

PODSTĘP W PROCESIE

NAPISAŁ

Dr. M. ALLERHAND



J. WÓW

CZCIONKAMI DRUKARNI LUDOWEJ

1907

Ołbitka z „Przeglądu prawa i administracji“



54958 I

54958



WSTĘP.

1) Bezwzględnie obowiązujące przepisy prawne prowadzą do tego, że strony starają się je obejść. Obejściem ma być osiągnięty niedozwolony skutek, strony obierają więc w celu obejścia prawa środek mogący wywołać złudzenie, iż zachodzi akt dozwolony, czynność niedozwoloną ubiera się we formę czynności dozwolonej.

Sposoby obejścia prawa są najrozmaitsze, każdy przepis prawny pociąga za sobą odrebny rodzaj obejścia.

Faktem jest, że obejście prawa a więc działanie bezprawne przyczyniło się w znacznej części do rozwoju prawa. Prawo dawniejsze uważano za rzecz nie zmienną, nie odważono się uchylić jego mocy obowiązującej. Gdy jednak zachodziła potrzeba zmiany prawa, pomagano sobie przez obejście, obierano dla aktu niedozwolonego formę, która była przepisana dla aktu innego. Ponieważ zaś wedle prawa dawnego zważano więcej na formę niż na treść, przeto akt uważano za ważny, chociażby w razie wniknięcia w treść jego należało dojść do wyniku odmiennego.

Trzymanie się formy, a nie treści umożliwiło obejście prawa, co więcej, doprowadziło do tego, że to, co poprzód było wyjątkiem, stało się powszechnem, każdy obchodził przepis prawa i każdy wiedział, że zachodzi obejście prawa. Doszło więc do tego, że obowiązywało nie prawo rzeczywiste, lecz to, co w jego miejsce w drodze obejścia wprowadzono, akt niedozwolony stał się dozwolonym. Dla utrzymania jednak ciągłości z prawem

dawniejszem przyjmowano, że do skuteczności aktu jest koniecznem obranie tej formy, jakiej dla obejścia prawa używano¹⁾.

Obejście prawa było doniosłem dla historii prawa, przyczyniło się do tego, że prawo zmieniono, że w miejsce nieżywotnego postanowienia wprowadzono przepis odpowiadający wymogom czasu. Wprowadzenie to nastąpiło z wolna, zrazu był ten przepis ukrytym i dopiero później na jaw wyszedł.

Środki, jakimi starano się obejść przepisy prawne, są nie tylko ciekawe, są one ważne dla historii prawa, tłumaczą niejedno postanowienie prawne, tłumaczą dla czego pewna forma była dla aktu przepisana.

Mimo wielkiego znaczenia dla rozwoju prawa, jakie przyznać należy obejściu prawa, nie należy zapominać, że było ono środkiem naruszenia prawa.

2) I w naszych czasach zdarza się obejście prawa, a nie jest ono odosobnionem. Sfery z przepisów prawa niezadowolone obchodzą je rozmaitymi środkami. Dość dziwnem jest, że pozytywne prawodawstwa nie zawierają jasnego postanowienia co do obejścia przepisu prawnego. Mamy pod tym względem lukę w prawie. Taka luka powoduje, że ją wypełnić należy w drodze interpretacyi. Ta interpretacya musi prowadzić do tego, że każde obejście prawa jest niedopuszczalne. Prawo nie po to istnieje, by strony przez podstępne działanie mogły je udaremnić. Chociażby więc strony obrały formy dozwolone, to zawsze wszystko, co działo się dla obejścia prawa ma być jako nieważne uznane.

Możliwem jest, że strony przez obejście prawa przygotowują jego dalszy rozwój, zmianę odnośnych przepi-

¹⁾ Definicje obejścia prawa por. u Pfaffa: *Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere*, 1892 str. 20—49; rezultat badań swoich streszcza Pfaff w zdaniu: „das in fraudem legis agere beruht immer auf einer absichtlich falschen wörtlichen Interpretation d. h. es lässt sich immer auf eine solche zurückführen“ (str. 156—157); o środkach obejścia prawa por. Pfaff str. 98 i n.

sów, jak długo jednak do tego nie doszło, należy zapobiedz nadużyciu formy w celach osiągnięcia skutków niedozwolonych¹⁾.

3) Jednym ze środków, który służy dla obejścia prawa, jest proces. Forma procesu od dawna była używana dla aktów nieprocesowych, a powodem tego była możliwość utrwalenia w sposób prawomocny stanu zresztą niedopuszczalnego. Wystarczy wskazać na formę pełnomocnictwa używaną w procesie w celach dokonania cesyi, wykazuje to, że używano formy procesu dla celu niedozwolonego, a mianowicie dla aktu przeniesienia pretensyi.

Zadaniem naszym jest zastanowienie się nad skutkami nadużywania formy procesu w celach nieprocesowych. W związku z tą kwestyą pozostaje kwestya nadużywania jednego z aktów procesowych w celach niedozwolonych.

Podnieść możnaby zarzut, że wypadki nadużywania formy są patologicznymi wypadkami, których prawnik nie powinien rozpatrywać²⁾. Zdanie to byłoby mylne. Zadaniem nauki prawa nie może być wyłącznie badanie przepisu pozytywnego, należy badać ponadto, jakie były warunki socyalne i ekonomiczne, wśród których powstało pewne postanowienie³⁾. Jeżeli to uwzględnimy, to dojdziemy do tego, że badać należy

¹⁾ Kodeks niemiecki nie wspomina o obejściu prawa. Mimo to przyjmuje się, że interes dla obejścia zawarty ma być oceniony według norm ustawowych dla tego interesu, który ma być zawarty.

Por. Stammler — Die Lehre von dem richtigen Rechte 1902 str. 404,

²⁾ Takie stanowisko zajmuje Ihering: Geist des römischen Rechts (3 wyd. 1877 T. III 1, str. 255 (§. 57): „...denn die Wissenschaft lehrt die Wege des Rechts, nicht die des Unrechts“, mimo to jednak środki obejścia prawa, które nazywa „die Schleichwege des Lebens“, omawia ze względu na to, że tłumacza niejedno postanowienie prawne.

³⁾ Por. Unger: Zur Revision des allg. bürgerl. Gesetzbuches von Grünhuta: Zeitschrift für das Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart, T. 31 (1904) str. 396.

i warunki, które prowadzą do obejścia prawa, po ich zbadaniu można się zastanowić nad tem, czy zmiana prawa jest potrzebna. Badanie środków obejścia prawa jest potrzebnem, by zastanowić się nad środkami, jakie mają być użyte, aby nadużyciu zapobiedz i dopomódz prawu do znaczenia. Każde obejście prawa jest objawem życia¹⁾, gdy każda nauka społeczna, do której i nauka prawa należy, zająć się winna objawami życia, przeto usunąć z pod badania nie możemy objawu, jakkolwiek chorobliwego, to jednak istniejącego²⁾.

Nauka prawa winna więc obejmować i warunki powstania prawa i środki jego obejścia.

Część pierwsza.

Proces symulowany.

§. 1.

Pojęcie i rodzaje procesu symulowanego.

