne rozstrzygnięcie ustawowe tyczy się tak kardynalnych form stosunków, że z nich samych zbudować można pojęcie. Anatom potrafi z pewnych kości odtworzyć cały szkielet, z nie wszystkich jednak. Badanie winno tedy okazać, czy rozstrzygnięte przez ustawę formy stosunków są tak ważnemi, że z nich samych (bez względu na rozstrzygnięcie reszty form), jak z tych kilku kości cały szkielet, może być stworzonem pojęcie. Jeżeli wynik będzie twierdzącym, nieunormowane wyraźnie przez ustawę formy stosnnków muszą się dać podciągnąć pod zdobyte w ten sposób pojęcie i znajdą przez to i w tem rozstrzygnięcie. Jeżeli wynik będzie przeczącym, zostanie tylko analogia, jako środek rozstrzygnięcia tych form stosunków.

Rozstrzygnięcie stosunków rozwiniętych w rozdziale pierwszym zawierać będzie naukę o powstaniu prawa nadzastawu, prawa i obowiązki nadzastawnika, prawa i obowiązku zastawnika, a wreszcie naukę o zgaśnięciu i ochronie prawa nadzastawu, wskutek czego przedstawioną zostanie cała nauka o prawie nadzastawu.

We wszystkich częściach pracy uwzględnionem zostało orzecznictwo najwyższego trybunału, a to dla pomnożenia materyału doświadczalnego (w znaczeniu wyłuszczonem wyżej przy podaniu treści rozdziału pierwszego). W szczególności w rozdziale pierwszym podaję stan faktyczny orzeczeń najwyższego trybunału, chroni mnie to bowiem od zarzutu niepraktycznej kazuistyki przy przedstawieniu stosunków, jakie mają być przepisami tyczącymi się prawa nadzastawu unormowane.

ROZDZIAŁ I.

Do instytucyi prawa nadzastawu odnoszą się następujące ustawowe przepisy:

1) §§ 454, 455 i 460 u. c.

2) §§ 13, 15, 49, 50, 51, 53, 57, 69, 72, 112 i 123 ust. hip.,

3) § 10 rozp. z 12 stycznia 1872 r. Nr 5 d, p. p. i

4) § 7 u. z d. 14 czerwca 1888 r. Nr 88 d. p. p.

Z przepisów tych wyłaniają się cztery stosunki, a mianowicie: stosunek nadzastawnika do przedmiotu obciążonego nadzastawem, stosunek między zastawnikiem a nadzastawnikiem, stosunek między zastawcą a nadzastawnikiem i stosunek między dłużnikiem osobistym zastawnika a nadzastawnikiem. Oprócz tego okazuje się, że stosunki te wywierają wpływ i na stosunek zastawnika do przedmiotu obciążonego zastawem tudzież na stosunek między zastawcą a zastawnikiem, wskutek czego i te stosunki co do jakości tego wpływu rozpatrzeć należy.

Przed wyłuszczeniem, na czem te stosunki polegają, należy dla uniknięcia możliwych nieporozumień przedstawić te naukowe zasady instytucyi prawa zastawu, które są podstawą i prawa nadzastawu, będącego co do istoty swej także prawem zastawu. Zasad tych w monografii tyczącej się tylko pewnego rodzaju objawów prawa zastawu nie potrzebuję ani rozwijać ani motywować wyczerpująco, wystarczy zaznaczenie, której ze sprzecznych teoryi trzymam się w mej pracy i którego autora argumenty uważam za wystarczające.

Otóż uważam za udowodnione, że prawo zastawu jest prawem rzeczowem i wtedy, gdy przedmiotem jego są prawa [1]). Z tego charakteru prawa zastawu, jako prawa rzeczowego, wynika, że właściciel rzeczy obciążonej prawem zastawu względnie podmiot prawa, na którem ciąży prawo zastawu, nie jest obowiązanym do żadnych świadczeń pozytywnych [2]). Zobowiązanym do nich może być tylko dłużnik (będący zarazem właścicielem lub nie) na podstawie istniejącego obok prawa zastawu *kontraktu*. Stąd *właściciel* zastawu zobowiązanym jest tylko do dozwolenia zastawnikowi zaspokojenia się z jego zastawu tudzież przy zastawie ręcznym do zezwolenia na dzierżenie zastawu przez zastawnika [3a]), jeżeli zaś płaci dług wierzycielowi, to nie czyni tego w wykonaniu jakiegoś zobowiązania, ale aby uwolnić przedmiot obciążony prawem zastawu od tegoż prawa, a więc niejako skupuje prawo zastawu. Trafność tego ostatniego zapatrywania popiera to, że właściciel płacąc dług nie płaci więcej, aniżeli wynosi wierzytelność ubezpieczona prawem zastawu, za resztę zaś tej wierzytelności, gdyby nie cała była ubezpieczoną, odpowiada dalej dłużnik osobisty. Z tego samego powodu właściciel zastawu, jeżeli nie jest zarazem dłużnikiem osobistym, *do zapłaty* nie może być zniewolonym (patrz niżej skargi) [3b]). Z drugiej zaś strony zastawnik, jako podmiot prawa zastawu, a nie jako wierzyciel z kontraktu o ustanowienie prawa zastawu (§ 1368 in fine u. c.) [4]) lub jako wie-

---

[1]) Bremer: *Das Pfandrecht und die Pfandobjecte* 1867; Hofman: G. Z. 1870 Nr 9, 10; Krainz, II, 2 str. 123—124; Ofner: Das Sachenrecht §§ 53 i 54; Stubenrauch przy § 448; Sohm: Subpignus str. 28; Windscheid, I § 227; Till: II § 228 i 229.

[2]) Krainz: II 1 str. 97, II 2 str. 120; Till: II str. 409 i następ.

[3a]) Krainz: I 1 str. 120.

[3b]) Por. Sohm w Grunh. V str. 1—37; Kohler, *Pfandr. Forschungen* str. 48 i inne.

[4]) Stubenrauch: I przy §§ 449 i 450 Verpfandungsvertrag, Krainz: II. 1 str. 100 „Vorvertrag, durch welchen man sich zum Abschluss eines Pfandsvertrages verpflichtet".

rzyciel z rzeczowego kontraktu zastawu (§ 1368 pr. u. c.), ma tylko prawo zaspokojenia się z zastawu. Prawo ewentualnego używania rzeczy przez zastawnika (§§ 459 i 1372 u. c.) jest przeto wynikiem wyraźnej umowy („ohne Bewilligung des Pfandgebers darf der Gläubiger das Pfandstück nicht benützen“ § 459 u. c.)[5]), jak niemniej na kontrakcie opierają się roszczenia zastawnika o ewikcyą z § 458 u. c. („zweiseitig verbindlich“ w § 1369 w odniesienlu do § 864 u. c.)[6]). To też tych dwóch ostatnich praw nie posiada zastawnik, który nabył prawo zastawu nie na podstawie umowy, pierwszego z nich dlatego, ponieważ do uzyskania go potrzebną jest specyalna umowa, której przy zastawie sądowym i legalnym nie ma[7]), drugiego zaś z tego powodu, ponieważ przy egzekucyjnem prawie zastawu zastawnik nawet bez wykazania, że wartość zastawu nie wystarcza na pokrycie długu, może żądać zajęcia innych przedmiotów[8]), a w wypadkach zastawu ustawowego i testamentowego oznaczonym jest ściśle przedmiot, na którym takie prawo zastawu ma ciążyć. Tak samo i obowiązki zastawnika (względnie prawa zastawcy), tyczące się przechowywania zastawu i wydania go w razie zgaśnięcia prawa zastawu resp. wystawienia deklaracyi ekstabulacyjnej są wynikami kontraktu za-

---

[5]) Krainz: II, 1 § 284; Ofner: *Das Sachenrecht* p. 59;

[6]) Krainz: II, 1 § 285; Stubenrauch przy § 458 „Es kann daher die Erwirkung einer *mit Vertrag* bestellten Hypothek durch Pranotation auf andere Grundstucke nur dann . . fur zulassig erkannt werden . . .“

[7]) Przy zastawie testamentowym ewentualne prawo używania zasadza się na rozporządzeniu ostatniej woli.

[8]) P. § 7 rozpr. z 21 maja 1855 r. Nr 95 d. p p. „Besitzt der Klager bereits ein Pfand, so ist er doch berechtiget, die Schatzung, und wenn sich dasselbe zur Sicherstellung unzureichend zeigen sollte, zur Erganzung der Letzteren die Pfandung und Schatzung anderer Vermögensstucke des Geklagten zu verlangen“. Orzec. z 26 wrzesnia 1882 r. G. Z. 1885 Nr 86, z 21 kwietnia 1885 r. G. H 1885 Nr 44, z 29 grudnia 1885 r. G. Z. 1886 Nr 11 i orzecz. Nr 716 1488, 1863, 3138, 4736, 5078, 7162, 8152, 8254, 10234 itd. zbioru G. U. W.; por. Krainz II 1 § 285 uwaga 3; Stubenrauch przy § 458.

wartego między zastawcą a zastawnikiem [9]). Odpowiednio do tego ukształtowane są i skargi. Rzeczowy charakter ma tylko skarga dążąca do zrealizowania prawa zastawu (skarga zastawnicza resp. hypoteczna, Pfandklage, actio pignoratitia in rem) w obu swych charakterach, prejudycyalnym i condemnatoryjnym tj. tak dążąca do zaspokojenia się z zastawu, jak i do wydania w razie, jeżeli zastawnik pozbawionym został jego dzierżenia [10]). Natomiast skarga zastawcy o zwrot rzeczy resp. o wystawienie deklaracyi extabulacyjnej, tudzież skarga o wynagrodzenie w razie zwrotu uszkodzonego zastawu jest skargą osobistą opartą na kontrakcie (actio pignoratitia in personam directa) [11]).

Poruszenie tych kwestyi było koniecznem ze względu na określenie istoty stosunków, które wyżej zostały wyliczone, a które obecnie należy rozwinąć.

I. Stosunek nadzastawnika do przedmiotu obciążonego nadzastawem.

Stosunek ten, używając słów ustawy (§ 454 u. c.), polega na tem, że zastawnik daje trzeciemu, którego tu nazywamy nadzastawnikiem, swój zastaw, o ile na nim ma prawo, znowu w zastaw, gdy zaś prawo zastawu jest wedle § 447 u. c. prawem rzeczowem dozwolonem wierzycielowi, wskutek którego tenże żądać może swego zaspokojenia z jakiej rzeczy, jeżeli zobowiązanie w oznaczonym czasie wykonanem nie będzie [12]), przeto — wiedząc już z § 454 u. c., że sto-

---

[9]) Krainz, II. 1 § 286; Ofner: *Das Sachenrecht* § 59; Till, II. str. 565 i 566.

[10]) Krainz II. 2 str. 178 i nast.; Kopezky: Ztsch. f. oest. Rg. 1837. II; Ofner: I str. 236; Pfaff w Grunh. Zt. II str. 315, co do Stubenraucha I, str. 609 uw. 2) por. Exner *Hypr.* str. 228 uw. 4 i str 229 uw. 9.

[11]) Krainz: II 2 str. 183, Till II str 565 i 566.

[12]) Krainz: II 1 str. 96 uw. 1: „Die Legaldefinition ist correct.“ Till II str. 406 uw. 3: „Definicya § 447 u. c. zgodną jest w ogólności z dzisiejszym stanem nauki“.

sunek ten polega na daniu przez zastawnika jego zastawu, o ile na nim sam ma prawo, znowu w zastaw, — rozstrzygnąć tylko mamy kwestyą, z czego nadzastawnik może żądać swego zaspokojenia, jeżeli zobowiązanie w oznaczonym czasie wykonanem nie będzie [13]). Odpowiedź na to pytanie jest, jak to z § 455 u. c. widać, różną w miarę tego, czy właściciel zastawu był uwiadomionym o ustanowieniu nadzastawu, czy też nie. Ponieważ jednak właściciel zastawu nie zawsze jest zarazem dłużnikiem osobistym zastawnika (§ 1368 u. c.), przeto należy także zbadać, czy prawo nadzastawnika ulega jakim zmianom, jeżeli właściciel zastawu jest uwiadomionym o ustanowieniu nadzastawu, a dłużnik osobisty nie jest o tem uwiadomionym, i na odwrót. Wskutek tego możliwe są następujące ewentualności:

1. Dłużnik osobisty zastawnika był uwiadomionym o ustanowieniu nadzastawu, a właściciel zastawu nie był uwiadomionym, i

A) dłużnik osobisty

a) zapłacił dług zastawnikowi,

α) za zezwoleniem nadzastawnika,

β) bez zezwolenia nadzastawnika,

---

[13]) *Orzecz. Nr 2924 zb. G. U. W.*: „Antoni uskutecznił za Bartłomieja kilka wypłat; Bartłomiej na zabezpieczenie powstałej stąd wierzytelności Antoniego w kwocie 12000 fl. udzielił temu ostatniemu aktem z d. . . . prawo zastawu na kilku na jego rzecz na realności x. zaintabulowanych wierzytelnościach, do zapłaty jednak tych 12000 fl. nie pierwej się zobowiązał, aż rzeczone wierzytelności hypoteczne przez sprzedaż realności staną się płynnemi, przy czem jednak zobowiązał się sprzedaż tę możliwie przyspieszyć. Na podstawie powyższego aktu z d. . pozwał Antoni Bartłomieja o wyjednanie wzmiankowanej sprzedaży realności w terminie, mającym się oznaczyć przez sąd, a w razie bezskutecznego upływu tego terminu — o zapłatę sumy 12000 fl " W stosunku tym obojętnem jest wobec petitum skargi, czy dłużnik osobisty Bartłomieja i właściciel rzeczy obciążonej zastawem na rzecz Bartłomieja byli uwiadomieni o ustanowieniu nadzastawu, czy też nie, i dlatego umieszczam ten stosunek bez odniesienia do dalszego podziału. Znaczenie tego rodzaju stosunku wyjaśnionem zostanie w rozdziale trzecim.

b) złożył dług do depozytu sądowego,
c) nie zapłacił;
B. właściciel zastawu
a) zapłacił dług wierzycielowi,
b) nie zapłacił.

2. Dłużnik osobisty zastawnika nie był uwiadomionym o ustanowieniu nadzastawu, a właściciel zastawu był uwiadomionym, i
A) dłużnik osobisty
a) zapłacił dług zastawnikowi,
b) nie zapłacił;
B. właściciel zastawu
a) zapłacił dług zastawnikowi,
α) za zezwoleniem nadzastawnika,
β) bez zezwolenia „
b) złożył dług do depozytu sądowego,
c) nie zapłacił.

3. Dłużnik osobisty i właściciel zastawu (w jednej osobie lub nie) byli uwiadomieni o ustanowieniu nadzastawu i
A) właściciel zastawu
a) zapłacił dług zastawnikowi,
α) za zezwoleniem zastawnika,
β) bez zezwolenia zastawnika [14]),

---

[14]) *P. orzecz. nr. 9211* (niżej podane), *9258, 9475 (?), 9535 i 9511*, którego to ostatniego stan faktyczny opiewa: „Antoni uzyskał w drodze egzekucyi przeciwko swemu dłużnikowi Bartłomiejowi prawo zastawu na dwóch wierzytelnościach zaintabulowanych na rzecz Bartłomieja na realności X. W pewien czas później dozwolonem i dokonanem zostało wykreślenie rzeczonych wierzytelności z klauzulą § 51, alinea 1 u. hip. Antoni tymczasem prowadził dalej egzekucyą, wystawił obie wierzytelności na sprzedaż, kupił je sam i po rozdzieleniu ceny kupna uzyskał przyznanie mu takowych na własność (Einantwortung), przyczem zezwolono mu na wykreślenie owego wyżej omówionego a z klauzulą § 51. alinea 1 u. hip. dokonanego wykreślenia obu w mowie będących wierzytelności. Na tej podstawie wniósł Antoni podanie 1. o przeniesienie obu wierzytelności hypotecznych na jego rzecz i 2. o wykreślenie

b) złożył dług do depozytu sądowego [15]),
c) nie zapłacił [16]);

---

wpisu wymazania prawa zastawu dla takowych". *Por. dalej orzecz. nr. 9986, 10701.*

[15]) *Orzez. nr. 5434 zb. G. U. W.*: „Na dobrach Antoniego zaintabulowanem było na rzecz Czesława prawo zastawu dla sumy 2682 złr. Ponieważ Antoni przez zapłatę tej sumy do rąk Czesława nie mógł uwolnić dóbr swych od tego ciężaru, na owo prawo zastawu bowiem wniesiono kilka ostrzeżeń, przeto złożył ją do depozytu sądowego. W tym stanie rzeczy wniósł Bartłomiej, wierzyciel Czesława, podanie o wydanie mu złożonej przez Antoniego kwoty", *Orzecz. nr. 9794 zb. G. U. W.* „Na realności Czesława zaintabulowanem zostało na rzecz Dominika prawo zastawu dla sumy 1000 złr.. a na tej wierzytelności prawo zastawu na rzecz Bartłomieja dla sumy 102 funtów sterlingów. Antoni, który chciał wierzytelność Dominika w drodze cessyi wykupic, złożył do depozytu sądowego na jego i na rzecz Bartłomieja kwotę 1186 złr., co przez sąd przyjętem zostało do wiadomości. W tym stanie rzeczy wniósł Antoni wspólnie z Czesławem podanie 1. o prenotacyą przeniesienia na jego rzecz prawa zastawu ciążącego na realności na rzecz Dominika dla sumy 1000 złr., i 2. o prenotacyą wykreślenia nadzastawu dla wierzytelności Bartłomieja w kwocie 102 funtów sterlingów." *P. orzecz. nr. 12033, 12673.*

[16]) *Orzecz nr. 5404 zb.:* „Na podstawie wyroku dozwolonym został na rzecz Antoniego wpis egzekucyjnego prawa sastawu na hypotecznej wierzytelnosci Bartłomieja, a zarazem egzekucyjne przyznanie na własnośc odpowiedniej kwoty z tej wierzytelności". *Orzecz. nr. 6124 zb.:* „Antoniemu dozwolono w drodze egzekucyi przeciwko jego dłużnikowi Bartłomiejowi zajęcia i oszacowania prawa zastawu uzyskanego przez Bartłomieja na ruchomościach jego (t. j. Bartłomieja) dłużnika. W następstwie upraszał Antoni o licytacyjną sprzedaż tego prawa zastawu". *Orzecz. nr. 9211 zb.:* „Na wierzytelności hypotecznej 300 złr. ciążyło na rzecz Antoniego prawo nadzastawu dla kwoty 50 złr. Dłużnik hypoteczny Bartłomiej uzyskał w pewien czas później wykreślenie owej wierzytelności 300 złr. z klauzulą § 51 u. hyp., spłacono ją bowiem jeszcze przed wpisaniem nadzastawu. Antoni tymczasem wystawił ową wierzytelność 300 złr. w drodze dalszej egzekucyi na licytacyą, nabył ją sam za 5 złr. i pozwał Bartłomieja o zapłacenie całych 300 złr." *P. orzecz. nr. 9258, 9475, 9511, 9986.* — *Orzecz nr. 7080 zb.*: „Antoni uzyskał przeciwko Czesławowi dla swej wierzytelności w kwo-

B) dłużnik osobisty
a) zapłacił dług zastawnikowi,
α) za zezwoleniem nadzastawnika,
β) bez zezwolenia nadzastawnika,
b) złożył dług do depozytu sądowego.
c) nie zapłacił. [16b])

4. Dłużnik osobisty i właściciel zastawu (w jednej osobie lub nie) nie byli uwiadomieni o ustanowieniu nadzastawu i
A) dłużnik osobisty
a) zapłacił dług zastawnikowi,
b) nie zapłacił;
B) właściciel zastawu
a) zapłacił dług zastawnikowi,
b) nie zapłacił.

5. Wreszcie rozstrzygnąć należy pytanie, z czego zaspokoić się może nadzastawnik, jeżeli prawo zastawu zastawnika w inny sposób, a nie przez zapłatę wierzytelności, względnie przez zapłatę dokonaną przez właściciela, zgasło. [17])

---

cie 150 złr. wpis egzekucyjnego prawa zastawu na należącej się Czesławowi od Bartłomieja, a na dobrach tego ostatniego ubezpieczonej wierzytelności w kwocie 500 złr. i pozwał następnie Bartłomieja o zapłatę 150 złr. pod rygorem egzekucyi na jego dobrach". Zacytowane do niniejszego wypadku (w tekście 3. A. c.) orzeczenia nr. 9211, 9258, 9475, 9511, 9986 należą tutaj, jakkolwiek podanemi zostały już do wypadku 3 A. a. β., ponieważ wedle § 51 u. h. prawo zastawu w razie wykreślenia go z klauzulą tego paragrafu, pozostaje skutecznem ze względu na prawa nadzastawu, a więc co do nadzastawu istnieje tak, jak gdyby „właściciel zastawu nie zapłacił długu zastawnikowi".

[16b]) Wszystkie wyżej w uw. 14 do 17 podane orzeczenia mogą być także użytemi i w tych wypadkach, gdy dłużnik osobisty płaci dług wierzycielowi względnie nie płaci lub składa do depozytu sądowego, orzeczenia te bowiem nie zawierają wypadków, w którychby właściciel zastawu był kim innym, a dłużnik osobisty kim innym.

[17]) *Orzecz. nr. 9951 zb.*: „Na podstawie wyroku z 1883 r. którym w sporze Antoniego przeciwko Bartłomiejowi orzeczono, że ciążące na rzecz Barłomieja na realności Antoniego prawo zastawu dla sumy 470 złr. uległo przedawnieniu i że ma być wykreślonem wraz z odnoszącemi się do niego pozycyami, (między

II. Stosunek między nadzastawnikiem a zastawnikiem.

Stosunek ten jest kontraktem zastawu (§ 454, 1368 u. c.) Do zbadania są tu przeto kwestye:

1) Powstanie tego kontraku (§§ 1368, 454 u. c.),

2) obowiązki nadzastawnika względem zastawnika (§§ 1369, 459, 460, 464. 1372, 459 u. c.), a mianowicie:

a) obowiązek należytego przechowywania zastawu i

b) obowiązek wydania zastawu (§ 454 u. c.) resp. wystawienia deklaracyi extabulacyjnej w razie zgaśnięcia zastawu;

3) prawa nadzastawnika do zastawnika (§§ 1036, 967, 1369, 458), (o ile nie są prawami rzeczowemi), a mianowicie:

a) ewentualne prawo używania zastawu,

b) ewikcya.

III. Stosunek między zastawcą (bez względu na to, czy jest zarazem dłużnikiem osobistym zastawnika, czy nie), a nadzastawnikiem.

Stosunek ten polega na tem, że zastaw wydanym zostaje nadzastawnikowi lub też nadzastaw wniesionym jest do ksiąg publicznych i wpisanym na prawie zastawu (§ 454 u. c.), z drugiej zaś strony w razie, jeżeli „właściciel“ (§ 455 u. c). o dalszym zastawie uwiadomiony płaci dług swój wierzycielowi bez zezwolenia nadzastawnika, zastaw zostaje funduszem odpowiedzialności dla nadzastawnika. (§ 455 u. c.). Pierwsza strona tego stosunku nasuwa pytania:

1) Czy nadzastawnik odpowiada zastawcy za należyte przechowanie zastawu (§§ 459, 460 i 1369 u. c.)?

2) Czy nadzastawnik zobowiązanym jest po zgaśnięciu wierzytelności zastawnika zastaw oddać zastawcy, względnie wystawić deklaracyą extabulacyjną (§ 1369 u. c. i 51

---

niemi z prawem nadzastawu) upraszał Antoni o wykreślenie tego prawa zastawu.“

P. orzecz nr. 485 zb. niżej podane, *nr 2196* niżej podane, *2389, 4012.*

u. hip). [18]) i to czy nadzastawnik zobowiązanym jest do tego, jeżeli

a) dłużnik osobisty zastawnika był uwiadomionym o ustanowieniu nadzastawu, a właściciel zastawu nie był uwiadomionym i

A) dłużnik osobisty

α) zapłacił dług zastawnikowi,

$\alpha\alpha$) za zezwoleniem nadzastawnika,

$\beta\beta$) bez zezwolenia nadzastawnika,

β) złożył dług do depozytu sądowego;

B) właściciel zastawu zapłacił dług zastawnikowi;

b) jeżeli dłużnik osobisty zastawnika nie był uwiadomionym o ustanowieniu nadzastawu, a właściciel zastawu był uwiadomionym i

A) dłużnik osobisty zapłacił dług zastawnikowi, przyczem wobec tego, że nie był uwiadomionym o nadzastawie, kwestya zezwolenia nadzastawnika ewentualnego złożenia do depozytu nie ma znaczenia;

B) właściciel zastawu

α) zapłacił dług zastawnikowi,

$\alpha\alpha$) bez zezwolenia nadzastawnika,

$\beta\beta$) za zezwoleniem „

β) złożył dług do depozytu sądowego;

c) dłużnik osobisty i właściciel zastawu byli uwiadomieni o nadzastawie i

---

[18]) *Orzecz. nr. 8346 zb. G. U. W.*: „Matka i opiekun Bartłomieja uzyskali w drodze egzekucyi przyznanej im wyrokiem przeciwko Czesławowi wierzytelności wpis prawa zastawu na wierzytelności hipotecznej 1627 złr. zaintabulowanej na rzecz Czesława na realności małż. Antonich. Z wierzytelności tej upłaconą została Czesławowi w czasie (zur Zeit) intabulacyi powyższego nadzastawu część w kwocie 1212 fl.. nie została jednak hypotecznie wykreśloną. Na podstawie tej częściowej upłaty pozwali małż. A. matkę i opiekuna Bartłomieja skargą o wymazanie". W stosunku tym niewiadomo, czy małż. A. byli uwiadomieni o nadzastawie przed zapłatą, dlatego umieszczam go bez odniesienia do następującego schematu.

A) dłużnik osobisty

α) zapłacił dług zastawnikowi,

αα) za zezwoleniem nadzastawnika,

ββ) bez zezwolenia nadzastawnika,

β) złożył dług do depozytu sądowego; [19])

B) właściciel zastawu

α) zapłacił dług zastawnikowi,

αα) za zezwoleniem nadzastawnika,

ββ) bez zezwolenia „

β złożył do depozytu sądowego;

d) dłużnik osobisty i właściciel zastawu nie byli uwiadomieni o ustanowieniu nadzastawu i

α) dłużnik osobisty zapłacił dług zastawnikowi,

β) właściciel zastawu zapłacił dług zastawnikowi.

3) Wreszcie czy obowiązki właściciela zastawu, jakie ciążą na nim wobec zastawnika, mają swoją moc także wobec nadzastawnika, a mianowicie

a) zakaz niszczenia rzeczy,

b) nieważność pozbycia prawa accessoryjnego,

c) przeznaczenie assekuracyi na odbudowanie budynków, a ewentualnie zmiana przedmiotu zastawu.

Obowiązki te o tyle nas tutaj naturalnie obchodzą, o ile właściciel nie jest nimi związany wobec zastawnika, ale tylko wobec nadzastawnika, co *może* mieć miejsce w wypadkach §§ 51 u. hip. i 455 ustęp 2gi u. c.

4) Druga strona powyższego stosunku zastawcy do nadzastawnika spada się z poruszonem w stosunku (wyżej pod

---

[19]) *Orzecz nr. 1564 zb. G. U. W.*: „Antoni złożył do depozytu sądowego całą na relności jego ubezpieczoną wierzytelność, ciążyły bowiem na niej prawa zastawu na rzecz osób trzecich. Po uwiadominniu zastawnika i nadzastawników dozwolonem mu zostało uwidocznienie tego złożenia do depozytu sądowego przy odnośnej pozycyi, odmówiono jednak jego prośbie o wykreslenie prawa zastawu, złożenie bowiem do depozytu sądowego, uprawnia zastawcę tylko do żądania od zastawnika i nadzastawników zezwolenia na wykreślenie, a w razie odmowy do żądania w drodze prawa orzeczenia o wykreśleniu“.

P. orzecz. nr. 9794. wyżej podane.

I. 2. B. a. β. i I. 3 B. a. β.) nadzastawnika do przedmiotu obciążonego nadzastawem pytaniem, z czego się zaspokaja nadzastawnik, jeżeli właściciel zastawu był uwiadomionym o ustanowieniu nadzastawu a zapłacił dług zastawnikowi bez zezwolenia nadzastawnika. Ustawa (§ 455 in fine u. c.) odpowiada na to pytanie, że wtedy rzecz staje się funduszem odpowiedzialności, nie wyjaśnia jednak, czem jest ta „rzecz", w skutek czego umieścić należało tę kwestyą tak w wyżej pod I rozwiniętym stosunku, jak i w niniejszym [20]).

IV. Stosunek między dłużnikiem osobistym zastawnika a nadzastawnikiem.

§ 455 u. c. stanowi, że właściciel o dalszym zastawie zawiadomiony tylko za zezwoleniem nadzastawnika wierzycielowi dług swój spłacić może. Niezależnie od rozstrzygnięcia kwestyi, czy tylko właściciel zastawu, czy przeciwnie tylko dłużnik osobisty zastawnika, czy też obaj o dalszym zastawie powinni być zawiadomieni, w niniejszym rozdziale, w którym nam chodzi o zbadanie wszelkich możliwych stosunków wyłaniających się z przepisów ustawowych o nadzastawie, stwier-

---

[20]) *Orzecz. Nr 1097 zb. G. U. W.:* „Antoni uzyskał w drodze egzekucyi nakazu zapłaty prawo zastawu na hypotece ciążącej na realności Bartłomieja na rzecz Czesława. Po dokonaniu wpisu otwartym został do majątku Bartłomieja konkurs, a Antoni wytoczył przeciwko masie spór o uznanie jego nadzastawu za płynny i umieszczenie go w wysokosci jego wierzytelności do Czesława w drugiej klasie wierzycieli".

Orzecz. Nr 2196 zb. G. U. W.: „Na realności Antoniego ciążyło na rzecz Bartłomieja prawo zastawu dla wierzytelności w kwocie 1300 fl., na niem zaś uzyskało kilku wierzycieli Bartłomieja znowu prawo zastawu Antoni pozwał Bartłomieja i nadzastawników o wykreślenie wierzytelności 1300 fl. ponieważ zgasła częścią przez kompenzacyą częścią przez zapłatę jeszcze w r. 1857 t. j. przed tem, nim na niej wierzyciele Bartłomieja w r. 1860 i 1861 uzyskali prawo zastawu. Pozwani zarzucili, że nabyli prawo zastawu w zaufaniu do ksiąg publicznych. *Por. orzecz. 1778, 2389, 4012, 5272* (to ostatnie podanem jest niżej) *5025, 5308 (?) 10252.*

dzić możemy, że w razie, jeżeli właściciel zastawu nie jest zarazem dłużnikiem osobistym zastawnika, ten ostatni nie koniecznie jest pozbawionym roli w stosunkach wytworzonych ustanowieniem nadzastawu. Ustawa bowiem, mówiąc o spłaceniu zastawnikowi długu przez „właściciela“, mówi dług „swój“, nie można przeto mem zdaniem przesądzać, czy przez „właściciela“ nie rozumiała tu ustawa zarazem w jednej osobie i dłużnika osobistego, właściciel bowiem, jako taki, jeżeli płaci, to nie spłaca „długu swego“, a wyrazy „dług swój“ mają znaczenie tylko w odniesieniu do dłużnika osobistego. Gdyby zaś tak było, to istniałby stosunek między dłużnikiem osobistym zastawnika a nadzastawnikiem. Polegałby on na zawiadomieniu dłużnika osobistego o dalszym zastawie. Konsekwencyą tego zawiadomienia byłoby, że dłużnik osobisty zastawnika tylko za zezwoleniem nadzastawnika może dług swój spłacić zastawnikowi, w braku zaś takiego zezwolenia dług złożyć do depozytu sądowego (§ 455 u. c.). Jeżeli jednak dłużnik osobisty

1) nie został uwiadomionym o dalszym zastawie i dług zapłacił zastawnikowi, lub też

2) został uwiadomionym, ale bez zezwolenia nadzastawnika zapłacił dług zastawnikowi, to nasuwa się pytanie, czy w pierwszym z tych wypadków nadzastawnik nie ma żadnych praw do dłużnika osobistego, a w drugim, jakie rodzi skutki nie zasiągnięcie zezwolenia u nadzastawnika. Wreszcie rozstrzygnąć należy pytanie, czy i jakie prawa ma nadzastawnik do dłużnika osobistego, jeżeli ten

a) był uwiadomionym o nadzastawie

b) nie był uwiadomionym o nadzastawie.

Powyżej nierozstrzygniętem zostało pytanie, czy tylko dłużnik osobisty zastawnika, czy przeciwnie tylko właściciel zastawu czy też obaj mają być nwiadomieni o dalszym zastawie. W razie stwierdzenia, że nie tylko dłużnik osobisty, ale i właściciel zastawu winien być o tem zawiadomionym, każda z powyższych trzech kwestyi rozpadnie się na dwie kategorye wypadków stosownie do tego, czy obok zawiadomionego resp. niezawiadomionego dłużnika osobistego zawia-

domionym został także i właściciel zastawu, czy też nie był uwiadomionym o ustanowieniu nadzastawu.

V. Poprzednio przedstawione stosunki wpływają na **stosunek zachodzący między zastawnikiem a zastawcą**, tudzież **na stosunek zastawnika do rzeczy obciążonej zastawem.**

Zmiana tych stosunków polega z jednej strony na tem, że uwiadomiony o nadzastawie właściciel może wedle § 455 u. c. tylko za zezwoleniem nadzastawnika zapłacić dług swój zastawnikowi, z drugiej zaś strony na tem, że nie zastawnik, ale nadzastawnik ma w ręce zastaw względnie oprócz prawa zastawu wpisanem jest do ksiąg publicznych i prawo nadzastawu. Pierwszy z tych punktów nasuwa pytanie,

1) jakie prawa ma zastawnik, nie przedstawiający zezwolenia nadzastawnika, w razie nie zapłacenia jego wierzytelności[21a]) tudzież jakim zmianom w ogóle ulega jego prawo

---

[21a]) *Orzecz Nr 592 zb. G. U. W.*: „Zarządca masy konkursowej Antoniego pozywa małż. B. o zapłacenie kwoty 680 fl. zabezpieczonej na ich realnosci na rzecz Antoniego. Pozwani zarzucają, że na zaskarżonej pozycyi ciążą wpisy, a powód nie wykazał zezwolenia nadzastawników“. *Por. orzecz. Nr 318, 716, 2226, 2584, 4767, 5882, 5957, 7384, 7877.*

Orzecz. Nr 8653 zb.: Czesław miał z tytułu pożyczki wierzytelnośc w kwocie 1800 fl. do Bartłomieja. Wierzytelność została sądownie zajętą na zaspokojenie długów Czesława. Po upływie terminu płatności rzeczonej pożyczki zażądał Czesław od Bartłomieja złożenia jej do depozytu sądowego. Bartłomiej odmówił, oswiadczył jednak gotowość zapłaty, jeżeli Czesław przedstawi zezwolenie nadzastawnika na zapłacenie mu tej wierzytelności lub też jeżeli wyjedna u sądu wskazanie osoby, któreyby mógł zapłatę uiścić“. *P. orzecz. Nr 10299, 10437, 10746, 10990, 12829, 8192. Orzecz. Nr 485 zb G. U. W.*: „Antoni nabył w drodze exekucyjnej licytacyi realnośc, na której ciążyło prawo zastawu dla sumy 1600 dukatów na rzecz Bartłomieja. Zapłatę tej wierzytelności przyjął na siebie Antoni w porozumieniu z Bartlomiejem. Na pozycyi tej ciążyło prawo zastawu dla kwoty 700 fl. na rzecz Czesława. W pewien czas później aktem z d. 17 grudnia 1885 zezwolił Bartłomiej na wykreślenie zaintabulowanych na jego rzecz 1600 dukatów z tem, że będą

zastawu wskutek zaistnienia nadzastawu [21b]). Drugi zaś z tych punktów nasuwa dwa pytania, a mianowicie.

2) Czy i od kogo zastawca może żądać wydania zastawu względnie extabulacyi ciężarów w razie, jeżeli wierzytelność zastawnika została zapłaconą. Drugie zdanie § 455 u. c. powoduje, że odpowiedź na to pytanie będzie różną w miarę tego,

a) czy właściciel zastawu był uwiadomionym o dalszym zastawie, a dłużnik osobisty nie uwiadomiony o tem zapłacił dług zastawnikowi, nie pytając o zezwolenie nadzastawnika, czy też

b) właściciel i dłużnik osobisty nie byli uwiadomieni i dłużnik osobisty zapłacił dług tak samo, jak w wypadku pod a) czy też

c) właściciel i dłużnik osobisty byli uwiadomieni i dłużnik osobisty

α) zapłacił dług zastawnikowi za zezwoleniem nadzastawnika,

β) zapłacił dług zastawnikowi bez zezwolenia nadzastawnika [22])

γ) złożył dług do depozytu sądowego [23]),

---

mogły być wykreslonymi po extabulacyi nadzastawu w kwocie 700 fl. Spadkobiercy Antoniego domagają się na tej podstawie intabulacyi, że mają prawo niezapłacić Bartłomiejowi sumy 1600 dukatów, tudzież ze mają prawo wykreślić tę sumę po extabulacyi nadzastawu".

[21b]) *Orzecz. Nr 10434 zb. G. U. W.:* „Antoni upraszał o adnotacyą pierwszeństwa hypotecznego, które mu udzielił Bartłomiej dla jego wierzytelnosci hypotecznej w kwocie 316 fl. przed swoją wierzytelnością w kwocie 1000 fl., Prośbie tej odmówiono w pierwszej instancyi, ponieważ wierzytelność Bartłomieja zastawioną była na rzecz Czesława dla wierzytelności tego ostatniego w kwocie 500 fl, a Antoni nie przedstawił zezwolenia Czesława na ustępstwo pierwszenstwa". *Por. orzecz. Nr 485* wyżej podane.

[22]) patrz wyżej uw. 20, a nadto por. orzecz. Nr 5272, Judicatenbuch Nr 87 G. Z. 1874 Nr 32 (zbiór Manza III str. 6).

[23]) Patrz wyżej uw. 19).

d) czy też właściciel nie był uwiadomionym, a dłużnik uwiadomiony

α) zapłacił dług za zezwoleniem nadzastawnika,

β) zapłacił dług bez zezwolenia nadzastawnika

γ) złożył do depozytu sądowego,

d) czy też wreszcie — niezależnie od zawiadomienia właściciela zastawu i dłużnika osobistego — prawo zastawu ustanowione przez zastawcę zgasło w inny sposób, niż przez zapłatę wierzytelności[24]).

3) Drugiem pytaniem, jakie nasuwa fakt, że zastaw znajduje się w rękach nadzastawnika, jest kwestya, czy o ile zmieniają się obowiązki zastawnika ciążące na nim z tego powodu, że, jako początkowy dzierżyciel zastawu, winien był zastaw należycie przechowywać (§ 460 u. c.).

Powyżej przedstawione stosunki są materyałem, który przytoczonymi na samym początku przepisami ma być unormowanym. Unormowanie to może nastąpić w dwojaki sposób, jak to we wstępie zostało naznaczonem. Ustawa podaje albo odnośne pojęcie, z którego wypływa logicznie rozstrzygnięcie poszczególnych przypadków (A), albo też nie daje ogólnego pojęcia, a rozstrzyga tylko stosunki (B). Należy zbadać, które z tych stanowisk zajmuje ustawa co do prawa nadzastawu.

A) § 454 u. c. mówiąc, że zastawnik może swój zastaw, o ile na nim ma prawo, „einem Dritten wieder *verpfänden*“,

---

[24]) *Por. orzecz. Nr 9951* wyżej podane, *Nr 485* wyż. pod., *Nr 10193 zb.*: „Przeciwko Bartłomiejowi, który dla wierzytelności, jaką miał do Czesława, uzyskał prawo zastawu, na wierzytelności hypotecznej zaintabulowanej na realności Antoniego na rzecz Czesława, wystąpił Antoni ze skargą, w której domagał się orzeczenia, 1^0 że pozwanemu nie przysłuża wierzytelność do Czesława, dla której uzyskał prawo zastawu na wierzytelności hypotecznej Czesława, i 2^0 że zaintabulowane na rzecz pozwanego prawo nadzastawu powinno być zmazanem.

Por. orzecz. Nr 10252, 11993.

rozstrzyga bez jakiejkolwiek wątpliwości, że prawo nadzastawu jest także prawem zastawu („verpfänden“).

Wobec tego prawo nadzastawu nie może być niczem innem, jak także „prawem rzeczowem udzielonem wierzycielowi, wskutek którego tenże żądać może swego zaspokojenia z jakiej rzeczy, jeżeli zobowiązanie w oznaczonym czasie wykonanem nie będzie“ (§ 447 u. c.), powodu zaś utworzenia osobnej instytucyi „nadzastawu“ szukać można jedynie *w szczególnem oznaczeniu* podmiotu lub przedmiotu tego prawa. W prawie, jako w uznanem stanowczo przez prawo przedmiotowe władztwie podmiotu nad przedmiotem[25]), rozeznajemy podmiot, przedmiot i stosunek ich do siebie, będący władztwem. Gdy w prawie nadzastawu istota tego władztwa jest równą władztwu będącemu prawem zastawu, przeto przyczyna wyróżnienia prawa nadzastawu leżeć może jedynie w podmiocie lub przedmiocie tego prawa. Szukanie tej różnicy jeszcze gdzieindziej jest wobec powyższej definicyi prawa w znaczeniu podmiotowem niemożliwem.

Otóż w przepisach ustawowych odnoszących się do prawa nadzastawu nie znajdujemy żadnych danych tyczących się podmiotu tego prawa, powodu przeto utworzenia z prawa nadzastawu odrębnego prawa szukać należy jedynie w jego przedmiocie. Tymczasem to jedyne kryteryum prawa nadzastawu nie jest kwestyą bezsporną, tyle tylko bowiem jest pewnem, że zastawia „zastawnik“ (der Pfandinhaber § 454 u. c.).