1) Proces ma na celu ochronę naruszonego prawa. Gdzie strony nie zdążają do tego celu, lecz starają się przez proces całkiem co innego, jak ochronę prawa, osiągnąć, tam proces jest tylko formą, którą się strony posługują dla celów innych, dozwolonych lub zakazanych, proces jest procesem symulowanym. Symulowany proces zachodzi więc tam, gdzie strony na zewnątrz objawiają wolę prowadzenia sporu w celu ochrony prawa,

¹⁾ i to objawem nader ciekawym, bo ciągle się zmieniającym; Ihering str. 256 powiada „...kaum aus diesem Schlupfwinkel durch das Gesetz vertrieben, hatte sie sofort wiederum einen anderen in Besitz genommen, — ein Schauspiel, das unwillkürlich den Vergleich eines in seinem Heim umgestellten und angegriffenen Fuchses heraufbeschwört“.

²⁾ Por. Wurzel: Das juristische Denken 1904 str. 102: „Zum modernen Juristen gehört.. die Kenntnis des Bodens, aus welchem jedes Rechtsinstitut seine Kraft schöpft und die Kenntnis seiner socialen Funktionen“; prawo wedle Wurzla należy uważać „als gesellschaftliches Phänomen“.

gdzie jednakowoż ich rzeczywista wola na coś innego jest skierowana.

Zamiar symulacji może zachodzić po stronie stron spór prowadzących, możliwym jest, że i sędzia jest wtajemniczony w to, jaką jest rzeczywista wola stron, mimo to jednak stronom pomaga do osiągnięcia celu.

Tak jak proces może być symulowanym, tak może być symulowaniem i inne postępowanie sądowe. Symulacja może się odnosić tylko do pewnego stadium procesowego, w szczególności do postępowania egzekucyjnego, zachodzi ona, gdy popierający wierzyciel nie dąży do zaspokojenia swojej pretensyi, lecz chce przez użycie formy egzekucyi inny cel osiągnąć.

2) Cel postępowania symulowanego może być rozmaity:

a) Proces może mieć na celu zabawę przed sądem. Znane są wypadki, w których prowadzono proces tylko w tym celu, aby uzyskać rozstrzygnięcie kwestyi prawnej, w tym celu zmyślono stan faktyczny. Zdarza się często, że już po załatwieniu sprawy w czasie, gdy strony nie mają więcej interesu w rozstrzygnięciu sądowym, prowadzą z ciekawości spór dalej, by przekonać się, jak wypadnie orzeczenie sądowe. W szczególności ma to miejsce tam, gdzie już po wydaniu wyroku w niższej instancji i założeniu środka prawnego ugoda przychodzi do skutku, a strony nie cofają środka prawnego i wyczekują orzeczenia sądowego. Jakkolwiek w tych wypadkach proces nie był zrazu symulowanym, to jednak dalsze jego prowadzenie nie przedstawia dla stron żadnego interesu prawnego lub ekonomicznego i dlatego jest ono symulowaniem.

b) Celem procesu symulowanego może być stwierdzenie pewnego faktu, przeprowadzenie na jego prawdziwość dowodu. Stronie może zależeć na tem, by pewien fakt ustalić, gdy zaś do tego nie może dojść w drodze ubezpieczenia dowodu z powodu, że albo proces wogóle nie ma być prowadzonym, albo też że nie zachodzą wymogi tego antycypatywnego postępowania, zmy-

śla stan prawny i potrzebę jego ochrony, wskutek czego przed sądem uzyskuje przeprowadzenie dowodu. Po przeprowadzeniu dowodu, który jest jedynym celem wdrożonego procesu, cofa strona skargę lub zrzeka się dochodzenia roszczenia albo też tylko procesu dalej nie kontynuuje. Okoliczność, że proces wymaga działania strony drugiej, nie przeszkadza stronie we wdrożeniu procesu symulowanego, przez sfingowanie stanu faktycznego może strona inną osobę do współdziałania w procesie zniewolić, może też, co jest regułą, znaleźć dobrowolnego przeciwnika, który występuje na pozór jako pozwany, broni się przeciw żądaniu skargi, ale w rzeczywistości idzie na rękę powodowi.

Stwierdzenie faktów, do czego służyć ma proces symulowany, może być stronie z rozmaitych powodów potrzebnem.

a) W procesie nie dopuszczono dowodu na pewien fakt, a raczej nie dopuszczono dowodów, zapomocą których twierdzenie strony przeciwnej miało być obalonem. Ubezpieczenia dowodu uzyskać nie można, niema bowiem niebezpieczeństwa, które istnieć musi, by poza procesem dowód przeprowadzić. Strona, której na przeprowadzeniu dowodu zależało i która w postępowaniu apelacyjnem chciała przedłożyć protokoły zeznań świadków w procesie nieprzesłuchanych, zaskarżyła osobę trzecią w sprawie nieinteresowaną, a która z nią w porozumieniu działała, o zapłacenie pewnej sumy, opierając się na tem, że się z nią założyła o kwotę w trzeciej ręce złożoną; powodem zakładu była wedle twierdzenia skargi różnica zdań co do zdarzenia odnoszącego się do procesu strony powodowej, w którym dowodu nie dopuszczono. W procesie o zapłacenie sumy zakładowej obydwie strony zgodnie powołały się na świadków, których w procesie głównym nie przesłuchano, a sędzia musiał dowód dopuścić. Cel został osiągnięty, protokoł przesłuchania świadków istniał, co więcej, strona uzyskała wyrok sądowy, w którym ustalono prawdziwość jej twierdzenia

We wypadku dopieroco wymienionym proces nie miał na celu ochrony prawa, nie miał na celu uzyskania kwoty zakładowej, lecz zdązał do stwierdzenia faktu.

β) Przeprowadzenie pewnego dowodu jest często potrzebnem dla użytku przed władzami skarbowemi, by wykazać, kiedy pewien akt został zdziałany, względnie by wykazać, że jest nieważnym. Wedle ustaw skarbowych zachodzi w wielu wypadkach presumcja, że należność ma być uiszczoną, względnie że wyższa należność przypada; strona ma sama dostarczyć dowodu na przeciwieństwo ¹⁾. Przeprowadzenie dowodu ze świadków przed władzami skarbowemi nie jest możliwem, strona stara się dowód ten przeprowadzić przed sądem, a cel osiąga przez wdrożenie symulowanego procesu. Wyniki przeprowadzonych przed sądem dowodów przedstawia się władzom skarbowym i wykazuje się, że fakta służące za podstawę wymiaru należności są nieprawdziwe, że więc niesłusznie należność przypisano.

Oto przykłady:

Po śmierci pewnego kupca znaleziono cały szereg weksli wedle skali I ostemplowanych, zaopatrzonych jego akceptem i niedatowanemi żyrami; weksle były płatne do 6 miesięcy od dnia wystawienia, a dzień płatności zapadł przed śmiercią akceptanta. Wdowa wystąpiła z twierdzeniem, że po śmierci męża wykupiła z własnych funduszów wszystkie znalezione weksle, celem jej twierdzenia było wykazać, że pozostały majątek jest minimalny. To jej twierdzenie naraziło ją na wysoką należność od weksli. Władza skarbową przyjęła, że jeżeli wdowa wykupiła weksle po śmierci męża, to znajdowały się one w obiegu po dniu płatności, a więc po upływie 6 miesięcy od dnia wystawienia. Jeżeli we-

¹⁾ Tak wedle ustępu 1 uwag wstępnych do taryfy ustawy należnościowej z d. 9. lutego 1850 Nr. 50 dz. u. p. Myr-bach-Rheinfeld, Grundriss des Finanzrechtes 1906 str. 278, nazywa wspomnianą zasadę regułą interpretacyjną.

ksel pozostaje w obiegu po upływie 6 miesięcy, wówczas ma być uiszczoną należność nie wedle skali I lecz wedle skali II, a ponadto osobna należność od każdego żyra wedle skali I¹⁾, gdy zaś uiszczono należność tylko od akceptu wedle skali I, przypisano należność dodatkową, a ponadto nadwyżkę, co razem wynosiło kilkadziesiąt tysięcy koron.