Zastawnik, jako taki, może zastawić dalej albo wierzytelność albo prawo zastawu albo przedmiot obciążony na jego rzecz prawem zastawu albo dwa z tych przedmiotów albo wreszcie wszystkie trzy razem. Więcej kombinacyi nie można stworzyć, zastawnik bowiem („der Pfandinhaber“ w § 454 u. c.), jako taki, występować może tylko albo jako wierzyciel wierzytelności, dla ubezpieczenia której ustanowionem zostało prawo zastawu, albo jako podmiot tego prawa zastawu, albo wreszcie jako dzierżyciel zastawu ruchomego względnie ten, na rzecz którego wpisano do

---

[25]) Krainz I, str. 189.

do ksiąg publicznych prawo zastawu przy hypotece. Tylko jako podmiot tych trzech stosunków zastawnik nie traci swego charakteru zastawnika, poza tymi stosunkami zaś przestaje nim być. Wynika to z pojęcia prawa zastawu, jako prawa zawisłego od wierzytelności, wynika ze sposobu nabycia prawa zastawu tudzież stąd, że zastawnik ustanawiając prawo nadzastawu „zastawia“ („verpfänden“ w § 454 u. c.) jakiś przedmiot, a nie ceduje jakieś prawo, którego jest podmiotem. Przypuszczenie, że przedmiotem prawa nadzastawu może być jeszcze co innego, aniżeli wyżej wymienione przedmioty, musiałoby wobec tego, że prawo nadzastawu ustanawia tylko „zastawnik“ i że, ustanawiając je, „zastawia“ coś, opierać się na dowodzie, że prawo zastawu zawisłem jest nie tylko od wierzytelności, ale jeszcze od jakiegoś innego prawa, lub też że oprócz dotychczas znanych sposobów nabycia prawa zastawu istnieją inne. Gdy dowód taki wobec istniejącej nauki o prawie zastawu nie jest możliwym, nie można przyjąć większej liczby kombinacyi, aniżeliśmy to wyżej uczynili.

Otóż w nierozstrzygniętej bezspornie przez ustawę kwestyi przedmiotu prawa nadzastawu wszystkie powyższe kombinacye mogą mieć w tekscie ustawy poparcie, ale z drugiej strony żadna z nich nie jest pozbawioną zarzutów.

1) Za przypuszczeniem, że przedmiotem prawa nadzastawu jest sama rzecz dana zastawnikowi w zastaw, przemawiaćby mógł § 454 u. c., wedle którego zastawnik zastawia dalej swój „zastaw“, a więc to, co sam otrzymał w zastaw [26]), jak niemniej postanowienie § 455 u. c., wedle którego zastaw, a więc znowu ten przedmiot, który zastawnik otrzymał w zastaw, jest funduszem odpowiedzialności dla nadzastawnika, jeżeli właściciel zastawu uwiadomiony o nadzastawie zapłacił dług zastawnikowi bez zezwolenia zastawnika [27]). Wreszcie popierałby to zapatrywanie i § 460 u. c., gdzie

---

[26]) Udziela str. 24, 26, 29.
[27]) Udziela str. 24, 26, 29.

użyto wyrażenia „hat der Gläubiger *das Pfand* weiter verpfändet“. Przeciwko tej hypotezie jednak przemawia:

a) okoliczność, że wyrazów użytych przez kodeks nie można brać w ścisłem prawniczem znaczeniu, kodeks bowiem używał wyrazów popularnych, zrozumiałych dla każdego, że przeto użycie w § 454 u. c. wyrazu „zastaw“ niekoniecznie musi mieć to znaczenie, że przedmiotem prawa nadzastawu jest to, co zastawnikowi dano w zastaw;

b) kodeks nie stanowi w § 454 u. c., że zastawnik daje znowu w zastaw rzecz tak, jak ją sam w zastaw otrzymał, ale daje ją „o tyle tylko, o ile na niej ma prawo“, nie można przeto uważać za rozstrzygnięte przez kodeks, że przedmiotem prawa nadzastawu jest rzecz, a nie prawo zastawu przysługujące zastawnikowi;

c) §§ 454 i 455 u. c. zatytułowane są „nabycie nadzastawu“, przepisane przeto pierwszym z tych paragrafów danie nadzastawnikowi zastawu jest tylko *sposobem nabycia* prawa nadzastawu, nie może jednak przesądzać, czy rzeczywiście zastaw tj. rzecz jest przedmiotem tego prawa. Zapatrywanie to potwierdzają protokóły obrad nad kodeksem. W pierwszym czytaniu bowiem przy obradach nad § II 232 projektu pierwotnego (Urentwurf)[28]), którego pierwsze zdanie opiewało „wer ohne Nachtheil ein Pfandrecht zum Afterunterpfande annehmen will, der muss sich das Faustpfand übergeben, oder die Verschreibung seines Afterunterpfandes auf das Pfandrecht in die öffentlichen Bücher eintragen lassen“, postanowiono uwydatnić szkodę (Nachtheil), o której ten paragraf mówi, a która polega na tem, że się nie nabywa prawa rzeczowego bez tradycyi nadzastawu (ohne Uebergabe des Afterunterpfandes). Wynikałoby przeto z tego, że danie rzeczy względnie wpis do ksiąg publicznych jest tylko sposobem nabycia prawa rzeczowego, nie przesądza jednak, jakeśmy powiedzieli, kwestyi, co jest przedmiotem prawa nadzastawu[29]).

---

[28]) P. Ofner przy odnośnym paragrafie.

[29]) Jest to zarazem odparcie argumentu Udzieli str. 27.

d) Wyrażenie § 455 u. c. „sonst bleibt *das Pfand* dem Inhaber des Afterpfandes verhaftet“ może oznaczać, że funduszem odpowiedzialności jest to, na czem ustanowiono prawo nadzastawu, a co się nazywa w ogóle zastawem (Pfand), nie pociąga jednak za sobą konieczności przyjęcia „rzeczy“ za przedmiot, z którego nadzastawnik ma znaleść zaspokojenie.

e) Wreszcie użycie w § 460 u. c. wyrazów „jezeli wierzyciel swój *zastaw* dalej zastawi“ nie może przemawiać za przyjęciem rzeczy za przedmiot prawa nadzastawu, w paragrafie tym bowiem idzie o określenie odpowiedzialności za przechowanie (bewahren), nadzastawnik zaś przechowuje bezwarunkowo rzecz, cokolwiekby było przedmiotem prawa nadzastawu [30]).

2) Za przypuszczeniem, że przedmiotem prawa nadzastawu jest prawo zastawu, przemawia dopiero co zacytowany ustęp z obrad nad § 232 projektu pierwotnego, w którym wyraźnie powiedziano „wer ohne Nachtheil ein *Pfandrecht* zum Afterunterpfande annehmen will“. Przemawia dalej za tą hypotezą wyrażenie § 454 u. c. „swój zastaw o tyle, o ile na nim ma prawo“, jakkolwiekbyśmy bowiem pojmowali to wyrażenie, stwierdzić musimy, że przedmiotem prawa nadzastawu nie jest rzecz, ale rzecz o tyle, o ile zastawnik ma na niej prawo zastawu, nie co innego przeto jest przedmiotem prawa nadzastawu, jak to ostatnie t. j. prawo zastawu przysługujące zastawnikowi. Jeszcze wyraźniej zaznaczonem jest powyższe stanowisko kodeksu przy nabyciu nadzastawu na nieruchomościach będących przedmiotem ksiąg publicznych, tu bowiem stwierdza kodeks, że nadzastaw wnieść należy do ksiąg publicznych „auf das Pfandrecht“. Natomiast przeciwko tej hypotezie przemawiają argumenty popierające trzecią teoryą.

3) Za teoryą, że przedmiotem prawa nadzastawu jest wierzytelność ubezpieczona prawem zastawu, przemawia wy-

---

[30]) Przeciwko tej hypotezie przemawiają nadto te względy, którymiby można poprzeć dwie inne teorye, których przeto, nie chcąc się powtarzać, nie podaję na tem miejscu. Taksamo przeciwko teoryi drugiej resp. trzeciej przemawiają okoliczności popierające teoryą pierwszą i trzecią resp. pierwszą i drugą.

raźnie § w 51 u. hip. „wenn auf einer Hypotekarforderung zur Zeit als ihre Löschung begehrt wird, noch Afterpfandrechte haften“, przeciwko niej jednak oprócz argumentów przywiedzionych za teoryą pierwszą i drugą także i przypuszczenie, że stanowisko ustawy hypotecznej może być różnem od stanowiska kodeksu cywilnego, t. j. że pierwsza mogła w tym ostatnim wprowadzić zmiany w zakresie tych przedmiotów, które ma urządzać.

Powyższy stan rzeczy nakazuje wysnuć następujące wnioski:

1) Jeżeli przedmiotem prawa nadzastawu jest albo tylko rzecz dana zastawnikowi w zastaw, albo tylko prawo zastawu przysługujące zastawnikowi albo wreszcie tylko wierzytelność, w której wierzycielem jest zastawnik, to w takim razie wyrażenia przepisów ustawowych przemawiające za dwoma innemi hypotezami są błędne lub nie ścisłe. Tę błędność zaś lub nieścisłość udowodnić można przez wykazanie, że użycie tych lub innych wyrazów nie pociąga za sobą skutków materyalnych, to jest, że mimo wyrażeń ustawowych, dających się zastosować do kilku teoryi, wszystkie stosunki podpadające pod odnośne przepisy są *jednolicie* unormowane

2) Jeżeli przedmiotem prawa nadzastawu są dwa z pośród wyżej wymienionych możliwych przedmiotów, to oprócz dopiero wskazanego dowodu na błędność lub nieścisłość wyrażeń ustawowych. przemawiających za przyjęciem trzeciego przedmiotu, wymagać musimy dowodu, że dwa te przedmioty nie wykluczają się wzajemnie w roli, jaka im przypada w prawie nadzastawu, ale przeciwnie, że tylko *oba razem* stanowić mogą przedmiot pruwa nadzastawu.

3) Jeżeli wszystkie trzy wyżej wymienione, możliwe przedmioty razem stanowią przedmiot prawa nadzastawu, to przeprowadzonym być musi dopiero co wyżej wspomniany dowód, że nie wykluczają się wzajemnie w swym charakterze przedmiotu prawa nadzastawu tudzież że tylko razem wzięte i tylko *wszystkie trzy* razem wzięte stanowić mogą przedmiot prawa nadzastawu.

4) W każdym wreszcie razie powyższy przegląd textu przepisów ustawowych przekonuje, że ustawa nie daje bezpośrednio pojęcia prawa nadzastawu, mówi bowiem tylko, że prawo nadzastawu jest prawem zastawu (*verpfänden* w § 454 u. c.), nie wyjaśnia jednak co jest przedmiotem prawa zastawu, w tym ostatnim zaś leży, jakeśmy to wyżej wskazali, kryteryum prawa nadzastawu. Nie wyjaśnia zaś, co jest przedmiotem prawa nadzastawu, dlatego, ponieważ text jej nie wykazuje, która z trzech wyżej wymienionych ewentualności jest prawdziwą. Gdy zaś stwierdzenie takie zależnem jest od przeprowadzenia wyżej przywiedzionych dowodów, przeto przypatrzeć się nam obecnie wypada, które z przedstawionych w pierwszej połowie niniejszego rozdziału stosunków i jak są unormowane przez przepisy odnoszące się do prawa nadzastawu, w ten tylko bowiem sposób dać będzie można potrzebne do oświadczenia się za jedną z rzeczonych ewentualności dowody. Przedtem jednak jedna konieczna uwaga

Wnioski, któreśmy dopiero co przedstawili, opierają się na dwóch premisach. Z tych tylko pierwsza, t j. text ustawowych przepisów, została oznaczoną. Drugą jest zupełnie naturalny fakt, że, ponieważ kryteryum prawa nadzastawu jest tylko przedmiot, przedmiot ten musi być jeden względnie w razie, gdybyśmy go rozłożyli na części składowe, części te muszą dawać jednolitą całość. Jeżeli przedmiotem prawa nadzastawu będzie przedmiot a niepodzielne lub też a składające się z $\alpha+\beta$, to jakiekolwiek miałoby podobieństwo z tem prawem zastawu prawo zastawu, którego przedmiotem jest przedmiot b, to ostatnie nie będzie prawem nadzastawu. Stąd to zaznaczyliśmy wyżej, że, aby przyjąć za przedmiot prawa nadzastawu rzecz daną zastawnikowi w zastaw, prawo zastawu, którego on jest podmiotem i wierzytelność, w której on jest wierzycielem, lub dwa z tych czynników, — należy przeprowadzić dowód, że te przyjęte za przedmiot prawa nadzastawu czynniki nie wykluczają się wzajemnie, a nadto, że w swym charakterze przedmiotu prawa nadzastawu stanowią jednolitą całość. Cóż jednak wtedy, jeżeli dowód taki nie da się przeprowadzić? Ze stanowiska prawa *pozytywnego* jedna

jest tylko możliwa odpowiedź na to pytanie. Oto że prawo austryackie pod jedną nazwą „prawa nadzastawu“ kryje dwie odrębne instytucye. Zapatrywanie takie ze stanowiska teoryi, nie opierającej się na premisach danych przez ustawy pozytywne, jak i ze stanowiska krytyki, mogłoby wywołać zarzuty, tam jednak, gdzie o istocie jakiegoś prawa decydują pozytywne przepisy, nauka ograniczyć się musi na wszechstronnem oświetleniu takowych i na skonstatowaniu ich znaczenia.

B) Badając, które z wyliczonych w pierwszej połowie niniejszego rozdziału stosunków są unormowane wprost przez ustawowe przepisy odnoszące się do prawa nadzastawu, znajdujemy, że za rozstrzygnięte uważać możemy tylko 4 z takowych, a mianowicie:

1) Jeżeli właściciel (*„Eigenthümer“* w § 455 ust c.) zawiadomiony o ustanowieniu nadzastawu, a nie mający zezwolenia nadzastawnika na zapłacenie długu zastawnikowi, składa dług „swój“ do depozytu sądowego, wtedy nadzastawnik zaspokaja się ze złożonej w ten sposób kwoty wedle przepisów ustawy sądowej (§§ 455 i 461 u. c.).

2) Jeżeli właściciel był zawiadomionym o ustanowieniu nadzastawu a dług został spłaconym zastawnikowi bez zezwolenia nadzastawnika, natenczas, jeżeli zastawem obciążoną była nieruchomość, będąca przedmiotem ksiąg publicznych, nadzastawnik zaspakaja się z wierzytelności hipotecznej (*„Hypothekarforderung“* § 51 u. hyp.). Że § 51 ust. hyp. odnosić się może tylko do wypadku, gdzie właściciel był uwiadomionym o ustanowieniu nadzastawu, wynika z postanowienia § u. 123 l. 3. ust. hip., wedle którego uchwały o wpisie resp. prenotacyi prawa zastawu na zaintabulowanych już na rzecz osób trzecich prawach winny być doręczane także właścicielowi. Że w § 51 ust. hyp. przewidzianym jest wypadek zgaśnięcia wierzytelności hypotecznej wskutek zapłaty dokonanej *bez zezwolenia nadzastawnika*, oczywistem jest z tego powodu, ponieważ, w razie przedstawienia zezwolenia nadzastawnika wykreślonemby zostało także

i prawo nadzastawu. Natomiast zapłata dokonana bez zezwolenia nadzastawnika nie jest jedynym powodem dającym nadzastawnikowi prawo zaspokojenia się z wierzytelności, tak samo bowiem ma się rzecz, jeżeli

3) wierzytelność hypoteczna z innych powodów została wykreśloną (§ 51 ust. hyp. mówi w ogóle o wykreśleniu).

4) Wreszcie unormowaną jest przez ustawę zmiana jednego punktu stosunku zastawcy do zastawnika, a mianowicie wedle § 460 u. c. odpowiedzialnym jest zastawnik w razie ustanowienia nadzastawu nawet za taki przypadek, przez któryby zastaw, gdyby się był u niego znajdował, nie był uległ zniszczeniu lub zepsuciu.

Natomiast reszta stosunków w pierwszej połowie niniejszego rozdziału przywiedzionych nie jest unormowaną przez przytoczone przepisy ustawowe. W szczególności nie uważam za rozstrzygnięty przypadek, o którym mówi § 455 u. c. *in fine*, gdy właściciel uwiadomiony o ustanowieniu nadzastawu zapłacił dług zastawnikowi bez zezwolenia nadzastawnika. Przedewszystkiem wypada zaznaczyć, że wobec § 51 u. hyp. postanowienie § 455 u. c. iż w takim przypadku „zastaw jest funduszem odpowiedzialności“ dla nadzastawnika, tylko przy zastawie ręcznym może mieć zastosowanie. Czy jednak jest takiem samem jak postanowienie § 51 ust hyp., czy też innem, nie można stanowczo orzec, przez wyrazy bowiem: *„sonst bleibt das Pfand dem Inhaber des Afterpfandes verhaftet“*, tyle tylko można rozumieć, że funduszem odpowiedzialności jest to, co dla nadzastawnika jest „zastawem“ orzec, jednak że takowym jest rzecz sama, wierzytelność, lub wreszcie prawo zastawu, byłoby *petitio principii*.

* * *

Celem dotychczasowego wywodu było wykazać:

1) jakie stosunki mają być unormowane przez przepisy ustawowe, odnoszące się do prawa nadzastawu, tudzież

2) czy i które z nich są bezpośrednio przez te przepisy rozstrzygnięte, które zaś wymagają pomocy nauki. Badanie

przedsięwzięte w tym drugim kierunku wykazało, że ustawa nie daje pojęcia prawa nadzastawu, a tylko normuje niektóre stosunki. Wobec tego zadaniem dalszem będzie rozstrzygnąć resztę tych stosunków i zbudować pojęcie prawa nadzastawu. Przedtem jednak wypada dać obraz stanu nauki w naszej kwestyi.

ROZDZIAŁ II.

Starsi autorowie nie zajmują w kwestyi prawa nadzastawu stanowiska zdecydowanego. Objawia się to w następujących punktach:

1) Jakkolwiek wszyscy wychodzą ze założenia, że przedmiotem prawa nadzastawu jest prawo zastawu, to jednak obok niego przyjmują za zastawioną bądź rzecz także (Zeiller, Nippel), bądź też oprócz tych dwóch przedmiotów i wierzytelność (Winiwarter, Ellinger), nie wykazują jednak, czy pomiędzy tymi przedmiotami zachodzi związek czyniący prawo zastawu na nich jedną i jednolitą instytucyą. Pociąga to za sobą dwa skutki: nie wiemy, z czego *w zasadzie* zaspokaja się nadzastawnik, a powtóre nie wiemy, czy pojedyncze owe przedmioty mogą być także osobno zastawione, a w razie twierdzącym, co jest prawem nadzastawu

2) Żaden z autorów, których tu liczymy, nie udowadnia swojej teoryi przepisami odnoszącymi się do prawa nadzastawu, a przeciwnie pojęcie jego dedukują z ogólnych zasad właściwych całemu prawu zastawu. Stanowisko to powoduje, że cechy charakterystyczne i właściwe tylko prawu nadzastawu nie występują na jaw, a instytucya prawa nadzastawu, jako odrębna instytucya, traci racyą bytu.

3) Teorye należące tu nie rozstrzygają wszystkich stosunków, jakie się tu nasuwają, co w połączeniu z wyżej pod 1) podniesionym zarzutem nie dozwala orzec, jak należy rozstrzygnąć nie wspomniane przez autorów stosunki.

Powyższe trzy główne zarzuty udowodni streszczenie teoryi Zeillera, Nippla, Winiwartera i Ellingera. Dzieli je z nimi i Stubenrauch w przeważnej części, ze względu jednak na jego odrębne stanowisko w literaturze umieszczamy go między autorami ostatniej epoki.

Zdaniem Zeillera[31]) przedmiotem prawa nadzastawu jest zastaw lub, jeżeli się tak woli (oder wenn man lieber will), ciążące na nim prawo zastawu. Że prawo zastawu może mieć za przedmiot zastaw lub prawo zastawu ciążące na takowym, wynika stąd, że wszystkie rzeczy będące w obiegu (zmysłowe i niezmysłowe) mogą być zastawione, że zaś wtedy nazywa się „Afterpfandrecht“, to dlatego, że co do czasu i porządku następuje po innem prawie zastawu. Zasadę tę wyjaśnia Zeiller dalej dwoma wskazówkami:

1) Nikt nie może na drugiego więcej praw przenieść, niż sam ma. Prawo zastawnika polega na tem, że kwotę dłużną mu n. p. 1000 złr. ściągnąć może z zastawu przez sprzedanie takowego. Stąd też zastawnik może przenieść na swojego wierzyciela tylko to, do tej kwoty ograniczone, prawo bezpieczeństwa (Sicherheitsrecht). Gdyby więc zastaw zostawionym został dalej dla kwoty n. p. 1500, nadzastawnik miałby pretensyą co do kwoty 500 złr., nie do właściciela zastawu, lecz tylko do nadzastawcy.

2) Skutek i cel prawa nadzastawu polega na tem, że nadzastawnik może się zaspokoić z tej kwoty, którą zastawca ma zapłacić w należytym czasie swojemu zastawnikowi, w przeciwnym razie (?) może uzyskać to zaspokojenie z zastawu. W tym celu jednak winien być właściciel zastawu zawiadomionym o ustanowieniu nadzastawu. Gdyby mimo tego zawiadomienia uiścił zapłatę wierzycielowi, zastaw pozostałby nadal z jego winy odpowiedzialnym nadzastawnikowi.

Zupełnie takie samo stanowisko co do pojęcia prawa nadzastawu zajmuje Nippel[32]), poglądy swoje uzupełnia tylko

---

[31]) Zeiller *Commentar* do § 454 i 455.

[32]) Nippel, *Erlauterung* do §§ 454 i 455. Cztery pierwsze ustępy objasnienia do § 454 u. c. i pierwszy ustęp objaśnienia § 455 u. c. są prawie dosłownie powtórzone z Zeillera.

rozwinięciem kolizyi, jaka zajść może, jeżeli prawo zastawu zastawionem zostało komu innemu, wierzytelność zaś komu innemu, a obie wierzytelności, dla których zastawnik ustanowił prawo zastawu na swojej wierzytelności i na swem prawie zastawu, przewyższają te ostatnie. Nippel wyjaśnia tę kolizyą na następującym przykładzie. Antoni udzielił Czesławowi pożyczkę w kwocie 100 złr. i otrzymał na to skrypt dłużny i prawo zastawu na zegarku, a gdy następnie sam zaciągnął pożyczkę w kwocie 100 złr. u Bartłomieja i takąż pożyczkę u Dominika, dał pierwszemu z nich w zastaw skrypt dłużny, a drugiemu ów złoty zegarek. W takim wypadku, twierdzi Nippel, pierwotny dłużnik musi zapłacić dwa razy po 100 złr., jeżeli chce się uwolnić od długu i otrzymać zastaw, ale ma to miejsce wtedy tylko, jeżeli nadzastawnik *nie* wiedział o poprzedniem zastawieniu samej wierzytelności. Rozstrzygnięcie to motywuje Nippel dosyć niejasno, uzasadnienie przeto cytujemy dosłownie: „Denn der Gläubiger, dem die Forderung verpfändet worden ist, hat das Recht, aus derselben seine Befriedigung zu suchen, und er kann zu diesem Zwecke sich entweder die Forderung einantworten lassen, oder selbe zur Versteigerung bringen; in beiden Fällen wird nun an die Stelle des ersteren ein anderer Gläubiger eintreten, wo dann das Recht des ersten Gläubigers auf das Pfandstück erlöschen würde. Sein Pfandrecht war daher auf die Zeit eingeschränkt, als er selbst noch Eigenthümer der Forderung bleiben würde; allein für den Afterpfandnehmer ginge das Pfandrecht mit dem zeitlichen Rechte des Afterpfandgebers auf die verpfändete Sache nur dann verloren, wenn ihm dieser Umstand bekannt gewesen wäre (§ 468), was nach der Voraussetzung der Fall nicht ist.“ Jeżeli natomiast nadzastawnik wiedział o poprzedniem zastawieniu wierzytelności, to wie także, że prawo zastawu gaśnie z chwilą, gdy nadzastawca przestaje być „właścicielem“ tej wierzytelności, nie ma przeto od tej chwili żadnego prawa do oddanego mu zastawu. Podobnie, jeżeli ten wierzyciel, któremu zastawiono wierzytelność, wiedział o zastawieniu zastawu, to wie także, że pierwotnemu dłużnikowi przysługuje prawo złożenia długu

do depozytu sądowego ze skutkiem uwolnienia się od długu i że on, wierzyciel, nie może sobie już rościć żadnego prawa do dłużnika. To samo ma miejsce i przy nieruchomościach. Wierzyciel, któremu zastawiono wierzytelność, któremu jednak nie zaintabulowano prawa nadzastawu na przysługującem tej wierzytelności prawie zastawu, może tak długo zaspokoić się z zaintabulowanej wierzytelności, jak długo nikt inny nie uzyskał superintabulacyi. Jeżeli to jednak nastąpiło, ten, który działał w zaufaniu do ksiąg publicznych, nie może ponieść szkody, ma też „das vorzügliche Recht, sich aus dem Betrage, welchen der ursprüngliche Pfandbesteller seinem Glaübiger in der gehörigen Zeitfrist zu bezahlen hat, seine Befriedigung herzuhohlen.“

Owe trzy cechy, któreśmy podnieśli jako charakteryzujące starszych autorów, ujawniają się w dopiero co przedstawionych teoryach w całej pełni. Ad 1) i 3). Wedle obu streszczonych teoryi przedmiotem prawa nadzastawu jest rzecz lub prawo zastawu. Przypuszczenie, że rzecz jest przedmiotem prawa nadzastawu, mogłoby stąd wypływać, że nadzastawnik ma się zaspokajać z rzeczy, jeżeli właściciel zastawu mimo zawiadomienia płaci dług wierzycielowi. Na prawo zastawu, jako przedmiot prawa nadzastawu, wskazywałyby słowa Zeillera, że skutek i cel prawa nadzastawu polega na tem, iż nadzastawnik zaspokaja się z tej kwoty, którą zastawca płaci zastawnikowi. Jakże jednak rozstrzygnąć wszystkie inne wypadki, n. p. z czego zaspakaja się nadzastawnik, jeżeli zastawca nie zapłacił nikomu? Gdyby stanowisko omawianych autorów było jasnem, możnaby taki wypadek rozstrzygnąć w drodze wniosku z ogólnej zasady, gdy jednak zasada ta składa się z dwóch niezwiązanych części, niewiadomo, z której z tych części wniosek taki należy wyciągnąć. Ad 2) Poparcie na swoją teoryą znajdują Zeiller i Nippel w dwóch ogólnych zasadach, a mianowicie, że każda rzecz będąca w obiegu może być zastawioną i że nikt nie może przenieść na drugiego więcej praw, niż ich sam ma. Z pierwszej wynika, że prawo zastawu *może* być także zastawionem, z drugiej, że nadzastawnik może ściągnąć z zastawu

przy sprzedaży takowego tylko tyle, ile wypada na zastawnika. Prawdziwość jednak tych zasad nie jest dowodem, że mają zastosowanie właśnie przy prawie nadzastawu, bo, chociaż prawdą jest, że prawo zastawu *może* być zastawionem, to nie wynika przecież z tego, by prawo nadzastawu *musiało* mieć takowe za przedmiot. Także i zastosowanie drugiej zasady nie jest koniecznem wobec tego, że wedle Zeillera i Nippla przedmiotem prawa nadzastawu jest i sama rzecz. To też dowód, że te właśnie zasady mają zastosowanie w prawie nadzastawu, może być dostarczonym tylko przez pozytywne przepisy, tyczące się prawa nadzastawu, których jednak obaj autorowie, jakkolwiek komentatorowie, nie rozjaśniają.

Powyższa niejasność nie pozwala ocenić niektórych punktów, które wydają się uzasadnionymi, jak że „prawo nadzastawnika polega na tem, że kwotę dłużną ściągnąć może z zastawu przy jego sprzedaży“ i że „skutek i cel prawa nadzastawu polega na tem, że nadzastawnik może się zaspokoić z tej kwoty, którą zastawca płaci zastawnikowi“. Nie można ich zaś dlatego ocenić należycie, bo z całego wywodu nie da się osądzić, czy to są jedyne sposoby zaspokojenia nadzastawnika, czy też ten ostatni rozporządza jeszcze innymi, jak np. czy w pewnym wypadku (§ 455 in fine u. c.) nie ma skargi przeciwko właścicielowi zastawu.

Wreszcie co do wywodów Nippla o kolizyi między prawem zastawu na samem prawie zastawu, a prawem zastawu na wierzytelności, to wrócimy jeszcze do nich w rozdziale trzecim, tu już jednak należy zwrócić uwagę na dwa punkty.

1) Przez sprzedaż i przyznanie wierzytelności nie gaśnie prawo zastawu ustanowione dla niej, a przechodzi tylko na nabywcę, okoliczność ta nie może przeto powodować w żadnym wypadku zgaśnięcia prawa nadzastawu, bo to ostatnie — jako prawo zastawu — jest rzeczowem, a więc ciąży na samym przedmiocie bez względu na to, kto jest właścicielem, (mówiąc nieściśle,) tego przedmiotu.

2) Nippel nie rozstrzygnął kolizyi między prawem zastawu na nieruchomościach a wierzytelnością bez tego prawa

zastawu, to też przedstawiony przezeń wypadek tyczy się właściwie kolizyi między zaintabulowanem prawem zastawu, a nie zaintabulowanem, o której nie można powiedzieć, by w prawie nadzastawu przedstawiała szczególne właściwości.

Nowe utrudnienie w naszej kwestyi wprowadzają dwaj następni autorowie. Zdaniem Winiwartera [33]) nadzastawem jest zastaw, który zastawnik ustanawia dla swego wierzyciela na przysługującem mu prawie zastawu. Przedmiotem nadzastawu nie jest rzecz, lecz ciążące na niej prawo zastawu. Dalej jednak omawiając zapłacenie zastawnikowi długu przez *dłużnika* bez zezwolenia nadzastawnika (§ 455 in fine u. c.), twierdzi, że w takim wypadku pozostaje rzecz zastawiona wobec nadzastawnika funduszem odpowiedzialności, t. j. właściciel rzeczy musi zezwolić, by nadzastawnik przez sprzedaż takowej znalazł zaspokojenie, lub też, jeżeli nie chce do tego dopuścić, winien nadzastawnika o tyle zaspokoić, o ileby był zaspokojonym z nadzastawu, choćby już poprzednio zapłacił był dług swemu wierzycielowi. Wreszcie twierdzi Winiwarter, że w dalszem zastawieniu prawa zastawu mieści się zawsze milczące zastawienie wierzytelności pierwszego zastawnika. Chociaż prawo wierzytelności i prawo zastawu należy w niejednym kierunku inaczej traktować i chociaż każde z nich pociąga za sobą inne skutki prawne, to jednak przy nadzastawie nie można ich rozdzielić, gdyż inaczej nadzastaw byłby czczym frazesem i nie dawałby żadnego bezpieczeństwa. Gdyby wierzyciel jednemu zastawił prawo zastawu, a drugiemu wierzytelność, to dzierżyciel nadzastawu nie poniósłby żadnej szkody, bo prawo jego ciąży na rzeczy, a więc przeciwko każdemu może być wykonane, gdy jednak i dłużnik, przeciwko któremu należałoby wykonać zastawione prawo wierzytelności, nie mógłby być zmuszonym do podwójnej zapłaty, ponieważ przez zapłatę za zezwoleniem nadzastawnika resp. przez złożenie do de-

---

[33]) Winiwarter, II str. 233 nast.

pozytu sądowego uwolnionym zostaje z długu, — przeto zastaw na samej wierzytelności nie daje żadnego bezpieczeństwa.

Podobnie zapatruje się na prawo nadzastawu Ellinger [34]). Przedmiotem nadzastawu jest wedle niego prawo zastawu. Dalej jednak twierdzi: „Obwol durch Verpfändung einer Forderung das dafur bestellte Pfand nicht zugleich mitverpfändet wird (§ 452), so folgt daraus doch nicht die Berechtigung des Pfandgläubigers *dieses* wieder einer *anderen* Person zum Afterpfande zu bestellen; weil solches ohne möglichen Nachttheil für den Pfandschuldner nicht geschehen könnte (§ 878). Wird umgekehrt das Pfandrecht weiter verpfändet, so ist auch die *diesem* zum Grunde liegende Forderung derselben Person mitverpfändet (§ 455)".

O ile powyżej powołani autorowie przyjmują kilka przedmiotów w prawie nadzastawu, powtórzyć wypada wyżej przeciwko teoryi Zeillera i Nippla podniesione zarzuty. To samo także, co o poprzednich, da się powiedzieć i o ich sposobie dowodzenia. W szczególności jednak co do uznania także wierzytelności za przedmiot prawa nadzastawu, to argument Winiwartera, że zastawienie prawa zastawu bez wierzytelności byłoby czczym frazesem i nie dawałoby żadnego bezpieczeństwa jest w wielkiej części słusznym, ale nie pozytywnym. Jak w rozdziale trzecim zostanie wykazanem, bezpieczeństwo to jest rzeczywiście niedostatecznem i niezależnem od nadzastawnika, ale z tego nie można wysnuwać wniosku, by *kodeks* mimo to nie wprowadzał takowego. Inna rzecz z praktyką, ta bowiem bezużytecznym instytucyom każe w życiu umierać, ale, gdzie idzie o wyjaśnienie ustawy, tam przedewszystkiem należy *z niej* wysnuwać argumenty, to też motyw podany przez Winiwartera — ekonomicznie słuszny — jako nie zaczerpnięty stamtąd nie może być branym w rachubę przy badaniu pojęć kodeksowych. Inaczej motywuje to samo twierdzenie Ellinger, sądzi bowiem, że prawo zastawu bez szkody zastawcy nie może być samo zastawionem,

---

[34]) Ellinger do §§ 454 i 455.

gdy jednak nie podaje, na czem ta szkoda ma polegać, i jego argument nie może wystarczać. Przejście do nowszej literatury stanowi Kirchstetter[35]). Zajmuje już stanowisko zdecydowane, uważając prawo nadzastawu za prawo zastawu na wierzytelności wraz z ubezpieczającem je prawem zastawu. Teoryi tej na razie nie rozbieramy, spotykamy ją bowiem w późniejszych (Krainza, Tilla i innych) o wiele dokładniej przedstawioną i tam też zbadamy jej doniosłość.

Teorye nowszych autorów przedstawimy w czterech grupach. Do pierwszej zaliczamy Klepscha i Udzielę, uważających prawo nadzastawu za prawo zastawu na samej rzeczy; do drugiej — najliczniejszej — grupy należą teorye przyjmujące za przedmiot prawa nadzastawu wierzytelność ubezpieczoną prawem zastawu; osobno przedstawimy teoryą Stubenraucha, co do wielości przedmiotów prawa nadzastawu (rzecz, prawo zastawu, wierzytelność) przypominającego Winiwartera, rozporządzającego jednak znaczniejszymi środkami naukowymi; a wreszcie osobne miejsce należy się Exnerowi, jakkolwiek bowiem zdanie drugiej grupy uważa za panujące, to jednak obok niego rozwija prawo nadzastawu jako prawo zastawu na prawie zastawu, a więc niejako tworzy dwie instytucye.

A) Do pierwszej grupy należą teorye Klepscha[36]) i Udzieli[37]). Różnica pomiędzy nimi polega na tem, że pierwszy odróżnia prawo nadzastawu *na ruchomościach* jako prawo zastawu na rzeczy, od prawa nadzastawu jako prawa zastawu na *wierzytelności hipotecznej*, drugi zaś prawo nadzastawu *kodeksu cywilnego* będące prawem zastawu na rzeczy, od prawa nadzastawu *ustawy hipotecznej*, będącego prawem zastawu na wierzytelności hipotecznej. Zresztą Klepsch pisał przed wydaniem ustawy hipotecznej z 1871 roku.

Klepsch przedstawia swoje zapatrywania w naszej kwestyi w następujący sposób. Ruchomą rzecz obciąża prawo

---

[35]) *Commentar* do § 454 i 455.
[36]) *Das oester. Tabularrecht* Prag 1862 str. 35.
[37]) *Prawo nadzastawu wedle prawa austr.* Kraków 1892.

nadzastawu bezpośrednio, wskutek czego różnica między prawem nadzastawu a pierwszem prawem zastawu polega jedynie na tem, iż prawo nadzastawu sięga tylko do wysokości pierwszej wierzytelności i że zrealizowanie go z rzeczy zastawionej zależnem jest od zejścia się terminów, w których pierwsza i druga wierzytelność miała być dopełnioną. Jeżeli te założenia mają miejsce, wtedy nadzastawnik ma prawo zaspokoić się *bezpośrednio*, z rzeczy zastawionej, nie potrzebując popierać egzekucyi najpierw na wierzytelności swojego bezpośredniego dłużnika, a dopiero po przyznaniu mu tej wierzytelności, na samym zastawie.

Inaczej ma się rzecz przy wierzytelnościach hypotecznych, które dalej zostały zastawione

Wierzytelności hypoteczne stanowią samoistne ciała hypoteczne, których przeniesienie, dalsze obciążenie i zgaśnięcie unormowane jest temi samemi ustawami tabularnemi, które mają zastosowanie przy dobrach nieruchomych.

Nadzastawnikowi (Supercondicent), który nie otrzymał zapłaty od swego bezpośredniego dłużnika, ponieważ ten także nie może otrzymać zaspokojenia swojej już dawno płatnej wierzytelności od posiadacza hipoteki, nie wolno w myśl § 461 u. c. poszukiwać zaspokojenia z hipoteki, najpierw bowiem popierać winien ekzekucyą na zastawionej wierzytelności hipotecznej, a dopiero po przyznaniu mu takowej staje się uprawnionym, jako bezpośredni wierzyciel hipoteczny, popierać ekzekucyą na hipotece. Wierzytelności hipoteczne stanowią przeto same dla siebie ciało hipoteczne, należy też z niemi zupełnie samoistnie postępować, ze wszystkich zaś postanowień ustawowych o nadzastawie wpływa na nie i to w ograniczonej mierze prawie tylko § 455 u. c.

Jak widzimy, Klepsch nie udowadnia swego zapatrywania, wskutek tego też postawiona przez niego teorya, jako *jego* teorya, usuwa się z pod dyskussyi. Co się zaś tyczy wyzyskania myśli rzuconych przez niego, to, ponieważ są identyczne z bronionemi przez Udzielę, ocenimy je poniżej.

Udziela twierdzi, że wedle austryackiego kodeksu cywilnego „prawo nadzastawu jest prawem zastawu bezpośre-

dnio na rzeczy samej, różniącem się od każdego innego prawa zastawu tylko tem, że jest ustanowione nie przez właściciela rzeczy, lecz przez wierzyciela zastawniczego w granicach własnego uprawnienia“ (str. 31), gdzieindziej zaś określa je jako „bezpośrednie prawo zastawu na rzeczy samej, ograniczone nie co do swej siły (intenzywności), lecz tylko co do swej objętości wysokością ubezpieczonej prawem zastawu wierzytelności nadzastawcy“ (str. 36). Jedyną więc cechą prawa nadzastawu jest to, że „granice jego są oznaczone przez odniesienie do innego prawa zastawu“ (str. 89). Zapatrywanie to popiera Udziela, dowodem ujemnym i dodatnim.

1) Dowód ujemny przeprowadza Udziela przez wykazanie, że żadna z innych teoryi nie da się utrzymać. Prawa zastawu nie może mieć prawo nadzastawu dlatego za przedmiot, ponieważ prawo zastawu jest prawem akcessoryjnem, „wskutek czego prawo zastawu i prawo wierzytelności zabezpieczone takowem muszą być zawsze u jednej i tej samej osoby uprawnionej“, na wypadek bowiem rozłączenia ich „wierzyciel nie miałby tego zabezpieczenia, któreby mu prawo zastawu miało dawać, ponieważ wykonanie prawa zastawu zależałoby nie od niego, lecz od osoby trzeciej; ten zaś, któryby miał prawo zastawu samo, nie miałby najmniejszego interesu wykonywać takowego, z powodu, że wierzytelność nie zabezpieczona, nie jemu, lecz komu innemu w razie wykonania prawa zastawu przypada. Gdy zaś każde prawo prywatne jest tylko o tyle prawem, o ile uprawniony ma w niem pewien interes, przeto oczywiście prawo zastawu samo bez wierzytelności, nie służąc do zaspokojenia żadnego interesu uprawnionego, przestaje być prawem“, a w dalszej konsekwencyi jako nie będące przedmiotem obiegu nie może być przedmiotem prawa zastawu (str. 20). Również i wierzytelność ubezpieczona prawem zastawu nie jest przedmiotem prawa nadzastawu, bo pomiędzy takiem prawem zastawu a prawem zastawu na wierzytelności nie ubezpieczonej prawem zastawu nie ma żadnej różnicy, paragrafy przeto 454, 455 i 460 byłyby zupełnie zbytecznymi, gdy wedle § 448

dopuszczalnem jest prawo zastawu w ogóle na prawach (str. 23, 24).

2) Dowód pozytywny polega wedle Udzieli (str. 26 – 31) na następujących postanowieniach ustawowych:

a) Ustawa (§ 447 u. c.) przez wyraz „zastaw“ rozumie rzecz, na której wierzycielowi przysługa prawo zastawu, przyjmując przeto nowy wyraz „nadzastaw“ powoduje się tą samą terminologią tj. rozumie przezeń rzecz już raz zastawioną („o tyle staje się takowy tj. zastaw nadzastawem“ w § 454 u. c.).

b) § 454 przepisuje do nabycia prawa nadzastawu tradycyą resp. wpis do ksiąg gruntowych, gdyby przeto przedmiotem prawa nadzastawu było prawo zastawu lub wierzytelność — zdaniem Udzieli rzeczy ruchome — przepis ten nie mógłby być spełnionym, bo przez wpis do ksiąg gruntowych nabywa się tylko prawo zastawu na rzeczach nieruchomych, podczas gdy, przyjmując za przedmiot prawa nadzastawu rzecz samą, przepis powyższy okazuje się zupełnie naturalnym.

c) § 455 u. c., stanowiąc „das Pfand *bleibt* dem Inhaber des Afterpfandes verhaftet“, jest najważniejszym dowodem przemawiającym zdaniem Udzieli za jego teoryą, możliwy zaś zarzut, że przedmiotem prawa nadzastawu jest rzecz tylko w jednym wypadku określonym w § 455 u. c. usuwa wyraz „bleibt“ mający to znaczenie, że zastaw (rzecz) był i przedtem funduszem odyowiedzialności wobec nadzastawnika, kiedy w chwili zajścia wypadku tam określonego nie „staje się“, ale „pozostaje“ odpowiedzialnym nadzastawnikowi.

d) Używane przez ustawę wyrażenia „das Pfand *weiter* verpfänden“, „das Pfand *wieder* verpfänden“ nakazują przypuszczać, że przez nie rozumieć należy ustanowienie prawa zastawu na rzeczy samej, która jednak jest już zastawioną.

e) Wreszcie za przyjęciem rzeczy za przedmiot prawa nadzastawu przemawia i to, że w ustawie brak wszelkich danych popierających inne zdanie.

W konsekwencyi przyjmuje Udziela, że „wierzyciel nadzastawniczy ma prawo żądać swego zaspokojenia wprost i bezpośrednio z rzeczy w sposób w § 461 kodeksu cywilnego określony, że zatem może samodzielnie, bez pośrednictwa wierzyciela zastawniczego, bez porozumienia z nim i bez zezwolenia tegoż a nawet wbrew jego woli żądać sprzedaży rzeczy samej, że więc służy mu bezwarunkowo ius distrahendi“ (str. 35). Na poparcie tego zapatrywania przytacza Udziela dwa względy, a mianowicie: 1° przyznanie nadzastawnikowi ius distrahendi jest logicznym wynikiem zasady, że prawo nadzastawu jest bezpośredniem prawem zastawu na rzeczy (str. 36 i 37), a 2° „przepis § 454 u. c., że wierzyciel zastawniczy może rzecz cudzą w granicach swego prawa zastawu na niej zastawić dalej, jest objętym zupełnie ramami“ zasady wypowiedzianej w § 456 u. c., który uznaje prawo zastawu ustanowione na rzeczy cudzej bez zezwolenia właściciela za ważne, z tą różnicą, że w przypadku § 454 u. c. zastawca nie jest wobec właściciela rzeczy odpowiedzialny za realizacyą dalszego prawa zastawu (str. 37). „Jeżeli zaś ustawa nie uważała za stosowne wyszczególnić w § 461 k. c. lub w innym osobnym paragrafie prawa wierzyciela do sprzedaży rzeczy zastawionej wedle § 456 k. c. przez osobę nie mającą do tego prawa, nie wiemy, dla czego miałaby umieszczać osobny przepis dla wierzyciela nadzastawniczego, który nabył prawo zastawu na rzeczy od osoby do zastawienia w myśl § 454 k. c. uprawnionej (str. 38)“.

Zupełnie konsekwentnie z tem dopiero co przytoczonem zdaniem twierdzi Udziela, że „prawo zastawu i prawo nadzastawu odnośnie do rzeczonego prawa zastawu ustanowione są co do swej istoty prawnej, dalej bytu prawnego zupełnie od siebie niezależne (str. 42)“. I tak: Prawo nadzastawu nie ulega zmianom, którym podlega prawo zastawu t. j. ze zmianą prawa zastawu nie zmienia się wcale równocześnie prawo nadzastawu, a ze zgaśnięciem prawa zastawu nie gaśnie zupełnie prawo nadzastawu (str. 42), inaczej bowiem „doszlibyśmy do rezultatu, że wierzyciel zastawniczy łącznie i w porozumieniu z właścicielem realności mógłby dowolnie ogra-

niczać, a nawet znieść prawo nadzastawu wierzyciela nadzastawniczego, co oczywiście sprzeciwia się zasadniczym przepisom prawnym, że nikt nie może samowładnie naruszać nabytych praw osób trzecich (str. 43)". Najważniejszy wypadek jest wyraźnie rozstrzygniętym, wedle § 455 u. c. bowiem nietkniętem pozostaje prawo nadzastawu w razie zgaśnięcia prawa zastawu przez zaspokojenie wierzytelności. Również w przypadku zgaśnięcia prawa zastawu przez konfuzyą nie gaśnie prawo nadzastawu, „zapatrywanie przeciwne doprowadziloby do rezultatu, że właściciel realności mógłby pozbawić wierzyciela nadzastawniczego prawa nadzastawu, nabywając wierzytelność wierzyciela zastawniczego (str. 44)". Na udowodnienie tej niezależności prawa nadzastawu od prawa zastawu powołuje się Udziela z wyjątkiem wypadku przewidzianego w § 455 in fine u. c. jedynie na względy słuszności, jakeśmy to zacytowali dosłownie.

Drugim momentem, który podnosi Udziela, jest kolizya prawa zastawu i prawa nadzastawu powstająca stąd, że „wierzyciel nadzastawniczy otrzymuje swe zaspokojenie z tej części wartości rzeczy, która przypada dla wierzyciela zastawniczego" (str. 45). Kolizyą tę rozwiązuje Udziela w ten sposób, że z kwoty „na wierzyciela zastawniczego i wierzyciela nadzastawniczego przypadającej zostaje zaspokojony najpierw wierzyciel nadzastawniczy, a tylko reszta przypada dla wierzyciela zastawniczego na *częściowe* pokrycie jego wierzytelności". Dowody na to są następujące.

1) § 455 stanowi, że właściciel rzeczy może dług swój spłacić wierzycielowi zastawniczemu tylko z wolą tego „który ma nadzastaw, albo, że musi go sądownie złożyć; oczywiście wierzyciel nadzastawniczy może dać swoje zezwolenie do takiej zapłaty wierzytelności wierzyciela zastawniczego po zupełnem zaspokojeniu swojej wierzytelności (nadzastawniczej)".

2) Tenże sam paragraf przez tradycyą umożebnia wierzycielowi nadzastawniczemu bezpośrednie wykonanie prawa zastawu na rzeczy, oczywiście w tym celu, aby najpierw tj. przed wierzycielem zastawniczym z rzeczy się zaspokoił.

To samo ma miejsce przy nieruchomościach, gdyż tutaj wpis ma równe skutki z tradycyą fizyczną (str 47).

Co do realizacyi prawa nadzastawu, to wierzyciel nadzastawniczy wnosi skargę zastawniczą przeciwko dłużnikowi zastawniczemu zupełnie niezależnie od wierzyciela zastawniczego, to też skarga ma być wniesioną przez obu. Co więcej? Nadzastawnik nie potrzebuje udowadniać prawa zastawu nadzastawcy, a to przy ruchomościach dla tego, że w myśl § 456 u. c. wystarcza mu tylko dobra wiara, „o ile mu właściciel rzeczy nie wykaże, że nie zachodzi żaden z przypadków § 456, a względnie § 367 u. c.“ (str. 54), przy nieruchomościach zaś z tego powodu, „albowiem wierzyciel nadzastawniczy nabywa ważnie prawo nadzastawu, jeżeli działa w dobrej wierze, choć prawo zastawu nie ma materyalnych podstaw do swego istnienia (§§ 469 i 1500 k. c.)“. Zdanie to wydaje się Udzieli tembardziej uzasadnionem, że „wedle § 469 u. c. prawo zastawu na rzeczy nieruchomej gaśnie dopiero z wykreśleniem z ksiąg gruntowych (str. 54)“.

Tak przedstawia się wedle Udzieli prawo nadzastawu wedle kodeksu cywilnego. Ustawa hipoteczna wprowadziła w tę instytucyą zdaniem jego kardynalne zmiany, wedle niej bowiem prawo nadzastawu jest prawem zastawu na wierzytelności, prawem zastawu już ubezpieczonej, jak to najjaśniej w § 51 ust. o ks. grun. jest wyrażonem (str. 66 nast.). Stanowisko to ustawy hipotecznej nie zasługuje wedle Udzieli na uznanie, sprzeciwia się bowiem zasadom, na których się opiera ustawa hipoteczna, w szczególności zasadzie w §§ 2 i 9 u. h. wyrażonej, wedle której wierzytelność nie jest przedmiotem wpisu do ksiąg gruntowych.

Dla ocenienia teoryi Udzieli wystarczy porównać jego główną zasadę, że prawo nadzastawu jest bezpośredniem prawem zastawu na rzeczy samej, z kilku innemi zapatrywaniami, jak na str. 46: „Wierzyciel zastawniczy, zastawiając rzecz dalej, ubezpiecza wierzyciela nadzastawniczego tą wartością rzeczy, która służy jemu samemu na zabezpieczenie“, lub „prawo zastawu jest wskutek tego ograniczone przez prawo nadzastawu“, lub na str. 45: „Identyczność przedmiotu

prawa zastawu i prawa nadzastawu ma zatem ciaśniejsze granice, jak identyczność przedmiotu różnych praw zastawu na tej samej rzeczy... przedmiot rozdziału między wierzycielem zastawniczym a wierzycielem nadzastawniczym stanowi tylko ta część wartości rzeczy, która na przypadek, gdyby prawo nadzastawu nie istniało, przypada w zupełności wierzycielowi zastawniczemu". Raz przeto przedmiotem nadzastawu jest sama rzecz, drugi raz zaś tylko ta wartość rzeczy, która samemu zastawnikowi służy na zabezpieczenie. Sprzeczność jest widoczna.. Sohm[38]) uważa teorye, określające prawo nadzastawu jako prawo zastawu ustanowione przez zastawnika na rzeczy „w granicach jego prawa zastawu', za nielogiczne. „Zastawioną ma być rzecz, ale nie z tymi skutkami, jakie ma zastawienie rzeczy. Skutki mają być skutkami zastawienia prawo, a jednak mimo to nie prawo, ale rzecz należy uważać za zastawioną".

Pomijając na razie kwestyą prawa nadzastawu wedle ustawy hipotecznej, bo ją obszerniej przedstawię w rozdziale trzecim, zaznaczam tu tylko, że z rezultatami osiągniętymi co do niej przez Udzielę zgadzam się, jakkolwiek z innych powodów. W rozdziale trzecim okaże się także wartość dowodu ujemnego przywiedzionego przez Udzielę. Co się zaś tyczy dowodu pozytywnego, to zaznaczyć należy:

Ad a) i d) Wyraz „zastaw", a wskutek tego i wyraz „nadzastaw" oznacza w ogóle przedmiot obciążony prawem zastawu bez względu na to, czy nim jest rzecz zmysłowa czy prawo. („Die Sache, worauf dem Gläubiger dieses Recht zusteht, heisst überhaupt ein Pfand" w § 447 u. c. w porównaniu z § 292 u. c.).

Ad b) Poruszony tam zarzut obalonym zostaje przez § 4 ustawy hipot., wedle którego „nabycie, przemienienie, ograniczenie i zniesienie praw hipotecznych (der bücherlichen Rechte § 9) uzyskuje się tylko przez wpis do ksiąg publ."; § 123 l. 3 tejże ustawy itd.

---

[38]) Sohm, *Subpignus* str. 65 nast.

Ad c) Konkluzya wyciągnięta z ostatniego zdania § 455 u. c. w duchu Udzieli jest petitio principii, jakeśmy to już w rozdziale pierwszym wykazali.

Ad c) Zapatrywanie to wobec przywiedzionych w rozdziale pierwszym wyrażeń ustawy przemawiających za innemi teoryami jest niewystarczająco popartem.

Oprócz tego braku dowodów zarzucić wypada teoryi postawionej przez Udzielę:

1) Poparcie na zapatrywanie, że nadzastawnik ma ius distrahendi, tudzież, że nadzastawnik wnosząc skargę zastawniczą nie potrzebuje udowadniać prawa zastawu nadzastawcy, znajduje Udziela w § 456 u. c. Ponieważ te dwie kwestye są dla jego teoryi zasadniczemi, przeto i dowód na nie wywrzeć musi stanowczy wpływ na samą teoryą. A dowód ten wykazuje pomięszanie dwóch instytucyi, a mianowicie instytucyi zastawu na cudzej rzeczy z instytucyą prawa nadzastawu. Pomięszanie to pociąga za sobą następujące skutki:

a) We wszystkich tych przypadkach, gdzie nie zachodziłyby warunki przepisane §§ 456 i 367 u. c., prawo nadzastawu byłoby niemożliwem, jak to Udziela wyraźnie mówi: „wobec tego jest przepis § 454 k. c. objęty zupełnie ramami zasady w § 456 wyrażonej“, (str 37).

b) §§ 456 i 367 wymagają od nabywającego prawo zastawu resp. prawo własności dobrej wiary, że prawozlewca ich jest właścicielem rzeczy, na której ustanawia prawo zastawu, resp. której własność przenosi. Tej dobrej wiary nadzastawnik mieć nie może, jeżeli nabywa prawo nadzastawu, a nie prawo zastawu. Przy nadzastawie przeto § 456 u. c. nie może być zupełnie zastosowanym, a stąd braknie Udzieli dowodu na najważniejszą kwestyą jego teoryi to jest na ius distrahendi nadzastawnika i na okoliczność, że nadzastawnik nie potrzebuje w skardze zastawniczej udowadniać prawa zastawu nadzastawcy.

c) Dowód z §§ 456 i 367 u. c. wystarczyćby mógł w najlepszym razie tylko dla nadzastawu na rzeczach ruchomych, (§§ te bowiem odnoszą się tylko do ruchomości), nadzastaw zaś na nieruchomościach nie może się już tłómaczyć

tymi przepisami. Jakiekolwiek byłoby więc nasze zdanie o wciąganiu prawa nadzastawu w ramy § 456 u. c., to w każdym razie instytucya ta byłaby wedle Udzieli nawet w kodeksie cywilnym niejednolitą, co do ruchomości bowiem równałaby się zastawieniu cudzej rzeczy, co do nieruchomości tłumaczyłaby się jedynie zaufaniem do ksiąg publicznych (str. 54).

d) Czynienie prawa nadzastawu prawem zastawu na rzeczy cudzej usuwa zupełnie potrzebę tworzenia osobnej instytucyi prawa nadzastawu.

2) Na udowodnienie samoistności i niezależności prawa nadzastawu od prawa zastawu, przywodzi Udziela oprócz § 455 u. c, którego znaczenie poznamy w rozdziale III, — tylko względy słuszności a raczej zasadnicze przepisy prawne. Pomijając wartość w ogóle takich dowodów, jest to petitio principii, nie o co innego tu bowiem chodzi, jak o stwierdzenie, jakie nadzastawcy przysługują prawa i kiedy może być mowa o „samowładnem nabyciu praw przez niego nabytych“.

3) Gdybyśmy jednak nawet uważali ową niezależność za udowodnioną, to przyjęcie jej sprawiłoby, że prawo nadzastawu byłoby pozbawionem jedynej właściwości, jaką mu Udziela przyznaje, to jest, „że granice jego są oznaczone przez odniesienie do innego prawa zastawu“ str. 89, że „wierzyciel zastawniczy, zastawiając rzecz dalej, ubezpiecza wierzyciela nadzastawniczego tą wartością rzeczy, która służy jemu samemu na zabezpieczenie“ str. 46, że wreszcie „wierzyciel nadzastawniczy otrzymuje swe zaspokojenie z tej części wartości rzeczy, która przypada dla wierzyciela zastawniczego“ (str 45). Jeżeli bowiem prawo zastawu nadzastawcy zgasło lub uległo zmianie w jakikolwiekbądź sposób, jakże się oznaczy granice prawa nadzastawu, gdzież będzie owa wartość, która służyła wierzycielowi zastawniczemu, a którą on zabezpieczył nadzastawnika, z czegóż zaspokoi się nadzastawnik, gdy zastawnik nic nie otrzyma? Jeżelibyśmy mimo to wszystko tak, jak tego chce Udziela, dali w takich wypadkach zastawnikowi jakiś fundusz zaspokojenia, to byłby

on nie tylko bezpośrednio samą rzeczą, ale nadto nie byłby niczem ograniczonym, prawo zastawu bowiem zastawnika, które miało oznaczać te granice, zgasło. Innemi słowy byłoby tu zwykłe prawo zastawu ustanowione przez nie-właściciela, ale na żaden sposób nie prawo *nadzastawu*.

4) Nierozjaśnioną zupełnie jest kwestya, co począć w wypadku, gdy tak nadzastawnik, jak i zastawnik, wytoczywszy przeciwko dłużnikowi zastawniczemu skargę zastawniczą, a prawo wytoczenia skarg tych osobno przysługuje im wedle Udzieli, — uzyskają wyroki pomyślne, skazujące właściciela rzeczy na zapłacenie sumy dłużnej. Czy właściciel rzeczy dwa razy sumę zapłaci względnie, jak Udziela chce, złoży do depozytu sądowego (51)? Jeżeli zaś raz ją ma złożyć, to czy oba wyroki mogą być exekwowane, czy też jeden, a wtedy który? Odpowiedzi na to nie znajdujemy u Udzieli, a jest ona doniosłą dla jego teoryi.

5) Wreszcie teorya Udzieli nie tłumaczy, dlaczego właściciel rzeczy ma być zawiadomionym o ustanowieniu nadzastawu (pod rygorem, że zastaw nie jest funduszem odpowiedzialności dla nadzastawnika, str. 84 i 85), jeżeli, jak to Udziela twierdzi, prawo nadzastawu tem tylko różni się od innego prawa zastawu,, że je ustanawia wierzyciel zastawniczy (nadzastawca). Wyjaśnienie tej potrzeby zawiadomienia właściciela rzeczy dlatego jest wskazanem, że zdaniem Udzieli prawo nadzastawu objęte jest ramami § 456 u. c. i że nadzastawnik nie jest obowiązanym badać prawa zastawu swego zastawcy (t. j. zastawnika), mogłoby się przeto zdawać, że tem mniej potrzebnem jest badanie, kto jest właścicielem zastawu [39]).

B) Przez prawo nadzastawu rozumie Krainz [40]) zastawienie prawa zastawu dla ubezpieczenia długu zastawnika

---

[39]) Por. recenzyą książki Udzieli napisaną przez Lilienfelda w *Przegląd. sąd. i adm.* z 1890 r.

[40]) *System* II, 2, § 289. Do niniejszej grupy zaliczyć należy także Haruma (*w Hammerls Magazin* t. XIII str. 34), bo jakkolwiek sam przyznaje się do teoryi Winiwartera, to jednak tylko wierzytelnośc wraz z prawem zastawu uważa za przed-

u trzeciego. Że to jest możliwem, dowodzi już ogólna zasada, że wszystko, co jest przedmiotem obiegu, może być zastawionem (§ 448). Razem jednak z prawem zastawu zastawioną jest z natury rzeczy i wierzytelność, gdyż rozdzielenie ich jest prawniczą niemożliwością, wskutek czego zastawienie *wierzytelności ubezpieczonej prawem zastawu* (pignus nominis) *jest zupełnie identycznem z prawem nadzastawu.* Za takiem pojmowaniem prawa zastawu przemawia § 51 ust. hip., § 13, 123 tejże ustawy, § 10 rozp. z dnia 12 stycz. 1872 nr. 5 d. p. p., § 58 węg. u. hip. i dekr. nad. z d. 27 paźdz. 1797 r. nr. 358 zb. u. s. Skutki prawa nadzastawu są różne w miarę tego, czy *właściciel* zastawu był uwiadomionym o nadzastawie, czy też nie. Jeżeli nie był uwiadomionym, to zachowuje nadal prawo zaspokojenia pierwszego wierzyciela z tym skutkiem, że po zaspokojeniu żądać może uwolnienia (Liberation-Rückstellung) zastawu. Jeżeli zaś został uwiadomionym, to wskutek tego tak pierwszy wierzyciel jak i nadzastawnik stają się uprawnionymi podmiotami wierzytelności, jakkolwiek w różnych kierunkach, zapłata może być przeto dokonaną przy współudziale obu uprawnionych, t. j. *dłużnik* może zaspokoić swego wierzyciela tylko za zezwoleniem nadzastawnika, tak, by ten ostatni mógł się zaspokoić z przedmiotu zapłaty. Jeżeli nie można uzyskać zezwolenia nadzastawnika, *dłużnik* może złożyć dług do depozytu sądowego, a tak w tym, jak i w poprzednim wypadku prawo nadzastawu przechodzi na przedmiot zapłaty. Gdyby *właściciel* zastawu zaspokoił

---

miot prawa nadzastawu. Argumentuje w następujący sposób: „Es ist dies auch im Gesetze selbst angedeutet, dadurch, dass es die Afterverpfandung nur, soweit der Pfandinhaber selbst ein Recht auf das Pfand hat, zulasst, also offenbar, dieses Recht als weiter verpfandet annimmt; dieses Recht geht aber nur so weit, als die Forderung reicht und empfangt nur durch dieselbe seinen Inhalt, so dass es ohne sie nichts wäre; es muss also auch die Forderung mitverpfändet sein". Premisa jest słuszną, ale wniosek fałszywy, bo prawem, które zastawnik ma „auf das Pfand" może byc tylko prawo rzeczowe, a więc prawo zastawu — i to też jest przedmiotem prawa nadzastawu wedle kodexu cywilnego.

swego wierzyciela bezpośrednio, to zapłatę taką ze względu na zastawnika uważać należy za niebyłą, względnie jako dokonaną niewłaściwemu podmiotowi; pierwszy wierzyciel nie może wprawdzie nic więcej żądać, ale nadzastawnik może się tak zaspokoić, jak gdyby zapłata nie była jeszcze nastąpiła, innemi słowy nieostrożny *zastawca* (Pfandschuldner) może być zniewolonym do powtórnej zapłaty.

O nadzastawie powinien być zawiadomionym „właściciel zastawu“ a nie osobisty dłużnik (§ 455 u. c. § 123, l. 3. u. hip.), ten ostatni może nawet wtedy, gdyby był zawiadomionym, zapłacić bez odpowiedzialności swemu wierzycielowi.

Realizacya prawa nadzastawu następuje w drodze sądowej, tylko że skierowaną jest przeciwko zastawnikowi; bezpośrednie zaskarżenie pierwszego dłużnika lub właściciela zastawu jest niedopuszczalnem, gdyż nadzastawnik nie pozostaje w żadnym stosunku z nimi. Jeżeli nadzastawnik uzyskał przeciwko nadzastawcy wyrok, natenczas jest uprawnionym do sądowej sprzedaży zastawionej wierzytelności wraz z prawem zastawu lub też może żądać przyznania sobie takowej. W tym ostatnim wypadku, ale też tylko w tym wypadku nadzastawnik staje się cessyonaryuszem zastawnika.

Zgadzając się (jakkolwiek z innych zupełnie powodów) z rezultatami, do jakich dochodzi Krainz w przedmiocie prawa nadzastawu wedle ustawy hipotecznej, nie sądzimy, by można bez dowodu przenosić je na prawo nadzastawu wedle kodexu cywilnego, a nadto nie możemy się obronić przekonaniu, że teorya Krainza ma niektóre wewnętrzne sprzeczności i wykazuje kilka luk.

Teoryą swoją popiera Krainz przepisami ustawy hipotecznej, mówiącej wyraźnie o wierzytelności hipotecznej, jako obciążonej zastawem (§ 51 ust. hipot., powołany zaś przez Krainza dekret nadworny z dnia 27 października 1797 nr. 358 nie mówi o „nadzastawie“, a tylko o prawie zastawu na wierzytelnościach). Dowód ten jednak ma takie samo znaczenie, jak przypuszczenie Krainza, (II 2 str. 166 uw. 15) że jeżeli u. hip. uważa prawo nadzastawu za prawo zastawu na wierzytelności wraz z ubezpieczającem je prawem

zastawu, to nie ma powodu sądzić, by ręczny nadzastaw (Mobilar-Ufterpfandrecht) miał inny przedmiot, — możliwem bowiem tak samo jest przypuszczenie, że gdy ręczny nadzastaw ma za przedmiot np. tylko prawo zastawu, (a jakto wykazaliśmy w pierwszym rozdziale nie brak wyrażeń ustawowych, popierających to zapatrywanie), to nie ma powodu sądzić, by hipoteczny nadzastaw mimo wyrażeń ustawy hipotecznej „Hypothekarforderung“ miał inny przedmiot. Zacytowane przeto przez Krainza przepisy ustawowe nie mogą uwolnić od dowodu identyczności prawa nadzastawu wedle ustawy hipotecznej z prawem nadzastawu ustawy cywilnej względnie od dowodu, że ustawa hipoteczna nie wprowadziła zmian w ustawie cywilnej. Dowodu tego nie daje Krainz. Ponadto jednak... wątpliwem jest, jak to poniżej objaśnimy, by samo wyrażenie ustawy hipotecznej „Hypotekarforderung“ wskazywało na wierzytelność, jako na przedmiot prawa nadzastawu.

O nadzastawie wedle Krainza uwiadomionym być winien *właściciel* zastawu, nie dłużnik osobisty. Jeżeli *właściciel* zastawu płaci zastawnikowi za zezwoleniem nadzastawnika lub składa dług do depozytu sądowego, prawo nadzastawu przechodzi na przedmiot zapłaty, jeżeli zaś zapłaci bez zezwolenia nadzastawnika, może być zniewolonym do powtórnej zapłaty. Natomiast *dłużnik osobisty*, choćby był uwiadomionym o nadzastawie, zapłacić może bez zezwolenia nadzastawnika bez wszelkiej odpowiedzialności dług swojemn wierzycielowi. To jedna strona obrazu. Drugą stanowią zasady przyjęte przez Krainza a mianowicie:

1) prawo zastawu jest prawem rzeczowem, stąd zastawnik nie ma prawa żądać od *właściciela* zastawu żadnych pozytywnych świadczeń, a tylko może żądać, by mu dozwolił na zaspokojenie się z jego rzeczy (II, 1, § 268 l. 3),

2) petitum skargi zastawniczej nie może nigdy opiewać na zapłacenie długu, a tylko na dozwolenie zaspokojenie się z zastawu (II. 2. str. 180 l. 3), wreszcie

3) nabycie prawa zastawu na wierzytelnościach wniesionych do ksiąg publicznych odbywa się przez superintabu-

lacyą, ale „unter der Voraussetzung rechtzeitiger, d. i. noch vor der Bezahlung oder sonstigen Abfindung des ersten Gläubigers erfolgter Verständigung des *Schuldners* (arg. §§ 455, 1396)“, przy innych zaś wierzytelnościach akt nabycia odbywa się także przez zawiadomienie dłużnika o zastawieniu wierzytelności (II. 1. § 281). Z zasad tych wynika, że stosunek między właścicielem zastawu a zastawnikiem, o ile rozchodzi się o prawo wierzyciela zaspokojenia się z rzeczy w razie niewypełnienia zobowiązania w należytym czasie, nie jest prawem obligatoryjnem, ale prawem rzeczowem, że przeto właściciel, płacąc dług zastawnikowi, nie płaci go dlatego, że jest do tego zobowiązanym, ale dlatego, aby rzecz uwolnić od zastawu. Jeżeli zaś, jak tego wymaga Krainz, o nadzastawie uwiadomionym zostaje *właściciel* zastawu, a nie dłużnik osobisty, tudzież, jeżeli nadzastawnik zaspokaja się z tego, co właściciel płaci, a nie z tego, co płaci dłużnik osobisty, — to przedmiotem nadzastawu nie może być wierzytelność, bo właściciel zastawu płacąc nie wypełnia zobowiązania jakiegoś, ale broni się tylko od sprzedaży zastawu, uwalniając go od ciężarów. W stosunku obowiązkowym jest tylko dłużnik osobisty, gdy zaś ten nawet zawiadomiony o nadzastawie może wedle Krainza bez odpowiedzialności zapłacić dług wierzycielowi, przeto o prawie nadzastawu, jako prawie zastawu na wierzytelności, nie może być mowy.

Zupełnie takie samo stanowisko w kwestyi prawa nadzastawu zajmuje Till (II, § 229 i 243). Te same też wątpliwości nasuwa przyjęta przez niego teorya, jakieśmy podnieśli przeciw Krainzowi. Jeden jednak więcej punkt dla nas niezrozumiały należy podnieść w jego wywodzie. Wedle Tilla, prawem nadzastawu jest prawo zastawu uzyskane na wierzytelności już prawem zastawu ubezpieczonej (II § 243), zdanie zaś, że przedmiotem prawa nadzastawu jest przedmiot prawa zastawu, uważa za mylne z tego powodu, że nadzastawnikowi żadne prawo *do samej rzeczy*, a w szczególności prawo sprzedaży jej nie służy (II, § 243 uw. 1). Tymczasem dalej twierdzi, że, gdyby przed zrealizowaniem prawa nadzastawu *pretensya, będąca jego przedmiotem*, uiszczoną zo-

stała z pominięciem pretensyi nadzastawnika, temuż służy prawo z mocy § 455 u. c. żądania zaspokojenia *z przedmiotu* prawa zastawu o tyle, o ileby z pretensyi, przedmiotem prawa nadzastawu będącej, zaspokojenie znaleść była mogła (II, § 243) Powtarza jeszcze raz to samo, polemizując z Burckhardem (II, § 243 uw. 5), twierdzi bowiem: „Dopokąd pretensya istnieje, jest ona przedmiotem obiegu i sprzedaną być może w drodze egzekucyi, w takim razie nabywca wstępuje w prawa wierzyciela ze stosunku obowiązkowego i nabytą pretensyę ściągnąć może o tyle, o ile tenże wierzyciel to mógł. Z chwilą wykreślenia jej *istnieje* już tylko wobec nadzastawnika, przestaje więc być przedmiotem obiegu i sprzedaną być nie może. Nadzastawnik jednak z mocy §§ 454 i 455 u. c. może żądać w drodze procesu od *właściciela* hipoteki zapłaty swej pretensyi o tyle, o ile sięgało jego prawo nadzastawu, a przyznaną sobie pretensyą ściągnąć wprost już z przedmiotu samego“ [40]). Otóż w wywodzie tym niezrozumiałemi są dwie rzeczy:

1) dlaczego „pretensya zastawnika po wykreśleniu jej z ksiąg, jakkolwiek zdaniem Tilla *istnieje* — choć już tylko wobec nadzastawnika — przestaje być przedmiotem obiegu i sprzedaną być nie może, jeżeli w ogóle, — jak to Till przyznaje, istnieje, a nadto

---

[40]) Por. Schwach w *Ger. Ztg.* 1891, nr. 41 str. 323: „Alle diese Unzukömmlichkeiten werden vermieden, wenn die Anordnung des § 455 a. b. G. B. dahin verstanden wird, dass unter der daselbst angegebenen Voraussetzung der Besitzer des Afterpfandes zu den Afterpfandglaubigern in directe rechtliche Beziehung tritt, derart, dass sich das bisherige Afterpfand nunmehr in ein Pfand fur die Forderung des nicht befriedigten zweiten Glaubigers im Range und bis zur Höhe der ohne Zustimmung des Letzteren getilgten Forderung des ersten Glaubigers des Pfandbesitzers verwandelt und dass in dieser Weise die Forderung des Afterpfandglaubigers an die Stelle der letzteren tritt. Diese Auffassung entspricht der Natur des Afterpfandrechtes, in dem der Gegenstand desselben in erster Linie zwar eine Forderung, eventuell aber auch das für die letztere erworbene Pfandrecht, also die Pfandsache ist...“

2) jak pogodzić twierdzenie Tilla, że przedmiotem prawa nadzastawu nie jest przedmiot prawa zastawu, bo nadzastawnikowi nie służy żadne prawo do rzeczy samej, z jego następnem twierdzeniem, że nadzastawnik w wypadku § 455 in fine u. c. żądać może zaspokojenia wprost z *przedmiotu* prawa zastawu i to w drodze procesu przeciwko *właścicielowi* rzeczy.

Widoczną tu jest trudność w pogodzeniu nie tylko dwóch ostatnich twierdzeń ze sobą, ale i ostatniego z przyjętem przez Tilla pojęciem prawa nadzastawu. Jeżeli bowiem nadzastawnik może w wypadku § 455 in fine u. c. żądać zaspokojenia wprost z *rzeczy samej*, to prawo nadzastawu albo nie jest prawem zastawu na wierzytelności ubezpieczonej już prawem zastawu albo też oprócz wierzytelności ubezpieczonej prawem zastawu ma za przedmiot i samą rzecz, to jest przedmiot prawa zastawu. W tym ostatnim razie Till zbliżałby się do Stubenraucha, o którym poniżej.

Konsekwencyą teoryi przyjmujących za przedmiot prawa nadzastawu wierzytelność ubezpieczoną już prawem zastawu, powinno być, 1) że nadzastawnikowi odpowiada zawsza cała wartość zastawionej wierzytelności bez względu na to, do jakiej wysokości była ubezpieczoną zastawem[41]), a 2) że w tych wypadkach, gdzie wierzytelność jest nieważną lub gdzie zgasła, nadzastawnik nie ma przedmiotu, z któregoby się mógł zaspokoić.

Co do pierwszego z tych wniosków, to Krainz nie przyznaje się do niego nigdzie wyraźnie, z wywodów zaś Tilla możnaby wnioskować właśnie przeciwnie, że wierzytelność o tyle tylko jest przedmiotem prawa nadzastawu, o ile jest ubezpieczoną prawem zastawu (II. str. 506, 509[42]). Natomiast Ofner[43]) wyraźnie zaznacza, że prawo nadzastawu, które pojmuje jako prawo zastawu na prawie zastawu t. j. (?!) na wierzytelności ubezpieczonej prawem zastawu (str. 121), —

---

[41]) Por. Exner *Hypothekenrecht* str. 445.

[42]) „Nadzastawnik wykonywa swe prawo nadzastawu tylko względem pretensyi, będącej jego przedmiotem, *o ile ona jest zabezpieczoną prawem zastawu*“ (str. 509).

[43]) *Das Sachenrecht*, Berlin, 1893.

nie zawiera bezpośrednio także i prawa zastawu na osobistej wierzytelności (Personalforderung) t. j. nadzastawnikowi odpowiada tylko zastaw, a nie osobisty majątek dłużnika (str. 127). Zapatrywanie, że nadzastawnikowi nie odpowiada majątek osobisty dłużnika, możnaby uważać za słuszne, ale w tym wypadku *nie* wierzytelność jest przedmiotem prawa nadzastawu. Gdyby przedmiotem prawa nadzastawu była wierzytelność tylko o tyle, o ile jest ubezpieczoną prawem zastawu, byłoby możliwe prawo zastawu ustanowione na rzecz kogo innego na reszcie wierzytelności, o ile *nie jest* ubezpieczoną prawem zastawu, a wtedy przypuścićby należało tego rodzaju podzielenie wierzytelności, do jakiego przepisy ustawowe zupełnie nie uprawniają, prawo zastawu bowiem ustanowić można tylko albo na całym przedmiocie albo na jego idealnych częściach, ilościowo (nie inaczej) oznaczonych[43a]).

Drugi z powyższych wniosków usuwają autorowie należący do tej grupy w niejednakowy sposób. Till przyznaje wtedy, jakeśmy to wyżej zaznaczyli, nadzastawnikowi możność zaspokojenia się wprost z rzeczy. Krainz natomiast sądzi, „że nadzastawnik uprawnionym jest w takim wypadku uważać (behandeln) wierzytelność, a z nią i prawo zastawu *za jeszcze istniejące* i w ten sposób szukać zaspokojenia, jak gdyby zapłata jeszcze nie nastąpiła“. Bliższe wytłómaczenie tego objawu podanem będzie w trzecim rozdziale[43b]).

C) Prawem nadzastawu jest wedle Stubenraucha prawo zastawu mające za przedmiot także prawo zastawu. Że prawo zastawu może być samo znowu zastawionem, wynika z tego, że jest prawem majątkowem, a nie jest wyjętem z obiegu. Razem z niem jednak musi być zastawionym i zastaw, „jedno bowiem bez drugiego nie da się pomyśleć“. Wskutek tego może nadzastawnik w granicach swojej wierzytelności wykonać na zastawie prawo zastawu przysługujące nadzastawcy. Co więcej jednak? Ponieważ prawo zastawu odnosić się musi zawsze do jakiejś ważnej wierzytelności (§ 449)

[43a]) Patrz niżej pod IV.

[43b]) Por. także Hoegel w *Ger. Ztg.* 1892 Nr. 2 i Schwach tamże Nr. 11.

i bez niej nie może być pomyślanem, przeto przy nadzastawie należy uważać za współzastawioną także i główną wierzytelność, dla której danym został zastaw, a ztąd niemożliwem jest zastawienie jednej osobie wierzytelności, a drugiej prawa zastawu, „bo to ostatnie bez pierwszej byłoby pustym frazesem i nie dawałoby żadnego zabezpieczenia“. Gdyby się jednak tak stało, to rozstrzygałoby wtedy, jak w ogóle przy kolizyi prawa rzeczowego, pierwszeństwo nabycia. Co do realizacyi prawa nadzastawu, to zależną ona jest od tego, czy „właściciel“ zastawu był uwiadomionym o dalszem zastawieniu, czy też nie. W ostatnim wypadku jest on uprawnionym w razie zapłacenia długu nadzastawcy żądać zwrotu zastawu (§ 469), a nadzastawnik nie może go zatrzymać ani jakiekolwiek rościć sobie do niego prawo. Natomiast jeżeli właściciel zastawu został uwiadomionym o nadzastawie, natenczas tylko za zezwoleniem nadzastawnika dług swój może spłacić wierzycielowi, nadzastawnikowi bowiem należy umożliwić zaspokojenie jego pretensyi z dokonanego nadzastawcy świadczenia. Gdyby zastawca nie otrzymał tego zezwolenia, dług winien złożyć do depozytu sądowego, w przeciwnym bowiem razie zastaw mimo dokonanej upłaty pozostałby wobec nadzastawnika funduszem odpowiedzialności. „Także i“ nadzastawnik „może“ swoje prawo zrealizować zapomocą skargi i żądać zaspokojenia z zastawionej rzeczy, nie pierwej jednak, aż po sprzedaniu zastawu w drodze licytacyi, a więc przy rozdziale ceny kupna (orzecz. G. U. 1097); przedtem nie ma prawa skargi przeciwko właścicielowi zastawu. Jeżeli jednak zastaw nie został sprzedanym egzekucyjnie wskutek interwencyi jednego z zastawników, nadzastawnik ma wybór między licytacyjną sprzedażą ubezpieczonej prawem zastawu wierzytelności, na której prawo nadzastawu ciąży, a egzekucyjnem przyznaniem tej wierzytelności.

Jak z powyższego przedstawienia widać, nie można uważać teoryi Stubenraucha za udowodnioną. Bez argumentów bowiem nazywa prawem nadzastawu prawo zastawu mające za przedmiot prawo zastawu, a uczynienie przedmiotami takowego także i zastawu tudzież wierzytelności zastawnika po-

piera nieudowodnionem przez siebie tak ścisłem związaniem wszystkich tych przedmiotów ze sobą, że bez siebie nie dadzą się pomyśleć. Brakuje tu więc 1) dowodu, że przedmiotem prawa nadzastawu jest prawo zastawu, i 2) dowodu, że prawo zastawu, rzecz i wierzytelność nie mogą stanowić każde z osobna przedmiotu prawa zastawu, a tylko wszystkie razem, dowodem bowiem nie jest „niemożność pomyślenia sobie“ innego stanu, gdy właśnie przyczyna tej niemożności winna być wykazaną.

Z teoryi Stubenraucha możnaby także wnioskować, że nadzastawnika uważa za cessyonaryusza zastawnika, mówi bowiem, że „nadzastawnik może w granicach swej wierzytelności wykonać na zastawionej rzeczy prawo zastawu przysługujące nadzastawcy“; nie podnosi jednak wyraźnie, by to prawo nadzastawnika było wynikiem cessyi. Pomijając kwestyą cessyi, to twierdzenie to zostaje dalej przez Stubenraucha porzuconem, wedle dalszego bowiem jego wywodu nadzastawnik tylko przy rozdziale ceny kupna ma skargę przeciwko właścicielowi zastawu, a więc nie wykonuje praw nadzastawcy, który tę skargę ma zawsze, jeżeli tylko zobowiązanie nie zostało wypełnionem.

Gdyby, jak chce Stubenrauch, prawo zastawu, zastaw sam i wierzytelność były przedmiotem prawa nadzastawu, to — ponieważ nie stanowią one jednolitej całości, a fakt ten przynajmniej co do rzeczy zastawionej i wierzytelności nie ulega bynajmniej wątpliwości, co do niniejszego wywodu wystarcza, — to nadzastawnik powinien mieć prawo zaspokoić swoją pretensyą tak dobrze z wierzytelności ubezpieczonej prawem zastawu, jak i z rzeczy zastawionej, jeżeli zobowiązanie jego nie zostało w oznaczonym czasie wypełnionem bez względu na jakieś inne okoliczności, inaczej bowiem prawo nadzastawnika nie byłoby wogóle prawem zastawu. Tymczasem Stubenrauch daje nadzastawnikowi skargę o zaspokojenie się z zastawionej rzeczy, tylko i dopiero wtedy, gdy rzecz została już przez jednego z zastawników sprzedaną, a więc przy rozdziale ceny kupna, przedtem zaś nie przyznaje nadzastawnikowi prawa skargi przeciwko

właścicielowi zastawionego przedmiotu. Stubenrauch przeto czyni skargę nadzastawnika zależną nie od tego tylko jedynego założenia, że wierzytelność jego nie została spełnioną, ale jeszcze od tego, że przedmiot, mający mu służyć na zaspokojenia, został już przez kogo innego w drodze licytacyi sprzedanym, gdy zaś realizacya prawa zastawu zawisłą jest tylko od pierwszego z tych założeń, przeto prawo nadzastawnika, jak je Stubenrauch przedstawia, jako zależne także od drugiego z nich, musi być uważanem za jakieś inne prawo, a nie prawo zastawu, cokolwiekby ono miało za przedmiot. Pomijając jednak tę kwestyą, nie widzimy u Stubenraucha wyjaśnienia materyalnych podstaw tej skargi, nie podaje bowiem, jaki stosunek zachodzi między zastawcą a nadzastawnikiem, gdy przecież nadzastaw ustanawia zastawnik [44]).

W końcu zarzucić wypada Stubenrauchowi, że nie rozstrzygnął całego szeregu przypadków, jakie przepisy ustawowe, tyczące się prawa nadzastawu, nasuwają. Porównanie rozwiniętych przez niego stosunków z przedstawionym przez nas w rozdziale 1-szym materyałem wykazuje, jak wielu przypadków nie uwzględnił.

D. Exnera [45]) nie można zaliczyć do tych autorów, którzy za przedmiot prawa nadzastawu uważają wierzytelność ubezpieczoną prawem zastawu. Jakkolwiek bowiem przyznaje się „do zgodnej w Austryi teoryi i praktyki", wedle której prawo nadzastawu jest prawem zastawu na wierzytelności wraz z jej prawem zastawu, to jednak rozdzielenia tych dwóch elementów nie uważa za niemożliwe, można bowiem wedle niego zastawić prawo zastawu bez wierzytelności, jak z drugiej strony wierzytelność bez prawa zastawu. W pierwszym wypadku (tj. przy zastawieniu samej tylko hypoteki) wierzyciel uzyska w drodze realizacyi prawa zastawu (pfandrechtlich) zaspokojenie tylko z wartości zastawu, a nie z war-

---

[44]) Krainz II 2. str. 164 uw. 3) mówi słusznie: „Unklar Zeiller ad § 455 und Stubenrauch II. s. 58".