Aby się uchronić od obowiązku płacenia tej wysokiej należności, wdowa cofnęła swoje twierdzenia, jakoby wykupiła weksle po śmierci męża, dowodów jednak na to nie mogła dostarczyć. Nie mając innego sposobu wyjścia, zaskarżyła w porozumieniu z nią jedną z współspadkobierczyń o zapłatę częściowej kwoty tytułem należności jej przepisanej, ta zarzuciła jej, że weksle za życia spadkodawcy i w terminie zapadłości wykupiono, na co dowód ofiarowano. Przesłuchano świadków, którzy potwierdzili prawdziwość zapodań pozwanej, a protokoły przesłuchania przedłożono władzy skarbowej w odpisie.

Podobny wydatek zdarzył się pewnemu adwokatowi, któremu klient oddał weksel płatny w 6 miesięcy od daty wystawienia, do zaskarżenia przeciw akceptantowi. Adwokat poradził klientowi zażyrować weksel na imię innej osoby, by w ten sposób odebrać akceptantowi możność podniesienia zarzutów. Na weksłu umieszczono w następstwie żyro i weksel zaskarżono na imię osoby podstawionej. Ze względu jednak na to, że żyro było umieszczone po upływie 6 miesięcy, przyjęto, że weksel znajdował się w obiegu po upływie 6 miesięcy; ponieważ należność od weksła uiszczono li tylko wedle skali I, przeto wymierzono od weksła należność, a ponadto obłożono strony karą²⁾. Gdy klient wystą-

¹⁾ Wedle §§ 4 i 11 ust. z d. 8. marca 1876 Nr. 26 Dz. u. p.

²⁾ Stało się to na podstawie przepisu ustępu 2 § 24 ust. z d. 8. marca 1876 Nr. 26 dz. u. p., wedle którego przyjmuje się na niekorzyść strony, o ile przeciwieństwo nie zostanie przez nią wykazane, że indos bez daty został umieszczony na

pił przeciw adwokatowi z wyrzutami, wniósł on jego imieniem przeciw sobie pozorną skargę o zapłatę należitości i podwyżki. Proces toczył się wedle dawnego postępowania bagatelarnego, a sąd postanowił przesłuchać pozwanego (adwokata) jako świadka pod przysięgą na fakt, że żyro nie było prawdziwe, lecz pozorne. Po przesłuchaniu adwokata strony nie żądały wydania wyroku, a odpis protokołu, w którym były zawarte zeznania adwokata, przedłożono władzy skarbowej, by wykazać, że weksel nie znajdował się po upływie 6 miesięcy w obiegu. I w tym wypadku proces nie miał na celu ochrony prawa, lecz zdązał jedynie do stwierdzenia faktu.

γ) Drogę procesu obiera się często, by stwierdzić fakt ubliżający trzeciej osobie. Już w Rzymie nadużywano w tym celu formy procesu, zakładano się o kilka sesterców na wypadek, si *M. Lutatius vir bonus esset*¹⁾. Gdy Robert Peel wystąpił przeciw cłom ochronnym i gdy go z tego powodu zwalczano, zakładano się o pewną kwotę płatną wtedy, gdy przestanie on być uczciwym człowiekiem. W procesie miano stwierdzić, że przestał on być człowiekiem uczciwym, zakład a i cały proces były symulowanymi aktami²⁾.

weksłu w czasie uzasadniającym obowiązek uiszczenia należitości od indosu oraz wyższej należitości od weksla.

¹⁾ Keller: *Der römische Civilprocess* 1883 (ed. 7) str. 127 Nr. 307 (§. 26).

²⁾ Proces karny, który na żądanie osoby prywatnej może być wdrożony, służy jako środek w celu stwierdzenia faktu ubliżającego trzeciemu. Oskarżyciel prywatny wnosi oskarżenie przeciw pewnej osobie na tej podstawie, że ona mu ubliżyła przez rozsiewanie pogłosek, jakoby on (oskarżyciel prywatny) skłamał, twierdząc, że trzecia osoba popełniła jakiś czyn karny lub niehonorowy. Obwiniony, który działa w porozumieniu z oskarżycielem prywatnym, prowadzi dowód prawdy, powołuje świadków, którzy stwierdzają, że fakt, o który idzie, jest prawdziwy. Na tej podstawie musiałby obwiniony być zasądzony, twierdzenie osoby trzeciej dotyczące okazuje się jako prawdziwe. Do wyroku jednak nie dochodzi, po przeprowadze-

c) Proces symulowany może mieć za cel narażenie trzeciego na szkodę.

α) Przez pozorną skargę i pozorne uznanie lub przez uzyskanie wyroku kontumacyjnego chce strona wykazać, że przysługują jej prawa, że posiada majątek, że więc na kredyt zasługuje. Wystarczy wskazać na procesy Teresy Humbert, gdzie skarżono o uznanie za nieważny testamentu, którym wrzekomo zapisano majątek milionowy; strona procesowa działała w porozumieniu z pozwaną, a procesy nie miały nic innego na celu, jak wykazanie, że istnieją miliony i że strony procesowe zasługują na wysoki kredyt. O ochronę prawa

niu dowodów cofa oskarżyciel prywatny przeciw obwinionemu, który jest jego pomocnikiem, skargę. Cel jednak, a mianowicie stwierdzenie faktu ubliżającego trzeciemu został osiągnięty. W ten sposób wystąpiono przeciw pewnemu posłowi we Wiedniu i przeprowadzono dowód, że miał on stosunek z pewną kobietą wątpliwej moralności. Proces ten wdrożono w ten sposób, że w piśmie zarzucono kłamstwo pewnej osobie, która wystąpiła z twierdzeniem, iż poseł utrzymuje stosunek miłosny. Twierdzenie podniesiono tylko w celu umożliwienia procesu karnego, który wdrożono tylko w celu przeprowadzenia dowodu. I we Lwowie starano się kilka lat temu tego rodzaju proces karny przeprowadzić; oskarżyciel w porozumieniu z redaktorem pewnego pisma wniósł skargę o obrazę czci z powodu zarzutu czynu niehonorowego, a redaktor starał się prowadzić dowód prawdy, by w ten sposób pewne fakta uwłaczające czci trzeciej osoby w procesie ustalić.

W jakim celu używa się formy procesu karnego, o tem świadczy następujący wypadek: Urzędnik w drodze dyscyplinarnej z powodu pewnych nadużyć wydany zaskarżył o obrazę czci pewną osobę, która miała mu zarzucić te same czyny, które mu w postępowaniu dyscyplinarnem zarzucono. Obwiniony ofiarował dowód prawdy, a sąd przesłuchiwał świadków, którzy stwierdzili nieprawdziwość zarzutów. Do wyroku, któryby wypadł na niekorzyść obwinionego, rozumie się samo przez się nie doszło, ale urzędnik uzyskał materiał dowodowy, który starał się następnie zużytkować.

We wszystkich wymienionych wypadkach mamy do czynienia ze symulowanym procesem karnym.



nie rozchodziło się, gdyż stan sprawy był zmyślony¹⁾.