[45]) Exner *Hypr.*. str. 444 nast. Exner mówi tylko o hypotecznem prawie nadzastawu.

tości wierzytelności, w tym jednak razie należałoby przy wpisie prawa nadzastawu zaintabulować także i dodatek oznaczający, że zastawionem jest tylko prawo zastawu, inaczej bowiem i wierzytelność musi być uważaną za zastawioną. W tym wypadku t. j. w razie zastawienia tylko wierzytelności bez prawa zastawu, jakkolwiek wierzytelność jest ubezpieczoną niem, nabycie odbywa się wedle zasad nabycia zastawu ręcznego. Wskutek tego możliwą jest wedle Exnera kolizya zaintabulowanego prawa zastawu na wierzytelności wraz z jej prawem zastawu z niezaintabulowanem prawem zastawu na samej wierzytelności bez prawa zastawu. Kolizyą tę rozstrzyga Exner wedle analogii z § 440 u. c. na korzyść wierzyciela zaintabulowanego tak, że tenże znajduje zaspokojenie nawet wtedy, gdy jego zastaw był późniejszym.

Skutki prawa nadzastawu różnią się w miarę tego, czy nadzastawnik pragnie się zaspokoić z mocy swego pignus pignoris, czy też z mocy swego pignus nominis. W pierwszy sposób może się nadzastawnik zaspokoić tylko wtedy, jeżeli przedmiot prawa zastawu (nie prawa nadzastawu) został przez kogo innego, czy to przez jednego z zastawników czy wskutek konkursu właściciela sprzedanym. Nadzastawnik nie ma ius distrahendi, ma jednak rzeczowe roszczenie do zaspokojenia się z tej kwoty ceny kupna zastawu, która przypada na zastawione mu prawo zastawu. W drugim wypadku natomiast tj. jeżeli nadzastawnik pragnie się zaspokoić z mocy swego pignus nominis, przysługuje mu prawo żądania licytacyjnej sprzedaży tej wierzytelności lub też może żądać sądowego przyznania mu takowej do wysokości swojej pretensyi i wpisu tej cessyi.

Z powyższego przedstawienia widać, że Exner pod jedną nazwą łączy dwie odrębne instytucye, a mianowicie: prawo zastawu na samem prawie zastawu[46b]) i prawo zastawu na wierzytelności wraz z ustanowionem na jej zabez-

---

[46b]) T. j. to prawo nadzastawu, co do którego wymaga, by przy jego wpisie zaintabulowanym został także dodatek, iż ustanowionem zostało tylko na prawie zastawu bez wierzytelności.

pieczenie prawem zastawu. Dwie odrębne instytucye, mówimy, bo różnią się zasadniczo od siebie jedynem kryteryum, jakie je wobec tego, że obie są prawem zastawu, cechuje, t. j. przedmiotem, na którem to prawo zastawu ciąży. W pierwszej z nich przedmiotem jest prawo zastawu, w drugiej wierzytelność wraz z jej akcessoryjnemi prawami, wskutek też czego i sposób zaspokojenia się jest zupełnie różnym w pierwszej a w drugiej z takowych. Już w rozdziale I-szym wykazaliśmy, że dwa przedmioty, jak np. wierzytelność i prawo zastawu, mogą stanowić razem przedmiot prawa nadzastawu i będzie to mimo wielości przedmiotów jedna instytucya, jeżeli przeprowadzonym zostanie dowód, że te dwa przedmioty w ogóle lub w danej instytucyi nierozerwalnie są złączone. Jeżeli jednak ta łączność tych przedmiotów nie jest konieczną, jeżeli jak to ma miejsce u Exnera, prawo zastawu i wierzytelność bez prawa zastawu może być każde osobno przedmiotem prawa zastawu, to tworzenie z nich jednej instytucyi jest wtenczas tylko uzasadnionem, gdy pozytywna ustawa dwa takie różne objawy prawa zastawu pod jedną nazwą łączy i mimo różnic w ich istocie jednakowo nazywa. Takiego jednak dowodu z ustawy Exner nie przeprowadza. Zacytowawszy § 454 u. c., konstatuje, że nie jest on w stanie rozstrzygnąć spornej w prawie pospolitem kwestyi, co jest przedmiotem prawa nadzastawu, a dalej przyjmuje bez żadnego uzasadnienia „zgodną w Austryi teoryą i praktykę“, że przedmiotem prawa nadzastawu jest wierzytelność wraz z jej prawem zastawu. To też, chociaż uważam wnioski Exnera, że prawo zastawu może być przedmiotem prawa zastawu bez wierzytelności tak, jak ta ostatnia może być zastawioną bez ustanowionego dla niej prawa zastawu, za prawdziwe wedle kodeksu cywilnego,[46b]) uczynić mu wypada przedewszystkiem dwa zarzuty:

1) że żadnego z tych wniosków nie udowodnił i

2) że nie powiedział, co jest prawem nadzastawu. Ten ostatni zarzut uzasadnia się tem, że mając do czynienia

---

[46b]) Jednak nie wedle ustawy hipotecznej.

z dwoma rodzajami prawa zastawu, a niewidząc dowodu, — jaki tylko ustawa dać może — że mimo różnicy, jaka między nimi zachodzi, mają mieć jedną nazwę — możemy uważać tylko jeden z nich za należycie nazwany. Exner mówiąc o prawie zastawu na prawie zastawu i o prawie zastawu na wierzytelności wraz z jej hipoteką, nie daje dowodu, by § 454 u. c., normujący prawo nadzastawu, przez to ostatnie *oba* powyższe rodzaje prawa zastawu rozumiał, przeciwnie bowiem przyznaje, że ten przepis nie pozwala żadnego w tym kierunku wyciągnąć wniosku. To też wnioski jego można wtedy uważać za prawdziwe, jeżeli są innymi przepisami poparte, nie można ich jednak uznać za uzasadnione przepisami odnoszącymi się właśnie do prawa nadzastawu, a wskutek tego, jak brakuje podstawy do przypuszczenia, by bądź samo prawo zastawu bądź wierzytelność wraz z jej hipoteką były przedmiotami prawa nadzastawu, tak też brakuje dowodu dla przypuszczenia, że tylko jeden z tych przedmiotów i który z nich jest przedmiotem prawa nadzastawu.

Nadto wedle teoryi Exnera nie ma naprawdę różnicy między prawem nadzastawu, jako prawem zastawu na prawie zastawu, a prawem nadzastawu, jako prawem zastawu na wierzytelności hipotecznej. Exner upatruje ją wprawdzie w tem, że w pierwszym wypadku nadzastawnik nie ma ius distrahendi i musi czekać, aż zastaw zostanie przez kogo innego sprzedanym, w drugim zaś razie może żądać licytacyjnej sprzedaży wierzytelności, sam jednak przyznaje, że także tam, gdzie ta wierzytelność była nieważną lub zgasła, nadzastawnik może na mocy swego pignus pignoris ubezpieczające ją prawo hipoteczne obrócić na swoje zaspokojenie pod tymi samymi warunkami, jak hipoteczny cessyonaryusz realizuje odstąpioną mu a nie opartą na wierzytelności hipotekę (str. 445). Cessyonaryusz zaś, będący w dobrej wierze, może wedle Exnera dochodzić swego prawa hipotecznego, choćby wierzytelność zgasła lub od początku była nieważną, jeżeli tylko fakty te nie są widocznymi z ksiąg[47]) Stosownie więc

[47]) Exner *IIr.* § 54.

do poprzednio powiedzianego i nadzastawnik będący w dobrej wierze ma skargę hipoteczną mimo zgaśnięcia względnie nieważności wierzytelności, na której ciąży jego prawo zastawu, jeżeli tylko to zgaśnięcie resp. nieważność nie były uwidocznionemi w księgach, — może więc li tylko mocą swego pignus pignoris, — wierzytelność bowiem zgasła lub jej nie było, a więc pignus nominis nie ma przedmiotu, — żądać sprzedaży „der Satzpost“ i w uzyskanej cenie znaleść zaspokojenie. Wskutek tego różnica między pignus pignoris a pignus nominis, objawiająca się w sposobie uzyskania zaspokojenia, nie byłaby ścisłą i wszędzie dającą się widzieć, tam bowiem, gdzie nadzastawnik mimo nieważności resp. zgaśnięcia wierzytelności ma prawa cessyonaryusza w dobrej wierze, t. j. ma skargę hipoteczną, tam zaspokaja się wedle Exnera w drodze sprzedaży z mocy samego pignus pignoris.

Wreszcie jedna uwaga. Teorya Exnera nie jest zupełną. Brakuje w niej bowiem rozstrząśnienia kolizyi, jaka ma miejsce, gdy osobno zastawionem zostało prawo zastawu, a osobno wierzytelność bez prawa zastawu. Exner rozstrzyga analogią z § 440 u. c. kolizyą między hipotecznem zastawieniem wierzytelności wraz z hipoteką a pozahipotecznem zastawieniem wierzytelności z hipoteką, powyższej jednak kolizyi wbrew zapowiedzi własnej nie uwzględnia, konieczność zaś rozstrzygnięcia takowej nasuwa się bezwzględnie, jeżeli się przyjmuje, że prawo zastawu bez wierzytelności, a ta ostatnia bez prawa zastawu może być zastawioną.

* * *

Wszyscy autorowie, których teorye przedstawiliśmy wyżej, zgadzają się w tem, że prawo nadzastawu jest prawem zastawu [48]), spornym zaś jest tylko jego przedmiot. Przyczynę,

---

[48]) Krainz (II, 2, str. 164 uw. 4) sądzi, że Füger (*Adeliges Richteramt* III, str. 321), M. Füger (*Rechtswirkungen der bücherlichen Einträge*, str. 185) i Klepsch (*Tabularrecht*, str. 35) uważają ustanowienie nadzastawu za cessyą

dla której w punkcie tym nie osiągnięto zgody, upatruję po pierwsze w używaniu metody dedukcyjnej, a powtóre we wpływie względów ekonomicznych na tworzenie pojęć prawniczych.

Używanie metody dedukcyjnej objawia się w tem, że w braku danego przez ustawę pojęcia budowano je, opierając się na wyrazach, które zdaniem autora mają wskazywać, iż to, a nie inne pojęcie służyło za podstawę kodyfikatorom (kodeksu cywilnego względnie ustawy hipotecznej) przy układaniu przepisów odnoszących się do prawa nadzastawu. Jak jednak wykazałem w rozdziale pierwszym, każda z teoryi może w ten sposób znaleść poparcie. Z równem *w tym kierunku* prawem może się powoływać Udziela na wyrażenie „Pfand“ w §§ 454 i 455 u. c., by uzasadnić swoją teoryą, jak Krainz i inni na wyrażenie „Hypothekarforderung“ w § 51 u. h. dla udowodnienia teoryi przeciwnej. Droga ta nie prowadzi przeto, jak sądzę, do niezachwialnych rezultatów, jedyną bowiem pewną w takim wypadku, gdzie sama ustawa nie daje pojęcia, podstawą do uzyskania pojęcia jest zbadanie rozstrzygnięć pojedyńczych materyalnych przypadków prawnych i tworzenie pojęcia dopiero z takowych. Autorowie wyżej wymienieni postępują przeciwnie. Z teoryi powziętej na podstawie tego lub innego wyrażenia

---

(ostatni tylko co do zastawu ręcznego). Co do Klepscha, to streszczony wyżej jego wywód wykazuje, że tak nie jest, zdaniem jego bowiem prawo nadzastawu ma za przedmiot samą rzecz. O M. Fügerze również nie można tego powiedzieć, rozróżnia on bowiem wyraźnie cessyą prawa zastawu od prawa nadzastawu (str. 185). Jedynie co do Fügera (*Adeliges Riehteramt* III, str. 321) możnaby mieć wątpliwości, czy nie uważa prawa nadzastawu za cessyą, zwłaszcza wnioskując z niejasnego przykładu, jaki w tej materyi podaje. Ale i on określa prawo nadzastawu (Supersatz), jako nie będące w gruncie rzeczy niczem innem, jak tylko „ein auf ein grundbücherliches Capital zu erhaltendes Hypotekarrecht“. Że ustanowienie prawa nadzastawu jest ustanowieniem nowego prawa zastawu, a nie cessyą już istniejącego, udowadnia bez wątpliwości określenie „verpfänden“ w § 454 u. c.

ustawowego, któremu przypisują znaczenie decydujące, rozstrzygają poszczególne stosunki, podczas gdy mojem zdaniem w braku, jak ponownie się zastrzegam, pojęcia danego przez ustawę, z unormowania tych stosunków wnioskować należy o pojęciu. Droga przyjęta przez autorów, ktorych teorye przedstawiliśmy powyżej, pociąga za sobą ten skutek, że nie cały materyał, jaki nasuwa się z przepisów odnoszących się do prawa nadzastawu, znajduje uwzględnienie. Ilustruje to najlepiej nie wystarczające odróżnianie właściciela zastawu od dłużnika osobistego. Prawo zastawu, jako prawo rzeczowe na rzeczy cudzej, dopiero wtedy występuje jasno i wyraziście na jaw, jeżeli określoną zostanie rola właściciela rzeczy w takowem. Stosunek dłużnika osobistego do nadzastawnika miałby wtedy znaczenie w prawie nadzastawu, gdyby przedmiotem tego prawa była wierzytelność... ależ to właśnie należy zbadać. Sądzę przeto, że stanowisko właściciela zastawu, jak i stanowisko dłużnika osobistego, winny być osobno badanemi i to badanemi nie na podstawie z góry powziętej teoryi, ale z pojedynczych stosunków unormowanych przez ustawę, a więc jako premisy do uzyskać się mającego pojęcia, a nie jako wnioski z przyjętego już pojęcia.

Drugą przyczyną, która na pojęcie prawa nadzastawu wywarła wpływ niepośledni, jest ocenianie, a nawet konstruowanie tego pojęcia wedle potrzeb ekonomicznych. Zapatrywanie jednego z najdawniejszych autorów, że prawo zastawu na prawie zastawu bez wierzytelności jest czczym frazesem i że nie daje żadnego bezpieczeństwa, przebija się do ostatnich czasów. Wskutek tej samej myśli odmawia Udziela charakteru prawa stosunkowi, który nie przedstawia żadnego „interesu“. Są to bezwarunkowo zapatrywania słuszne, ale poprzedzić je winien wywód o stanowisku z jakiego patrzymy i badamy prawo. Stanowisko to może być dwojakie. Albo badamy ustawę, jako taką, t. j. badamy, co ustawodawca powiedział, albo też badamy zastosowanie tej ustawy w życiu. W pierwszym wypadku względy ekonomiczne, jeżeli się okaże, że dana instytucya nie odpowiada im, mogą mieć tylko znaczenie do lege ferenda, w drugim natomiast

wypadku potrzeby ekonomiczne nadają niezaprzeczenie decydujące znamiona przepisom ustawowym i wedle tego, jak te przepisy stosowane są w życiu, by odpowiedzieć owym potrzebom, określanem być winno wtedy dane prawo. Oba sposoby badania są uzasadnione, ale odróżniać je należy ściśle. Jeżeli się bada tylko znaczenie ustawy w tym kierunku, aby poznać to, co ustawodawca powiedział w niej, nie można oceniać jego słów wedle tego, czy nadany przez niego przepis pokrywa i jakie pokrywa potrzeby, bo naprzód niewiadomo, jakie to potrzeby ustawodawca miał wtedy na myśli, a powtóre zbadać właśnie należy, czy nie unormował ich mylnie, źle i niedostatecznie. Gdyby tak było, to skonstatowanie tych braków służyćby mogło jako podstawa do reformy, ale nie mogłoby na żaden sposób zmienić złej lub niedostatecznej ustawy. Inaczej przedstawia się rzecz, jeżeli przy badaniu prawa wychodzimy z drugiego stanowiska. Podstawą wtedy jest pojmowanie danego przepisu przez stosujących go, pojmowanie dążące z natury rzeczy do tego, aby przepis uczynić użytecznym t. j. zdolnym do pokrycia jakichś potrzeb. Otóż co do autorów wyżej omówionych, to nie możnaby im robić zarzutu z nadawania względom ekonomicznym decydującej roli w kwestyi pojęcia prawa nadzastawu, gdyby zaznaczyli, że wychodzą z drugiego z wyżej przedstawionych stanowisk. W braku tego zaznaczenia, rozumieć należy, że badają tylko znaczenie ustawy wedle tego, co ustawodawca przez nią i w niej powiedział, a wtedy owe względy ekonomiczne mogą być skonstatowaniem pewnego położenia gospodarczego, domagającego się lub nie żądającego reformy w danej instytucyi.

Powyższe uwagi dążą do wykazania: 1) że pojęcia, prawa nadzastawu szukać należy w drodze indukcyi z unormowanych przez ustawę poszczególnych stosunków i 2) że gdy przedmiotem niniejszej pracy jest nauka o „prawie nadzastawu wedle *ustawodawstwa* austryackiego“, względy ekonomiczne nie mogą wpływać za wytworzenie pojęcia, ale mogą być tylko podstawą do wniosków de lege ferenda.

ROZDZIAŁ III.

I. W rozdziale pierwszym zostało wykazanem, że ze stosunków, jakie mają być unormowanymi wedle przepisów odnoszących się do prawa nadzastawu, rozstrzygniętymi są bezpośrednio tylko cztery. Z tych tylko trzy pierwsze odnoszą się do stosunku nadzastawnika do przedmiotu obciążonego nadzastawem i one też tylko posłużyć mogą do stworzenia pojęcia prawa nadzastawu. Są nimi następujące postanowienia:

1) Jeżeli właściciel zastawu zawiadomiony o ustanowieniu nadzastawu składa dług swój do depozytu sądowego, (a czyni to wtedy, jeżeli nie ma zezwolenia nadzastawnika na zapłacenie długu zastawnikowi), natenczas nadzastawnik zaspokaja się ze złożonej w ten sposób kwoty (§ 455 u. c.).

2) Jeżeli właściciel był zawiadomionym o ustanowieniu nadzastawu, a dług został zapłaconym zastawnikowi bez zezwolenia nadzastawnika, natenczas, jeżeli zastawem była obciążoną nieruchomość, będąca przedmiotem ksiąg publicznych, nadzastawnik zaspokaja się z wierzytelności hipotecznej (§ 51 u. h.).

3) To samo ma miejsce, jeżeli wierzytelność hipoteczna wykreśloną została z innych powodów (§ 51 u. h.).

Przystępując do zbudowania pojęcia prawa nadzastawu, zapytać przedewszystkiem musimy, czy stosunki powyższe są tak zasadniczymi, iż same wystarczą do stworzenia tego po-

jęcia. Zasadniczym jest ten stosunek, który mieści w sobie wszystkie składniki danego prawa. W rozdziale pierwszym wykazaliśmy, że prawo nadzastawu jest prawem zastawu, a zbadać tylko wypada, co jest jego przedmiotem. Otóż zasadniczym w naszej materyi będzie ten przez przepisy ustawowo bezpośrednio rozstrzygnięty stosunek, który da nam poznać przedmiot prawa nadzastawu. Z tych powodów odmówić wypadnie n. p. przepisowi zawartemu w § 460 u. c zasadniczego znaczenia. Przepis ten stanowi: „jeżeli wierzyciel zastawił dalej zastaw, on sam jest odpowiedzialnym za ten przypadek, przez któryby zastaw zostając u niego nie był zniszczał lub nie był się pogorszył". Z przepisu tego dowiadujemy się tylko, jaką jest odpowiedzialność zastawnika ustanawiającego prawo nadzastawu, nie możemy jednak nic wnioskować o przedmiocie prawa nadzastawu. Okoliczność bowiem, że zastawnik wydaje nadzastawnikowi rzecz, na której sam ma prawo zastawu, przekonuje tylko o tem, że *nabycie* ręcznego nadzastawu odbywa się przez wydanie nadzastawnikowi zastawu (§ 454 u. c.), co jednak jest przedmiotem prawa nadzastawu, o tem pozwala sądzić tylko taki przepis, który oznacza wartość, z jakiej nadzastawnik czerpie zaspokojenie.

Ocenienie powyższych stosunków wedle przywiedzionych uwag nakazuje przyznać im zasadnicze znaczenie, wszystkie trzy bowiem wskazują przedmiot, z którego nadzastawnik czerpie zaspokojenie.

Ad 1) Pierwszy z nich, rozstrzygnięty przez kodeks cywilny (§ 455 u. c.) wskazuje jako przedmiot sumę, jaką właściciel zastawu składa do depozytu sądowego na zaspokojenie „swego" długu. Należy obecnie wyjaśnić, jakie znaczenie i charakter ma zapłata dokonana przez właściciela zastawu. Właściciel zastawu, jako taki, nie jest podmiotem stosunku obowiązkowego, na którego zabezpieczenie ustanowionem zostało prawo zastawu, jest on tylko dłużnikiem w kontrakcie zastawu, a w stosunku, jakim jest samo prawo zastawu, obowiązanym jest jedynie do cierpienia, znoszenia, by zastawnik zaspokoił się z rzeczy, będącej jego własno-

ścią, do żadnych jednak świadczeń pozytywnych nie może być zmuszonym. Jeżeli tedy „właściciel“ zastawu zaspokaja dług, na zabezpieczenie którego ustanowionem zostało prawo zastawu, to nie czyni tego, jako zobowiązany do takiego świadczenia osobiście, do żadnych bowiem *świadczeń* nie jest obowiązanym, ale jedynie w tym celu, aby rzecz, będącą jego własnością, uwolnić od prawa zastawu, t. j. uchronić od ewentualnej sprzedaży mogącej być dokonaną na zaspokojenie wierzytelności zastawnika. Kładąc przeto główną wagę na te dwie okoliczności, że o ustanowieniu nadzastawu ma być zawiadomionym wedle § 455 u. c. właściciel zastawu, a nie dłużnik osobisty, tudzież że te tenże przepis mówi o zapłacie („Schuld abführen“) dokonanej przez właściciela zastawu, a nie przez osobistego dłużnika zastawnika, z drugiej zaś strony mając na uwadze, że właściciel zastawu nie może być zmuszonym do żadnych świadczeń pozytywnych, wykluczyć musimy możliwość przypuszczenia, by suma złożona przez niego do depozytu sądowego złożoną została na pokrycie wierzytelności, ale że, jako uwalniająca rzecz od prawa zastawu, reprezentuje tylko to prawo zastawu, gdy zaś nadzastawnik zaspokaja się z tej właśnie sumy, przeto *przedmiotem prawa nadzastawu jest prawo zastawu ustanowione na rzecz zastawnika.* Za prawdziwością tego wniosku przemawiają jeszcze następujące względy.

Że ustawa cywilna mówiąc w § 455 o właścicielu zastawu, miała rzeczywiście na myśli „właściciela zastawu“, a nie dłużnika osobistego, t. j. że nie użyła tego wyrażenia niewłaściwie, dowód w tem, że § 455 u. c. jest umieszczonym w rozdziale o prawie zastawu, prawie rzeczowem ciążącem na rzeczy cudzej. Prawo zostawu rozpatrywanem tam jest jako stosunek uprawnionego podmiotu do rzeczy, dla tego zaś stosunku ma znaczenie jedynie rola właściciela wobec rzeczy, na której ciąży to prawo, podczas gdy rola dłużnika osobistego w prawie zastawu, jako takiem, jest obojętną.

Jakkolwiekbyśmy rozumieli drugie zdanie § 455 u. c., nie może być co do tego wątpliwości, że z wartości zastawu zaspokoi się nadzastawnik o tyle tylko, o ileby się z niej

zaspokoił zastawnik. Jeżeli zaś tak jest, to pierwsze zdanie tego paragrafu nie może także mówić o zapłacie, względnie złożeniu do depozytu sądowego innej sumy, jak tylko tej, do wysokości której ustanowionem zostało prawo zastawu a więc, jeżeli prawo zastawu ustanowionem zostało n. p. tylko do wysokości 500 złr., chociaż wierzytelność wynosi 1000 złr., ów płacący, o którym mówi pierwsze zdanie § 455 u. c., zapłaci resp. złoży do depozytu tylko 500 złr. Taką zaś tylko sumę płacić, względnie złożyć do depozytu może jedynie właściciel zastawu, pragnący uwolnić go od ciążącego na nim prawa, dłużnik bowiem płacić winien cały swój dług, a nie dług w tej tylko wysokości, do jakiej ustanowionem zostało dla niego prawo zastawu. Byłby to przeto dalszy dowód, że § 455 u. c. rzeczywiście mówi o właścicielu zastawu a nie o dłużniku osobistym.

Że suma złożona przez właściciela zastawu celem uwolnienia zastawu od ciążącego na nim prawa zastawu nie reprezentuje samego tego zastawu, widocznem jest z tego, ze suma ta nie jest w żadnym związku z wartością zastawu. Wartość zastawu objawia się dopiero w chwili sprzedania takowego, właściciel zaś, płaci rzeczoną sumę właśnie dlatego, aby do sprzedaży nie dopuścić, płaci ją przeto przed wykryciem wartości zastawu. Z drugiej zaś strony, chociażbyśmy chcieli przypuścić, że suma złożona przed właściciela zastawu do depozytu sądowego reprezentuje zastaw, to przypuszczenie to obala okoliczność, iż nadzastawnik może się z niej zaspokoić i tak tylko w granicach prawa zastawu zastawnika, nie z czego innego przeto, jak tylko z tego samego prawa zastawu, już bowiem wyżej przy rozbiorze teoryi Udzieli podnieślismy, iż zastawić rzecz z tymi skutkami, jak gdyby zastawionem było prawo zastawu ciążące na niej, znaczy zastawić to ostatnie.

Że mimo złożenia do depozytu sądowego odnośnej sumy nie gaśnie prawo zastawu, (w którym to wypadku prawo nadzastawu nie mogłoby mieć za przedmiot prawa zastawu zastawnika,) dowód w tem, że tam, gdzie w drodze niespornej dałoby się wykazać to zgaśnięcie, rzeczywiście

nie ma ono miejsca. Widocznem to jest, jak zaraz wykażemy przy prawie zastawu na nieruchomościach, a zaczerpnięty z hipoteki dowód ma znaczenie w naszym wypadku i dla zastawu ręcznego, idzie nam bowiem jedynie o wykazanie, że w razie złożenia przez właściciela do depozytu sądowego długu ubezpieczonego prawem zastawu to ostatnie nie gaśnie ipso iure, — *bez względu na losy*, jakim równocześnie i wskutek tego ulega wierzytelność, dla której to prawo zastawu było ustanowionem. Sędzia tabularny nie zezwoli na wykreślenie prawa zastawu, jakkolwiek przedłożonym mu zostanie dowód, że dług złożonym został do depozytu sądowego. Tak też orzekł i najwyższy trybunał w orzeczeniu nr. 1564 G. U. W., a to z powodu, „że złożenie do depozytu sądowego wtedy tylko zastępuje zapłatę, jeżeli dokonanem zostało prawnie (rechtmässig), co powinno być wykazanem *oświadczeniem wierzyciela, lub też sądowem orzeczeniem*“ [49]).

Również przemawia za prawdziwością tezy, że przedmiotem prawa nadzastawu jest prawo zastawu, i ta okoliczność, że suma złożona do depozytu sądowego w myśl § 455 u. c. nie przestaje być do chwili rozdziału jej między zastawników własnością właściciela zastawu. Że przed sądowem rozdzieleniem nie nabywają na niej własności zastawnicy, wynika stąd, iż przed tą chwilą niewiadomo, którzy z nich i w jakiej wysokości (odsetki, koszta etc.) będą z niej zaspokojeni. Zgodnie z tem orzekł najwyższy trybunał w orzeczeniach nr. 5434 i 9794 G. U. W., że suma złożona do depozytu przez właściciela zastawu na zaspokojenie zastawników może być *w zasadzie* wydaną w drodze egzekucyi innym wierzycielom tegoż zastawu, byleby przez to prawa zastawników, na rzecz których suma ta pierwotnie została złożoną, nie były przez to naruszonemi.

Powyższe wywody wykazują przeto, że wedle kodeksu cywilnego (§ 455 u. c.) przedmiotem prawa nadzastawu jest prawo zastawu ustanowione na rzecz zastawnika, a które on

---

[49]) Przeciwne orzeczenie nr. 9794 G. U. W. sprzeciwia się oczywiście §§ 26 nast., 31 nast., 35 nast. u. h.

dalej na zabezpieczenie wierzytelności, jaką do niego ma trzeci, zastawia temu trzeciemu. Należy obecnie zbadać, jakie jest stanowisko ustawy hipotecznej w tym względzie.

Ad 2) i 3) Przepis § 51 u. h. mówi, że prawo nadzastawu obciąża wierzytelność hipoteczną („wenn auf einer Hypothekarforderung... Afterpfandrechte haften“)[50]. Ta ostatnia przeto wskazaną jest jako przedmiot, na którym dokonuje się wpisu prawa nadzastawu do ksiąg, a badać tylko należy, jakie znaczenie ma wyraz „Hypothekarforderung“, i czy przedmiot, na którym intabuluje się prawo nadzastawu jest także materyalnie jego przedmiotem?

Wedle § 2 u. h. wykazy hipoteczne są przeznaczone do wpisu ciał hipotecznych i zmian na takowych, tudzież do wpisu odnoszących się do tych ciał praw rzeczowych i ich zmian. § 9 stanowi dalej, że w księdze gruntowej mogą być wpisane tylko rzeczowe prawa i ciężary, prawo odkupu, prawo pierwokupu i prawo najmu. Wobec tych przepisów, wyliczających taxative przedmioty ksiąg gruntowych, nie może ulegać wątpliwości, że wierzytelność nie jest przedmiotem wpisu do księgi gruntowej, wpisanem bowiem może być tylko ustanowione dla niej prawo zastawu, a stąd zmiany, ograniczenia i obciążenia tylko tego prawa zastawu, a nie wierzytelności. Jeżeli przeto ustawa hipoteczna używa mimo to wyrażenia „wierzytelność hipoteczna“ zamiast „prawo zastawu dla wierzytelności“, to wyrażenie takie jest nieścisłem, a zapatrywanie to popiera różnorodność nazw, jakich w danej materyi używa ustawa hipoteczna. Raz bowiem używa wyrażenia „bücherliches Recht“ (§§ 4, 8, 32, 40, 50, 79, 112, 116 u. h.), drugi raz „Forderung“, „Hypothekarforderung“ (§§ 13, 15, 22, 24, 39, 49, 51, 53, 56. 57, 118 u. h.)[51].

W tym stanie rzeczy nie można wątpić, że ustawa hipoteczna mówiąc w § 51, iż „prawo nadzastawu ciąży na wierzytelności hipotecznej“ ma na myśli obciążenie prawem

---

[50]) Por. § 13 u. h.

[51]) Por. § 10 projektu do u. h. (Kaserer *Mat.* XV str. 181): „Die Uebertragung *des Pfandrechtes* fur eine Forderung...“

nadzastawu tylko „prawa zastawu“ ustanowionego dla wierzytelności. Nasuwa się tu jednak pytanie, czy tego rodzaju tłómaczenie nie odnosi się jedynie do formalnej strony wpisu, podczas gdy materyalnie ustawa hipoteczna uważa prawo nadzastawu za prawo zastawu na wierzytelności. Że formalnie wpis nie może być uskutecznionym na wierzytelności, a tylko na prawie zastawu, okazuje się z tego, że jakeśmy wyżej wykazali, wierzytelność nie jest przedmiotem wpisu do ksiąg gruntowych, żadna też jej zmiana nie może być w nich wpisaną. Materyalne jednak skutki ustanowienia prawa nadzastawu, jakkolwiek wpisanem ono jest jako prawo zastawu na prawie zastawu, mogą być skutkami ustanowienia prawa zastawu na wierzytelności... i to należy przedewszystkiem zbadać.

§ 51 u. h. stanowi: „jeżeli na wierzytelności hipotecznej w czasie, gdy wniesiono podanie o jej wykreślenie, ciążą jeszcze prawa nadzastawu, — wykreślenie tej wierzytelności może być dozwolonem tylko z dodatkiem, że jego skutek prawny nastąpi ze względu na prawa nadzastawu dopiero z ich wykreśleniem. Nie można natomiast dozwolić dalszych wpisów na tej wierzytelności hipotecznej, jeżeli jej wykreślenie zostało już zaintabulowanem...“

Przepis ten normuje:

a) stosunek odpowiadający temu, o którym mówi § 455 in fine u. c., t. j. stosunek nadzastawnika do przedmiotu obciążonego prawem nadzastawu, gdy właściciel uwiadomiony o ustanowieniu nadzastawu płaci dług zastawnikowi bez zezwolenia nadzastawnika [52]), a oprócz tego

b) stosunek nadzastawnika do przedmiotu obciążonego prawem nadzastawu w tych wszystkich wypadkach, w których prawo zastawu ustanowione na rzecz zastawnika z innych powodów, aniżeli z wymienionego pod a), zostało wykreślonem.

Ad a) Przy badaniu, jak § 51 u. h. rozstrzyga pierwszy z tych stosunków, nie znajdujemy różnicy między prze-

---

[52]) Że § 51 u. h. mówi także o tym stosunku, wykazaliśmy w rozdziale 1-szym.

pisem zawartym w tym paragrafie a wnioskiem, jaki z jedynego przez ustawę cywilną bezpośrednio rozstrzygniętego stosunku z dziedziny prawa nadzastawu wynika, t. j., gdy wedle tego ostatniego (wyżej ad 1).) prawo nadzastawu ma za przedmiot prawo zastawu, okazuje się to samo i z przepisu § 51 u. h. Rozumowanie jest tu następujące.

Wychodzimy z premisy, którąśmy dopiero co zdobyli, t. j. że w § 51 u. h. zamiast nieścisłego wyrażenia „wierzytelność hipoteczna“ powinno być użytem wyrażenie „prawo zastawu dla wierzytelności“. Przy porównywaniu zaś tego przepisu ustawy hipotecznej z przepisami kodeksu cywilnego, odnoszącymi się do prawa nadzastawu, dodać musimy do pewyższej premisy dwie również wyżej uzasadnione, a mianowicie:

α) jedyny rozstrzygnięty bezpośrednio przez te przepisy zasadniczy stosunek wskazuje, że przedmiotem prawa nadzastawu jest prawo zastawu (patrz wyżej pod ad 1), tudzież

β) w § 455 in fine u. c. w zdaniu „sonst bleibt das Pfand dem Inhaber des Afterpfandes verhaftet“ wyraz „das Pfand“ nie oznacza tego przedmiotu, który danym został zastawnikowi w zastaw i który zastawnik, — jeżeli to był zastaw ręczny — wydać musi nadzastawnikowi przy ustanawianiu prawa nadzastawu, ale że wyraz ten oznacza przedmiot prawa nadzastawu, t. j. to, co nadzastawnikowi zostało zastawionem, co więc dla zastawnika i wobec niego jest „zastawem (das Pfand)“, że jednak wyraz ten nie przesądza, czy tym zastawem wobec nadzastawnika jest ta sama rzecz, na której zastawnik ma prawo zastawu, czy też wierzytelność, w której zastawnik jest wierzycielem, czy prawo zastawu ustanowione na rzecz zastawnika, czy wszystkie te trzy przedmioty razem, czy też wreszcie dwa z takowych (patrz wyżej rozdział 1-szy). Wychodząc z pierwszej premisy wynik ocenienia przepisu zawartego w § 51 u. h. przedstawi się w zdaniu: „jeżeli wniesiono podanie o wykreślenie prawa zastawu, na którem ciążą prawa nadzastawu, wykreślenie to może być dozwolonem jedynie z dodatkiem, że skutki tego wykreślenia nastąpią ze względu na te prawa nadza-

stawu dopiero z chwilą extabulacyi takowych“, czyli że prawo zastawu ze względu na prawa nadzastawu istnieje nadal, że przeto nadzastawnik w prawach swych nie jest bynajmniej pokrzywdzonym, że ma takie same środki zaspokojenia się, jakimi dotychczas rozporządzał, *ze względu bowiem na niego nic się nie zmieniło, wobec niego prawo zastawu tak, jak dotychczas, nadal istnieje.* Te same rezultaty daje ocenienie przepisów kodeksu cywilnego. W § 455 in fine u. c. zawartem jest postanowienie, że w razie, jeżeli właściciel zastawu płaci dług zastawnikowi bez zezwolenia nadzastawnika, zastaw pozostaje funduszem odpowiedzialności wobec nadzastawnika. Postanowienie to, jeżeli pamiętać będziemy o dwóch drugich wyżej rozwiniętych premisach, oznacza, że mimo zgaśnięcia prawa zastawu wskutek dokonanego przez właściciela uwolnienia odeń przedmiotu danego w zastaw zastawnikowi — zgaśnięcia wobec zastawnika i trzecich, — jedynie wobec nadzastawnika „pozostaje“ to prawo zastawu nadal skutecznem, że przeto wobec nadzastawnika jest funduszem odpowiedzialności i nadal ten sam przedmiot, który mu dotychczas służył na zaspokojenie. Jest to więc ten sam wynik, do jakiego doszliśmy przy ocenianiu § 51 ustawy hipotecznej O ile przeto idzie o unormowanie stosunku nadzastawnika do przedmiotu, z którego ma się zaspokoić w wypadku, gdy właściciel zastawu uwiadomiony o ustanowieniu prawa nadzastawu płaci dług zastawnikowi bez zezwolenia nadzastawnika, — to unormowanie tego stosunku wedle ustawy cywilnej i ustawy hipotecznej jest jednakiem, jeżeli wyjdziemy z premis: co do ustawy cywilnej z wniosku płynącego z jedynego, rozstrzygniętego przez nią zasadniczego stosunku (wyżej ad 1), co do ustawy hipotecznej zaś z faktu, że zamiast wyrażenia „wierzytelność hipoteczna“ winno być użytem wyrażenie „prawo zastawu dla wierzytelności“. Innemi słowy: gdybyśmy chcieli budować pojęcie prawa nadzastawu na unormowaniu stosunku rozwiniętego wyżej pod 1) i na fakcie, że ustawa hipoteczna mówić winna „prawo zastawu dla wierzytelności“ zamiast „wierzytelność hipoteczna“, doszlibyśmy do rezultatu, że przed-

miotem tym jest prawo zastawu ustanowione na rzecz zastawnika, które on dla zabezpieczenia wierzytelności, jaką do niego ma trzeci (nadzastawnik), daje temuż znowu w zastaw. Z rezultatem tym zgadzałoby się unormowanie stosunku nad zastawnika do przedmiotu nadzastawu w wypadku, gdy właściciel płaci dług zastawnikowi bez zezwolenia nadzastawnika, jakkolwiek był uwiadomionym o ustanowieniu nadzastawu, — tak bowiem wedle ustawy hipotecznej, jak i wedle ustawy cywilnej, przedmiotem, z którego się w tym wypadku zaspokaja nadzastawnik, mogłoby być prawo zastawu ustanowione na rzecz zastawnika. Inaczej natomiast przedstawia się kwestya w stosunku wyżej pod b) podniesionym.

Ad b) Gdyby przedmiotem prawa nadzastawu było prawo zastawu, natenczas nadzastawnik mógłby się zaspokoić:

α) z tego, co właściciel zastawu, chcąc uwolnić rzecz od zastawu, płaci zastawnikowi za zezwoleniem nadzastawnika, (sposób tego zaspokojenia zależnym jest od umowy);

β) z tego, co właściciel zastawu, chcąc uwolnić rzecz od zastawu, składa do depozytu sądowego, a co ma miejsce, jeżeli od nadzastawnika nie uzyskał zezwolenia na zapłacenie długu zastawnikowi, (sposób tego zaspokojenia odbywa się wedle przepisów ustawy sądowej);

γ) z tego, co przy rozdziale ceny kupna, uzyskanej ze sprzedaży zastawu dokonanej na zaspokojenie pretensyi jednego z zastawników, wypada na prawo zastawu, na którym ustanowionem zostało prawo zastawu;

δ) wreszcie z tego, co właściciel zastawu, chcąc uwolnić rzecz od nadzastawu, płaci nadzastawnikowi, który to wypadek ma miejsce wtedy, jeżeli właściciel zastawu uwiadomiony o ustanowieniu nadzastawu zapłacił dług zastawnikowi bez zezwolenia nadzastawnika i wskutek tego temu ostatniemu powtórnie zapłacić jest zmuszonym.

Wnioski powyższe, obejmujące wszystkie sposoby zaspokojenia nadzastawnika, jeżeli przedmiotem jego prawa ma być prawo zastawu, wypływają logicznie z pojęcia prawa zastawu, jako prawa zależnego od wierzytelności, jako prawa akcessoryjnego. Przeznaczone do tego, by wierzyciel miał

się z czego rzeczowo zaspokoić, jeżeli zobowiązanie w należytym czasie nie będzie dopełnionem, związane jest tak ściśle z tą wierzytelnością, której jest środkiem zaspokojenia w danym razie, że nie może istnieć bez tej wierzytelności i że z chwilą zgaśnięcia tej wierzytelności samo przestaje istnieć. Z istoty tej wypływają dwa dla nas ważne wnioski: pierwszym jest to, że prawo zastawu nie może być bez wierzytelności sprzedanem, drugim, że z chwilą zgaśnięcia wierzytelności przestaje także istnieć. Pierwszy wniosek uzasadnia się tem, że gdyby kto inny był podmiotem prawa zastawu, a kto inny wierzycielem w zobowiązaniu, natenczas prawo zastawu nie mogłoby służyć do zaspokojenia wierzyciela, ale chyba tylko na zaspokojenie uprawnionego z prawa zastawu, gdy zaś prawo zastawu jest właśnie prawem udzielonem wierzycielowi dla jego tylko zaspokojenia, więc taki stosunek nie mógłby już być prawem zastawu, ale jakiemś innem. Drugi wniosek jest oczywistym, w razie bowiem zgaśnięcia wierzytelności prawo zastawu traci cel, do którego spełnienia było stworzonem.

Twierdzenie przedstawione wyżej, jako pierwszy wniosek wynikający z zasady zawisłości prawa zastawu, wyjaśnia, dlaczego nadzastawnik w razie niedopełniania jego zobowiązania nie może zaspokoić się z prawa zastawu w sposób wskazany § 461 u. c t. j. przez sprzedaż[53]), jak również w sposób wskazany §§ 415 nast. u. s., t. j. przez przyznanie sobie tego prawa zastawu. Wynika stąd, że jedynymi sposobami zaspokojenia nadzastawnika, gdyby przedmiotem

[53]) Por. orzecz. nr. 6124 G. U. W., gdzie nadzastawnik uzyskawszy zajęcie i oszacowanie prawa zastawu przysługującego zastawnikowi na ruchomościach jego dłużnika, upraszał o sprzedaż licytacyjną tego prawa zastawu. Sąd pierwszej instancyi zarządził sprzedaż samych ruchomości, trybunał apelacyjny zaś sprzedaż prawa zastawu, gdyż sędzia nie może wychodzić ultra petita partium. Sąd najw. odrzucił prośbę nadzastawnika z następujących powodów. Orzeczenie sądów a quo polegają na niezgodnej z ustawami podstawie, gdyż wedle § 421 u. s. gal. wierzyciel może tylko na wierzytelności, którą jego dłużnik ma do trzeciego, popierać egzekucyą, a dalej ponieważ

prawa nadzastawu było prawo zastawu, byłyby te, w których prawo zastawu, jako takie zostaje zrealizowanem. Ma to miejsce albo wtedy, jeżeli rzecz, na której ciąży prawo zastawu obciążone znowu nadzastawem, została przez jednego z zastawników sprzedaną, albo też wtedy, jeżeli właściciel sam, chcąc uwolnić rzecz od ciężarów, spłaca dobrowolnie owe ciężary. Nadzastawnik, nie mając prawa zastawu na rzeczy, nie może sam żądać sprzedaży takowej [54]), nie mogąc zaś sprzedać prawa zastawu, bo to bez wierzytelności nie jest pozbywalnem, ograniczonym jest do tych tylko środków

---

prawo zastawu jest prawem akcessoryjnem, które w myśl § 449 u. c. musi się zawsze odnosić do ważnej wierzytelności...

[54]) Wyraźnie orzekł to najw. tryb. w orzeczeniu nr. 7080 G. U. W., potwierdzając wyrok trybunału apelacyjnego, który odmówił nadzastawnikowi skargi hipotecznej przeciwko właścicielowi zastawu, ponieważ nadzastawnik nie może się zaspokoić bezpośrednio z zastawu (aus dem Pfandgute) będącego własnością pozwanego, ale tylko ze „swojego“ zastawu t. j. z wierzytelności zaintabulowanej na rzecz zastawnika. Najw. trybunał dodał do tych motywów: Przedsiębranej w myśl dek. nadw. z 27 paźdz. 1797 r. nr. 385 zb. u. s. zapomocą sądowego zajęcia egzekucyi na wierzytelności ubezpieczonej prawem zastawu i uzyskania prawa nadzastawu na zastawie (an der Pfandsache) nie można mięszać z przewidzianem w §§ 314 do 319 pow. u. s. przyznaniem popierającemu egzekucyą wierzytelności egzekuta do wysokości pretensyi pierwszego. W tym ostatnim wypadku można uważać wierzytelność popierającego egzekucyą za część wierzytelności hipotecznej egzekuta, ale nie w pierwszym wypadku. W wypadku przewidzianym w § 455 in fine u. c. nadzastawnik nie ma skargi przeciwko właścicielowi zastawu, a dopuszczalna w prawie rzymskiem actio utilis nadzastawnika nie została przyjętą przez prawo austryackie. Pozornie inaczej orzekł najw. tryb. w orzecz. nr. 1097 G. U. W., przyznając nadzastawnikowi skargę o uznanie płynności prawa nadzastawu przeciwko właścicielowi zastawu. W orzeczeniu tem wychodził najw. tryb. z założenia, że przepis § 455 in fine u. c. nakłada na właściciela zastawu nowe zobowiązanie i to wobec nadzastawnika, chociaż przez to jego dotychczasowy stosunek dłużniczy (Schuldverhältniss) nie może być dla niego uciążliwym. Przepis powyższy daje przeto nadzastawnikowi pewne prawo (ein Recht) do samej rzeczy. Co do tego jednak p. Exner str. 450 i uw. 13 tamże.

zaspokojenia się, które przedstawiają nam się, gdy zastawnik realizuje swoje prawo. W jednym tylko wypadku nadzastawnik sam bez względu na zastawnika, ale w granicach jego prawa zastawu, znajduje zaspokojenie, t. j. gdy zastawnik zaspokojonym został przez właściciela zastawu, uwiadomionego o nadzastawie, a nie mającego na to zaspokojenie zezwolenia nadzastawnika, — w tym bowiem wypadku istnieje prawo zastawu wedle § 455 in fine u. c. i § 51 u. h. tylko ze względu na nadzastawnika. Rozumie się, że w takim razie nadzastawnik zaspakaja się tak dobrze wtedy, gdy właściciel, chcąc uwolnić rzecz od nadzastawu resp. od prawa zastawu skutecznego tylko ze względu na prawo nadzastawu, płaci dobrowolnie, jak i wtedy, gdy rzecz została sprzedaną na licytacyi na zaspokojenie jednego z zastawników.[55])

Drugi wniosek, wysnuty wyżej z zasady zawisłości prawa zastawu, wywiera doniosły, a nawet stanowczy wpływ na instytucyą prawa nadzastawu. Jeżeli w razie zgaśnięcia wierzytelności gaśnie i prawo zastawu, natenczas prawo nadzastawu, — jeżeli ma być prawem zastawu na prawie zastawu. — staje się bezprzedmiotowem. Co więcej, byt prawa nadzastawu zawisłym jest *wtedy* całkowicie od elementu (t. j. wierzytelności), na który nadzastawnik nie ma najmniejszego wpływu, z którym nie pozostaje w żadnym stosunku. Z licznych stosunków zgaśnięcia wierzytelności wybierzmy normalny t. j. zapłatę dokonaną przez dłużnika. Zapłata ta powoduje zgaśnięcie wierzytelności, to zaś pociąga za sobą także zgaśnięcie prawa zastawu, gdyby więc przedmiotem prawa zastawu było prawo zastawu, nadzastawnik straciłby przedmiot swego zaspokojenia. I wniosek taki co do ręcznego zastawu, jeżeli — powtarzamy — przedmiotem prawa nadzastawu jest tylko prawo zastawu, musiałby być stanowczo bronionym. Inaczej jednak przedstawia się ta kwestya właśnie co do hipoteki. Wedle § 51 u. h. „wierzytelność hipoteczna“ a właściwie, jakeśmy wykazali, „prawo zastawu dla wierzytelności“, ilekroć i z jakiegokolwiek powodu

[55]) Dlatego wyżej pod 7) użytem zostało wyrażenie: „co... wypada na prawo zastawu“, a nie „wypada na zastawnika“.

ma być wykreślonem, pozostaje skutecznem ze względu na prawo nadzastawu, a więc tak dobrze wtedy, gdy właściciel uwiadomiony o nadzastawie płaci zastawnikowi bez zezwolenia nadzastawnika, jak i wtedy, gdy dłużnik osobisty płaci dług wierzycielowi-zastawnikowi i w ten sposób powoduje zgaśnięcie prawa zastawu. Na tym też punkcie polega doniosłość § 51 u. h. Formulujemy ją w następujący sposób. Gdyby przedmiotem prawa nadzastawu było prawo zastawu, natenczas w razie zgaśnięcia wierzytelności, dla zabezpieczenia której to prawo zastawu zostało ustanowionem, prawo nadzastawu traciłoby swój przedmiot, zgaśnięcie bowiem wierzytelności powoduje zgaśnięcie prawa zastawu. § 51 u h. wyłamuje się z pod tego twierdzenia, wedle przepisu bowiem zawartego w nim prawo zastawu, jeżeli na niem ciąży prawo nadzastawu, nigdy nie gaśnie co do tego prawa nadzastawu. Wobec tego postanowienia ustawy hipotecznej powstaje dylemmat: albo to postanowienie ustawy hipotecznej jest wynikiem zasady niezawisłości *hipoteki*[56]) od wierzytelności albo też prawo nadzastawu nie jest prawem zastawu na prawie zastawu. W pierwszym razie t. j. gdyby prawo zastawu na przedmiotach ksiąg gruntowych było niezawisłem od wierzy-

---

[56]) Wyżej podniesiono, że co do ręcznego prawa zastawu stanowczo należałoby bronić zasady, że w razie zgaśnięcia wierzytelności gaśnie i prawo zastawu, co do prawa zastawu bowiem na ruchomościach nie ulega wątpliwości, że jest ono zawisłem od wierzytelności. § 1483 u. c. nie zawiera w tym względzie wyjątku, w wypadku bowiem przewidzianym w nim przedawnia się tylko skarga, obligacya zaś, jako naturalna, pozostaje nadal (por. Hasenöhrl I, str. 29 nast., a szczególnie uw. 24, przeciwnego zdania Pachman Verjährung str. 62, Winiwarter II, str. 223 i co do obligacyi przedawnionych w ogóle Unger II, str. 437 uw. 6 i 10, co do § 1483 u. c., jednak zajmuje wyjątkowe stanowisko II, str. 437, które słusznie napotyka na zarzuty, jak u Hasenöhrla str. 44 uw. 66, por. także Windscheid § 249 uw. 4). Że w wypadku § 1485 u. c. gaśnie tylko skarga, dowód w § 1432 u. c. zestawiającym długi zadawnione z ważnymi, ale o które ustawa nie pozwala wnosić skargi. Również nie zawiera wyjątku i § 1378 u. c. (odnoszący się także i do nieruchomości), wskutek nowacyi bowiem

telności, nie gasłoby wskutek zgaśnięcia tej ostatniej i wtedy też przepis § 51 u. h. zawierałby zupełnie zgodne z tem postanowienie. W drugim wypadku t. j. gdyby przedmiotem prawa nadzastawu nie było prawo zastawu, należałoby tę mogącą się wtedy wyłonić teoryą pogodzić, względnie wykazać jej stosunek, z dotąd przez nas przedstawionym wywodem, który wskazuje, że przedmiotem prawa nadzastawu jest prawo zastawu. Zbadajmy, która z tych ewentualności jest uzasadnioną.

II. Tworzenie pojęć prawniczych jest jedynie kwestyą metody. Pojęcie nie jest celem, ale tylko środkiem. Zadaniem jego nie jest wytwarzanie norm, ale ułatwienie poznania danych już przez prawo norm. Przy budowaniu pojęcia rozchodzi się o wydobycie cech wspólnych, a charakterystycznych. Jeżeli w danej materyi zyskamy pojęcie, od którego są wyjątki, to nie ulega wątpliwości, że cechy, z których ono się składa, wszystkie lub niektóre nie są wspólnemi stosunkom mieszczącym się w tem pojęciu. Należy wtedy zbadać,

1) czy owe wyjątki nie mogą stanowić same dla siebie osobnego pojęcia czyli innemi słowy, czy zamiast jednej reguły z wyjątkami nie będziemy mieli dwóch lub więcej reguł równorzędnych, lub też

2) czy owe cechy składające się na dane pojęcie nie są bądź zanadto licznemi bądź też ciasnemi t. j. czy nie ma cech głębszych, szerszych, a mimo to charakterystycznych. Czy jednak pozostawić regułę z wyjątkami, czy też na miejscu jednej reguły postawić dwie lub trzy, czy wreszcie rozszerzyć lub pogłębić ją, to jest to, jak wyżej nadmieniłem, jedynie kwestyą metody, jeżeli samo pojęcie nie tworzy norm, ale tylko jest ułatwieniem poznania takowych. Kwestyą tę

---

ustanawia się nowe prawo zastawu, twierdzenie zaś przeciwne, opierające się na tem, że to prawo zastawu zatrzymuje stopień dawnego, jest petitio principii, bo właśnie tego trzeba dowieść (por. Minasiewicz *Ztscht f. Rchgl.* 1843 I str. 233, Hasenöhrl II, 533, Till II, str. 409 uw. 7, przeciwnego zdania Pawłowicz *Ztscht f. Rgl.* 1844, I, str. 318, Stubenrauch do § 1378 u. c. Exner *Hypr.* II str. 611, Krainz II, 2 str. 119). Co do § 462 u. c. i prawa zastawu dla wierzytelności przyszłej, patrz niżej.

uważam dlatego za należącą jedynie do zakresu metody, ponieważ pojęcie tak lub inaczej zbudowane nie wpływa na unormowanie stosunków. Przy rozpoznawaniu, pod jaką normę podpada jakiś konkretny stosunek, osiągnę te same rezultaty bez względu na to, czy mam do czynienia z regułą z wyjątkami, czy też n. p. z dwoma regułami, badanie bowiem tak w jednym, jak w drugim wypadku ma na celu wydobycie charakterystycznych momentów, a czy one mieszczą się właśnie w regule, czy też we wyjątkach, to na wynik nie wpływa, jeżeli tylko naturalnie momenty te odszukane zostały należycie. Inaczej jednak przedstawia się rzecz, jeżeli idzie o osiągnięcie celu, jaki ma spełnić pojęcie, to jest o ułatwienie poznania norm, a wskutek tego o ułatwienie rozstrzygnięcia, pod jaką normę podpada jakiś konkretny stosunek. Uważam, że pojęcie o cechach za licznych lub za ciasnych i wskutek tego dające miejsce wyjątkom, nie spełnia w należytej mierze powyższego celu, z jednej bowiem strony trudniejszem jest wtedy zoryentowanie się w danym przez ustawy materyale, z drugiej zaś strony dla uratowania pojęcia tworzy się fikcye, a w ten sposób odrywa się pojęcie od naturalnego, rzeczywistego gruntu. Stąd bardziej wskazanem jest stworzyć raczej dwa odrębne pojęcia lub, gdzie się to da uczynić, wynaleść dla pojęcia szersze, byle naturalnie charakterystyczne cechy.

Kwestya pojęcia tak długo jednak jest zależną tylko od metody, jak długo pojęcie samo nie tworzy *norm*, ale przeciwnie z norm powstaje. Pojęcie tworzyłoby normy, gdyby albo samo było zasadą albo gdyby polegało na zasadzie, opartej na dowodach leżących poza dziedziną prawa, gdyby przeto polegało na zasadzie bezwzględnej (dla prawa), wniesionej w dziedzinę prawa apriorystycznie.[56']) W wypadku takim,

---

[56']) Tak tylko rozumiem pojęcie tworzące normy, a pociąga to za sobą ten skutek, że przy przeciwnem zapatrywaniu, tj. gdy pojęcie zbudowanem już jest na podstawie norm, to wtedy wydać może ze siebie normy dla stosunków nieunormowanych, ale też tylko dla takich stosunków, to znaczy, że pojęcie uzupełnia wtedy braki ustawy. Dalszy wywód wyjaśni bliżej to stanowisko.

gdyby pewne stosunki nie mieściły się w takiem pojęciu, wnioskując z braku pewnych cech wymaganych przez to pojęcie, — należałoby bezwarunkowo stworzyć dla nich odrębne pojęcie. Różnica między temi dwoma stanowiskami objawia się w następujących punktach: 1) zajmując pierwsze z nich, wedle którego pojęcie jest wnioskiem z norm, nie jesteśmy żadnem pojęciem krępowani i tworzyć je względnie ograniczać i dzielić możemy dowolnie, podczas gdy drugie stanowisko, wedle którego normy wynikają z pojęcia, nie pozwala na zmianę pojęcia, zasada bowiem, którą ono jest lub na której się opiera, jest nietykalną; 2) drugie stanowisko nie dozwala nadto rozciągać na stosunki, nie mieszczące się w pojęciu danem, wszystkich tych przepisów, które normują stosunki objęte tem pojęciem. Jeżeli n. p. dla pewnej grupy stosunków, jako nie mieszczących się w pojęciu prawa zastawu danem w § 447 u. c., będziemy musieli stworzyć osobne pojęcie, to nie będziemy mogli do tych stosunków zastosować przepisów tyczących się n. p. nabycia, zgaśnięcia itd. prawa zastawu, bo te ostatnie przepisy odnosić się mogą tylko do takich stosunków, które się mieszczą w pojęciu danem przez § 447 u. c. — w takim przeto razie kwestya nabycia, zgaśnięcia etc. będzie musiała być odnośnie do tych stosunków, dla których utworzono osobne pojęcie, badaną osobno bez możności zastosowania do nich *z góry* przepisów tyczących się prawa zastawu. Inaczej przedstawia się rzecz, jeżeli przy badaniu wychodzimy z pierwszego z wyżej określonych stanowisk. Dochodząc w takim razie do pojęcia ze stosunków unormowanych, musimy mieć te normy *naprzód*. Wskutek tego wychodząc ze stanowiska, wedle którego normy tworzone są przez pojęcie, wnioskujemy: ponieważ pewien stosunek mieści się w tem pojęciu, przeto wszystkie normy, jakie z tego pojęcia wynikają lub które się odnoszą do stosunków mieszczących się w tem pojęciu — powinny mieć zastosowanie i do owego danego stosunku. Inaczej wnioskujemy, wychodząc ze stanowiska, wedle którego pojęcie wynika z norm, a mianowicie: ponieważ znane nam już naprzód normy urządzające stosunek *a.* są takiemi samemi, jak rów-

nież znane nam normy urządzające stosunek *b.*, przeto oba te stosunki możemy uogólnić w jednem pojęciu lub w braku tej premisy stworzyć dla nich odrębne pojęcia etc.

Które z powyżej przedstawionych dwóch stanowisk uważać należy za uzasadnione, zależy od poglądu na istotę i tworzenie się prawa w ogóle. Zwolennicy n. p. dedukcyjnego „prawa natury“ wychodzić będą ze stanowiska, wedle którego pojęcie tworzy normy. Przeciwne stanowisko zajmą ci, wedle których prawo wywołanem jest, (by użyć najogólniejszego wyrazu) przez życie i jego potrzeby.

Powyższy wywód powinien być podstawą przy badaniu istoty prawa zastawu. Wedle § 447 u. c. prawo zastawu jest prawem rzeczowem, dozwolonem wierzycielowi, a dającem mu możność zaspokojenia się z jakiej rzeczy, jeżeli zobowiązanie w oznaczonym czasie wykonanem nie będzie. Paragraf ten umieszczonym został na czele rozdziału zatytułowanego „o prawie zastawu“, a jego nagłówek opiewa „pojęcie prawa zastawu i (samego) zastawu“. Doniosłość tego paragrafu może być ocenioną stosownie do tego, cośmy wyżej powiedzieli, dwojako. Albo paragraf ten, mieszczący w sobie pojęcie prawa zastawu, jest jednym z takich apriorystycznie powziętych pewników, a wtedy wykluczałby z pod norm tyczących się prawa zastawu wszelkie stosunki, któreby nie posiadały wymaganych w tym paragrafie znamion, albo też paragraf ten jest tylko jedną ze zbytecznych, ale mimo to w kodeksie austryackim dość często znajdujących się definicyi naukowych. W pierwszym wypadku ocenienie, czy stosunek jakiś jest prawem zastawu i czy ma być unormowanym wedle przepisów tyczących się prawa zastawu, zależałoby jedynie od tego, czy ma on znamiona wymagane w § 447 u. c., do poznania zaś tych znamion dochodzilibyśmy drogą dedukcyi z pojęcia danego właśnie w tym paragrafie. W drugim wypadku pojęcie dane w § 447 u. c. nie wpływałoby na ocenienie, czy jakiś stosunek należy unormować wedle przepisów tyczących się prawa zastawu, w tym razie bowiem decydowałyby właśnie te przepisy, a samo pojęcie zamieszczone w § 447 u. c. mogłoby uledz krytyce i zmianie,

gdyby się okazało, że jest n. p. za ciasnem, bo nie mieści w sobie wszystkich objawów, jakie przepisy tyczące się prawa zastawu normują. W tym drugim przeto wypadku tworzylibyśmy pojęcie w drodze indukcyjnej w przeciwstawieniu do pierwszego stanowiska, wedle którego z danego pojęcia dedukcyjnie wnioskujemy o znamionach stosunków mających być unormowanymi przepisami odnoszącym się do stosunków prawa zastawu.

Na jakiem stanowisku stali redaktorowie kodeksu cywilnego austryackiego, stanowczo orzec nie można, jeżeli się zważy na wpływ prawa natury, jakiemu ulegali, a z drugiej strony, jeżeli się oceni dążność ich, (nie zawsze jednak przestrzeganą) do unikania w kodeksie definicyi. Rozpatrzmy, jakie skutki pociąga za sobą jedno i drugie stanowisko, ze względu na jeden tylko punkt tyczący się prawa zastawu, który nas tutaj obchodzi, t. j. ze względu na zawisłość prawa zastawu od wierzytelności.

Wychodząc z pierwszego z wyżej określonych stanowisk t. j., że przepis § 447 u. c. jest niewzruszalnym, oznaczymy drogą dedukcyi zawisłośc prawa zastawu od wierzytelności, jako znamię zasadnicze tego prawa. Jeżeli bowiem prawo zastawu jest wedle tego § 447 u. c. prawem rzeczowem, udzielonem wierzycielowi, wskutek ktorego tenże może się zaspokoić z rzeczy, jeżeli zobowiązanie w należytym czasie wykonanem nie będzie, — to jasną jest rzeczą, że tam, gdzie niema wierzyciela mającego się zaspokoić, a więc gdzie nie ma wierzytelności, bądź to dlatego, że nie powstała, bądź że już zgasła, tam nie ma i prawa zastawu.

W tym stanie rzeczy, jeżeli znajdziemy stosunki mające przez ustawę nadaną nazwę prawa zastawu, a mimo to w rzeczywistości niezawisłe od wierzytelności, — natenczas zmuszeni będziemy odmówić im charakteru prawa zastawu, a zbadać, czy i jakiem innem są prawem.

W przeciwny sposób stworzymy pojęcie prawa zastawu, wychodząc z założenia, że przepis § 447 u. c jest tylko definicyą naukową. Wypadnie wtedy zebrać wszystkie przepisy tyczące się prawa zastawu i zbadać, jakie znamiona są im

wspólne, a charakterystyczne. Opierając się n. p. na takich przepisach, jak zawarte w §§ 449, 451, 461 itd., doszlibyśmy a raczej *stwierdzilibyśmy* trafność definicyi § 447 u. c.

Jeżeli jednak między tymi przepisami, które nam mają służyć jako premisy do zbudowania pojęcia prawa zastawu, znajdą się takie, wedle których prawo to nie będzie zawisłem od wierzytelności, natenczas między innymi sposobami usunięcia powstających stąd braków będziemy mogli i zmienić definicyą § 447 u c., nadając prawu zastawu n. p cech mniej, ale szerszych, byle jednak zawsze odróżniających je od innych praw.

Badając przepisy tyczące się prawa zastawu, napotykamy na postanowienia, dozwalające istnieć prawu zastawu bez wierzytelności, w jednym tylko gatunku objawów t. j. w razie ustanowienia prawa zastawu dla t. z. wierzytelności przyszłych, natomiast żadne inne przepisy, a w szczególności §§ 469, 1443, 1446, 1500 u. c. i d. n. z 27 marca 1846 r. l. 951 zb. u. s. nie uzasadniają przypuszczenia, by wedle nich możliwem było istnienie prawa zastawu bez wierzytelności [57]).

Prawo zastawu może być ustanowionem dla wierzytelności przyszłej np w przypadkach §§ 341, 343, 834, 1101, 1245, 1364, 1365 u. c. itd, przy ustanowieniu kaucyi itp. (p. § 14, 53 nast. u. hip.) [58]). Że „takie prawo zastawu“ już

---

[57]) Winiwarter II str. 223: „Auch kann das Pfandrecht, wenn es einmal bestellt ist, in der Fortdauer fur sich bestehen. Dies erhellt aus den §§ 466, 469 u. 1483, da der § 466 voraussetzt, dass das personliche Recht der Forderung und das dingliche aus dem Pfandrechte gegen verschiedene Personen ausgeubt werde...“, nie potrzeba jednak chyba dowodzic, że przepis ten nie stanowi wyjątku od zasady zawisłości prawa zastawu.

[58]) P. Exner *Hpr.* str. 130: „So bewilligt der oberste Gerichtshof die Pfandrechtseinverleibung auf Grund einer einem Rechtsanwalt ausgestellten allgemeinen Vertretungsvollmacht „zur Sicherstellung kunftigen Auslagen und des Verdienstes“ auf Immobilien der Vollmachtgeber (Oest. G. Z. 1870 Nr 91); ebenso „zur Sicherstellung der genauen Zuhaltung des Pachtvertrags,

przed powstaniem tej wierzytelności istnieje, objawia się w tem, iż właściciel rzeczy obciążonej nie może nic takiego przedsięwziąć, coby stało w sprzeczności z wykonaniem prawa zastawu, jak również iż prawo to jest przedmiotem prawnego obiegu [59]). Jeżeli zaś „prawo zastawu ustanowione dla wierzytelności przyszłej“ przed powstaniem tej wierzytelności w ogóle działa, nie można twierdzić, by skuteczność *tego* prawa zastawu była zawisłą dopiero od powstania tej wierzytelności [60]) lub by *to* prawo zastawu powstawało dopiero z chwilą powstania wierzytelności [61]). Również nie utrzymuje przy życiu pojęcia prawa zastawu, jako prawa zawisłego od wierzytelności, żądanie, by już w chwili nabycia prawa zastawu dla wierzytelności przyszłej istniał stosunek prawny, z którego obligacya ma powstać, tudzież by były określonemi jego charakterystyczne cechy tak, żeby identyczność później powstającej pretensyi z tą, która zabezpieczoną być miała, nie była wątpliwą [62]). Konstrukcya taka nie spełnia swego celu, bo mimo niej „jest niewątpliwem, że te znamiona istotne są zawsze tylko znamionami przyszłej, a zatem w chwili wpisu nie istniejącej wierzytelności“ [63]). Natomiast jedynie logicznymi są wnioski: albo iż prawo zastawu dla

---

und jeder daraus entspringenden Verantwortlichkeit“ auf ein Haus des Pächters (G. U. W. Nr 415); endlich für solche Forderungen, die auf Grund bereits eröffneter Kredite und innerhalb der Grenzen derselben erst enstehen sollen (G. U. W. Nr 168, 1406, 2505). Und ebenso gewiss kann der Verkäufer für seine Eviktionspflicht, wenn auch noch nicht evinziert ist, der eventuell Schadenersatzpflichtige, auch bevor eine beschädigende Thatsache eingetreten ist, der Gesellschafter für die künftige actio pro socio, der Bürgschaftschuldner dem Bürgen für den eventuellen Regressanspruch u: s. w. jederzeit seine Grundstücke wirksam verpfänden“.

[59]) Krainz, II 2, str. 120, Till § 244.

[60]) Stubenrauch do § 449.

[61]) Krainz II 2, str. 120.

[62]) Exner *Hpr.* str. 130, por. Harum w *Heimerls Magazin* XIII str. 22.

[63]) Till II, str. 490 uw. 4).

wierzytelności przyszłej, kaucyi etc. nie jest prawem zastawu[64]), albo też definicya prawa zastawu, jako prawa zawisłego od wierzytelności, jest za ciasną. Który z tych wniosków należy przyjąć, zależy od tego, czy pojęcie prawa zastawu dane przez ustawę w § 447 u. c. uważamy za usuwające się z pod krytyki i zmiany, czy też nie, co znowu zależy od ogólnego stanowiska, z jakiego na prawo patrzymy. W pierwszym wypadku *musimy* stworzyć z „prawa zastawu dla wierzytelności przyszłych“ osobne prawo, w drugim wypadku natomiast nie jesteśmy do tego zmuszeni, a przeciwnie możemy albo 1) stworzyć dla prawa zastawu takie pojęcie, aby w niem znalazły miejsce i dopiero co wymienione stosunki[65]), a więc zmienić pojęcie dane w § 447 u. c., albo 2) utworzyć dla tych stosunków, jak w pierwszym wypadku, osobne pojęcie, albo wreszcie 3) skonstatować tylko wyjątek od reguły. Wybór jednej z tych dróg (od 1 do 3) zależy tylko od tego, która lepiej ułatwia poznanie norm. Nie rozstrzygając żadnej z tych kwestyi, jako wychodzących poza ramy niniejszej monografii, ograniczamy się jedynie do skonstatowania, że, jeżeli dla „wierzytelności“ przyszłych może być ustanowionem prawo zastawu, to jest ono *rzeczywiście* niezawisłem od wierzytelności, ale też byłby to jedyny wypadek tej niezawisłości i to wypadek dający się ściśle oznaczyć i od innych odróżnić, a więc nie pozwalający niezawisłości hipoteki generalizować, albowiem nie widzimy jej w stosunkach unormowanych przez §§ 469, 1446, 1443, 1500 u. c. i dekret nadw. z 27 marca 1846 r. l. 951 zb. u. c.

Wedle § 469 u. c. do zniesienia hipoteki samo umorzenie długu nie jest dostatecznem, nieruchomość bowiem

---

[64]) Regelsberger *Bayr. Hypothr.* str. 187, Till, II str. 513 uw. 1). „Zabezpieczenie w przyszłości powstać mogącej wierzytelności, *jakkolwiek ma skutek podobny do prawa zastawu*, nie jest prawem zastawu, *jeśli definicya tego prawa* jaką nam daje nauka i ustawa, *jest prawdziwą*“.

[65]) Por. Puntschart: *Die moderne Theorie des Privatrechtes* (Leipzig 1893) str 247 nast., u którego jednak zmiany sięgają głębiej, bo tyczą się w ogóle teoryi praw podmiotowych.

i nadal jest odpowiedzialną, dopóki dokument na dług z ksiąg publicznych nie zostanie wykreślonym. Zgodne z tem w zasadzie postanowienia zawierają i §§ 1443, 1446, 1500 i d. n. z 27 marca 1846 r. l. 951 zb. u. s. Wynikałoby przeto z tych przepisów, że prawo hipoteki istnieje mimo zgaśnięcia wierzytelności, że przeto jest niezawisłem od takowej. Tymczasem nie ulega wątpliwości, że prawo hipoteki mimo istnienia swego po zgaśnięciu wierzytelności nie ma materyalnego znaczenia, jak długo nie nastąpiła zmiana w jego podmiocie. Że tak jest, nie udowadniamy pojęciem zawartem w § 447 u. c., jednoczącem wierzyciela z zastawnikiem w jednej osobie, a więc czyniącem prawo zastawu zawisłem od wierzytelności, bo taki dowód byłby petitio principii, — ale też nie potrzeba się uciekać do tego dowodu. Ze związku zdań w § 469 u. c. wynika, że zapłatę otrzymuje zastawnik. Wynika to ze zdania: „Der Pfangeber ist aber die Schuld nur gegen dem zu bilgen verbunden, dass ihm das Pfand zurückgestellt werde“, jasną bowiem jest rzeczą, że zastawnik wtedy tylko wyda zastaw, jeżeli został zaspokojony, a chociaż postanowienie to odnosi się, sądząc ze słów, do zastawu ręcznego, to jednak z bezpośrednio po niem w tym samym paragrafie następującego zdania mówiącego o hipotece musimy przypuszczać, że i w niej umorzenie długu następuje do rąk zastawnika. Jeżeli zaś tak jest, to nawet wtedy, gdyby prawo hipoteki było niezawisłem od wierzytelności, po zapłaceniu należytości *zastawnikowi — on sam na podstawie § 469 u. c.* z niewykreślonego wpisu tego prawa żadnych praw rościć sobie nie może czyli że istnienie tego wpisu *materyalnego* nie ma znaczenia. Powiedzieliśmy, że zastawnik *na podstawie § 469 u. c.* (tak samo i na podstawie § 1446 u. c., bo ten powołuje się na §§ 469 i 526 u. c.) nie mógłby sobie rościć żadnych praw z niewykreślonego wpisu, bo paragraf ten, mówiąc o zapłacie do rąk zastawnika, a nie wierzyciela, jako takiego, a z drugiej strony mówiąc o tym samym fakcie, jako o umorzeniu wierzytelności („Schuld“), najwidoczniej przypuszcza, że zastawnik i wierzyciel są jedną i tą samą osobą. Rozdzielenie ich, a stąd wniosek, że prawo

hipoteki jest niezawisłem od wierzytelności, musiałby przeto być udowodnionym innymi przepisami, tych zaś nie ma, albowiem §§ 1443 i 1500 u. c., tudzież powołany dekret nadworny mówią tylko o osobach trzecich. Powoływanie się zwolenników niezawisłości prawa hipoteki od wierzytelności na §§ 469 i 1446 u. c. nie prowadzi przeto, jak wykazano, do udowodnienia takowej.

Tak samo jednak ma się rzecz i w stosunkach unormowanych przez §§ 1443 i 1500 u. c, tudzież d. n. z d. 27 marca 1846 r. l. 951 zb. u. s., jakkolwiek bowiem wedle tych przepisów mimo zgaśnięcia pierwotnej wierzytelności rzecz pozostaje odpowiedzialną (jednak tylko wobec osób trzecich, mogących się powołać na zaufanie do ksiąg publicznych, które nabyły prawa na niewykreślonym wpisie), — to przecież odpowiedzialność taka niekoniecznie jest dowodem niezawisłości prawa hipoteki od wierzytelności. Uważam za słuszne zapatrywanie Tilla[66]), że „zaniechanie wykreślenia umorzonej pretensyi ze stosunku obowiązkowego pochodzącej może stać się powodem powstania nowego stosunku prawnego; że zaniechanie to jest faktem pociągającym za sobą skutki prawne, a jako taki fakt prawny (juristische Thatsache) staje się powodem pewnych zmian w sferze prawnej osób interesowanych“, czyli innemi słowy, że „w miejsce zgasłego stosunku obowiązkowego powstaje stosunek nowy“. Powodem ustanowienia skutku, że zastaw mimo zgaśnięcia wierzytelności pozostaje odpowiedzialnym, jest chęć ochronienia osób trzecich, działających w zaufaniu do ksiąg publicznych, od szkody, takie zaś zastąpienie jednej wierzytelności inną nie jest obcem prawu austryackiemu (§§ 1121 in fine u. c. i 37 in fine u. konk.)[67]). Jeżeli zaś wskutek niewykreślenia wpisu

---

[66]) „*O zawisłości prawa hipoteki*“ w Przegl. sąd. i adm. z 1877 r. str. 15. Dalsze jego wywody w tej pracy na str. 53—55 porównaj z § 250 jego dzieła „*Prawo prywatne austryackie*“ t. II str. 534—538. P. tamże literaturę odnoszącą się do niniejszej kwestyi.

[67]) Schwach w Ger. Ztg. z 1891 r. Nr 41 str. 322, „Eine solche Substitution eines Forderungsrechtes an Stelle ei-

powstaje wobec osób trzecich mających powyższe kwalifikacye nowa wierzytelność, to prawo hipoteki nie jest samoistnem, zawisłem bowiem będzie od tej nowej wierzytelności.

Powyższy wywód wykazuje, że oprócz „tz. prawa zastawu dla wierzytelności przyszłych“, co do którego wedle wyżej powiedzianego zbadaćby przedewszystkiem należało, czy jest w ogóle prawem zastawu, *prawo hipoteki zawsze jest zawisłem od wierzytelności*[68]).

Zasadę zawisłości prawa hipoteki od wierzytelności staraliśmy się dlatego zbadać, aby, jakto przy końcu poprzedniego ustępu (I) wyłożono, ocenić, czy przyczyna, dla której wedle § 51 u. h. prawo nadzastawu nie traci swego przedmiotu mimo zgaśnięcia prawa zastawu, na którem było zaintabulowanem, wskutek np. zapłaty wierzytelności, — czy ta przyczyna nie leży w odrębnej naturze prawa hipoteki. Rozumowanie było następujące. Wedle kodeksu cywilnego przedmiotem prawa nadzastawu jest prawo zastawu. Ponieważ prawo zastawu jest prawem zawisłem od wierzytelności, — przeto wskutek zgaśnięcia wierzytelności np. przez zapłatę gaśnie i prawo zastawu, a nadzastawnik traci przedmiot, z którego miał się zaspokoić. Tymczasem wedle ustawy hipotecznej rzecz ma się inaczej, § 51 bowiem przepisuje, że, jeżeli *z jakiejkolwiekbądź przyczyny* zgasłe prawo zastawu

nes anderen erloschenen ist dem Gesetze nicht fremd. Es genügt diesfalls die Verweisung auf die Bestimmungen des § 1121 letzter Satz a. b. G. B. und des § 37 letzter Satz a. C. O.“.

[68]) Co do innych pozornych wyjątków, jak podstawienie hipoteczne i § 462 u. c. p Till II str. 492 i str. 409 uw. 7. Krainz (II 2, str. 119) między wyjątkami od zasady zawisłości prawa zastawu od wierzytelności wylicza i § 455 u. c. Z naszego stanowiska, wedle którego prawo nadzastawu kodeksu cywilnego jest prawem zastawu tylko na prawie zastawu bez wierzytelności, nie może być mowy w tym paragrafie o wyjątku od zasady zawisłości, albowiem zgaśnięcie prawa zastawu nie pociąga za sobą zgaśnięcia wierzytelności, ale tylko na odwrót, (§ 477 u. c.) zapłata zaś dokonana przez właściciela zastawu, jako takiego, powoduje tylko zgaśnięcie prawa zastawu, nie przesądza jednak o losach wierzytelnośsi.

ma być wykreślonem, skutki tego wykreślenia nie odnoszą się do ciążącego na niem prawa nadzastawu. Z tego stanu rzeczy wyciągnąć należało dwa wnioski: 1) albo prawo hipoteki ma inną naturę, aniżeli prawo zastawu na ruchomościach i na nieruchomościach, nie będących przedmiotem ksiąg gruntowych, albo też 2) prawo nadzastawu wedle ustawy hipotecznej różni się od prawa nadzastawu kodeksu cywilnego. Celem wykazania, czy pierwszy wniosek jest prawdziwym, przeprowadziliśmy badanie natury prawa hipoteki. Gdyby się okazało, że prawo hipoteki jest niezawisłem od wierzytelności, postanowienie § 51 u. h. nie wprowadzałoby zmian w dziedzinę prawa nadzastawu, jakeśmy je poznali z §§ 454 i 455 u. c. Co do nadzastawu ręcznego powiedzieliśmy, że traci swój przedmiot wskutek zapłaty wierzytelności, dla której ustanowionem zostało obciążone tem prawem nadzastawu prawo zastawu. Co do nadzastawu hipotecznego, *gdyby hipoteka była niezawisłą od wierzytelności*, nie możnaby tego powiedzieć, bo wtedy na losy prawa hipoteki, jako prawa samoistnego nie miałoby żadnego wpływu zgaśnięcie wierzytelności, nie będącej z niem w żadnym związku, i wtedy § 51 u. h. należałoby ograniczyć tylko do wypadków, gdy właściciel płaci zastawnikowi bez zezwolenia nadzastawnika, czyli uczynić go identycznym z § 455 u. c.[69]) czyli wreszcie także wedle ustawy hipotecznej prawo nadzastawu miałoby za przedmiot prawo zastawu. Gdy jednak badanie nasze wykazało, że prawo hipoteki nie różni się od prawa zastawu na ruchomościach, przeto pierwszy wniosek okazuje się nieprawdziwym, a z powyżej postawionego dylemmatu okazuje się uzasadnioną druga jego część tj. że prawo nadzastawu wedle ustawy hipotecznej jest innem, aniżeli prawo nadzastawu kodeksu cywilnego.

Różnicę tę upatrujemy w tem, że przedmiotem prawa nadzastawu wedle ustawy hipotecznej jest wierzytelność wraz

---

[69]) Przypomioamy, że wyrażenie w § 51 u. h. „wierzytelność hipoteczna“ jest nieścisłem i winno opiewać „prawo zastawu dla wierzytelności“.

z prawem zastawu. Że różnica polegać może tylko w „przedmiocie“, wykazaliśmy już w rozdziale I, gdzie jako kryteryum prawa nadzastawu przyjęto jego przedmiot. Że zaś przedmiotem tym wedle ustawy hipotecznej jest wierzytelność wraz z prawem zastawu, wynika stąd, iż tylko przyjęcie jej za przedmiot prawa nadzastawu tłómaczy postanowienia § 51 u. h. Wyjaśnią to następujące uwagi.

1. Ustawa hipoteczna nie przewiduje wypadku, z czego zaspokaja się nadzastawnik, jeżeli właściciel zastawu nie został uwiadomionym o ustanowieniu nadzastawu. Pod tym względem z kodeksu cywilnego można wysnuć pewne wnioski. Jeżeli właściciel zastawu nie był uwiadomionym o ustanowieniu nadzastawu, *a sam* dług zapłacił, zastaw winien mu być wydanym, nadzastawnik bowiem nie może się wtedy zastawić prawem przysługującem mu z mocy § 455 in fine u. c., że zaś zapłata dokonana przez właściciela powoduje zgaśnięcie prawa zastawu, które wedle wyżej przytoczonych wywodów jest przedmiotem prawa nadzastawu, przeto nadzastawnik nie ma przedmiotu, z któregoby się zaspokoił. Ustawa hipoteczna nie pozwala wyciągnąć podobnego wniosku. Wedle niej zgaśnięcie prawa zastawu nie ma skutków wobec nadzastawnika, z jakiegokolwiek nastąpiło powodu, a więc i wtedy nie gaśnie, jeżeli właściciel nieuwiadomiony o prawie nadzastawu uwolnił swoją nieruchomość od prawa zastawu ciążącego na niej przez zapłatę długu. To postanowienie jednak tłómaczy się innem, a mianowicie w § 123 l. 3 tejże ustawy, wedle którego właściciel zastawu z urzędu musi być zawiadomionym także i o prawie nadzastawu. W tym stanie rzeczy właściciel płacący zastawnikowi bez zezwolenia nadzastawnika już wedle § 455 in fine u. c. nie uwalnia zastawu od ciążącego na nim prawa zastawu wobec nadzastawnika, to też w tym kierunku u. h. nie wprowadza innych zmian oprócz tej, iż przyjmuje, że właściciel zawsze jest zawiadomionym (por. §§ 64 i 125 u. h.[70]).