β) Obok wypadku powyższego, w którym trzecia osoba tylko faktycznie, a nie prawnie ma być na szkodę przez przeprowadzenie procesu pozornego narażoną, może mieć proces pozorny na celu wyrządzenie wprost szkody osobie trzeciej przez uzyskanie wyroku.

Tu należy pozorna skarga, uzyskanie wyroku kon-tumacyjnego, przeprowadzenie egzekucyi, by uprzedzić innych wierzycieli. Osoba zaufana, działająca w porozumieniu z dłużnikiem, uprzedza z egzekucją pozorną wierzycieli przy sprzedaży przymusowej, sama nabywa przedmioty zajęte (oczywiście działając na rzecz dłużnika), a cenę kupna podejmuje na zaspokojenie pretensyi, której przysługuje wskutek wczesnej egzekucyi pierwszeństwo; kwotę uzyskaną zwraca się następnie dłużnikowi. W ten sposób ponoszą wierzyciele wskutek pozornych aktów sądowych szkodę.

Ulubionym sposobem dla narażania wierzycieli na szkodę jest zaskarżenie czynszu najmu w kwocie nienależnej i uzyskanie zastawniczego opisanie ruchomości. Po myśli § 1101 u. c. nadaje zastawnicze opisanie wynajmującemu uprzywilejowane prawo zastawu dla czynszu najmu. Przez zaskarżenie zmyślnego czynszu wynajmujący, chociaż opisanie następuje już po dokonaniem przez wierzyciela zajęcia, uzyskuje pierwszeństwo w zaspokojeniu, pobiera z uzyskanej przy sprzedaży licytacyjnej kwoty znaczną część i zwraca ją dłużnikowi.

¹⁾ W celach oszukańczych posługiwano się nawet formą konkursu, a liczono na opinię publiczności, iż w konkursie towar zostaje sprzedany za kwotę niską. Na imię subiekta założyła pewna osoba sklep, zawarła z nim pozorny kontrakt, którym mu sprzedała towary za wysoką cenę, wartość kilkakrotnie przewyższającą. Po pewnym czasie wrzeczony wierzyciel żądał zapłaty, następnie otwarcia konkursu. W konkursie, w którym wierzyciel, działający w porozumieniu z dłużnikiem, wszystkim dysponował, sprzedano towary, ogłaszając, że sprzedaż odbędzie się tanio, publiczność garnęła się do kupna, a właściciel zyskał, pozbywając się towaru bezwartościowego.

Przez dokonanie aktu pozornego naraża wynajmujący z dłużnikiem rzeczywistych wierzycieli na szkodę.

Proces symulowany prowadzi się często, by uzyskać zwolnienie od obowiązku opłacania należności prawnej od umowy dotyczącej nieruchomości w wypadku, gdzie zawarta umowa się rozwiązuje. Kupujący skarży na pozór sprzedającego o dopełnienie umowy co do nieruchomości zawartej, sprzedający broni się tem, że umowa nie doszła do skutku, lub że jest nieważna, albo też została zerwana, że więc przeniesienie własności nie może nastąpić. Uzyskanym wyrokiem ma się wykazać władzy skarbowej, że akt prawny nie doszedł do skutku, że więc należność nie przypada ¹⁾).

γ) Jednym z najciekawszych wypadków procesu symulowanego jest proces alimentacyjny, który zdąża do tego, by zwolnić pewną osobę od obowiązku płacenia alimentów. Rzeczywisty ojciec nieślubnego dziecięcia w porozumieniu z matką i trzecią osobą składa jej oraz matce pewną kwotę, w imieniu dziecka występuje opiekun przeciw trzeciemu jako wskazanemu przez matkę ojcu z pozwem o uznanie ojcostwa i alimentację. Trzeci uznaje żądanie skargi lub dopuszcza do kontumacyi, gdy zaś dziecię nie może mieć dwóch ojców, prawdziwy ojciec zostaje zwolniony od wszelkich obowiązków. Zdarzały się nawet wypadki, że trzeci uznany wyrokiem za nieślubnego ojca zawarł ślub z matką dziecięcia i postarał się o legitymację dziecięcia nieślubnego per subsequens matrimonium.

¹⁾ Czy wyrok sądowy, uzyskany w procesie, a nie li tylko na skutek submisyi lub kontumacyi, wiąże władze skarbowe, jest spornem. Cały szereg orzeczeń trybunału administracyjnego stoi na stanowisku, że gdy wyrokiem sądowym orzeczono nieważność aktu, władze skarbowe są tym wyrokiem związane. Por. Gerstmann-Stern: Die gebührenrechtliche Behandlung des Kaufvertrages und verwandter Rechtsgeschäfte 1899 str 21 Nr. 21 i 22, którzy są zdania odmiennego str. 19 i. n. podnosząc, że wyrok zapadły między stronami nie jest prawomocny wobec skarbu państwa jako osoby trzeciej.

W wypadku obecnie omówionym zostaje dziecko na szkodę narażone, a ojciec zostaje od obowiązku zwolniony. Do tego służy forma procesu symulowanego, a niemając przysługę oddaje zapatrywanie, że wyrok zapadły w kwestyi ojcostwa jest wobec każdego trzeciego prawomocny.

d) Proces symulowany może mieć na celu obejście przepisu absolutnego. Wypadek ten zachodzi, gdzie ustawa przepisuje pewną formę dla aktu, a strony formy tej obrać nie chcą lub jej użyć nie mogą i w tym celu obierają formę procesu. Gdy strony chcą zawrzeć akt darowizny, muszą zeznać akt notaryalny. Zdarza się, że strony nie chcąc użyć pomocy notaryusza, wnoszą skargę o uznanie prawa własności gruntu na podstawie zmyślonego tytułu, np. tytułu kupna i sprzedaży; gdy pozwany uzna żądanie skargi lub też na terminie nie stanie, uzyskuje się wyrok sądowy, a następnie na jego podstawie wpis prawa własności. Że się ma do czynienia z darowizną, wychodzi na jaw później, gdy obdarowany domaga się oddania fizycznego posiadania, darczyńca nie chce zadość uczynić temu żądaniu i przeciw wyrokowi, którym tylko prawo własności uznano, podnosi zarzut, że jest aktem wskutek symulacji użytym.

Ustawa o sprzedaży ruchomości na raty daje powód do procesów pozornych. Sprzedawca nie może dochodzić wcześniej pretensyi o zapłacenie ceny kupna, jak dopiero, gdy dwie raty nie zostały zapłacone. Gdy każde odmienne w umowie zawarte postanowienie jest bezskuteczne, obchodzi się przepis ustawy w ten sposób, że sprzedawca zawiera umowę pod warunkiem, że z góry przed wręczeniem przedmiotu skarży nabywcę o zapłatę ceny kupna, a dopiero po prawomocności zapadłego na skutek skargi wyroku wręcza przedmiot; w ten sposób sprzedawca chce mieć możliwość prowadzenia egzekucyi po zapadłości jednej raty.

Gdzie istnieje zakaz pozbywania lub obciążania nieruchomości i gdzie właściciel nieruchomości z po-

wodu uwidocznienia tego zakazu w księdze gruntowej nie może zaciągnąć pożyczki hipotecznej, obchodzi się ten zakaz przez pozorny akt sądowy. Zakaz obciążania odnosi się do aktów dobrowolnych, nie odnosi się natomiast do aktów egzekucyjnych¹⁾. Z tego korzysta dłużnik i w porozumieniu z wierzycielem daje się zaskarżyć, wierzyciel po prawomocności wyroku prowadzi egzekucję i uzyskuje wpis prawa zastawu na nieruchomości. Po dokonaniu wpisu zalicza wierzyciel dłużnikowi sumę pożyczkową. Przez obranie formy egzekucyi, a więc symulowanego aktu sądowego, może dłużnik obciążyć nieruchomość, chociaż prawo zastawu wedle swej istoty nie jest egzekucyjnem lecz dobrowolnem.