---

[70]) Exner *Hypr.* § 15 bb) str. 106: „Voraussetzung dieses singulären Anfechtungsauspruches ist also nur: dass der be-

2. Jak długo o ustanowieniu nadzastawu uwiadomionym ma być tylko właściciel, tak długo możemy przyjąć, że przedmiotem prawa nadzastawu jest prawo zastawu. Wniosku tego nie mogłaby obalić okoliczność, że właściciel *w rzeczywistości* nie był uwiadomionym, ustawa hipoteczna bowiem na podstawie § 123 l. 3 może przypuszczać, że uwiadomionym jest zawsze. Jak jednak wytłómaczyć fakt, że prawo zastawu nie gaśnie wobec nadzastawnika w myśl § 51 u. h. i wtedy, jeżeli wierzytelność, dla zabezpieczenia której ustanowionem została, zgasła? Wytłómaczyć to można jedynie przypuszczeniem, że mimo np. zapłaty uiszczonej wierzycielowi i mimo zgaśnięcia wierzytelności wobec tego zaspokojonego wierzyciela, wierzytelność ta przecież wobec nadzastawnika istnieje, a więc wobec niego zgaśnięcie jej jest bezskutecznem. Do wniosku takiego jesteśmy uprawnieni raz dlatego, że i prawo zastawu mimo wykreślenia go jest skutecznem wobec nadzastawnika[71]), a powtóre z tego powodu, że widząc, iż a) prawo zastawu w myśl § 51 u. h. mimo wykreślenia go wobec nadzastawnika jest skutecznem i że b) prawo zastawu jest zawisłem od wierzytelności i bez niej istnieć nie może, nie możemy pozwolić temu wykreślonemu wedle § 51 u. h. prawu zastawu inaczej istnieć także i wobec nadzastawnika, jak razem i obok jakiejś wierzytelności. To zaś będzie mogło mieć wtedy tylko miejsca, jeżeli w prawie nadzastawu zastawioną będzie i wierzytelność i ubezpieczające ją prawo zastawu, wówczas bowiem wierzytelność mimo zapłaty dokonanej przez dłużnika wierzycielowi bez zezwolenia tego, któremu została zastawioną, będzie istnieć wobec tego zastawnika tak, jak gdyby nie była zgasła przez zapłatę (arg. z § 1395 i 1396 u. c.), — jeżeli zaś wierzytelność mimo takiej zapłaty wobec zastawnika istnieje, to istnieć będzie i prawo zastawu ustanowione dla tej wierzytelności,

---

strittene Eintrag *materiell* rechtswidrig bewilligt wurde...", samo przeto niezawiadomienie właściciela bez materyalnej bezprawności wpisu nie pociąga żadnych skutków.

[71]) To samo przeto można przypuścić i o wierzytelności.

a więc pozostawienie mu skutków przewidzianych § 51 u. h. będzie naturalnem.

3. Rozumowanie powyższe opiera się jednak i na innej jeszcze premisie.

Powyżej nie rozstrzygnęliśmy pytania, czy do nabycia prawa zastawu na wierzytelności potrzebnem jest zawiadomienie dłużnika osobistego [72]). Bez względu jednak na teoretyczną doniosłość odpowiedzi na to pytanie, nie ulega wątpliwości, że, jeżeli dłużnik nieuwiadomiony o ustanowieniu prawa zastawu na wierzytelności, płaci dług wierzycielowi, zastawnik traci przedmiot zaspokojenia, bo wierzytelność gaśnie, i to wedle arg. § 1395 i 1396 u. c. z powodu, że dłużnik nie był uwiadomionym, gaśnie i wobec zastawnika. W takim wypadku powinno zgasnąć i prawo zastawu ustanowione dla tej wierzytelności. Tymczasem wedle § 51 u. h. prawo zastawu i wtedy zostaje skutecznem wobec nadzastawnika, a więc zostaje skutecznem mimo zupełnego zgaśnięcia wierzytelności tj. mimo zgaśnięcia jej wobec pierwotnego wierzyciela i mimo niemożności utrzymania jej skuteczności wobec

---

[72]) Zdanie, że do nabycia prawa zastawu na wierzytelności potrzebnem jest zawiadomienie dłużnika, opiera się na analogii z §§ 1395 i 1396 u. c. (Krainz, II, 1, § 281; por. Till, II str. 433; Stubenrauch uważa zawiadomienie tylko jako „räthlich"). Jednak i wedle tych przepisów cessya może mieć miejsce bez zawiadomienia dłużnika, a tylko w razie zapłacenia długu wierzycielowi przez nieuwiadomionego dłużnika nie jest skuteczną (Hasenohrl II str. 219 nast.). Że redaktorowie kodeksu cywilnego byli tego zapatrywania, wskazują przepisy zawarte w III, rozd. 7 § III ustępy 42—46 kod. Terezyańskiego (Harrasowsky, III, str. 100), wedle ostatniego z nich bowiem zaniechanie sądowego zapowiedzenia („dieser gerichtliche Verbot"), wskutek czego dłużnik zapłacił dług wierzycielowi z pominięciem zastawnika, powoduje tylko, że prawo zastawu *gaśnie* na wierzytelności, („erlöschet auch hieran das Pfandrecht des Pfandnehmers"), a więc musiało powstać, a tylko wskutek „zniszczenia" przedmiotu zgasło. Projekt Hortena (III, 7, § 21 u Harrasowsky'ego IV str. 361) wprowadza tę tylko zmianę, iż do skuteczności prawa zastawu wystarcza pozasądowne zawiadomienie wystawcy odnośnego dokumentu.

tego, który ma na niej prawo zastawu. Wobec tego postanowienie to może wytłómaczyć jedna z trzech następujących hypotez: a) albo ustawa hipoteczna przyjmuje, że dłużnik osobisty jest zawsze zawiadomionym o ustanowieniu prawa zastawu na wierzytelności tak, jak przypuszcza, że właściciel zastawu jest zawsze uwiadomionym o nadzastawie; b) albo że, chociaż dłużnik nieuwiadomiony o ustanowieniu prawa zastawu na wierzytelności zapłacił dług wierzycielowi, a przez to spowodował zgaśnięcie pierwotnej wierzytelności, — to jednak prawo zastawu może istnieć nadal wobec nadzastawnika, bo na miejsce dawnej wierzytelności powstała jakaś inna wierzytelność wskutek nowego zdarzenia prawniczego; albo wreszcie c) ustawa hipoteczna ma na myśli właściciela i dłużnika osobistego zawsze w jednej osobie.

Z trzech tych hypotez jedynie drugą odrzucić można stanowczo. Do przyjęcia powstania nowej wierzytelności w omówionym pod b) wypadku nie jesteśmy uprawnieni nawet analogią z §§ 1443 i 1500 u. c., któreśmy również powstaniem nowej wierzytelności tłómaczyli. Tam bowiem odgrywała decydującą rolę kwestya zaufania do ksiąg publicznych osób trzecich, tutaj zaś nie tylko tego zaufania nie ma, ale przeciwnie od dłużnika płacącego wierzytelność, dla której zaintabulowanem zostało prawo zastawu, można wymagać, by o losach jej przekonał się z ksiąg publicznych. Te też same powody skłaniają do przyjęcia jednej z dwóch pozostałych hypotez. Praktycznej różnicy nie ma między niemi, w obu bowiem w rezultacie dłużnik osobisty uważanym jest za zawiadomionego o ustanowieniu prawa zastawu na jego wierzytelności, co powoduje, że w razie zapłacenia przezeń długu wierzycielowi wierzytelność wobec zastawnika istnieje, a z nią razem i prawo zastawu. Natomiast nie jednakowej doniosłości argumentami mogą być poparte. Pierwsza popartą jest analogią, że ustawa hipoteczna uważa właściciela zastawu zawsze za uwiadomionego, że przeto uważać może tak samo za uwiadomionego i dłużnika, tudzież tem, że przepisy §§ 1395 i 1396 u. c. nie wymagają ukwalifikowanego zawiadomienia, np. sądownego lub przez wierzyciela, ale że wedle nich wy-

starczy jakiekolwiek uwiadomienie, że przeto intabulacya prawa nadzastawu w księgach publicznych może być uważaną za dostateczne zawiadomienie. Za trzecią natomiast hypotezą przemawialoby to tylko, że najczęściej w życiu właściciel zastawu jest zarazem i dłużnikiem osobistym, że rzadko zdarzają się wypadki, gdzie ktoś drugi na zabezpieczenie cudzej wierzytelności ustanawia prawo zastawu na swoim gruncie. Jest to przeto tylko argument ekonomicznej doniosłości, a nie prawniczej, i dlatego oświadczamy się za pierwszą z powyżej omówionych hypotez tj. że ustawa hipoteczna w przepisie zawartym w § 51 miała na myśli, że tak dłużnik, jak właściciel zastawu, o ustanowieniu prawa nadzastawu czyli prawa zastawu na wierzytelności wraz z jej prawem zastawu muszą być zawsze zawiadomieni Jeżeli zaś tak jest, to okoliczność, iż prawo zastawu mimo zapłacenia długu przez dłużnika wierzycielowi nie gaśnie, tłómaczy się tem, że wobec zastawnika mającego na tej wierzytelności prawo zastawu mimo dokonanej zapłaty należy ją w myśl arg. §§ 1395 i 1396 u. c. uważać za istniejącą.

Rezultaty dotychczasowych wywodów dadzą się przeto streścić w następujących punktach:

1) Wedle kodeksu cywilnego przedmiotem prawa nadzastawu jest tylko prawo zastawu.

2) Wedle ustawy hipotecznej przedmiotem prawa nadzastawu jest wierzytelność wraz z ustanowionem na jej zabezpieczenie prawem zastawu.

3) Do przypuszczenia, iż ustawa hipoteczna wprowadziła zmiany w instytucyą prawa nadzastawu, jak ją normuje kodeks cywilny, zmusiła nas następująca okoliczność. Gdy przedmiotem prawa nadzastawu jest tylko prawo zastawu, natenczas nadzastawnik traci przedmiot swego zaspokojenia w razie zapłaty długu przez dłużnika wierzycielowi, prawo zastawu bowiem, jako prawo zawisłe od wierzytelności, gaśnie. Tymczasem wedle ustawy hipotecznej tak nie jest, bo § 51 utrzymuje to prawo zastawu wobec nadzastawnika nawet w takim wypadku. Postanowienie to można wytłómaczyć, gdy prawo hipoteki jest tak samo zawisłem

od wierzytelności, jako prawo zastawu na ruchomościach, — jedynie tem, że przedmiotem prawa nadzastawu jest wedle ustawy hipotecznej oprócz prawa zastawu i wierzytelność, dla której było ono ustanowionem. Jednak tłómaczenie to da się tylko wtedy użyć, jeżeli udowodnimy dwie premisy, a mianowicie:

a) że w razie, jeżeli dłużnik zawiadomiony o ustanowieniu prawa zastawu na wierzytelności, płaci dług wierzycielowi, wierzytelność wobec zastawnika jest skuteczną i

b) że ustawa hipoteczna uważa dłużnika osobistego, podobnie jak i właściciela zastawu, zawsze za uwiadomionego czyli że wyklucza możliwość, by dłużnik nie był uwiadomionym o ustanowieniu prawa zastawu na wierzytelności. Obie te premisy staraliśmy się uzasadnić, a stąd uzasadnioną nam się wydaje i hypoteza, że prawo nadzastawu wedle ustawy hipotecznej ma inny przedmiot, jak prawo nadzastawu kodeksu cywilnego.

Przed przystąpieniem do skreślenia konsekwencyi, jakie pociąga za sobą pojmowanie nasze prawa nadzastawu kodeksu cywilnego, jako prawa zastawu tylko na prawie zastawu, tudzież przed rozstrzygnięciem stosunków, jakieśmy rozwinęli w rozdziale pierwszym, należy zbadać, czy nasza teorya ma poparcie w historyi kodyfikacyi, a także jak naszą kwestyą normują obce ustawodawstwa.

III. Wedle naszego zapatrywania historya kodyfikacyi austryackiej popiera nasze pojmowanie prawa nadzastawu kodeksu cywilnego, jako prawa zastawu tylko na prawie zastawu. Uzasadniamy to następującemi danemi.

Kodeks Terezyański mówi o prawie nadzastawu w trzeciej części, rozdziale siódmym, trzecim paragrafie, w ustępach 28—31 i 36[73]). Że stanowisko kodeksu terezyańskiego w kwestyi prawa nadzastawu pozwala na wysnucie wniosku, jakiśmy wyżej uzasadnili, udowadniają następujące postanowienia.

---

[73]) Harrasowsky, III, str. 99 nast.

1) Ustęp 28 stanowi: „In gewissen Fällen jedoch erlanget der Gläubiger an einer obschon wissentlich verpfändeten fremden Sache auch gegen dem Eigenthümer selbst das Pfandrecht, wann dem Pfandgeber hieran ein Recht zustehet...“ Wyjaśnia to następny ustęp 29: „Hat der Pfandgeber ein Recht an der verpfändeten Sache, so bestehet das Pfand nach Mass des ihme hieran gebührenden Rechts, und mit dessen Erlöschung wird auch das Pfand aufgelöset... und ein Gläubiger kann zwar das bei ihme eingelegte Pfand weiters an einen anderen versetzen, jedoch um keine grössere Summe, noch unter härteren Bedingnissen, als wofür und worunter solcher bei ihme in Versatz befindlich ist“. Nie może tutaj przeto ulegać wątpliwości, że w wypadkach, o których powyższe postanowienia mówią, zastawionem zostało prawo zastawu. Wskazują na to wyrażenia „nach Mass der ihme hieran gebührenden Rechts“ i ostatnie zdanie ustępu 29. Postanowienie powyższe odpowiada w zupełności co do treści dzisiejszemu § 454 u. c. „in so weit er ein Recht darauf hat“, którego to wyrażenia znaczenie wyjaśniliśmy już niejednokrotnie.

2) Następne dwa ustępy 30 i 31 [74]) mówią o skutkach

---

[74]) Ustęp 30 opiewa: „Es muss aber solchenfalls der andere Pfandinhaber, wenn ihme die Pfandseigenschaft an der Sache bekannt ist, dem Schuldner des ersteren Gläubigers den bei ihme geschehenen weiteren Versatz entweder durch eine geschworene Gerichtsperson, oder durch zwei Zeugen bedeuten, und andurch die dem ersten Gläubiger leisten mögende Zahlung einstellen; dann von Zeit dieser Bedeutung wird der Schuldner für denjenigen Betrag, welchen er seinem ersteren Gläubiger damals noch schuldig ist, dem anderen verbindlich, und leistet sonach dem ersten die Zahlung auf seine Gefahr“. Ustęp zaś 31 brzmi: „Würde hingegen der andere Pfandinhaber ein solches verabsäumen, und der Schuldner dem ersten Gläubiger die Zahlung geleistet haben, kann er sich wegen des bis zu der erfolgten Bedeutung hinausbezahlten Betrags an dem Pfand nicht halten, sondern ist schuldig das Pfand entweder für diejenige Summe, die der Schuldner bis zur Zeit der Bedeutung dem ersten Gläubiger noch schuldig ware, oder da solche bis dahin schon

zawiadomienia dłużnika o dalszym zastawie względnie zaniechania tego zawiadomienia. Kodeks Terezyański używa w tych ustępach wyrażenia „Schuldner“, że jednak przez nie rozumiał właściciela zastawu, widzimy dowód w następujących okolicznościach:

a) Ustępy mówiące o prawie nadzastawu pomieszczone są między tymi, które normują prawo zastawu na cudzej rzeczy, w których przeto jedynie rola właściciela zastawu ma znaczenie, gdzie przeto dłużnik jedynie w charakterze właściciela zastawu może występować.

b) Ustęp 35 [75]) wyraźnie już wspomina tylko o „właścicielu“.

c) Najważniejszym jednak dowodem na fakt, że powyżej powołane ustępy 30 i 31 mówią o „właścicielu zastawu“, jakkolwiek używają wyrażenia „dłużnik“, jest to, że kodeks Terezyański mówi o prawie zastawu na wierzytelnościach na innem miejscu, a mianowicie w przepisach III, 7, § III, ustępy 42, 44, 45 i 46, gdyby więc i w rzeczonych przepisach miał na myśli rzeczywiście „dłużnika“, a w konsekwencyi uważał zastawienie prawa zastawu bez wierzytelności za niemożliwe, to wtedy albo przepisy zawarte w ustępach 28—31 albo przepisy zawarte w ustępach 42, 44, 45 i 46, jako identyczne, były zbytecznymi.

Wyraźniejszym jeszcze dowodem, że prawo nadzastawu dostało się do dzisiaj obowiązującego kodeksu cywilnego, jako prawo zastawu na prawie zastawu, jest stylizacya od-

---

völlig getilget wäre, gar ohnentgeltlich auszufolgen; doch stehet ihme seine Forderung wider den ersten Gläubiger allemal bevor“.

[75]) Ustęp 35 opiewa: „Doch ist der andere Pfandinhaber nicht befugt das Pfand wegen anderer an den ersten Glaubiger habenden Forderungen, als lediglich dieser Schuld halber, wofür das Pfand versetzet worden, zurückzuhalten, und da allenfalls solche den Werth des verpfändeten Sache überstiege, ist er dieselbe gegen Erlag des gerichtlich geschätzten Werths dem *Eigenthümer* auszuhändigen schuldig, dahingegen bleibt ihme für den übrigen Betrag der zweite Pfandgeber verstricket“.

nośnych ustępów *w projekcie Martiniego*[76]). Wskazuje na to wyrażenie: „Wer demnach *ein Pfandrecht* zum Afterunterpfande annehmen... will“.

W tej samej prawie szacie dostał się przepis mówiący o prawie nadzastawu pod obrady w ostatniej dobie prac kodyfikacyjnych (II § 232 projektu pierwotnego). Z obrad przy pierwszem czytaniu podnieśliśmy już wyżej w rozdz. I., jakie znaczenie przykładali redaktorowie do tradycyi zastawu, jak niemniej że z używanych tamże wyrażeń wnioskować można, iż za przedmiot prawa nadzastawu uważali prawo zastawu[77]). Tutaj podnosimy jeszcze jedną okoliczność, przemawiającą

---

[76]) Projekt Hortena nie różni się w naszej kwestyi zasadniczo od odnośnych ustępów kodeksu terezyańskiego (Harrasowsky, IV str. 361). Powołany w tekście ustęp z projektu Martiniego (II, 8, § 12) opiewa: „Wer demnach ein Pfandrecht zum Afterunterpfande annehmen, und gegen Bevortheilung sich bedecken will, der muss das Faustpfand sich übergeben, oder die Verschreibung seines Hypothekarrechtes in die öffentlichen Bücher ebenfalls eintragen lassen. Ist dieses geschehen, so soll der Schuldner, wenn er dessen verständiget worden ist, seine Schuld nur mit Vorwissen und Einwilligung des wirklichen Inhabers des Pfandes gegen dessen Zurückstellung oder Löschung der Hypothek abführen“ (Harrasowsky V, str. 108).

[77]) II, § 232 proj. pierw. opiewał: „Wer ohne Nachtheil *ein Pfandrecht* zum Afterunterpfande annehmen will; der muss sich das Faustpfand übergeben, oder die Verschreibung seines Afterunterpfandes *auf das Pfandrecht* in die öffentlichen Bücher eintragen lassen; der Innhaber des verpfändeten Guts muss davon benachrichtiget werden, und er kann seine Schuld nur mit Wissen und Willen dessen, der das Afterunterpfand hat, abführen“. (Ofner, I, LI). W pierwszym czytaniu zmieniono początkowo ten paragraf w następujący sposób: „Wer auf ein Afterunterpfand ein dingliches Recht erhalten will, muss sich das Hauptpfand übergeben, oder die Verschreibung seines Afterunterpfandes auf das Pfandrecht in die offentlichen Bücher eitragen lassen. Wird der erste Verpfänder von der weiteren Verpfändung benachrichtiget, so kann er seine Schuld nur mit Wissen und Willen dessen, der das Unterpfand hat, dem Gläubiger abführen; widrigenfalls bleibt das Pfand dem Inhaber des Afterunterpfandes verhaftet“. Następnie zaś zamiast „ein dingliches Recht erhalten will“, zgodzono się na wniosek prezydyum na „ein Pfand-

w wysokiej mierze za przyjętą przez nas teoryą prawa nadzastawu kodeksu cywilnego. Wyraz „Eigenthümer“ w § 455 dzisiaj obowiązującego kodeksu nie dostał się do niego przypadkowo i nie można sądzić, by redaktorowie przez takowy rozumieli zarazem dłużnika osobistego lub może tego tylko mieli na myśli. W pierwszym czytaniu bowiem zastanawiano się specyalnie nad tem, jakiego wyrażenia użyć zamiast „Inhaber des verpfändeten Guts“ (w proj. pierw.). Referent proponował „der erste Verpfänder“; Haan i Schmidfeld „erster Pfandgeber“; Ehrenberg „Pfandschuldner“; Lyro wreszcie, Pitreich, Orlandini i przewodniczący Haan „Eigenthümer“ i to ostatnie wyrażenie użytem zostało, uzyskało bowiem większość głosów. Nie może nie uderzać [78]), że wszystkie proponowane przez członków komisyi wyrażenia oznaczają właściciela zastawu, a nie dłużnika osobistego. Gdyby którykolwiek z obradujących miał na myśli wierzytelność, nie można nie przypuścić, by żadnemu nie nasunęła się nazwa oznaczająca dłużnika osobistego. Co więcej? Z projektu rewizyjnego widać, że miano na myśli, iż właściciel zastawu nie zawsze jest zarazem dłużnikiem [79]), a mimo to nie o uwiadomieniu dłużnika osobistego, ale właściciela zastawu mówi projekt rewizyjny, a ostatnia redakcya i o zapłacie dokonanej przez właściciela, a nie przez dłużnika osobistego [80]).

Historya kodyfikacyi austryackiej wykazuje przeto ciągłość pojmowania prawa nadzastawu jako prawa zastawu na prawie zastawu, a nie daje pola do wniosków, że tym przedmiotem jest zarazem wierzytelność. To samo ztanowisko zajmuje

---

recht erhalten will“, a zamiast „der erste Verpfänder“ na „Eigenthümer“ (Ofner, I, str. 291).

[78]) Ofner II, str. 291. [79]) Ofner II, str. 379.

[80]) § 168. Drugie zdanie proj. rew. opiewał: „Wird der Eigenthümer von der weiteren Verpfändung benachrichtiget, so kann die Schuld nur mit Willen dessen, der das Afterunterpfand hat, abgeführt, oder sie muss gerichtlich hinterlegt werden“, później zaś ową formę bierną: „so kann die Schuld... abgeführt“ zmieniono na formę czynną „so kann *er* seine Schuld... abführen“, gdzie „er“ oznacza wedle poprzednich słów „właściciela“ (Ofner II, str. 379 i 709).

pruski *Landrecht*, którego znany stosunek do kodeksu austryackiego silne rzucać winien światło na postanowienia tego ostatniego.

Wedle pruskiego Landrechtu odróżnić należy w naszej kwestyi

A) prawo zastawu na ruchomościach i nie wpisane do ksiąg prawo zastawu na nieruchomościach od

B) wpisanego do ksiąg hipotecznych prawa zastawu na nieruchomościach.

Ad A) Co do pierwszego z nich, to inaczej przedstawia się dalsze zastawienie przez zastawnika zastawu

1) za zezwoleniem zastawcy, a inaczej

2) takież zastawienie bez zezwolenia zastawcy.

Ad 1) W pierwszym znów odróżnić wypada

a) zastawienie zastawu nadzastawnikowi w tej objętości, jaka przysługiwała zastawnikowi, od

b) dalszego zastawienia zastawu przez zastawnika dla wyższej sumy, aniżeli ta, dla której zastawionym był zastaw zastawnikowi.

Oczywistą jest rzeczą, że mamy tu do czynienia z kilkoma instytucyami. Jeżeli zastaw został przez zastawnika dalej zastawionym za zezwoleniem zastawcy i to dla tej samej sumy, dla zabezpieczenia której danym był zastawnikowi, mamy do czynienia z instytucyą najbliższą cessyi prawa zastawu (I, 20, § 127, 128 i 129). Jeżeli w takim samym wypadku, t. j. przy dalszem zastawieniu zastawu przez zastawnika za zezwoleniem zastawcy, zastawiono go dla wyższej sumy, również za zezwoleniem zastawcy, stosunek taki będzie ustanowieniem nowego prawa zastawu przez zastawcę dla nadzastawnika (I, 20, § 130)[81]).

Austryackiemu prawu nadzastawu odpowiada wypadek dalszego zastawienia zastawu przez zastawnika bez zezwo-

[81]) Dernburg, *Preussisches Privatrecht* I, str. 802 uw. 14. „Wenn der erste Pfandgläubiger ausdrucklich dazu einwilligt, dass das Pfand dem Afterpfandgläubiger auf eine hohere Summe verpfändet werde, oder dass sonstige ihm nachtheilige Abanderungen der Schuldforderung getroffen werden, so hat diese Einwilligung die Bedeutung einer vom ersten Verpfänder ausgehenden Verpfändung an den Afterpfandgläubiger".

lenia zastawcy. W wypadku takim obarcza pruski Landrecht zastawnika (der erste Pfandinhaber) taką odpowiedzialnością, jaką nakłada na niego § 460 k. c. austr. (I, 20 § 131), z nadto w § 132 (I, 20) stanowi, że w takim wypadku „zwischen dem zweiten Pfandinhaber und dem ersten Verpfänder findet.... eben das statt, was wegen Verpfändung fremder Sachen, ohne Bewilligung des Eigenthümers, verordnet ist", dalej jednak powołuje się na §§ 73 nast. Te zaś paragrafy zawierają właśnie postanowienia w zasadzie identyczne z postanowieniami kodeksu austryackiego. § 74 bowiem stanowi: „Doch haftet dem Gläubiger auch alsdann *das dingliche Recht*, welches der Verpfänder auf die Sache hatte, zu seiner Sicherheit", następny zaś paragraf objaśnia to bliżej stanowiąc, że „Die Dauer und Wirkungen dieser Sicherheit aber erstrecken sich nicht weiter, als das Recht des Verpfänders selbst". Jest to przoto postanowienie odpowiadające zawartemu w § 454 kodeksu austr. „in so weit er ein Recht darauf hat", ale jaśniejsze od niego. Umieszczono je między przepisami stanowiącymi, że zastawnik nie ma prawa zastawu na rzeczy nie należącej do zastawcy, lecz ma prawo na tem *rzeczowem* prawie, które przysługuje zastawcy, gdy zaś na rzeczy przysługiwac może zastawnikowi w wypadku §§ 131 i 132 (I, 20) tylko prawo zastawu, bo to tylko jest rzeczowem prawem, przeto nie ulega wątpliwości, że przepisy pruskiego Landrechtu odpowiadające kodeksowi austryackiemu identyczne z nim zawierają zasady, tj. uznają prawo zastawu na samem prawie zastawu bez wierzytelności. Zapatrywanie to popiera i ta okoliczność, że zastawienie wierzytelności omawianem jest na innem miejscu, jedne więc lub drugie przepisy byłyby zbytecznymi (I, 20, § 281 nast., § 511 nast.).

Porównując przepisy pruskiego Landrechtu z kodeksem austryackim dochodzimy przeto do rezultatu, że pierwszy zna instytucyą nadzastawu z zupełnie podobnemi założeniami [82]),

---

[82]) Exner, *Hypr.* str. 444. twierdzi, że § 454 k. austr. ma podwójne praktyczne znaczenie: „Einmal die Berechtigung des Pfandglaubigers zur Weiterpfändung, auch ohne Zustim-

jak ją zna kodeks austryacki, i że przedmiotem prawa nadzastawu jest wedle obu prawo zastawu [83]).

Prawo nadzastawu na nieruchomościach wykazuje jeszcze bliższe pokrewieństwo z prawem nadzastawu austryackiem, Landrecht bowiem zrzeka się co do niego zawsze zezwolenia zastawcy, ze stylizacyi zaś wynika, że przedmiotem tego prawa jest prawo zastawu, odnośny przepis bowiem (I, 20, § 136) brzmi: „Das im Hypothekenbuche eingetragene *Pfandrecht* auf eine unbewegliche Sache kann, gleich einer eingetragenen Hypothek, auch ohne besondere Einwilligung des Schuldners, weiter verpfändet oder veräussert werden".

Teoretyczną możliwość zastawienia samego prawa zastawu bez wierzytelności dokumentuje w dalszym rozwoju ustawodawstwa wspierającego się na jednym pniu i kodeks saski. A twierdzimy, że jest on dowodem na tę tezę, mimo że § 498 [84]) wyraźnie stanowi: „Das Pfandrecht ohne die dadurch gesicherte Forderung kann nicht Gegenstand eines Pfandrechtes sein". Wydaje nam się zaś to postanowienie dlatego dowodem teoretycznej możliwości zastawienia samego prawa zastawu bez wierzytelności, bo *wyraźne* zabronienie tego rodzaju zastawienia wskazuje, iż ono jest dopuszczalnem, jeżeli się wychodzi tylko z ogólnych zasad tyczących się prawa zastawu. Umieszczenie takiego osobnego i wyraźnego postanowienia wykazuje nadto, że wywołanem ono zostało potrzebą rozstrzygnięcia kwestyi spornej, że przeto jest wynikiem bądź naukowego, bądź życiowego doświadczenia. Powody, które ustawodawcę skłoniły do powzięcia tego rodzaju przepisu, mogły być i były z pewnością natury praktycznej,

---

mung seines Verpfänders, festzustellen...", w uw. 1 zaś dodaje: „Entgegen dem preuss, Recht (a. LRt. I, 20, § 127 fg. Dernburg, *pr. Pr. Rt.* I, str. 802)...", tymczasem mnie się wydaje, że różnicy żadnej nie ma, Landrecht bowiem uznaje dalsze zastawienie zastawu bez pozwolenia zastawcy, a tylko inne skutki łączy z niem, a inne z zastawieniem za zezwoleniem zastawcy.

[83]) Dernburg *Pr. Priatrecht* I, str. 802 uw. 13, jakkolwiek sam zdania, że przedmiotem prawa nadzastawu jest wierzytelność, przyznaje: „Die Frage ist jedoch sehr bestritten".

[84]) Wengler *Bürg. Gbuch. f. d. Kön. Sachsen.*

a jak się niżej okaże, uważać je można za uzasadnione. Z tego jednak właśnie, że ustawodawca uważał za konieczne *osobno* zabronić prawa zastawu na prawie zastawu, nie można nie wysnuć wniosku, że, jak zaznaczono już, teoretycznie tego rodzaju prawo zastawu jest możliwem, że nie sprzeciwia się ogólnym zasadom ani prawa prywatnego w ogóle, ani też prawa zastawu w szczególe [85) 85a) 86)].

---

[85]) Por. dalej §§ 475, 502, 503 i 504 kodeksu saskiego; żaden z nich nie odpowiada w zupełności zasadom ustawodawstwa austryackiego. W szczególności nie dopuszcza kodeks saski zastawienia wierzytelności nie wpisanej do ksiąg hipotecznych, jeżeli nie jest „auf eine Geldleistung gerichtet" i jeżeli nie wystawiono na nią dokumentu. Nabycie prawa zastawu na takiej wierzytelności odbywa się wedle przepisów o zastawie ręcznym, a zastawnik podnosi ją i zaskarża jako cessyonaryusz. Co się zaś tyczy zastawienia przez zastawnika zastawu trzeciemu, to kodeks saski nie dozwala takowego bez zezwolenia zastawcy. Por. §§ 469 i 470 o zastawieniu cudzych rzeczy.

[85a]) Podobne stanowisko, jak kodeks saski, zajmuje w kwestyi prawa nadzastawu i projekt kodeksu cywilnego dla państwa niemieckiego. Projekt nie wylicza praw, na których dopuszczalnem jest prawo zastawu, ani też żadnych wyraźnie nie wyjmuje (Motive, Bd. III, str. 852), stawia tylko w § 1207 ogólną zasadę „soweit ein Recht nicht *übertragbar* ist, kann an demselben durch Rechtsgeschäft auch nicht ein Pfandrecht begründet werden" (analogiczny przepis w § 1022, por. § 312), że jednak § 1186 stanowi: „Mit der Uebertragung der Forderung geht das Pfandrecht auf den neuen Gläubiger über. Das Pfandrecht kann nicht ohne die Forderung übertragen werden", — przeto i *zastawionem* bez wierzytelności nie może być prawo zastawu (por. § 297, por. Motive III str. 853 i 854).

[86]) Kodeks kantonu Zürich nie może się przyczynić do rozjaśnienia naszej kwestyi a to z powodu odrębnej natury prawa zastawu wegle tegoż kodeksu. Wprawdzie §§ 329, 330, 345 tego kodeksu (Schneider, *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich*) stwierdzają zależność prawa hipoteki od wierzytelności, to jednak §§ 385 do 391 obalają tę zasadę. § 385 stanowi, że „Schuld und Pfandbriefe können auch ohne Vorwissen und Zustimmung des Schuldners von dem Pfandgläubiger beliebig veräussert und verpfändet werden", dozwala więc zastawienia wierzytelności ubezpieczonej prawem zastawu, a zasady tej nie usuwają §§ 390 i 391 zawierające postanowienia odpo-

Powyższy obraz ustawodawstw wyrosłych na pokrewnym gruncie jest bardzo pouczającym. Prawo zastawu na prawie zastawu daje, jakeśmy to wyżej (I) wykazali, bardzo problematyczne bezpieczeństwo, dlaczego je tedy przyjęto do kodeksów nowożytnych? Że przyczyny wejścia prawa nadzastawu w dzisiejsze kodeksy należy szukać w prawie rzymskiem, znającem tę instytucyą, to nie ulega wątpliwości. Ale konstrukcyi tego prawa w dzisiejszych czasach prawo rzymskie nie może tłómaczyć. Nie tłómaczy jej z dwóch powodów. Raz dlatego, że konstrukcya prawa nadzastawu była i jest do ostatnich czasów sporną w prawie rzymskiem [87]). Powtóre zaś prawo rzymskie dlatego nie może nam posłużyć do wyjaśnienia dzisiejszego prawa nadzastawu, że najważniejsze normy odnoszące się do prawa nadzastawu w prawie rzymskiem nie weszły do nowożytnych kodeksów. Wprawdzie postanowieniu prawa rzymskiego, że nadzastawnik nie może przekroczyć w realizacyi swego prawa granic prawa przysługującego nadzastawcy, odpowiada postanowienie np. kodeksu austryackiego „in so weit er ein Recht darauf hat“ (§ 454 u. c.), ale pomijając już, że to ostatnie określenie samo (bez innych) nie daje pewnych podstaw do jakiegokolwiek wniosku, — to ważniejsze naszem zdaniem ze względu

---

wiednie przepisom kodeksu austryackiego ze względu na osoby trzecie, działające w zaufaniu do ksiąg publicznych, to jednak § 386 nie da się pogodzić z zasadą zawisłości prawa zastawu od wierzytelności, wedle niego bowiem „Auch dem *Schuldner* selbst steht die Veräusserung und die Verpfändung eines abgezahlten, aber unversehrt in seine Hände übergegangenen Schuldtitels zu“. Prawo hipoteki staje się wtedy prawem samoistnem, a stąd usuwa się i możność porównania prawa zastawu na niem z austryackiem prawem zastawu na prawie zastawu. Por. Schneider (l. c. str. 275): „In diesem Verkehr mit den Schuldbriefen... zeigt sich recht anschaulich, wie in der neueren Rechtsbildung... die *gegenständliche* Bedeutung der Forderung hervortritt, so sehr, dass in manchen Beziehungen das *sachenrechtliche* Schicksal des Schuldbriefs als eines *Werthpapiers* die *persönliche Verbindung* zwischen Gläubiger und Schuldner bestimmt“.

[87]) P. Sohm, *Subpignus* str. 53 nast., patrz tamże podaną literaturę. Por. Exner *Pfandrechtsbegriff* str. 79 nast.

na sporność przedmiotu postanowienie, że ze zgaśnięciem przysługującego nadzastawcy prawa zastawu gaśnie i prawo nadzastawu, nie znalazło w najmniejszej mierze nawet przybliżonego naśladownictwa w nowszych kodeksach. Kwestya staje się tem dziwniejszą, że nowożytne ustawodawstwa nie znają actio utilis hypothecaria, a więc pozbawiają dzisiejsze prawo nadzastawu tego jedynego środka, przez który nadzastawnik wyzwalał się z pod zupełnej zawisłości, jakiej podlega w realizacyi swego prawa. Z tych powodów przypuszczam, że przyjęcie prawa nadzastawu, — a starałem się wykazać wyżej, że jest ono prawem zastawu na prawie zastawu, — było wynikiem jedynie ścisłego prawniczego myślenia. Z trzech możliwych przedmiotów prawa nadzastawu odpada „rzecz“ dlatego, że na niej tylko właściciel ustanowić może prawo zastawu [88]); przyjęcie wierzytelności za przedmiot prawa „nadzastawu“ jest zbytecznem, jak tylko przyjmie się prawo zastawu w ogóle na prawach, pozostaje więc jedynie prawo zastawu jako przedmiot prawa nadzastawu, i to tem więcej, że nie sprzeciwiają się temu żadne inne zasady tyczące się prawa zastawu. Przedmiot obciążony prawem zastawu nie musi być sprzedany, więc prawo zastawu może być przedmiotem znowu prawa zastawu. Zasada, że przynależność dzieli losy rzeczy głównej, nie może być na odwrót rozumianą, a więc wynikiem jej może być to tylko, że komu zastawiono wierzytelność, ten ma prawo zastawu i na ustanowionem dla tej wierzytelności prawie zastawu, ale nie na odwrót. Pozostaje więc, jako jedyny argument, *nieznaczne* bezpieczeństwo, jakie daje prawo zastawu na prawie zastawu, — ale argument ten nie jest prawniczym i nie nieprawdopodobną może będzie hypoteza, że redaktorowie kodeksu austryackiego, a przedewszystkiem pruskiego Landrechtu, z „prawniczą“ ścisłością badający wszystkie instytucye, nie mieli tego argumentu na myśli. Chodziło o zbadanie istoty prawa zastawu na wszelkich możliwych przedmiotach; prawo rzymskie nasuwało instytucyą nadzastawu; wyodręb-

[88]) Prawo zastawu ustanowione przez niewłaściciela ma wszędzie charakter wyjątkowy, a nigdzie zasadniczy.

nienie jej wobec tego, że prawo zastawu na rzeczach nie należących do zastawcy i prawo zastawu na wierzytelnościach (w Landrechcie osobno, w kodeksie austr. w prawie zastawu na prawach) znalazło już swoje unormowanie, — mogło nastąpić jedynie wtedy, gdy się za jego przedmiot przyjęło także prawo zastawu. Landrecht wydaje mi się pod tym względem lepszym dowodem, jego kazuistyka bowiem nieodpornie nasuwa tę myśl. Ale znakomitszą jeszcze illustracyą w tym kierunku jest kodeks saski. Prawo zastawu na prawie zastawu obciążającem ruchomość trafia się w życiu niezmiernie rzadko. Pojęcie jego przeto nie nasunęłoby się tak łatwo temu, kto nie zaprawny w badaniu par excellence prawniczem, w badaniu mającem na celu „aus gegebenen Grundsätzen Consequenzen zu ziehen“, normowałby tylko to, co *wyraźnie* pożyteczne i stosowane. To też przepis, kodeksu saskiego wyraźnie i osobno nie dozwalający ustanawiania prawa zastawu na prawie zastawu, mógł być wynikiem jedynie owej ścisłości prawniczej, o jakiej wspominaliśmy, a którą odznaczali się redaktorowie wyżej przywiedzionych kodeksów mimo tendencyi, by być przedewszystkiem praktycznymi.

Powyższe uwagi mogą również wytłómaczyć, dlaczego kodeks Napoleona i ustawodawstwa wspierające się na nim nie znają prawa nadzastawu. Wpływ prawa rzymskiego był tu daleko słabszym, a za to silniejszą, a nawet dominującą praktyczność. To też kazuistyka kodeksu Napoleona ma inny zupełnie charakter, aniżeli kazuistyka Landrechtu, jest bowiem więcej konkretną, a mniej oglądającą się na wypadki jedynie lub przeważnie tylko ze stanowiska prawniczego możliwe.

Wedle art. 2118 kod. Nap. mogą być przedmiotem hypoteki dobra nieruchome i ich przynależności, które uważa się za nieruchomości, tudzież użytkowanie tych dóbr w czasie jego trwania. Artykuł ten wylicza taxative przedmioty hypoteki, nie ma więc w nim miejsca dla hypoteki, jako przedmiotu znowu prawa hypoteki[89]). Nie zmienia tej kwestyi art. 2099 („Les privilèges peuvent être sur les meubles

[89]) Zachariä *Französisches Civilrecht* II, § 258.

ou sur les immeubles"), bo między ruchomościami określonemi w art. 527 do 636 nie ma miejsca dla praw (akcye i obligacye występują tam nie w charakterze praw, ale rzeczy), a do praw rzeczowych nieruchomych („droits reels immobiliers" w art. 2181) wobec art. 2118 nie można zaliczyć innych, aniżeli tam przywiedzione. To samo stanowisko zajmuje także n. p. belgijska ustawa hypoteczna z 16 grudnia 1851 [90]), rozszerza tylko wyraźnie prawo hypoteki na emphyteuzę i superficies (art. 45), co jednak i wedle kodeksu Napoleona jest możliwem (jako użytkowanie) [91]).

Instytucyi prawa nadzastawu nie zna tedy kodeks napoleoński, a brak jej wobec możliwości cessyi prawa zastawu (wedle art. 1692 wraz z wierzytelnością, por. art. 1249 do 1252, ale i bez wierzytelności p. Zachariä II, § 288) nie może być żywo odczuwanym [92]).

Zadaniem powyższego wywodu było wynaleść poparcie dla teoryi przyjętej przez nas dla prawa nadzastawu wedle austryackiego kodeksu cywilnego i w obcych ustawodawstwach. Zadanie to osiągnęło, jak sądzimy, pomyślny rezultat, wykazało bowiem, że prawo nadzastawu znanem jest ustawodawstwom obcym, o ile te tworzone były na gruncie pokrewnym austryackiemu. Zarazem wytłómaczono, dlaczego zbudowany na odmiennych podstawach kodeks Napoleona instytucyi tej nie zna. Wypadnie obecnie uzupełnić zyskane przez nas pojęcie kilku szczegółami (IV) i rozstrzygnąć rozwinięte w rozdziale I stosunki.

IV. Z teoryi przyjętej przez nas, że prawo nadzastawu wedle kodeksu cywilnego jest prawem zastawu na prawie zastawu, wynika, że wierzytelność, dla której to prawo zastawu będące przedmiotem nadzastawu ustanowionem zostało, może

[90]) Beltjens, *Les codes belges annotés* Brux., 1881) str. 1157.

[91]) P. Zachariä II, § 258 uw. 4. „An einer Emphyteuse und an einer Superficies kann ein Unterpfand bestellt werden".

[92]) Co do prawa hiszpańskiego p. Lehr *Éléments de droit civil espagnol* (Paris 1880) str. 292. Ustawa hipoteczna hiszpańska jest jednak świeżego pochodzenia, bo z d. 8 lutego 1861, zreformowano ją częściowo ustawą z d. 21 grudnia 1869, a uzupełniono regulaminem z d. 29 października 1870 r.

być osobno zastawioną. Jest to pierwsza kwestya, którą należy zbadać. Drugą jest wątpliwość, jaką może nasuwać przyjęta przez nas teorya prawa nadzastawu wedle ustawy hipotecznej. Jeżeli mianowicie (mówimy o tej ostatniej ustawie) nie dla całej wierzytelności ustanowionem zostało prawo zastawu, ale tylko dla pewnej jej części, zachodzi pytanie, czy nadzastawnik zaspokaja się z całej wierzytelności, czy też tylko z tej części, dla której ustanowiono prawo zastawu.

A) Co do pierwszej z powyższych kwestyi, to rozstrzygnięcie jej wspiera się na następujących trzech premisach.

a) Samo prawo zastawu bez wierzytelności może być zastawionem. Zawisłość prawa zastawu od wierzytelności nie może wychodzić poza granice celu, jaki ma do spełnienia prawo zastawu[93]). Cel prawa zestawu nie pozwala sprzedać prawa zastawu bez wierzytelności, ale sprzedaż przedmiotu obciążonego prawem zastawu nie jest konieczną do istoty prawa zastawu[94]). Prawo zastawu ma także swój byt samoistny, n. p. zgaśnięcie jego (przez zrzeczenie, upływ czasu etc.) może nastąpić niezależnie od wierzytelności. Ponadto, co tutaj jest najważniejszem, prawo zastawu dlatego może być znowu przedmiotem prawa zastawu, bo jest takim przedmiotem, z którego zastawnik może znaleść zaspokojenie. Inna rzecz, że to bezpieczeństwo zastawnika nie jest tak wielkiem, jak n. p. wtedy, gdy przedmiotem prawa zastawu jest sama rzecz, — ale jakość bezpieczeństwa nie decyduje o istocie prawa zastawu ani też nie jest ona kryteryum tego, co może być przedmiotem tego prawa. Wystarczy, jeżeli tylko jakiś przedmiot w ogóle może dać pewne bezpieczeństwo, — a nie można mu odmówić kwalifikacyi zostania przedmiotem prawa zastawu.

b) Prawo zastawu jest przynależnością wierzytelności, dla zabezpieczenia której zostało ustanowionem. Wynika z tego w myśl § 457 u. c., że w razie zastawienia wierzytelności

---

[93]) Sohm str. 55.

[94]) Kwestyi tej, jako prawie powszechnie uznanej, nie motywujemy tutaj szczegółowo, p. Krainz § 263, Till II, str. 440 itd.

zastawionem jest i służące jej prawo zastawu. Nie można stosować tej zasady i do odwrotnego stosunku, t. j. nie można wnioskować, że w razie zastawienia prawa zastawu zastawioną jest i wierzytelność, bo nie poboczna rzecz wpływa na losy rzeczy głównej, ale tylko wedle losów rzeczy głównej układają się losy rzeczy pobocznej.

c) W razie zastawienia rzeczy głównej może być wyłączoną od tego prawa zastawu rzecz poboczna. Wobec § 457 u. c. wyłączenie to może nastąpić jedynie *wyraźnie*[95]) Jeżeli to jednak nastąpiło, nie można podnieść żadnych zarzutów przeciwko oddzielnemu obiegowi każdej z tych dwóch rzeczy. Stosując tę zasadę do naszego zadania, oświadczyć się musimy, że w razie zastawienia wierzytelności wtedy tylko nie będzie zarazem zastawionem i ustanowione dla niej prawo zastawu, jeżeli to wyraźnie zostało zastrzeżonem.

Powyższe trzy punkty są podstawą, na której wsparci możemy rozstrzygnąć wyżej poruszoną kwestyą, a mianowicie:

1) W razie ustanowienia prawa nadzastawu t. j. prawa zastawu na prawie zastawu może nastąpić obok niego zastawienie wierzytelności, dla której to zastawione prawo zastawu było ustanowionem. Zastawienie wierzytelności obejmuje wtedy i to prawo zastawu w myśl premisy wyżej pod b), a kolizya pomiędzy prawem nadzastawu a prawem zastawu na wierzytelności, o ile to ostatnie w myśl premisy wyżej pod b) wyłuszczonej jest także prawem zastawu na prawie zastawu, rozstrzyga się w myśl ogólnych zasad, t. j. prior tempore potior iure, oprócz tego zaś punktu kolizyi nie ma. Wyjaśni to przykład. Antoni jest wierzycielem Bartłomieja z tytułu pożyczki w kwocie 100 złr., a zarazem jest zastawnikiem, Filip bowiem na zabezpieczenie tej pożyczki Bartłomieja dał Antoniemu zegarek. Antoni z drugiej strony dłużnym jest także tytułem pożyczki Czesławowi i Dominikowi po 100 złr. Czesławowi daje w zastaw na zabezpieczenie swego długu prawo zastawu, jakie mu przysługuje na owym zegarku, (wręczając mu takowy w tym celu w myśl § 454), Domini-

---

[95]) P. Exner wyżej w rozdz. II.

kowi zaś daje w zastaw w dwa tygodnie później wierzytelność, jaką ma do Bartłomieja. Otóż w myśl tego, cośmy wyżej powiedzieli, Czesław mieć będzie prawo zastawu tylko na prawie zastawu, Dominik zaś oprócz prawa zastawu na wierzytelności także i prawo zastawu na prawie zastawu, bo to ostatnie — jako przynależność — dzieli losy rzeczy głównej, a nie zostało wyraźnie wyłączonem od prawa zastawu. Kolizya nastąpi więc tylko o tyle, o ile Czesław i Dominik mają prawo zastawu na prawie zastawu, zresztą bowiem nie ma jej zupełnie, bo Czesław ma prawo zastawu na czem innem, aniżeli Dominik (pierwszy na prawie zastawu, drugi na wierzytelności). Antoni nie płaci w należytym czasie ani Czesławowi ani Dominikowi, z czego się wtedy obaj zaspokajają. Dominikowi przysługują wtedy następujące prawa:

α) Może żądać sprzedaży wierzytelności, jaka Antoniemu przysługuje do Bartłomieja i zaspokoić się z ceny kupna.

β) Może żądać przyznania sobie (Einantwortung) wierzytelności, jaką ma Antoni do Bartłomieja, a stawszy się w ten sposób cessyonaryuszem Antoniego ściągnie ją — jako taki — od Bartłomieja i zaspokoi się z uzyskanej sumy. W wypadku tym podobnie, jak i w razie ściągnięcia od Bartłomieja sumy dłużnej przez nabywcę licytacyjnego w wypadku pod *α*), nadzastawnik t. j. Czesław traci przedmiot swego zaspokojenia, wskutek bowiem zgaśnięcia wierzytelności zgaśnie i prawo zastawu, na którem tylko Czesław miał swoje prawo zastawu.

γ) Dominik, mając sobie przyznaną wierzytelność, może żądać zaspokojenia ze zastawu (rozp. min. z 19 września 1860, nr. 212 d. p. p. odnosi się i do zastawu ręcznego). W tym wypadku uzyskana ze sprzedaży zegarka cena kupna na 100 złr. jest przedmiotem podziału pomiędzy nim, Czesławem, Antonim i Filipem, właścicielem zastawu. Dominik i Czesław mają się zaspokoić z jednego przedmiotu, decyduje przeto między nimi czas nabycia przez nich ich prawa na tym przedmiocie. Ponieważ przyjęliśmy w naszym przykładzie, że Czesław uzyskał swoje prawo zastawu dwa tygodnie

wcześniej, przeto w razie, jeżeli jego wierzytelność do Antoniego wynosi tyle, ile wierzytelność Dominika, jemu przypadnie z ceny kupna kwota 100 złr., Dominik zaś nie będzie zaspokojonym. Gdyby wierzytelność Czesława do Antoniego wynosiła tylko np. 40 złr., z ceny uzyskanej ze sprzedaży zegarka, Czesław otrzymałby 40 złr. a Dominik 60 złr.[96]).

δ) Dominik zaspokaja się z tego, co Bartłomiej zawiadomiony o ustanowieniu prawa zastawu na wierzytelności, jaką ma do niego Antoni, płaci pierwszemu t. j. Dominikowi wprost, jeżeli na to zezwolił Antoni, lub co w braku tego zezwolenia składa do depozytu sądowego[97]). W wypadku tym prawa Czesława są takie same, jak, jak w wypadku pod β).

ε) Dominik zaspakaja się z tego, co Filip celem uwolnienia rzeczy od ciążącego na niej prawa zastawu świadczy, jednakże zaspokaja się wtedy w sposób wyżej pod γ) podany.

Natomiast Czesław zaspokaja się tylko w wypadkach i w sposób pod γ) i ε) podanych.

2) W wypadku, w którym jednemu zastawionem zostało samo prawo zastawu, a drugiemu wierzytelność i wyraźnie zastrzeżonom zostało, że zastawienie wierzytelności nie obejmuje prawa zastawu ustanowionego dla tej wierzytelności,

---

[96]) Dominik t. j. mający prawo zastawu na wierzytelności musi wiedzieć, że kto inny uzyskał już prawo zastawu na samem prawie zastawu, nie otrzymuje bowiem przy nabyciu swego prawa zastawu dzierżenia rzeczy, tę bowiem w myśl § 454 u. c. otrzymał już nadzastawnik. Twierdzenie, że właściciel zastawu (będący zarazem dłużnikiem) płaci dwukrotnie, jeżeli chce otrzymać napowrót zastaw i uwolnic się z długu, może mieć miejsce tylko w wypadku § 455 in fine u. c. Porów. wyżej str. 31, wywody Nippla.

[97]) Jeżeli Bartłomiej zawiadomiony o ustanowieniu prawa zastawu na wierzytelności, jaką ma do niego Antoni, płaci mimo to Antoniemu, Dominikowi słnżą i tak prawa pod α) i β) w myśl arg. z § 1396 u. c. Jeżeli Bartłomiej nie był uwiadomionym o ustanowieniu prawa zastawu na wierzytelności Antoniego, może zapłacić temu ostatniemu bez odpowiedzialności (patrz wyżej pod III).

rzecz przedstawi się w następujący sposób. Zastawnik mający prawo zastawu na wierzytelności może, jak w poprzednim wypadku, żądać albo sprzedaży wierzytelności albo przyznania sobie takowej. W pierwszym razie zaspokoi się z ceny kupna, w drugim pozwie dłużnika o zapłatę jako cessyonaryusz. Oprócz tego zaspokoi się z tego, co dłużnik osobisty zastawcy dobrowolnie będzie świadczył, bądź do rąk zastawcy za wiedzą zastawnika, bądź do depozytu sądowego. Natomiast nadzastawnik, t. j. mający prawo zastawu na prawie zastawu zaspokoi się z tego tylko, co właściciel zastawu dobrowolnie płaci nadzastawcy za zezwoleniem nadzastawnika lub w braku tego zezwolenia składa do depozytu sądowego. Również zaspokoi się nadzastawnik i wtedy, gdy nadzastawca sprzeda zastaw, cena kupna bowiem jest wtedy przedmiotem podziału pomiędzy nadzastawcą, nadzastawnikiem i właścicielem zastawu. Podział te dokonywuje się w ten sposób, że z ceny kupna zaspokoi się najpierw nadzastawnik w granicach praw nadzastawcy. Gdyby pretensya nadzastawnika była mniejszą od pretensyi nadzastawcy, różnica przypada nadzastawcy, reszta zaś, jaka się okaże po tem zaspokojeniu przypada właścicielowi zastawu.

Różnica między tym wypadkiem a poprzednim (1) polega przeto na tem, że *α*) w pierwszym wypadku sprzedaży zastawu żądać może pierwotny wierzyciel, nabywca licytacyjny wierzytelności i zastawnik, któremu pretensyą tę przyznano, w długim zaś wypadku sprzedaży zastawu żądać może tylko pierwotny wierzyciel, zastawnik bowiem mający prawo zastawu na wierzytelności sprzedaje licytacyjnie samą tylko wierzytelność bez służącego jej prawa zastawu — tak samo, jak otrzymuje przyznanie sobie samej tylko wierzytelności bez prawa zastawu. *β*) Różnica między tymi dwoma wypadkami polega dalej na tem, że w razie sprzedaży zastawu cena kupna w pierwszym razie jest przedmiotem podziału między właścicielem zastawu, pierwotnym wierzycielem, zastawnikiem mającym prawo zastawu na wierzytelności i nadzastawnikiem mającym prawo zastawu na prawie zastawu, w drugim zaś wypadku podział ten dokonaje się między

właścicielem zastawu, pierwotnym wierzycielem i nadzastawnikiem, albowiem zastawnik mający prawo zastawu na wierzytelności nie ma go zarazem i na przysługującem tej wierzytelności prawie zastawu, (taki bowiem omawialiśmy pod 2) wypadek).

W obu powyższych wypadkach mieliśmy na myśli, że właściciel zastawu nie jest zarazem dłużnikiem osobistym. Gdyby właściciel zastawu był zarazem dłużnikiem osobistym i uiścił zapłatę, względnie złożył dług do depozytu sądowego, zachodziłoby pytanie, czy płaci jako właściciel, czy też jako dłużnik osobisty, od tego bowiem zależy, kto się ze złożonej przez niego sumy zaspokoi, czy mający prawo zastawu na prawie zastawu, czy też na wierzytelności wraz z prawem zastawu względnie bez tego ostatniego. W interesie płacącego leży, by zapłacił jako dłużnik osobisty, w ten sposób bowiem umarza zobowiązanie i powoduje zgaśnięcie prawa zastawu, a w następstwie z powodu, że i prawo nadzastawu z braku przedmiotu musi zgasnąć, — może otrzymać zastaw, t. j. rzecz napowrót. To też przyjąć należy, że w takim razie płaci, jako dłużnik osobisty (patrz niżej).

Powyższe wywody pozwalają nam ocenić ekonomiczną doniosłość prawa nadzastawu pojmowanego jako prawo zastawu na prawie zastawu. Znaczenie to ekonomiczne wyłoni się, jeżeli odpowiemy na pytanie, czy i w jakich wypadkach leży w interesie stron czynnych w stosunkach, które omawiamy, tak postąpić, aby nadzastawnik był zaspokojonym. Odpowiedź na to pytanie damy w następujących kategoryach.

a) Zastawionem zostało tylko prawo zastawu bez wierzytelności, wierzytelność zaś nie została zastawioną nikomu innemu. O ustanowieniu nadzastawu został zawiadomionym właściciel zastawu, nie będacy zarazem dłużnikiem osobistym, zastaw zaś został wręczonym nadzastawnikowi. W tym wypadku nadzastawnik zostanie wtedy zaspokojonym, jeżeli dłużnik osobisty nie zapłacił i wierzyciel (nadzastawca) będzie się chciał zaspokoić z zastawu w drodze sprzedaży takowego. W interesie nadzastawcy będzie zaś wtedy leżało przeprowadzić sprzedaż zastawu, jeżeli jego pretensya, dla

zabezpieczenia której uzyskał zastaw, jest wyższą, aniżeli pretensya nadzastawnika, dla której tenże ma prawo nadzastawu, bo wtedy tą nadwyżką przynajmniej częściowo sam się zaspokoi, lub też jeżeli, widząc, że od dłużnika osobistego sam nic nie uzyska, poszukuje swej pretensyi ze zastawu, aby w ten sposób przynajmniej swego wierzyciela zaspokoić.

W kategoryi tej nadzastawnik zostanie oprócz powyższego wypadku zaspokojonym. ilekroć właściciel, chcąc uwolnić rzecz od ciężaru, dobrowolnie zapłaci.

Z powyższego okazuje się, że istnieje możliwość zaspokojenia nadzastawnika, a więc istnieje bezpieczeństwo. Ze stanowiska prawniczego wystarcza to do uzasadnienia prawa zastawu na prawie zastawu, nie można więc powiedzieć, by prawo nadzastawu pojmowane jako prawo zastawu na prawie zastawu bylo „czczym frazesem“ lub by nadzastawca nigdy nie miał interesu w przedsiębraniu takich kroków, które dążą zarazem do zaspokojenia nadzastawnika.

b) Jeżeli prawo zastawu zostało komu innemu zastawionem, a komu innemu wierzytelność wraz z tem prawem lub bez niego, i jeżeli właściciel zastawu nie jest zarazem dłużnikiem osobistym, to nadzastawnik będzie się mógł zaspokoić w ten sam sposób, jak wyżej pod a), taki sam też interes, jak tam, będzie miał zastawnik w zaspokojeniu nadzastawnika.

c) Inaczej jednak przedstawi się rzecz, jeżeli właściciel zastawu jest zarazem dłużnikiem osobistym. Wedle tego, cośmy powiedzieli, zastawnik mający prawo zastawu bądź tylko na wierzytelności, bądź także i na wierzytelności zaspokoi się z tego, co dłużnik osobisty płaci, resp. składa do depozytu, natomiast nadzastawnik, tj. mający prawo zastawu na prawie zastawu, i zastawnik mający prawo zastawu także i na prawie zastawu (obok prawa zastawu na wierzytelności) zaspokaja się z tego, co płaci właściciel zastawu celem uwolnienia rzeczy od prawa zastawu. Nie obojętną jest przeto rzeczą, w jakim charakterze uiszcza zapłatę dłużnik będący zarazem właścicielem, od tego bowiem zależy, który z nadzastawników się zaspokoi. Postanowienia specyalnego ani wybitnej analogii nie możemy

znaleść w tym kierunku. Wskazówką jest tutaj tylko interes zastawcy. Przez zapłatę dokonaną przez właściciela wierzytelność, dla której ustanowiono prawo zastawu, *w zasadzie* nie gaśnie[98]). Natomiast umarza ją zapłata dokonana przez dłużnika osobistego, że zaś wskutek takowej gaśnie i prawo zastawu, a więc i nadzastawnicy tracą przedmiot swego zaspokojenia, przeto niewątpliwą jest rzeczą, że interes zastawcy polega na zapłaceniu w charakterze dłużnika osobistego. Duch ustawy przychylny (w tym kierunku) dla dłużnika (§ 1416 u. c. „so soll von mehreren Capitalien... dasjenige... welches schuldig zu bleiben dem Schuldner am meisten beschwerlich fällt, abgerechnet werden") nakazuje przyjąć, że jeżeli dłużnik osobisty będący zarazem właścicielem zastawu płaci dług, to płaci w taki sposób, by się uwolnić od większych ciężarów, że przeto płaci w charakterze dłużnika osobistego. W takim razie nadzastawnik, mający prawo zastawu tylko na prawie zastawu, nie ma przedmiotu zaspokojenia, to bowiem, co płaci dłużnik osobisty, płaci w spełnieniu wierzytelności, gdy zaś nadzastawnik z jednej strony nie ma na niej prawa zastawu, z drugiej zaś strony gdy wskutek zgaśnienia wierzytelności gaśnie i prawo zastawu, przeto przedmiot jego zaspokojenia niszczeje.

Powyższy wywód wykazuje, że zachodzą wypadki, w których nadzastawnik może się zaspokoić, jakkolwiek ma prawo zastawu tylko na prawie zastawu, że jednak te wypadki są i rzadkie i że realizacya prawa zastawu przysługującego nadzastawnikowi nie jest od niego zależną, czekać bowiem musi na sprzedanie zastawu przez zastawnika lub też na dobrowolne spłacenie długu przez właściciela chcącego rzecz uwolnić od ciążącego na niej prawa zastawu.

---

[98]) Wierzyciel nie jest nawet zobowiązanym do przyjmowania zapłaty od właściciela zastawu, a złożona przez tego ostatniego do depozytu odnośna suma nie wystarcza do zgaśnięcia prawa zastawu, jakeśmy to już wyżej wykazali. P. § 1423 u. c., przepis zawarty w § 462 u. c. mówi o specyalnym wypadku i o zapłacie dokonanej przez innego zastawnika, a nie przez właściciela.

Pierwszy z tych punktów uzasadnia wprawdzie istnienie prawa nadzastawu ze stanowiska prawniczego, bo dla tego ostatniego wystarczającem jest istnienie w ogóle bezpieczeństwa bez względu na jego rozmiar, ze stanowiska jednak ekonomicznego czyni to bezpieczeństwo problematycznem. Problematyczność ta wzrasta wskutek poruszonego w drugim z powyższych punktów niedostatku. To też w życiu, a mówimy tu ciągle o prawie nadzastawu wedle kodeksu cywilnego, a więc o ruchomościach, — prawo nadzastawu bardzo rzadko się zdarza. *Umowne* prawo nadzastawu wobec wyżej wykazanego minimalnego bezpieczeństwa byłoby dowodem chyba wielkiej rezygnacyi ze strony wierzyciela. Jedynie *sądowe* prawo nadzastawu, gdy wierzyciel wszelkimi środkami i z jakiegokolwiek majątku pragnie się zaspokoić, byle uratować choć część swej wierzytelności, zdarzyć się może częściej i rzeczywiście w tym ostatnim wypadku znajdujemy orzeczenie najw. tryb... ale i tak jedyne (wyżej w uw. 16) nr. 6124).

Ten ekonomiczny stan posłużyć może do wniosków de lege ferenda, ze stanowiska prawniczego jednak nie może być użytym do obalenia instytucyi prawa zastawu. Na tej samej podstawie t. j. z punktu widzenia ekonomicznego moglibyśmy wystąpić przeciwko prawu zastawu na rzeczach trwających przez niedługi czas, ginących lub zdeprecyonowanych po bardzo krótkim czasie, bo te także mogą nie dawać bezpieczenstwa, a przecież prawniczo zapatrywanie takie nie mogłoby być uważanem za uzasadnione. Natomiast te ekonomiczne względy posłużyć mogą do wniosków de lege ferenda. Iść one mogą odpowiednio do wytkniętych wyżej braków w podwójnym kierunku: możemy żądać albo zwiększenia bezpieczeństwa, albo większego wpływu nadzastawnika na przedmiot jego prawa. Pierwsze żądanie nie da się urzeczywistnić wobec pojęcia prawa zastawu, jako prawa zawisłego od wierzytelności, i wobec tego, że istnieje instytucya prawa zastawu na prawach, a więc i na wierzytelnościach. Wszelkie zmiany w kierunku zwiększenia bezpieczeństwa, jakie daje prawo nadzastawu, musiałyby sięgać głębiej, bo dążyłyby do oderwania prawa zastawu od wierzytelności, lub

też uczyniłyby prawo nadzastawu zbytecznem, zbliżając je do jednej ze znanych już instytucyi. Natomiast dążenie do reformy w drugim ze wskazanych kierunków nie napotkałoby na głębsze prawnicze trudności. W tym względzie rzymska actio utilis hypothecaria, przysługująca nadzastawnikowi, nie byłaby może nie nadającą się do zalecenia. Kwestyi tej jednak nie możnaby rozstrzygnąć bez zbadania stosunków kredytowych, do których zabezpieczenia służy zastaw ręczny, wtedy bowiem dopiero mogłaby się okazać potrzeba odnośnej reformy. Zbadanie tej kwestyi przechodzi ramy niniejszej pracy, ograniczamy się przeto tylko do zaznaczenia kierunku, w którym reforma może nastąpić.

B) Druga kwestya, którą do zbadania nasuwa już nie kodeks cywilny, ale ustawa hipoteczna, opiera się na tem, że prawo zastawu może być ustanowionem tylko dla pewnej części wierzytelności, a nie dla całej. Jeżeli n. p. wierzytelność wynosi 1000 złr., prawo zastawu może być ustanowionem tylko dla połowy też kwoty, t. j. dla 500 złr. Zachodzi tedy pytanie, czy nadzastawnik hipoteczny, który, jakeśmy wyżej wykazali, ma prawo zastawu na wierzytelności wraz z jej prawem zastawu, może się zaspokoić z całej wierzytelności 1000 złr., czy też tylko z tej jej części, która została ubezpieczoną prawem zastawu. Różnica ta jest także i praktyczną. Jeżeli bowiem nadzastawnik zaspokaja się w drodze sprzedaży wierzytelności, to można przypuszczać, że większą będzie mieć wartość, a więc osiągnie większą cenę na licytacyi wierzytelność wynosząca 1000 złr., jakkolwiek ubezpieczoną jest tylko do połowy, aniżeli wierzytelność wynosząca 500 złr., wskutek czego i nadzastawnik będzie miał większe widoki zaspokojenia. Odróżnić tu należy trzy wypadki.

1) W chwili ustanawiania prawa nadzastawu, t. j. w chwili intabulacyi takowego wierzytelność istniała, jak niemniej istnieje i w chwili realizacyi prawa nadzastawu.

2) W chwili ustanawiania prawa nadzastawu wierzytelności była już umorzoną, a niewykreślonem było tylko ustanowione dla niej prawo zastawu.

3) Wierzytelność umorzoną została już po ustanowieniu prawa nadzastawu.

Ad 1) Z całego naszego wywodu, na podstawie którego doszliśmy do przekonania, że przedmiotem hipotecznego prawa nadzastawu jest wierzytelność wraz z prawem zastawu ustanowionem dla niej, wynika, że przedmiotem prawa nadzastawu jest cała wierzytelność. Prawo nadzastawu tylko na hipotecznej wierzytelności, a nie na całej wierzytelności, musiałoby być wyraźnie i osobno umówionem, nie ma bowiem najmniejszego powodu do przypuszczenia, że to prawo obciąża tylko wierzytelność hipoteczną. Przeciwne zapatrywanie nie byłoby w stanie wytłómaczyć postanowienia zawartego w § 51 u. h., a nadto doprowadziłby musiało do podzielenia wierzytelności, które nie jest uzasadnionem w ustawie. Jeżeliby n. p. dla wierzytelności wynoszącej kwotę 1000 złr, ustanowionem zostało prawo zastawu tylko do wysokości n. p. 759 złr., to byłoby możliwem ustanowienie prawa nadzastawu na wierzytelności wraz z jej prawem zastawu, wynoszącej kwotę 759 złr., i ustanowienie na rzecz kogo innego prawa zastawu na reszcie tej wierzytelności bez prawa zastawu, wynoszącej kwotę 241 złr. Ewentualność taka jest wykluczoną przez § 457 u. c., wedle niego bowiem rzecz *w całości* jest obciążoną prawem zastawu, częściowo zaś może być obciążoną tylko w idealnych częściach oznaczonych w stosunku ułamkowym do całości (§ 829 u. c.). Wedle tych przepisów więc wierzytelność nie może ulegać innym losom co do swej części ubezpieczonej prawem zastawu, a innym co do części nieubezpieczonej, jeżeli te części nie są oznaczone w stosunku ułamkowym do całości. Twierdzimy tak dlatego, że do *całej* wierzytelności bez względu na to, czy jest ubezpieczoną prawem zastawu, czy nie, odnoszą się przepisy kodeksu cywilnego, a więc §§ 457 i 829 u. c., dozwalające dzielić wierzytelność tylko w idealnych częściach, oznaczonych w stosunku ułamkowym do całości, a nie dozwalające jej dzielić na wierzytelność mającą prawo zastawu i nie mającą takowego. Natomiast co się tyczy samej tej części wierzytelności, która jest ubezpieczoną hipotecznem prawem

zastawu, podział może mieć miejsce i *cyfrowo* („ziffermässig“ w § 13 u. b.)[99]; z hypotecznej przeto wierzytelności może być zastawioną pewna suma, jak niemniej i cała wierzytelność hipoteczna bez owej reszty nieubezpieczonej może być zastawioną, ale ten ostatni wypadek ze względu na przywiedzione powody musiałby być wyraźnie oznaczonym.

Ad 2) O ile w pierwszym wypadku nadzastawnik może uzyskać sprzedaż całej wierzytelności, a nie tylko tej jej części, która jest ubezpieczoną prawem zastawu, o tyle w drugim z wyżej przywiedzionych, gdy wierzytelność została umorzoną jeszcze przed ustanowieniem nadzastawu, a tylko prawo zastawu dla tej wierzytelności nie zostało wykreślonem, — o tyle w tym wypadku nadzastawnik zaspokoić się będzie mógł tylko z wierzytelności hipotecznej, bo tylko ta egzystuje. Pozostało mianowicie niewykreślonem mimo zgaśnięcia wierzytelności prawo zastawu; skuteczność tego prawa jest wedle tego, cośmy wyżej pod II przywiedli, dlatego wobec trzecich w zaufaniu do ksiąg publicznych działających możliwą, iż niewykreślenie wpisu stało się powodem powstania nowego stosunku obowiązkowego, że zaś ten nowy stosunek obowiązkowy, będący skutkiem, nie może być większym i szerszym od swej przyczyny, którą jest niewykreślony wpis, to jest jasnem i dlatego też nadzastawnik, który nabył swe prawo już po umorzeniu wierzytelności, nabędzie je tylko na tym przedmiocie, który w chwili nabycia przezeń jego prawa istnieje, a więc tylko na *takiej* wierzytelności, która jest ubezpieczoną prawem zastawu. Nie jest to inna zasada, aniżeli ta, której broniliśmy wyżej pod 1), a to dlatego, ponieważ pierwotna wierzytelność zgasła, a w miejsce jej powstała nowa o rozmiarach równających się niewykreślonemu prawu zastawu, nadzastawnik więc ma prawo nadzastawu także na *całej* wierzytelności, a nie na części takowej. Że nadzastawnik będzie mógł zrealizować swe prawo tylko wtedy,

---

[99]) Exner *Hypr.* str. 400 nast.

jeżeli działał w zaufaniu do ksiąg publicznych, to nie ulega wedle powiedzianego wyżej pod II wątpliwości[100]).

[100]) Orzecz. nr. 2196 (wyżej w rozdziale pierwszym uw. 20 podane), wedle którego zastawca pozywa zastawnika i nadzastawników o wykreślenie spłaconej przed ustanowieniem nadzastawu pozycyi, podaje w motywach wyroku oddalającego (częściowo, co właśnie nas tutaj obchodzi,) powoda: „jeżeli prawo zastawu (w myśl § 469) istnieje nadal mimo umorzonej wierzytelności, to dopuszczalnem jest i uzyskanie prawa nadzastawu i, jak długo nie nastąpi wymazanie wierzytelności, właściciel odpowiada wedle § 454 u. c. i za superintabulowane wierzytelności. Stosunek prawny nadzastawnika różni się wprawdzie od stosunku cessyonaryusza, jednakże i w razie cessyi wierzytelności zasada, że nikt nie może więcej praw przenosić, niż ich sam ma, doznaje wyraźnego w § 469 u. c. ograniczenia, a to dlatego, aby księgom publicznym wyrobić ogólne zaufanie.... Aby jednak cessyonaryusz lub nadzastawnik uzyskał prawa na umorzonej, lecz nie wykreślonej jeszcze wierzytelności. potrzeba, by działał w zaufaniu do ksiąg publicznych, t. j. z dobrą wiarą, że wierzytelność jeszcze istnieje, gdyż wyjątek zawarty w § 469 u. c. nie może dalej iść, niż uzasadniający ten wyjątek cel, t. j. zaufanie do ksiąg publicznych". Tak samo orzecz. nr. 1778, 4012. Dokładnie sformułowane są motywy w orzecz. nr. 10252: „Jeżeli pozwany udowodni, że nabył prawo nadzastawu bona fide, winien być uważanym wedle analogii z §§ 367, 456 i 1443 za posiadacza w dobrej wierze prawa nadzastawu, gdyż wedle przepisu tego paragrafu zapłata długu nie wystarcza do zniesienia hipoteki. Przepis ten nakazuje odróżnić prawo osobiste od rzeczowego. Ze stanowiska prawa osobistego prawo zastawu zgasło w myśl §§ 449 i 1412 u. c., natomiast ze stanowiska prawa rzeczowego i wobec trzecich, będących w dobrej wierze, prawo to egzystuje aż do wykreślenia. . Pierwsze zdanie § 469 u. c. odnosi się tylko do pozahipotecznego prawa zastawu, natomiast następne zdanie jest materyalno prawną konsekwencyą zasady publiczności uznanej w kodeksie w §§ 443, 444, 468, 526, 847, 1398, 1446 i 1500 u. c..." Również nie odbiegają zasadniczo w kwestyi zaufania do ksiąg publicznych od powyższych orzeczeń motywa orzecz. nr. 2389.

Przeciwnie orzekł najw. tryb. w podanem wyżej (w rozdz. 1-szym uw. 18) orzeczeniu nr. 8346 i 11993, atoli z tego powodu, że prawo nadzastawu uzyskanem zostało w omawianym tamże wypadku w drodze egzekucyi, a nie zostało udzielonem przez dłużnika, względnie nabytem w zaufaniu do ksiąg publicz-

Ad 3) Najbardziej spornym i w praktyce i w teoryi jest trzeci z wyżej poruszonych wypadków, w którym wierzytelność została umorzona już w czasie trwania prawa nadzastawu. W praktyce nawet w tym punkcie, co do którego nie ma sporu, kwestya ta jest postawioną niewłaściwie. Nie jest bowiem spornem, że nadzastawnik zaspokaja się przez sprzedaż wierzytelności hipotecznej, ale natomiast nie doprowadzono do zgody co do punktu, jaką sumę ściągnąć może nabywca licytacyjny takiej wierzytelności, któremu ją w następstwie licytacyi przyznano. Tak postawiona kwestya nie powinna, jak zobaczymy niżej, doprowadzać do niezgodnych rezultatów, te ostatnie bowiem byłyby tylko wtedy zrozumiałymi, gdyby *przedmiot*, z którego się nadzastawnik przez sprzedaż może zaspokoić, był spornym.

W praktyce austryackiej reprezentowane są trzy zapatrywania.

a) Pierwsze z nich nie daje licytacyjnemu nabywcy wykreślonej z klauzulą § 51 u. h. wierzytelności hipotecznej w rzeczywistości *żadnych* praw. Wedle orzecz. nr. 9535 zb. G. U. W. odmówiono prośbie nabywcy licytacyjnego, który upraszał o hipoteczne przeniesienie takiej wierzytelności na siebie, motywując to tem, że w kwestyi załatwienia jego podania rozstrzyga stan hipoteczny, a wedle niego wierzytelność hipoteczna, o którą się rozchodzi, została wymazaną, dalszych przeto wpisów na niej nie można dozwolić.

b) Drugie zapatrywanie ogranicza prawa nabywcy licyjnego wierzytelności wykreślonej z klauzulą § 51 u. h. do wysokości wierzytelności ubezpieczonej prawem nadzastawu. Orzeczenie nr. 9211 zb. G. U. W. motywuje to w następujący sposób. Ograniczenie wprowadzone przez § 51 u. h. ma dwojakie znaczenie: wykreślenie wierzytelności hipotecznej nie może przynosić uszczerbku prawom nadzastaw-

---

nych... w takim bowiem razie popierający egzekucyą nie może nabyć więcej praw, niż ich ma jego dłużnik. Jednakże i w wypadku nabytego w drodze egzekucyi prawa nadzastawu utrzymuje najw. tryb. zasadę zaufania do ksiąg publicznych, jak w orzecz. nr. 10252.

nika, tz. nadzastawnik może w myśl § 454 u. c. zaspokoić się przez sprzedaż zastawionej wierzytelności, z drugiej jednak strony na wykreślonej z klauzulą § 51 u. h. wierzytelności nie mogą być nabywane dalsze prawa. Wskutek tego nie może nabywca nabyć w drodze licytacyi ponownie prawa żądania zapłacenia całej wierzytelności. Nabywca nie mógł w myśl § 1394 u. c. nabyć więcej praw, niż ich miał wierzyciel hipoteczny, ponieważ zaś temu ostatniemu można uczynić ważnie zarzut, że wierzytelność zgasła, przeto uczynić go można i nabywcy i to tem więcej, że zgaśnięcie wierzytelności widocznem jest z ksiąg publicznych. Natomiast żądanie skargi nadzastawnika jest uzasadnionem o tyle, ile wynosiła wierzytelność ubezpieczona prawem nadzastawu. Podobnie interpretują odnośne postanowienia orzeczenia nr. 9475, 10701 i 9986 zb. G. U. W. To ostatnie podaje nadto jako dalszy motyw, że, gdyby nadzastawnik żądał egzekucyjnego przyznania sobie wierzytelności, to byłaby mu ona przyznaną tylko do wysokości jego pretensyi, nie ma przeto powodu sądzić, by przyznanie tej wierzytelności w drodze licytacyi miało być innem.

c) Zupełnie odmienne stanowisko zajmuje orzeczenie nr. 9258 zb. G. U. W. Wedle tego orzeczenia prawny skutek wykreślenia wierzytelności hipotecznej z ograniczeniem § 51 u. h. polega tylko na tem, że wierzyciel hipoteczny nie może jej przenieść na kogo innego i że niedopuszczalne są dalsze hipoteczne wpisy na tej wierzytelności. Natomiast wykreślenie dokonane wbrew § 455 u. c. a z klauzulą § 51 u. h., nie dotyczy zupełnie nadzastawnika, dla niego więc cała wierzytelność jest funduszem odpowiedzialności i całą też może sprzedać. Sprzedaje ją jako istniejącą, a nie jako wymazaną. Nabywca licytacyjny takiej wierzytelności nie jest w złej wierze, bo gdzie idzie o zrealizowanie prawa nadzastawu, uważać należy wykreślenie jako nieistniejące. Nabywca licytacyjny staje się przeto „właścicielem“ pretensyi i może żądać zapłaty całej wierzytelności z hipoteki, cena zaś, za którą kupił wierzytelność na licytacyi, jest obojętną.

Pierwsze z tych zapatrywań najw. tryb. nie da się uzasadnić wobec brzmienia ustawy, § 51 u. h. bowiem zabrania tylko dalszych „*Ein*tragungen *auf* eine Hypothekarforderung“, ale nie przeniesienia tej wierzytelności [101]).

Przeciwko drugiemu zapatrywaniu nasuwają się następujące uwagi. Kwestya zaufania do ksiąg publicznych nie może w danym wypadku odgrywać żadnej roli. Zaufanie do ksiąg jest faktem, rozpoznanie zaś wysokości kwoty, jaką może ściągnąć nabywca licytacyjny wierzytelności wykreślonej z klauzulą § 51 u. h. jest kwestyą prawa. Powoływanie się na zaufanie do ksiąg publicznych może mieć wtedy miejscee, jeżeli stan hipoteczny nie odpowiada nieznanemu trzecim osobom rzeczywistemu stanowi rzeczy. W danym zaś wypadku sprzeczności takiej nie ma Nabywca licytacyjny zawsze wie, że nabywa tylko taką wierzytelność, jaka po wykreśleniu jej z klauzulą § 51 u. h. pozostaje. Dlatego wysokość kwoty, którą będzie mógł ściągnąć, zależy jedynie od pojmowania odnośnych przepisów. Dalej ograniczenie praw nabywcy licytacyjnego do wysokości wierzytelności ubezpieczonej prawem nadzastawu jest ukróceniem praw nadzastawnika, przy licytacyi bowiem mniejszą uzyska cenę ograniczona wierzytelność hipoteczna, aniżeli cała, gdy zaś nadzastawnik nabył prawo zastawu na całej wierzytelności, a nie tylko na odpowiadającej jego pretensyi części tej wierzytelności, przeto w razie, gdy cena licytacyjna uzyskana ze sprzedaży ograniczonej w powyższy sposób wierzytelności nie dosięga wysokości jego pretensyi, — szkoda poniesiona przez nadzastawnika jest widoczną. Ograniczenie prawa nabywcy licytacyjnego do wysokości pretensyi ubezpieczonej prawem nadzastawu wychodzi przeto chyba z założenia, że wierzytelność hipoteczna ma zawsze wartość tej sumy, na jaką opiewa, Założenie takie jest mylne i nie da się niczem poprzeć, to też oprócz prawa zastawu na pieniądzach nie da się nigdzie obronić. Wreszcie ostatni motyw użyty w powyżej zacytowanych orzeczeniach, że w razie przyznania wierzytelności hipotecznej

---

[101]) Burckhard, *System*, III, 1, str. 378.

nadzastawnikowi nie przyznaje się mu więcej, jak wynosi jego pretensya, również nie broni powyższego zapatrywania. Przyznanie na własność jest datio in solutum (§ 1414 u. c.), może więc być zastosowanem tylko z wolą wierzyciela, a wtedy obojętną jest dla sędziego kwestya, czy wierzyciel przez to przyznanie straci, czy też nie.

Pozostaje przeto trzecie zapatrywanie i to też winno być uważanem za słuszne. Żaden z powyższych zarzutów nie odnosi się do niego, a przeciwnie pozwala nadzastawnikowi wykonać jego prawo tak, jak je nabył [102]), nikogo zaś nie krzywdzi. W szczególności nie krzywdzi nadzastawcy, bo uzyskana przy licytacyi nadwyżka ceny kupna ponad pretensyą nadzastawnika przypada nadzastawcy. Nie krzywdzi także i właściciela zastawu, bo temu ostatniemu przysługuje prawo złożenia długu do depozytu sądowego, co umożliwia zaspokojenie się zastawnika i nadzastawnika i wymazanie wierzytelności hipotecznej bez klauzuli § 51 u. h., jeżeli więc nie korzystał z tego prawa, nie można mówić o jego szkodzie w przypadku, jeżeli nabywca licytacyjny ściągnie całą sumę.

Uznanego przez nas za słuszne zapatrywania nie obalają nieliczne wywody naukowe, cytujemy je jednak poniżej, posłużą bowiem do usunięcia niektórych wątpliwości.

Wedle Burckharda [103]) w razie wykreślenia prawa zastawu, a pozostawienia prawa nadzastawu możliwem jest dwojakie zapatrywanie: albo prawo *zastawu* istnieje nadal wskutek superintabulacyi, „aber nur insoweit es sich um das Afterpfandrecht handelt“ [104]), albo też na miejsce prawa zastawu wstępuje prawo *nadzastawu* jako prawo zastawu,

---

[102]) Gdyby nabywca licytacyjny mógł uzyskać tylko tyle, ile wynosi pretensya nadzastawnika, przedmiotem licytacyi powinna być także tylko odpowiednia część wierzytelności hipotecznej, jeżeli zaś licytuje się całą wierzytelność, a tylko nabywcy pozwala się ściągnąć odnośną jej część, to kwestya stawia się niewłaściwie, jakeśmy to zaznaczyli.

[103]) *System* III, 1, str. 338.