Trudności, jakie stawia ordynacya egzekucyjna dłużnikowi i wierzycielowi w wypadkach, w których wierzyciel po uzyskaniu zajęcia ruchomości tylko na pewien czas chce udzielić zwłokę dłużnikowi, prowadzą do obejścia ustawy przez proces symulowany. Jak wiadomo, wierzyciel, który odstępuje od licytacji rucho-

¹⁾ Tego zdania jest Exner: Das österreichische Hypothekenrecht II. (1831) str. 459—60, odmiennego Randa: Das Eigentumsrecht 1884 T. I. str. 198—199 Nr. 43, który wierzycielowi przyznaje tylko prawo prowadzenia sekwestracyi na dochody. Zakaz rozporządzania jako tymczasowe zarządzenie wprowadzony ordynacją egzekucyjną (§ 384) czyni tylko dobrowolne pozbycie lub zastawienie bezskutecznem wobec wierzyciela, który zakaz uzyskał, nie odnosi się zaś do przymusowych aktów. Dłużnik ma więc możność obejścia zakazu przez porozumienie się z trzecią osobą, która w porozumieniu z nim uzyskuje egzekucję. Por. Tilsch: Über den Einfluss der Civilprocessgesetze auf das allg. bürgerl. Gesetzbuch 1900 str. 24—25. Rintelen: Die einstweilige Verfügung 1905 str. 237 podnosi, że gdy pozbycie nastąpiło wbrew zakazowi, a następnie uzyskano wyrok zniewalający zobowiązanego do dopełnienia umowy wbrew zakazowi dokonanej, wówczas i egzekucya na podstawie wyroku jest bezskuteczną (str. 246). Czy zakaz odnosi się i do rozporządzenia na wypadek śmierci, jest spornem. Czoernig: Vorlesungen über die Exekutionsordnung 1898 str. 909 przyjmuje, że się do nich nie odnosi. Kwestya jest ważną przy legacie. Por. Mück: Die einstweiligen Verfügungen 1901 str. 28.

mości, nie może jej dalej przez czas 6 miesięcy prowadzić. By temu zapobiedz, dłużnikowi krótszą zwłokę udzielić, a przytem prawo zastawu zatrzymać, wnosi w porozumieniu z wierzycielem i dłużnikiem trzecia zaufana osoba skargę o wyłączenie i prosi o wstrzymanie egzekucyi. To wstrzymanie uzyskać można bez kaucyi lub za kaucyą, wierzyciel zwalnia nieraz trzeciego od obowiązku złożenia kaucyi. Proces ekscyndencyjny wdraża się tylko w celu, aby dalszą egzekucyę wstrzymać, dalsze prowadzenie tego procesu jest zbędnem, cel, a mianowicie wstrzymanie egzekucyi, zostaje osiągnięty, strony dają sprawie upaść, a wierzyciel może wznowić przed upływem 6 miesięcy dalszą egzekucyę. To więc, co nie może być za porozumieniem stron osiągnięte, zyskuje się przez wniesienie skargi pozornej.

e) Proces symulowany może służyć tylko za formę dla dozwolonej zresztą umowy.

Istnieją pewne akty prawne, które mogą być w dowolnej formie zawarte. Strony obierają jednakowoż formę procesu i wyroku, wyrok zastępuje formę dla umowy, co dla strony jest o tyle korzystniejszem, że ma ona w chwili zapadłości zapewnioną bezzwłoczną egzekucyę i nie potrzebuje wnosić skargi. Weźmy np. umowę pożyczki; strony mogą ją zawrzeć ustnie, mogą zawrzeć pisemnie. Niejednokrotnie wierzyciel nie chce zaliczyć sumy pożyczkowej, dopóki nie uzyska wyroku, w tym celu skarży dłużnika o zapłatę, uzyskuje wyrok i uznanie lub wyrok zaoczny, a po jego prawomocności zalicza walutę. Wyrok jest tu formą dla umowy, a zarazem ma wierzycielowi zapewnić wykonalność, w razie, gdyby dłużnik w terminie nie dopełnił zobowiązania. Ta forma jest obecnie, o ile idzie o świadczenie zamiennych rzeczy, zbędną, gdyż akt notaryalny może się stać w myśl § 3. ust. not. wskutek oświadczenia dłużnika bezzwłocznie wykonalny, strony nie potrzebują więc wyroku jako formy, mając formę inną.

Mimo to i obecnie zdarza się, że wierzyciel żąda wyroku sądowego, a zwłaszcza tam, gdzie mu akt no-

taryalny nie zapewnia bezzwłocznej wykonalności, a więc przy zobowiązaniu oddania rzeczy niezamien-nych¹⁾).

Proces i wyrok symulowany, gdy mają służyć za formę dla umowy, nie mają na celu ochrony prawa, lecz służą dla jego stworzenia lub utwierdzenia. Każdy inny wyrok zostaje wydany dopiero wtedy, gdy prawo zostało naruszone, tu wydaje się wyrok w chwili powstania prawa, w razie naruszenia prawa ma się ko-rzystać z wyroku, wydanego w chwili powstania prawa.

Dopuszczalność skargi o ustalenie stosunku pra-wnego lub prawa, prowadzi do tego, że można użyć wyroku w takim procesie zapadłego jako formy dla umów. Zamiast w umowie określić, jaki stosunek za-chodzi między stronami, wnosi się skargę o ustalenie istnienia stosunku prawnego, pozwany uznaje żąda-nie i w ten sposób zostaje wyrokiem stosunek stwier-dzony²⁾). Podczas gdy wyrok, który zasądza pozwanego na dopełnienie, daje możliwość prowadzenia egzekucyi, wyrok ustalający stwierdza w formie publicznej treść umowy. I w tym wypadku nie zachodziła potrzeba ochrony prawa, wymogów ustalenia nie było, upra-wniony, zawierając umowę, wniósł skargę, chociaż po-zwany praw jego w niczem nie naruszył i nawet naru-szyć nie mógł, skoro się rozchodziło tylko o zawarcie umowy.

¹⁾ Ulubioną formą u lichwiarzy była forma zapisu na sąd polubowny i wyroku polubownego. Akty te sporządzano przed zaliczeniem pożyczki, wedle ich treści jednak miał istnieć mię-dzy stronami spór, który sędzia polubowny (często spółnik li-chwiarza) rozstrzygnął rozumie się w ten sposób, iż dłużnika zasądził na zapłacenie kapitału i wysokich odsetek. Forma wyroku sądu polubownego dawała lichwiarzowi możliwość bez-zwłocznego prowadzenia egzekucyi w chwili zapadłości pożyczki. Ciekawem jest, że w wyrokach z dawniejszych lat pochodzą-cych zawsze ta sama osoba występuje jako sędzia polubowny.

²⁾ Na tę możliwość użycia formy procesu o ustalenie dla celów zawierania umowy wskazuje Degenkolb: *Einlassungs-zwang und Urtheilsnorm* 1877 str. 166 i n.

§ 2.