[104]) P. Burckhard, III, 1, str. 316, uw. 17.

z podwójnem ograniczeniem do wysokości wierzytelnośei zastawniczej i nadzastawniczej [105]). Drugie zapatrywanie nastręcza trudności ze względu na nieznane akcessorya wierzytelności nadzastawniczej, a nadto jest niemożliwem do przeprowadzenia, jeżeli na prawie nadzastawu ciążą dalsze nadzastawy itd., pozostaje przeto jedynie pierwsza droga. Zgodnie z tem twierdzi dalej Burckhard [106]), że nabywca licytacyjny sprzedanej przez nadzastawnika wierzytelności hipotecznej może ją nabyć tylko w ograniczonej kwocie, w tej mianowicie, która utrzymaną została przez prawo nadzastawu t. j. nie nabędzie jej w wyższej kwocie, jak ta, która przysługiwała nadzastawnikowi, któż zaś będzie tak głupim, mówi Burckhard, aby pomijając już koszta realizacyi i ryzyko, nabywać wierzytelność w jej effektywnej wysokości? Ale nadto nabywcy rozpłynie się przedmiot nabyty przezeń pod ręką. Z ceny kupna zaspokoi się bowiem nadzastawnik, prawo nadzastawu przeto musi być wykreślonem, jeżeli nabywca chce się uchronić przed podstępną cessyą prawa nadzastawu, z chwilą zaś wykreślenia prawa nadzastawu gaśnie i prawo zastawu nabywcy w myśl § 51 u. h. „Es bliebe somit", kończy Burckhard, „wenn die Wirkungen der Erstehung richtig erkannt werden, der Afterpfandgläubiger als der einzige vernünftigerweise denkbare Ersteher übrig; zu einer Ausbeutung der Position des Schuldners könnte dies wol nicht führen, denn wenn auch der Afterpfandgläubiger in der Lage ist, die Forderung um einen geringen Betrag zu erstehen, diesen sich auf seine Afterpfandforderung gutzuschreiben und das Reale in executive Versteigerung zu ziehen, so vermöchte er doch aus dem Erlöse des Reales die früher erstandene Pfandforderung in der Höhe des Afterpfandrechtes nur in der Weise zur Befriedigung zu bringen, dass hiemit unter Einem das Afterpfandrecht für die entsprechende Restforderung getilgt wird. Allein werden wir wirklich eine Versteigerung, bei welcher nur der Exequent als Ersteher auftreten kann als im

---

[105]) Tamże str. 338, uw. 59.
[106]) Tamże str. 378 nast.

Geiste unserer Gesetze und des Rechtsinstitutes der Versteigerung gelegen erachten dürfen? Ich glaube diese Frage ist um so mehr zu verneien, als der Afterpfandgläubiger ein viel einfacheres und trotzdem ungefährliches (§ 319 a. G. O.) Mittel hat, die belastete Pfandforderung zu erwerben: die executive Einantwortung derselben (§ 314 a G. O.)".

Przedewszystkiem skonstatować należy, że wywód Burckharda prowadzi do rezultatu negatywnego tak dalece, że nadzastawnikowi odbiera regularny sposób zaspokojenia, t. j. sprzedaż, a skazuje go na przyznanie, sposób stojący do sprzedaży w takim stosunku, jak datio in solutum do zapłaty. Tymczasem premisy, na których Burckhard oparł swój wniosek, wydają mi się czysto formalnemi. Znaczenie § 51 u. h. polega po prostu na tem, iż mimo zgaśnięcia prawa zastawu wobec zastawnika — nadzastawnik może się nadal zaspokoić z tego przedmiotu, który dotychczas był dlań funduszem odpowiedzialności, t. j. z wierzytelności hipotecznej. Raz wydobywszy znaczenie tego przepisu musimy się zgodzić na wszystkie kroki, które dążą do wprowadzenia go w życie, a więc na wykreślenie wpisu, wedle którego prawo zastawu wymazanem zostało z klauzulą § 51 u. h., na przeniesienie tego prawa zastawu już bez klauzuli § 51 u. h. na nabywcę licytacyjnego i wymazanie prawa nadzastawu. Przyznać należy, że te kroki również nie odpowiadają właściwemu formalizmowi, jaki zwykle bywa przestrzeganym, ale to wynik negatywnej formy przepisu zawartego w § 51 u. h. Gdyby ten przepis miał formę pozytywną, wyrażającą myśl, że znaczenie prawa zastawu ogranicza się do kroków dążących do zaspokojenia nadzastawnika, nie mielibyśmy do czynienia z żadnemi trudnościami.

W najważniejszej jednak kwestyi, którą nasunęła różnorodność praktyki, t. j. w kwestyi, ile uzyskać może nabywca licytacyjny wierzytelności wykreślonej z klauzulą § 51 u. h., Burckhard nie daje żadnego dowodu. Jego podwójne rozumienie przepisu zawartego w § 51 u. h. przesądza tę kwestyą, wedle obu bowiem zapatrywań nadzastawnikowi odpowiada wierzytelność hipoteczna tylko do wysokości jego pre-

tensyi. Ze środka realizacyi prawa nadzastawu, jaki proponuje Burckhard, a którym jest zdaniem jego przyznanie, widać, iż do takiego zapatrywania skłoniło go zidentyfikowanie w skutkach sprzedaży zastawu z przyznaniem. Tymczasem wykazaliśmy już wyżej, że przyznanie jest środkiem wyjątkowym, jest bowiem datio in solutum, nie można zaś z wyjątku wnioskować o regule.

Ostatnia poruszona przez nas kwestya nie ma w literaturze dostatecznego uzasadnienia, najczęstszem jest przeto powoływanie się na praktykę, jako na decydujący argument. W danym wypadku trudniej byłoby wysnuć z niej jakieś wnioski, dochodzi bowiem do bardzo różnych rezultatów, ale nawet gdyby była jednolitą, wyniki jej należałoby przyjąć z zastrzeżeniem, któreśmy zaznaczyli przy końcu rozdziału II, t. j. że badamy prawo w jego zastosowaniu, a nie wyjaśniamy i budujemy pojęcia z tego, co ustawodawca powiedział. Z tem zastrzeżeniem możemy skonstatować, że widocznem jest dążenie do ujednostajnienia w kierunku ograniczenia pretensyi nabywcy licytacyjnego do wysokości wierzytelności ubezpieczonej prawem nadzastawu, — nie możemy się jednak na to dążenie zgodzić ani na jego poparcie znaleść argumentów. Jest ono bowiem przedewszystkiem zmianą prawa nabytego przez nadzastawnika. Zrozumieć przyjdzie to łatwo, jeżeli zważymy, że wierzytelność hipoteczna wynosząca n. p. 1000 złr. w razie sprzedaży jej w drodze licytacyi nie koniecznie sprzedaną będzie za 1000 złr. Owe 1000 złr. nie są jej wartością zamienną, ta bowiem zależną jest od dziesiątek czynników nie mających z prawem nic wspólnego. Jeżeli tedy nadzastawnik dla swej pretensyi 500 złr. uzyskał prawo zastawu na wierzytelności hipotecznej w kwocie 1000 złr., to może być nadzieja, że w razie sprzedania tej zastawionej wierzytelności uzyskaną za nią zostanie potrzebna do zaspokojenia nadzastawnika suma, tj., że na targu za wierzytelność hipoteczną wynoszącą 1000 złr. da ktoś 500 złr. Jakże jednak wyglądać będą prawa nadzastawnika, jeżeli przyjętem zostanie, że nabywca licytacyjny takiej wierzytelności może ściągnąć tylko sumę, na jaką opiewa pretensya

nadzastawnika? Wobec mających chęć kupna owa zastawiona wierzytelność hipoteczna opiewać wtedy będzie nie na 1000 złr. ale na 500 złr., t. j. na tyle, ile wynosi pretensya nadzastawnika, cena zaś, którą za nią będzie można uzyskać na licytacyi, wyniesie n. p. 300 lub 400 złr. etc. Nadzastawnik przeto, który w pierwszym wypadku zaspokoi się w zupełności, w drugim wypadku uzyska ledwo $^3/_5$ resp, $^4/_5$ części swej pretensyi. Do takiego zaś ukrocenia praw nadzastawnika ustawa nie tylko nie daje, ale nie może nawet dawać podstaw, stąd też wedle naszego zdania nadzastawnikowi wykreślona z klauzulą § 51 u. h wierzytelność hipoteczna odpowiada *w całości.*

* * *

Na tem kończymy wywod o pojęciu prawa nadzastawu. Skonstatowaliśmy, że między prawem nadzastawu kodeksu cywilnego a prawem nadzastawu ustawy hipotecznej zachodzi róznica, wedle pierwszego bowiem przedmiotem prawa nadzastawu jest prawo zastawu, podczas gdy druga za przedmiot takowego uważa wierzytelność wraz z jej prawem zastawu. Wypadałoby obecnie wyjaśnić przyczyny, dla których ustawa hipoteczna wprowadziła zmiany w odnośne przepisy kodeksu cywilnego. Przyczynę tę nietrudno będzie znaleść, jeżeli sobie przypomnimy nieliczne wypadki, w których nadzastawnik wedle kodeksu cywilnego znaleść może zaspokojenie. Instytucya prawa nadzastawu kodeksu cywilnego, ze stanowiska prawa uzasadniona, w życiu okazała się niepraktyczną, zarzucenie jej przeto tam, gdzie prawo zastawu najdonioślejsze ma znaczenie, t. j. w hipotece i przeniesienie jej nazwy na inną instytucyą t. j, instytucyą prawa zastawu na wierzytelności wraz z prawem zastawu — da się łatwo zrozumieć. Redaktorowie ustawy hipotecznej adoptowali to zapatrywanie.

Wypełnieniem nauki o prawie nadzastawu w tych szczegółach, które różnią się od odnośnych przepisów prawa zastawu, i rekapitulacyą poprzedniego wywodu będzie rozstrzygnięcie stosunków, któreśmy w pierwszym rozdziale rozwinęli.

V. Stosownie do rezultatów, do jakich doszliśmy w poprzednim wywodzie, wszędzie tam, gdzie odgrywa rolę przedmiot prawa nadzastawu, odróżnić wypadnie prawo nadzastawu kodeksu cywilnego od prawa nadzastawu ustawy hipotecznej. Tyczy się to przedewszystkiem pierwszego z pośród stosunków, jakieśmy w pierwszym rozdziele podnieśli.

A) Stosunek nadzastawnika do przedmiotu obciążonego prawem nadzastawu.

Już wyżej wykazaliśmy, że stosunek ten jest prawem zastawu, a do zbadania pozostała nam kwestya, co jest jego przedmiotem. Gdy kodeks cywiluy prawem nadzastawu nazywa prawo zastawu na prawie zastawu, a ustawa hipoteczna takąże nazwą obdarza prawo zastawu na wierzytelnośei wraz z jej prawem zastawu, przeto z czego innego zaspokoi się nadzastawnik w pierwszym razie, a z czego innego w drugim.

1) Prawo nadzastawu ustanowione na prawie zastawu ciążącem na ruchomościach i na tych nieruchomościach, które nie są przedmiotem ksiąg gruntowych.

Już poprzednio wykazaliśmy, że w stosunku tym obojętną jest zupełnie rola dłużnika osobistego, wskutek czego z wyliczonych na str. 8—11 kombinacyi w tym rodzaju prawa nadzastawu mają znaczenie tylko dwie, a mianowicie:

a) Jeżeli właściciel zastawu nie był uwiadomionym o ustanowieniu prawa nadzastawu, natenczas nadzastawnik nie może nigdy zaspokoić się z przedmiotu swojego prawa, może tylko zawsze aż do zgaśnięcia prawa zastawu zastawnika (nadzastawcy) denuncyować właścicielowi zastawu istnienie swego prawa nadzastawu. Nadzastawnik nie będzie się mógł dlatego nigdy zaspokoić, bo właściciel nie uwiadomiony o istnieniu prawa nadzastawu może bez odpowiedzialności zapłacić dług zastawnikowi, do składania zaś do depozytu sądowego wobec tego, że nie był uwiadomionym o nadzastawie, nie ma powodu (§ 455 u. c.) Prawo nadzastawu jest przeto w takim wypadku bezskutecznem.

Wypadek zaspokojenia się nadzastawnika z ceny kupna uzyskanej ze sprzedaży zastawu, którą przeprowadził jeden ze zastawników, nie należy do niniejszej kategoryi, w takim razie bowiem właściciel zastawu już przez to samo, że zastaw znajduje się w rękach nadzastawnika, a skarga o sprzedaż zastawu skierowaną jest przeciwko właścicielowi zastawu, — zostaje zawiadomionym o istnieniu nadzastawu. Wypadek taki należy przeto do drugiej kategoryi.

b) Jeżeli właściciel zastawu był uwiadomionym o ustanowieniu nadzastawu i zapłacił zastawnikowi za zezwoleniem nadzastawnika dług — naturalnie w tej wysokości, do jakiej ustanowionem dlań było prawo zastawu, — czyli jeżeli właściciel zastawu wykupił prawo zastawu, nadzastawnik zaspokaja się z zapłaty w sposób oznaczony umową. Natomiast, jeżeli właściciel nie uzyskał tego zezwolenia i wskutek tego dług złożył do depozytu sądowego, zaspokojenie nadzastawnika odbywa się ze sumy złożonej do depozytu w sposób przepisany ustawą sądową tj. tak, jak wtedy, gdy zastaw sprzedanym został przez jednego z zastawników lub w konkursie i nadzastawnik ma się zaspokoić z tej części ceny kupna, która przypada na zastawnika.

Jeżeli właściciel uwiadomiony o ustanowieniu prawa nadzastawu zapłacił dług zastawnikowi bez zezwolenia nadzastawnika, wobec tego ostatniego prawo zastawu istnieje dalej, zaspokoi się też tak samo, jak poprzednio, t. j. gdy właściciel, chcąc uwolnić rzecz od zastawu, spłaci dług lub też gdy zastaw przez jednego z zastawników zostanie sprzedanym. Ta tylko zachodzi tutaj różnica, że właściciel wobec tego, iż zastawnik został już zaspokojony i wskutek tego jego interwencya stała się zbyteczną, — nie potrzebuje składać długu do depozytu sądowego, ale może takowy zapłacić ze zwrotem zastawu wprost nadzastawnikowi; w wypadku zaś. gdy zastaw został przez jednego z zastawników sprzedanym, do podziału ceny kupna staje sam nadzastawnik, a nadwyżka przypadająca zastawnikowi wtedy, gdy jego prawo zastawu istnieje, przypada obecnie właścicielowi zastawu. Są to jedyne sposoby zaspokojenia nadzastawnika, jakeśmy to zresztą już wyżej wykazali. W szczególności po-

wtarzamy, że jeżeli prawo zastawu zgaśnie czy to samo, czy to wskutek zgaśnięcia wierzytelności, — nadzastawnik traci przedmiot swego zaspokojenia.

2) Prawo nadzastawu wedle ustawy hipotecznej, t. j. prawo zastawu na wierzytelności wraz z ustanowionem dla zabezpieczenia jej prawem zastawu na nieruchomościach będących przedmiotem ksiąg gruntowych.

Wykazaliśmy powyżej, iż ustawa hipoteczna uważa zawsze za uwiadomionych właściciela zastawu i dłużnika osobistego. Ustawa hipoteczna uważa, jak wyżej przedstawiono, wpis do ksiąg gruntowych za zawiadomienie dłużnika, że zaś bez wpisu do ksiąg gruntowych nie można nabyć prawa nadzastawu na wierzytelności hipotecznej, przeto zawiadomienie dłużnika ma zawsze miejsce. Tak samo ma się rzecz i z właścicielem zastawu, jeżelibyśmy co do niego wymagali takiego samego zawiadomienia, jak co do dłużnika osobistego. Gdybyśmy jednak odróżniali „zawiadomienie“ od „doręczenia“ uchwały tabularnej, to i tak niedoręczenie tej uchwały właścicielowi nie pociaga za sobą skutków, jeżeli prawo nadzastawu ważnie powstało Niedoręczenie uchwały tabularnej właścicielowi pociąga za sobą ten skutek, że wpis może być wzruszonym nawet przeciwko trzecim, będącym w dobrej wierze, w ciągu trzech lat od dnia prośby o wpis, ale wpis ten musi być materyalnie bezprawnie dozwolonym[107]), jeżeli jednak tego ostatniego założenia brakuje i wpis nie został obalonym, niedoręczenie uchwały właścicielowi nie pociąga za sobą skutków analogicznych do tych, które przewiduje § 455 u. c., a więc także i w razie niedoręczenia właścicielowi rzeczonej nchwały nie wolno mu płacić zastawnikowi bez zezwolenia nadzastawnika. Wobec tego stanowiska ustawy hipotecznej wyliczone na str. 8 do 11 ewentualności odpadają, zawsze bowiem ma miejsce tylko wypadek, gdy dłużnik i właściciel są zawiadomieni.

Nadzastawnik ma trzy sposoby zaspokojenia się: albo żąda sprzedaży wierzytelności hipotecznej [108]) albo przyzna-

[107]) Exner str. 106 i 424.

[108]) W rozmiarach, któresmy wykazali wyżej pod IV.

nia sobie takowej albo wreszcie żąda sekwestracyi odsetek, jakie wierzytelność niesie.

W pierwszym wypadku t. j. w razie sprzedaży wierzytelności nadzastawnik zaspakaja się z uzyskanej przy licytacyi ceny kupna. Postępowanie realizacyjne tę tylko wykazuje różnicę od realizacyi każdego innego prawa zastawu, że oszacowanie wierzytelności wedle d. n. z 27 października 1797 r., nr. 385, zb. u. s. jest zbytecznem, ceną wywołania bowiem jest kwota wierzytelności.

W razie, gdy nadzastawnik żąda i otrzymuje przyznanie sobie wierzytelności, staje się cessyonaryuszem zastawnika i jako taki ściąga wierzytelność.

Wreszcie w razie uzyskania sekwestracyi dochodów, jakie wierzytelność niesie, zaspokaja się z odsetek płaconych przez zastawcę.

Tak przedstawiają się sposoby zaspokojenia się nadzastawnika, jeżeli ani właściciel zastawu ani dłużnik osobisty długu nie zapłacili [109]).

Jeżeli natomiast właściciel zastawu lub dłużnik zapłacili dług, to mogą zajść dwa wypadki: zapłata ta nastąpiła albo za zezwoleniem nadzastawnika, albo bez jego zezwolenia. W pierwszym wypadku nadzastawnik zaspokaja się wedle umowy, jaka przy dawaniu przez niego zezwolenia pomiędzy nim a płacącym stanęła. W drugim wypadku wierzytelność wraz z prawem zastawu istnieje nadal wobec nadzastawnika zaspokaja się też z niej tak samo, jak wtedy, gdy ani właściciel ani dłużnik osobisty długu nie zapłacili, a więc może żądać albo sprzedaży albo przyznania sobie takowej

[109]) Patrz orzeczenia w uw. 16) na str. 10. Znaczenie podanych tam orzeczeń nr. 6124 i nr. 7080 zostało już wyżej (pod I) wyjaśnionem. Z motywami orzeczenia nr. 5404, w którem najw. trybunał odrzuca rekurs rewizyjny dłużnika hipotecznego, żalącego się na równoczesne udzielenie egzekwentowi prawa zastawu na wierzytelności hipotecznej i przyznanie mu takowej, — nie można się zgodzić. Wskutek przyznania wierzytelności wierzyciel staje się cessyonaryuszem, a więc podmiotem uprawnionym z wierzytelności, nie może więc mieć na niej także prawa zastawu.

albo wreszcie sekwestracyi dochodów [110]). Wreszcie jeżeli właściciel zastawu resp. dłużnik osobisty nie uzyskali zezwolenia od nadzastawnika na zapłacenie długu zastawnikowi, a pragną pierwszy uwolnić rzecz od ciążącego na niej prawa zastawu, drugi uwolnić się od zobowiązania, — natenczas złożyć mogą dług do depozytu sądowego, a suma tak złożona jest przedmiotem podziału pomiędzy zastawnikiem a nadzastawnikiem. Podział ten dokonuje się w ten sposób, że najpierw zaspokojonym zostanie nadzastawnik, a nadwyżka dopiero przypada zastawnikowi [111]).

Przedmiotem prawa nadzastawu jest wierzytelność wraz z prawem zastawu. Uwiadomiony o ustanowieniu prawa nadzastawu dłużnik osobisty i właściciel nie może żadnej takiej czynności przedsięwziąć, któraby naruszała prawa nadzastaw-

---

[110]) P. orzecz. w uw. 14), str. 9, i wywód w tekście pod IV.

[111]) P. orzecz. w uw. 15) str. 10. Motywa orzecz. nr. 12033 opiewają ...„Dłużnik hipoteczny nie ma obawiązku doprowadzić do porozumienia między zastawnikami a nadzastawnikami, a nie jest też uprawnionym do rozstrzygania kolidujących rozczeń takowych. Z tych powodów może w myśl § 1425 u. c. uwolnić się od zobowiązania przez złożenie długu do depozytu sądowego. Z § 455 u. c., który uprawnienie to wyraźnie uznaje, i z § 469 u. c. wypływa, że takie złożenie do depozytu zastępujące zapłatę upoważnia do żądania wykreślenia wszystkich praw hipotecznych, obciążających spłaconą wierzytelność hipoteczną. Skutek ten nastąpi z chwilą stwierdzenia, że złożenie do depozytu nastąpiło prawidłowo. Badanie, czy dłużnik był uprawnionym do deponowania, i rozstrzygnięcie zawierające upoważnienie do wykreślenia rzeczonych pozycyi, nie narusza w zupełności dalszego istnienia praw tych, dla których pieniądze deponowano i którzy mają się z niej zaspokoić. Tak samo złożenie długu do depozytu sądowego nie zmienia bynajmniej stosunku uprawnionych przez to, że w miejsce hipoteki wstępuje zdeponowana suma... Suma złożona do depozytu sądowego zastępuje miejsce hipoteki, to też nabywanie na niej nowych praw nastąpić może jedynie wtedy, jeżeli przez to nie narusza się tych, które już były intabulowane, a obecnie mają być wykreślonemi. Te ostatnie nie potrzebują też wskutek tego nowego aktu nabycia...“ Zupełnie identyczne w tym punkcie zapatrywanie wypowiada najw. tryb. i w orzecz. nr. 12673.

nika. Wskutek tego też nadzastawnik zaspokaja się z będącej przedmiotem jego prawa wierzytelności wraz z prawem zastawu, chociaż wierzytelność przez zapłatę została umorzoną, a prawo zastawu wykreślonem (z klauzulą § 51 u. h.), jeżeli tylko ta zapłata została dokonaną bez jego zezwolenia. Tak samo ma się też rzecz, jeżeli zastawnik zrzekł się swego prawa zastawu lub zwolnił dłużnika od zobowiązania [112]). Natomiast jeżeli prawo zastawu było tylko na pewien czas ustanowionem, a ograniczenie to było widocznem z ksiąg publicznych, nadzastawnik nie traci przedmiotu swego zaspokojenia, o ile nim była wierzytelność, traci go jednak, o ile nim było wraz z tą wierzytelnością i prawo zastawu [113]), jeżeli nie może się powołać na zaufanie do ksiąg publicznych. Wreszcie przedawnienie wierzytelności powoduje, że nadzastawnik traci możność zaspokojenie się z takowej, nie można jednak powiedzieć tego o samem prawie zastawu, to bowiem przez zadawnienie nie gaśnie [114]).

W żadnym z tych wypadków, w których nadzastawnik zaspokaja się z wierzytelności, termin płatności takowej nie jest decydującym. Jak sprzedaż jej może nastąpić każdej chwili, tak też i przyznanie jej, będące samo przez się środkiem zaspokojenia nadzastawnika, nie jest zależnem od terminu płatności wierzytelności. Inna rzecz, że nadzastawnik, któremu przyznano wierzytelność, ściągnie ją dopiero w chwili jej płatności, ale wtedy nie jest już nadzastawnikiem, ale tylko cessyonaryuszem.

Rozumie się samo przez się, że, jeżeli kilku ma prawo nadzastawu na jednej wierzytelności hipotecznej, zaspokoją

---

[112]) Tak w zasadzie rozstrzygnął najw. tryb. w orzecz. nr. 485, wychodząc ze słusznej premisy, że nadzastawnik nie był dopuszczonym do umowy zawartej między zastawcą a zastawnikiem, ze przeto nie może być zobowiązanym do znoszenia jej skutków. Dalszy wywód owego orzeczenia nie ma znaczenia dzisiaj ze względu na obecnie obowiązującą ustawę hipoteczną.

[113]) Por. orzecz. nr. 5025, wychodzące z przeciwnego zapatrywania.

[114]) Burckhard III, str. 314 nast. i uw. 24, Till II, str. 542, por. orzecz. nr. 9951.

się z takowej wedle tych samych zasad, jak kilku zastawników mających prawo zastawu na jednym i tymsamym przedmiocie [115]).

B) Stosunek między nadzastawnikiem a zastawnikiem (p. w. str. 12).

Stosunek ten nie różni się od stosunku między zastawnikiem a zastawcą. Podnieść tu tylko wypada, że nadzastawca o tyle tylko mógłby udzielić nadzastawnikowi prawo używania zastawu, o ileby sam takowe miał, a stosownie do tego ukształtuje się i umowa między nimi. Druga uwaga, jaką również dla ostrożności tylko uczynić wypada, tyczy się obowiązku przechowywania zastawu. Nadzastawnik odpowiada w tym kierunku nadzastawcy wedle ogólnych zasad, § 460 u. c., bowiem nakłada tylko na zastawnika, który ustanowił prawo nadzastawu, surowszą odpowiedzialność wobec zastawcy.

---

[115]) W wypadku rozstrzygniętym w orzecz. nr. 2924 (podanem wyżej str. 8, uw. 13) petitum pozwu opartem jest na kontrakcie, a nie na prawie zastawu. Tak pojęły to sądy, zapuszczając się w interpretacyą kontraktu, bynajmniej jednak nie tykając prawa zastawu resp. nadzastawu. Trybunał apelacyjny zasądził Bartłomieja na przeprowadzenie egzekucyjnej licytacyi w przeciągu 8 miesięcy, a po bezskutecznym upływie tego terminu na zapłacenie 12.000 zlr. Najwyższy trybunał potwierdził ten wyrok z następujących powodów: ...Akt z d .. może mieć tylko takie znaczenie, że powód chce jeszcze czekac na zapłatę ze strony pozwanego, aż ten ostatni przez sprzedaż zastawionego domu dojdzie do funduszu... Nie można jednak przypuszczać, ażeby licytacya i czas zapłaty pozostawione zostały dowolności pozwanego lub też przypadkowi, że trzeci przeprowadzi tę licytacyę, przeciwnie pozwany powinien się był postarać o przyjście do skutku licytacyi, a akt z d... należy w ten sposób tłómaczyć, że ją przeprowadzi natychmiast lub w czasie mającym być oznaczonym przez sąd (§ 904 u. c.)... Jeżeli tego nie uczynił, utracił udzieloną mu zwłokę do zapłaty, to też zapłacic winien natychmiast. Zapatrywanie to najw. tryb. uważamy za słuszne także ze stanowiska dzisiejszej ustawy hipotecznej, tego rodzaju jednak motywy nie mogą mieć znaczenia wedle kodeksu cywilnego, jak to wykazano.

C) Stosunek między zastawcą a nadzastawnikiem.

Powyżej (str. 12) podnieśliśmy dwie strony tego stosunku. Pierwsza jest wynikiem sposobu nabycia prawa nadzastawu, drugą należało zaznaczyć jedynie ze względu na niejasne wyrażenie ustawy.

Prawo nadzastawu mające za przedmiot prawo zastawu ciężące na ruchomościach nabywa się w ten sposób, że ruchomość ta ma być wydaną nadzastawnikowi (§ 454). Protokoły obrad nad kodeksem cywilnym, których odnośne ustępy podaliśmy wyżej, tłémaczą dokładnie powody, dla których przepis ten ustanowiono [116]). Prawo nadzastawu mające za przedmiot wierzytelność hipoteczną nabywa się przez wpis takowego w księgach publicznych dokonany na prawie zastawu przysługującem owej wierzytelności (§ 454 u. c., § 13 ustęp 2 u. h.).

Pierwszy z tych sposobów nabycia prawa nadzastawu wywołuje pytanie, czy nadzastawnik odpowiada zastawcy za należyte przechowanie zastawu. Odpowiedź na to pytanie mieści się już w ogólnych zasadach prawa zastawu, któreśmy na początku rozdziału pierwszego przywiedli, a wedle których obowiązki zastawnika, tyczące się przechowywania zastawu, są wynikami kontraktu (str. 6), że zaś pomiędzy nadzastawnikiem a zastawcą nie przychodzi do skutku żaden kontrakt, przeto też i pytanie to należy zaprzeczyć.

Oba sposoby nabycia prawa nadzastawu, a raczej sposób nabycia prawa nadzastawu na obu rodzajach przedmiotów, wywołują dwa pytania:

1) Czy zastawca może żądać i kiedy wydania sobie zastawu, resp. żądać wykreślenia prawa nadzastawu?

2) Czy zastawca może bez względu na nadzastawnika niszczyć, resp. umniejszać wartość zastawu.

Pierwsze z tych pytań, a mówimy najpierw o nadzastawie, należy potwierdzić, zastawcy bowiem, jako *właści-*

---

[116]) Por. motywa do proj. k. c. dla państwa niem. III str. 836 nast.

cielowi zastawu, przysługuje bezwarunkowo to prawo, nie ma go jednak z tytułu kontraktu zastawu, ten ostatni bowiem nie między nim a nadzastawnikiem został zawartym. Nadzastawnik może się zasłonić excepcyą, że zastaw dzierży na mocy prawa nadzastawu (§ 454 u. c.). Excepcya ta będzie skuteczną, ilekroć prawo zastawu będące przedmiotem prawa nadzastawu albo w ogóle, albo tylko ze względu na nadzastawnika istnieje. Excepcyi tej nie będzie miał przeto nadzastawnik, jeżeli wierzytelność, na której zabezpieczenie ustanowionem zostało prawo zastawu będące przedmiotem prawa nadzastawu, zgasła, — a obojętnem jest wtedy, czy dłużnik osobisty był o nadzastawie uwiadomionym, czy nie, — zgaśnięcie bowiem wierzytelności powoduje i zgaśnięcie prawa zastawu. Natomiast, jeżeli prawo zastawu zgasło wskutek uwolnienia rzeczy od niego przez zapłatę dokonaną przez właściciela zastawu, odróżnić wypada, czy właściciel był uwiadomionym o ustanowieniu nadzastawu, czy też nie. W pierwszym wypadku nadzastawnik będzie miał rzeczoną excepcyą, jeżeli właściciel zastawu zapłacił dług zastawnikowi bez jego zezwolenia, w drugim wypadku excepcya ta mu nie przysługuje. Złożenie długu do depozytu sądowego przez właściciela zastawu pozbawia również nadzastawnika excepcyi, jeżeli tylko stwierdzonem zostało, że to złożenie nastąpiło prawidłowo.

Obszar owej excepcyi rozszerza się w prawie nadzawu wedle ustawy hipotecznej. Skardze o wykreślenie prawa zastawu wraz z ciążącemi na niem prawami nadzastawu skierowanej przeciwko zastawnikom i nadzastawnikom lub skardze o wykreślenie tylko prawa nadzastawu skierowanej przeciwko nadzastawnikowi, ten ostatni przeciwstawia excepcyą opierającą się na istnieniu jego prawa nadzastawu, a excepcya ta o tyle jest szerszą, że prawo to jego ciąży wedle ustawy hipotecznej tak na wierzytelności, jak i na prawie zastawu ustanowionem dla takowej, a nadto że ustawa hipoteczna uważa właściciela zastawu i dłużnika osobistego zawsze za zawiadomionych. Wskutek tego wpis prawa nadzastawu będzie wykreślonym jedynie wtedy, jeżeli nadzastawnik udzieli na

to zezwolenia, zresztą zaś prawa jego w rozmiarach omówionych wyżej pod IV pozostaną nietkniętemi [117]).

Naturalną jest rzeczą, że wobec skargi właściciela nadzastawnik będzie bezbronnym, jeżeli prawo nadzastawu nie istnieje czy to dlatego, że nadzastawnik został zaspokojonym, czy też że prawo nadzastawu z innych powodów zgasło.

Odpowiedź na drugie pytanie, jakieśmy wyżej postawili, musi być przeczącą. Nadzastawnik ma wedle kodeksu cywilnego prawo zastawu na prawie zastawu, wedle ustawy hipotecznej zaś na wierzytelności wraz z ubezpieczającem ją prawem zastawu, to też tylko te przedmioty odpowiadają mu rzeczowo. Natomiast na rzeczy samej, na której ciąży prawo zastawu będące przedmiotem prawa nadzastawu, nie ma nadzastawnik żadnych praw, wskutek czego wobec niego zakaz niszczenia rzeczy, nieważność pozbycia prawa akcessoryjnego, przeznaczenie assekuracyi na odbudowanie budynków nie mają tak znaczenia, jak nie przysługa mu i ius offerendi. Stanowisko to doznać może zmiany tylko o tyle, o ile ustawy pozytywne inaczej stanowią, z tych zaś jedynie § 19 u. z d. 25 lipca 1871, nr. 96 d. p. p. nadaje nadzastawnikowi przy zakładaniu ksiąg prawa równe z zastawnikiem [118]). Poza to nie można rozszerzać uprawnień nadzastawnika do samej rzeczy, nie upoważnia bowiem do tego pojęcie prawa nadzastawu, a z drugiej strony oprócz zacytowanego przepisu brak innych dozwalających na takie rozszerzenie [119]).

Druga strona stosunku zastawcy do nadzastawnika, którą podnieśliśmy wyżej na str. 14 i 15, zbadaną już została poprzednio przez wykazanie, że nadzastawnikowi nie służą

---

[117]) P. orzecz. w uw. 18 i 19.

[118]) „Ein Afterpfandgläubiger ist zu denjenigen Schritten befugt, welche zur Geltendmachung der dem Hauptgläubiger zustehenden Rechte oder Widersprüche erforderlich sind, und zwar in gleicher Zeit und Art, wie dieser letztere".

[119]) W szczególności podnieść należy, że § 1 u. z d. 6 lutego 1869 r. l. 18 d. p. p. mówi o zawiadomieniu tych tylko osób, które mają prawa rzeczowe „auf dem Gute" do takich zaś nie należy nadzastawnik.

żadne prawa do samej rzeczy, przedmiotem ich bowiem jest wedle k. c. prawo zastawu, wedle u. h. zaś wierzytelność wraz z jej prawem zastawu. Podnieść należało tę stronę przy przedstawianiu stosunków wyłaniających się z przepisów, tyczących się prawa nadzastawu, ponieważ nie można było uprzedzać badania, które właśnie miało na celu wykazać, co oznacza wyraz „Pfand“ w ostatniem zdaniu § 455 u. c.[120]).

D) Stosunek między dłużnikiem osobistym zastawnika a nadzastawnikiem.

W prawie nadzastawu wedle kodeksu cywilnego nie istnieje stosunek między dłużnikiem osobistym zastawnika a nadzastawnikiem, prawo to bowiem wedle dostarczonego dowodu jest prawem zastawu na prawie zastawu, a więc na przedmiocie, w którym dłużnik osobisty nie odgrywa żadnej roli. Z samego wyrażenia ustawy w § 455 u. c. „seine Schuld“ (p. w. str. 16) nie można przeto wysnuć wniosków, któreby uzyskane przez nas pojęcie prawa nadzastawu k. c. były w stanie zachwiać.

Inaczej przedstawia się rzecz co do prawa nadzastawu wedle ustawy hipotecznej, wedle niej bowiem prawo nadzastawu ma za przedmiot i wierzytelność, wskutek czego istnienie stosunku między dłużnikiem osobistym a nadzastawnikiem nie ulega wątpliwości. Ponieważ ustawa hipoteczna uważa dłużnika osobistego i właściciela zastawu za uwiadomionych o ustanowieniu prawa nadzastawu, przeto wyliczone na str. 16 kombinacye odpadają, natomiast ze względu na kwestyą zaufania do ksiąg publicznych wyłaniają się nowe a mianowicie:

---

[120]) Orzecz. nr. 1097, dające nadzastawnikowi skargę przeciwko masie konkursowej właściciela zastawu o uznanie płynności jego prawa zastawu, jest uzasadnionem, polega bowiem na tej samej myśli, na podstawie której nadzastawnik bierze udział w rozdziale ceny kupna sprzedanej realności, na której ciążyła wierzytelność będąca przedmiotem prawa nadzastawu. Por. Exner *Hrcht* str. 450.

1) Dłużnik uwiadomiony o ustanowieniu prawa zastawu na wierzytelności (ubezpieczonej hipoteką, a taki tylko wypadek mamy tu na myśli,) nie może bez zezwolenia nadzastawnika uiścić długu swemu wierzycielowi, w przeciwnym bowiem razie wobec nadzastawnika wierzytelność uważa się za istniejącą. Stosunek przeto pemiędzy dłużnikiem osobistym a nadzastawnikiem polega na tem, że wobec tego ostatniego dłużnik nie jest zwolnionym od zobowiązania, to też nadzastawnik może wierzytelność sprzedać lub żądać jej przyznania tak samo, jak wtedy, gdyby dłużnik nie był uiścił długu pierwotnemu wierzycielowi.

2) Jeżeli jednak dłużnik osobisty uiścił dług swemu wierzycielowi przed ustanowieniem prawa nadzastawu, a tylko nie wykreślił prawa zastawu ubezpieczającego ową spłaconą wierzytelność, nadzastawnik (nb. będący w dobrej wierze) nie może się już zaspokoić z wierzytelności wiążącej dłużnika osobistego z nadzastawcą, w tym wypadku przeto pomiędzy dłużnikiem ooobistym a nadzastawnikiem żaden nie zachodzi stosunek [121])

E) Wpływ poprzednich stosunków na stosunek między zastawnikiem a zastawcą, względnie na stosunek wierzyciela do dłużnika osobistego tudzież wpływ poprzednich stosunków na stosunek zastawnika do zastawu.

Na str. 17 — 19 przedstawiliśmy ten wpływ w trzech pytaniach. Pierwsze z nich dotyczy kwestyi, o ile podmioty prawa, które jest przedmiotem prawa nadzastawu, doznają ograniczenia w wykonywaniu swego prawa wskutek ustanowienia prawa nadzastawu. Odpowiedź wynika z ogólnej zasady, że ograniczenie to nie może być większem, aniżeli tego wymaga nienaruszanie praw podmiotów owych stosnnków. Na tej zasadzie wsparci, powiedzieć musimy, że wła-

[121]) W wypadku tym nadzastawnik zaspokaja się z hipoteki, że zaś i wtedy przedmiotem prawa nadzastawu nie jest samo prawo zastawu, ale i wierzytelność (jakkolwiek inna i w której dłużnikiem jest właściciel zastawu), wykazaliśmy pod II.

ściciel zastawu ruchomego uwiadomiony o prawie nadzastawu może uwolnić rzecz od prawa zastawu przez spłacenie długu, gdy jednak zapłata taka dokonana do rąk zastawnika naruszałaby prawa nadzastawnika, przeto dług złożyć powinien do depozytu sądowego. Tak samo ma się rzecz w razie ustanowienia prawa nadzastawu wedle ustawy hipotecznej z tym dodatkiem, że w tem samem położeniu jest i dłużnik osobisty. Z tegoż powodu w razie ustanowienia prawa nadzastawu wedle ustawy hipotecznej zastawnik, nawet nie przedstawiając zezwolenia nadzastawnika, może pozwać dłużnika osobistego, resp. właściciela zastawu o dług, pozwani jednak złożą go do depozytu sądowego [122]). Zastawnik we wskazanych granicach może rozporządzać swem prawem zastawu np. udzielić komu innemu pierwszeństwa stopnia hipotecznego przed swojem prawem zastawu, jeżeli jednak nadzastawnik na to nie zezwoli, prawo tego ostatniego zachowuje dawny stopień [123]). Na

---

[122]) Praktyka przeważnie zgodną jest w tem, że zastawnikowi przysługuje prawo żądać zapłaty bez zezwolenia nadzastawnika, suma dłużna jednak winna być złożoną do depozytu sądowego, choćby petitum opiewało na zapłatę „P. orzecz. nr. 10990: „Der von dem ersten Richter erhobene Anstand, dass die Beklagten zu dem Erlage der eingeklagten Summe bei Gericht nicht angehalten werden können, weil hierauf das Klagbegehren nicht gerichtet war und auch im Laufe der Processverhandlung nicht restringirt worden ist, kann nicht als gegründet angesehen werden, weil in dem Begehren um Zahlung zweifellos auch das Geringere, nähmlich das Begehren des gerichtlichen Erlages der Klagsumme für den Kläger, begriffen ist. Hienach war das von dem Kläger angefochtene Urtheil in Betreff der Abweisung des Zahlungsbegehrens zu bestätigen, im Uebrigen aber in der Sache selbst dahin abzuändern, dass die Beklagten zum gerichtlichen Erlage der Klagforderung verurtheilt wurden". Por. orzecz. podane w rozdz. I, uw. 21 a.

[123]) W orzecz. nr. 10434 podanem wyżej w uw. 21 b) Sąd wyższy dozwolił adnotacyi z zachowaniem praw nadzastawnika, ponieważ zastawnik przez ustanowienie nadzastawu nie utracił prawa rozporządzania swoją wierzytelnością hipoteczną. Sąd najw: potwierdził to zarządzenie z powyższych motywów i z uwagi, że § 30 u. h. nie jest ograniczonym do wierzytelnosci nieobciążonych.

tej samej też zasadzie polega i przepis zawarty w § 7 ustawy z d. 14 czerwca 1888 r., l. 88 d. p. p. (mówiącej o konwersyi wierzytelności hipotecznych instytucyi uprawnionych do wydawania listów zastawnych), stanowi bowiem: „Ist das zu löschende Pfandrecht belastet, so kann die Eintragung des neuen Pfandrechtes in der Rangordnung des ersteren nur dann bewilligt, beziehungsweise die Rechtswiksamkeit des neuen Pfandrechtes und der Eintritt desselben in diese Rangordnung nur dann ausgesprochen werden, wenn die Löschung der Belastung einverleibt oder die Belastung mit Zustimmung der Betheiligten auf das neu eingetragene Pfandrecht übertragen wird".

Na drugie pytanie, od kogo zastawca może żądać zwrotu zastawu, odpowiedzieliśmy już wyżej, tu tylko zaznaczamy jeszcze, że o zwrot zastawu skarżyć może zastawca skargą z kontraktu zastawu tylko zastawnika, on bowiem tylko związanym jest z zastawcą takowym, natomiast nadzastawnika pozywać może jedynie skargami płynącemi z jego prawa własności. Excepcyą nadzastawnika rozebraliśmy powyżej.

Wreszcie ostatnie z postawionych tam pytań unormowanem jest wyraźnym przepisem. § 460 u. c. stanowi, że wierzyciel, który ustanowił prawo nadzastawu, odpowiada nawet za taki przypadek, przez któryby zastaw u niego nie był uległ zniszczeniu lub pogorszeniu. Przepis ten, jak to niejednokrotnie podnoszono, nie da się pogodzić z nieograniczoną przez kodeks (§ 454 u. c.) wolnością ustanawiania prawa nadzastawu.

SPROSTOWANIE.

Na str. 4 w wierszu piątym opuszczono wyrazy: „i § 19 u. z d. 25 lipca 1871 r. nr. 96 d. p. p.