Proces pozorny a symulowany.

1) Proces symulowany jest wytworem bardzo dawnym, spotykamy go już w Rzymie. In iure cessio, forma używana dla przeniesienia własności nieruchomości, była dawniej procesem symulowanym, a ślady tego pochodzenia zachowały się źródłem tej formy był przepis, wedle którego nie można przenieść na kogo innego własności nieruchomości, nieruchomość miała być zatrzymaną rodzinie lub szczepowi¹⁾. By zakaz przeniesienia nieruchomości obejść, występował nabywca nieruchomości z pozwem przeciw właścicielowi i sprzedawcy, twierdził przed pretorem, że jest właścicielem i grunt windykował, pozwany przyznawał twierdzenia powoda, a następnie pretor na podstawie uznania musiał przyznać własność skarżącemu. Mamy tu do czynienia z procesem symulowanym, którego celem było obejście przepisu absolutnego²⁾.

¹⁾ Przepis tego rodzaju spotykamy u wielu ludów (Por. Post: Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz 1895 T. II. str. 702 i n.). Własność była pierwotnie wspólną (Por. Loveleye: Das Ureigenthum 1879 str. 79 i n. z czego u Greków i Rzymian pozostały tylko ślady, str. 317 i n.), wobec tego przeniesienie jej nie było możliwem; gdy z tej własności wspólnej wytworzyła się własność indywidualna, pozostał ślad dawnego stanu o tyle, że istniały ograniczenia pozbywania nieruchomości lub też przynajmniej pierwszeństwo na rzecz rodziny lub sąsiadów.

²⁾ Sohm: Institutionen des römischen Rechtes 1888 (3 wyd.) str. 31 Nr. 2, jest zdania, że in iure cessio powstała pierwotnie przy usamowolnieniu niewolnika, a dopiero znacznie później użyto jej jako formy do przeniesienia własności nieruchomości. Formy in iure cessio używano w Rzymie także przy wypuszczeniu syna z pod władzy ojcowskiej.

Schulin: Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts 1889 str. 366 i n. występuje przeciw zdaniu, jakoby in iure cessio była procesem pozornym; tak jak w procesie greckim, tak i w Rzymie przy przeniesieniu nieruchomości wzywano przed organem państwowym każdego, który sobie rościł prawo do gruntu, by wystąpił z roszczeniem i sprzeciwił się pozbyciu,

Z czasem, gdy przeniesienie nieruchomości było dopuszczalnym, zachowano nadal formę procesu, ale ta była tylko formą i niczem innym¹⁾. Ślad dawnego procesu zachował się jednak o tyle, że forma *in iure cessio* nie mogła być tam zastosowana, gdzie windykacja nie była możliwą²⁾.

2) I w Niemczech istniał proces pozorny, a była nim t. zw. „*Auflassung*“. Ta ostatnia miała na celu przeniesienie własności nieruchomości, zrazu była ona procesem pozornym, kupujący windykował przedmiot, pozwany uznawał prawo kupującego, a sąd wydawał wyrok, przyznający prawo własności kupującemu. Forma „*Auflassung*“, jakkolwiek w szczegółach była odmienna,

z chwilą, gdy sprzeciwienie się nastąpiło, prowadzono proces, by dowiedzieć się, kto jest właścicielem gruntu (str. 365). Wywody Schulina nie przemawiają przeciw zdaniu, że *in iure cessio* była pierwotnie procesem. Wezwanie publiczne była stadyum późniejszym, gdy już uznano przeniesienie własności nieruchomości jako dopuszczalne; wskutek wezwania obok procesu pozornego nabywcy ze sprzedawcą toczył się i proces drugi z osobą, która przeciw przeniesieniu wystąpiła.

¹⁾ Degenkolb l. c. str. 265 i n. wypowiada zdanie, że w Rzymie prowadzono proces pozorny nie tylko, by uzyskać formę dla przeniesienia własności nieruchomości, lecz także, by uzyskać formę dla zaciągnięcia zobowiązania. Ślady tego procesu pozornego w celu stworzenia obligacyi prowadzonego nie znachodzą się. Degenkolb wypowiada przypuszczenie, że forma *nexum* jest pozostałością procesu pozornego.

²⁾ Por. Ihering: *Geist des römischen Rechtes* 3 wyd. (1875) T. II. 2 str. 533 i n. 552. Fakt, że *in iure cessio* była pierwotnie procesem symulowanym, tłumaczy, dlaczego nie było możliwem nabyć przez osobę pod władzą pozostającą służebności miejskie. Służebności miejskie były *res nec mancipi*, jako takie mogły być nabyte w drodze *in iure cessio*, a więc w drodze windykacyi, tej nie mogła dokonać osoba, która nie posiada, a taką była osoba pod władzą pozostającą. Dla niej była windykacja niemożliwą, na rzecz innego nabycie nie miało miejsca dla braku zastępstwa w Rzymie, stąd to więc pochodzi przepis o nieważności nabycia przez niewolników lub synów służebności miejskiej.

to jednak w zasadzie była taką samą, jak *in iure cessio*¹⁾.

Przy „*Auflassung*“ wzywano każdego, ktoby sobie rościł prawo do nieruchomości, do sprzeciwienia się przeniesieniu nieruchomości; z tym, który wniósł sprzeciwienie się, prowadzono proces. Mamy więc obok procesu pozornego ewentualnie proces rzeczywisty, skierowany przeciw formie, mającej na celu przeniesienie własności²⁾.

Z czasem, gdy przeniesienie nieruchomości było dopuszczalnem, forma „*Auflassung*“ stała się wyłączną formą dla przeniesienia nieruchomości, z czasem zastąpiono ją wpisem do ksiąg sądowych, z czego w następstwie powstały księgi gruntowe.

3) Formę procesu pozornego spotykamy u Franków. Gdy przeciwnik nie uznał dokumentu, przedstawiano go w sądzie, gdzie przeciwnik mógł być do uznania zniewolony. Przez przedłożenie dokumentu w sądzie można było ponadto uzyskać zatwierdzenie przez króla, co dawało dokumentowi większą gwarancję. Uznanie dokumentu w sądzie, względnie zatwierdzenie przez króla mogło się odbyć, gdzie już dokument istniał i gdzie powstała co do jego wartości dowodowej kwestya. Tam, gdzie nie istniał dokument i gdzie nie zaprzeczano jego treści, tam zatwierdzenie nie było możliwem. By jednak dokument królewski uzyskać już w chwili zawierania umowy, a tem samem osiągnąć większą gwarancję dla aktu, przedstawiano dokument zwykły w sądzie, przeciwnik działający w porozumieniu zgodził się na zatwierdzenie, a po przeprowadzeniu procesu pozornego osiągnięto zatwierdzenie królewskie

¹⁾ Por. Schröder: *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte* 1889 str. 271.

²⁾ Weissman: *Die Feststellungsklage* 1879 str. 21. uważa sprzeciwienie się przeciw „*Auflassung*“ jako interwencję główną (*Prinzipalintervention im Scheinrechtsstreite*); gdy proces główny był pozornym, sprzeciwienie było tylko przeciw sprzedawcy wystosowane.

i ubezpieczenie przeciw zaczepieniu¹⁾. W ten sposób proces symulowany dawał możliwość uzyskania kwalifikowanego aktu na stwierdzenie umowy w czasie, gdy spór między stronami nie istniał

We Włoszech prowadzono proces symulowany, by uzyskać w drodze procesu dokument, stwierdzający istnienie prawa. W tym celu korzystano z przepisu prawa, wedle którego przedawnienie pretensyi następowało w przeciągu lat 5, jeżeli jej w tym czasie nie dochodzono. Możliwem było, że wierzyciel nie chciał dochodzić pretensyi; by nie narazić go na utratę pretensyi z powodu przedawnienia, wprowadzono instytucję odnowienia dokumentu już istniejącego. Przez odnowienie sądowe dokumentu nie dochodzono wprawdzie pretensyi, nie żądano jej zaspokojenia, ale dawano do poznania, że żąda się pretensyi, odnowienie dokumentu przerywało zadawnienie. Formy odnowienia sądowego dokumentu, przez którą pretensya została sądownie stwierdzoną, jakkolwiek o jej wykonaniu nie orzekano, użyto z czasem i tam, gdzie nie chodziło o odnowienie już istniejącego dokumentu, lecz dopiero o sporządzenie dokumentu, gdzie więc dla stwierdzenia umowy chciano obrać formę dokumentu. Forma sądowa miała utrwalić pewien stosunek prawny, gdy zaś ta forma tylko wtedy mogła być obraną, gdy istniał dokument, zmyślono jego istnienie, proszono o odnowienie przed sądem, a w ten sposób przez obranie formy publicznej cel osiągnano²⁾.

Mamy tu do czynienia z pozorną formą sądową, dokument mógł być odnowiony, gdy istniał, zmyślano więc jego istnienie i w drodze sądowej na pozór żądano odnowienia, wystawca dokumentu nie sprzeciwiał się zmyślonemu odnowieniu, a uprawniony zyskał dokument sądownie potwierdzony.

Dokument sądownie potwierdzony, względnie odnowiony był nader korzystną formą dla uprawnionego,

¹⁾ Por. Weissman l. c. str. 27.

²⁾ Weissman l. c. str. 27—30.

podczas gdy pierwotnie miał on być kwalifikowaną formą dla umowy, z czasem był on dla wierzyciela środkiem dochodzenia pretensyi. Wskutek stwierdzenia istnienia pretensyi, dokonanego przez sąd z okazji odnowienia dokumentu, wskutek przeprowadzenia badań było możliwem uznać orzeczenie sądowe, którem odnowiono dokument, jako wykonalne i w rzeczywistości uznawano dokument sądowy jako wykonalny. W ten sposób wierzyciel przez obranie formy symulowanej zapewniał sobie już w chwili zawarcia umowy dokument, na podstawie którego mógł w chwili płatności pretensyi prowadzić przeciw zobowiązanemu egzekucję.

Forma odnowienia dokumentu w celu stwierdzenia treści umowy i w celu uzyskania wykonalnego aktu powszechnie była w użyciu, doszło do tego, że dla uzyskania dokumentu procesu wcale nie przeprowadzano. Akt, który zawierał klauzulę wykonalności, a który tylko w drodze symulowanego procesu mógł być uzyskany, stawiano na równi z wyrokiem sądowym, nie zachodziła więc potrzeba użycia formy odnowienia dokumentu. W ten sposób z pozornego postępowania sądowego wytworzyła się instytucja aktów z klauzulą t. z. gwarantigą, klauzulą wykonalności. Akty te zastępujące wyrok są i u nas znane, a mianowicie akty notaryalne, w których zobowiązany uznaje bezzwłoczną wykonalność aktu. Dla wierzyciela są one korzystne, wierzyciel otrzymuje nie tylko dokument na stwierdzenie swego prawa, lecz i tytuł egzekucyjny, wskutek czego nie potrzebuje się starać w chwili, gdy dłużnik nie czyni zadość swemu zobowiązaniu, o wyrok sądowy, lecz może bezzwłocznie korzystać z aktu zeznanego w chwili zawarcia umowy.

4) Gdy często używano formy procesu symulowanego, doszło do tego, że akt poprzód zabroniony stał się dopuszczalny. Wobec ciągłych procesów pozornych, wobec używania formy procesu dla celów nieprocesowych, w szczególności dla celów zawierania umowy, sędzia był bezwładny, a prawo uznało proces symulo-

wany jako ważny i skutki wywołujący. Podczas, gdy poprzód prawo pozostawało w sprzeczności z potrzebami życia i ze względu na ostatnie obchodzono przepisy prawne oraz obierano formę procesu, obecnie życie przemogło literę prawa. Z chwilą, gdy akt dawniej niedozwolony, a dla uzyskania którego obierano formę symulowanego procesu, stał się ważnym, nie zachodziła więcej potrzeba używania formy procesu symulowanego, akt można było zdziałać i bez tej formy. Mimo to zachowano formę procesu symulowanego, co więcej, doszło do tego, że akt nie był ważnym, jeżeli nie użyto formy symulowanego procesu. Proces ten nie był jednakowoż więcej procesem symulowanym, lecz był formą umowy.

Proces symulowany przyczynił się w niemałym stopniu do rozwoju prawa, doprowadził do tego, że pewne interesa stały się dopuszczalnymi. Widzimy tu ten sam objaw, jaki i gdzieindziej spotykamy, a mianowicie, że obejście przepisu prawa przyczynia się do jego dalszego rozwoju. Proces pozorny przyczynił się nie tylko do tego, że obrót nieruchomościami stał się dopuszczalnym, lecz przyczynił się do tego, że wierzyciel mógł mieć większą gwarancję ściągnięcia swojej pretensyi w razie, gdyby dłużnik w umówionym terminie nie dopełnił zobowiązania, dał bowiem wierzycielowi możność wprost i bez przeprowadzenia procesu wystąpić z egzekucją przeciw dłużnikowi.

5) Proces symulowany, który uznanym zostaje przez prawo i jest formą dla aktów prawnych, nie jest więcej procesem, lecz aktem postępowania niespornego. Proces pozorny przez prawo uznany ma na celu współdziałanie władzy przy powstaniu prawa, nie zaś przy jego naruszeniu. To właśnie jest celem postępowania niespornego ¹⁾. Z reguły prawo nie uznaje współdziałania organów władzy przy tworzeniu prawa, w szcze-

¹⁾ Por. o pojęciu postępowania niespornego Weisler: *Reform der vorbeugender bürgerlichen Rechtspflege in Oesterreich* 1900 str. 39 i n, Otto: *Geschichte und Grundlehren des österr. Rechtsfürsorgeverfahrens* 1906 str. 56 i n.

gółności przy zawieraniu umów i tylko wyjątkowo dopuszcza pewne formy publiczne, przy których organ państwowy współdziała. Możliwem jest i nawet prawdopodobnem, że postępowanie niesporne, przy którym państwo współdziała przy tworzeniu prawa, powstało z procesu pozornego. Z chwilą jednak, gdy proces symulowany stał się uznaną przez państwo formą, dla aktu prawnego stracił on swój charakter procesu i stał się odrębnym aktem państwowym przez prawo uznanym, a w niczem nie zmieniła jego odrębnego charakteru okoliczność, że forma procesu została zachowaną ¹⁾.

Na zapoznaniu rozwoju procesu symulowanego, na zapoznaniu tego faktu, że z aktu niedopuszczalnego i na obejście ustawy obliczonego proces symulowany stał się aktem przez państwo uznanym, a nawet nakazanym, polega różnica, jaką czynią niektórzy między pozornym procesem (Scheinprocess) a procesem symulowanym (simulirter Process). Pierwszy ma być formą przez prawo uznaną, drugi ma być rzeczywistym procesem symulowanym. W szczególności podnosi tę różnicę Degenkolb (l. c. str. 236 i n.), który przez proces pozorny rozumie zastosowanie formy procesowej dla wywołania skutków umownych („versteht man darunter nach feststehender Terminologie die Anwendung processualer Formen zu vertragsmässiger Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges“), proces symulowany nazywa „Missbrauch der Klagform und zwar Missbrauch im Rechtssinne“ (str. 238). Degenkolb przyznaje, że proces pozorny powstał z procesu symulowanego, ostatni przestaje być procesem z chwilą, gdy go prawo uznaje („wenn der

¹⁾ W postępowaniu niespornem jest możliwem nawet postępowanie kontradiktoryjne; gdy się okaże, że potwierdzenie prawa może nastąpić przy zbadaniu pewnych spornych kwestyi, może sąd współdziałać przez przesłuchanie stron. Menger: System des österr. Civilprocessrechts I. (1876) str. 22 Nr. 5 wskazuje na przepisy § 125—127 ces pat. z d. 9. sierp. 1854 Nr. 203 dz. n. p. jako na przykład postępowania kontradiktoryjnego w postępowaniu niespornem.

simulirte Process nicht bloss äusserlich dem echten Process gleich wäre, sondern auch rechtlich gebilligt sein sollte, dann ist er... kein simulirter Process“). Proces pozorny osiąga skutki na podstawie porządku prawnego („seine Wirkung erstrebt er in vollem Einklang mit der Rechtsordnung“ str. 239).

Jakkolwiek Degenkolb czyni różnicę między procesem pozornym i procesem symulowanym, to jednak nie zapoznaje, że proces pozorny należy do historii, że jest częścią postępowania niespornego (str. 236), z czegooby wynikało, że utracił charakter procesu. Degenkolb nie wyciąga jednak ostatecznych konsekwencji, proces pozorny nazywa tylko formą przejściową („Der Scheinprocess als solcher ist immer ein Zwittergebilde“ str. 261).

Wach¹⁾ czyni również różnicę między procesem pozornym a symulowanym, zdaniem jego proces pozorny (Scheinprocess), gdy jest przez prawo uznanym, nie jest procesem; proces, który ma na celu „nur Erschleichung der Processurkunden in rechtsgeschäftlicher Absicht“, uznaje Wach jako tz. simulirter Process.

Dalej idzie Sintenis²⁾, który widzi różnicę wewnętrzną między obydwojma rodzajami procesu pozornego. Przy procesie pozornym „wollen die Parteien zwar auch nicht die Processfolge, wohl aber irgend eine andere Rechtsfolge“, przy symulowanym „wollen die Parteien weder die Processrechtsfolge noch eine sonstige Rechtsfolge überhaupt, es ist ihnen lediglich um irgend einen thatsächlichen Erfolg zu thun“; przy pierwszym motywem procesu jest użycie przez ogół formy procesu dla zawarcia aktów prawnych, przy drugim proces „entspringt stets einem sozusagen perversen Bedürfnisse einzelner Personen“. Wobec tego uważa Sintenis

¹⁾ Handbuch des deutschen Civilprocessrechtes I. 1885 str. 50 i n.

²⁾ Der simulierte Process w Zeitschrift für deutschen Zivilprocess T. XXX (1902) str. 358—422.

proces pozorny jako naturalny rodzaj rozwoju prawa, proces symulowany zaś jako sztuczną machinację¹⁾.

Pojęcie procesu pozornego, jak je definiuje Sintenis, jest mylne. Jeżeli strony używają formy procesu dla interesów, które są niedopuszczalne, albo też dla interesu dopuszczalnego, którego zawarcie z natury rzeczy w formie procesu odbyć się nie może, to z tego nie wynika jeszcze, by proces przez strony jako forma użyty był czemś innym, jak każdy inny proces symulowany. Proces taki nie różni się w niczem od procesu symulowanego, który w celach oszukańczych zostaje wdrożony, prawo tak jednego jak i drugiego nie uznaje. Nie można też twierdzić, że tam, gdzie strony obierają formę procesu jako formę dla zawierania umów, zachodzi ogólna potrzeba obrania formy procesu jako aktu dla zawarcia umów. I tam, gdzie ogólna potrzeba nie zachodzi, obierają strony formę procesu, by zapewnić sobie korzyści z wyrokiem sądowym połączone, chociaż ten sam skutek osiągnąć mogą przez obranie formy odmiennej.

Pod jedno pojęcie prawne nie da się proces pozorny i proces symulowany subsumować. Proces pozorny nie jest więcej procesem, nie jest symulowanym procesem, jest formą dla umów uznana. Okoliczność, że proces pozorny był kiedyś procesem symulowanym, nie jest jeszcze powodem, by go przeciwstawić procesowi symulowanemu, z drugiej zaś strony odróżniać od innych form dla zawierania umów przyjętych i przez prawo uznanych.

Proces pozorny należy do historii, był procesem symulowanym, przestał jednak nim być i chyba tylko reminiscencya łączy go z procesem symulowanym. Każdy proces pozorny zachował ślad swego pochodzenia, zachował formę procesu, był bowiem procesem symulowanym. Dążnością każdego procesu pozornego, który

¹⁾ „Der Scheinprocess ist eine durchaus natürliche Art der Fortbildung des Rechtes, der simulierte Process im engeren Sinne dagegen immer eine künstliche Machination“ (j. w. str. 367).

poza formą nie ma nic z procesem spólnego, jest porzucić formę procesową i obrać formę inną. Słusznem jest tedy zdanie, że proces pozorny zawiera stadium przejściowe, utracił charakter procesu, a dąży do jego zmiany¹⁾.

Wobec tego odróżnianie procesu symulowanego od procesu pozornego uważamy za zbędne i do celu nieprowadzące.

6) W jaki sposób z procesu pozornego powstaje forma dla umowy, jak używa się tej formy do zaspokojenia realnych potrzeb, to możemy obserwować u nas w pewnych wypadkach, w których ustawa nie zna instytucji prawnej, koniecznie zresztą potrzebnej.

Ustawa nasza nie zna hipoteki na ruchomościach, prawo zastawu może być na nich nabyte tylko przez oddanie wierzycielowi. Przy udzielaniu kredytu osobie posiadającej tylko ruchomości zachodzi nieraz potrzeba ubezpieczenia pretensyi na tych ruchomościach. Oddanie ich w zastaw ręczny jest niemożliwem z powodu, że są konieczne potrzebne do wykonywania przedsiębiorstwa i nie mogą być usunięte, w inny zaś sposób prawo zastawu nie może być nabyte. Chcąc pretensyę ubezpieczyć, obiera się formę egzekucyjnego prawa zastawu, które może być uzyskane, nawet gdy przedmiot nie zostaje wierzycielowi oddany, lecz pozostaje u dłużnika. W tym celu osoba udzielająca kredytu uzyskuje wyrok sądowy, albo też na podstawie wręczonych w tym celu weksli nakaz zapłaty, a następnie na podstawie tego tytułu egzekucyjnego zajmuje ruchomości. Dalszy krok egzekucyjny, a mianowicie przymusowa sprzedaż nie ma się odbyć, wierzyciel bowiem z góry udziela zwłokę i dopiero, gdyby w terminie zapadłości zapłata nie nastąpiła, ma być dalsza egzekucja prowadzoną.

¹⁾ Degenkolb l. c. str. 121: „Der Scheinprozess ist... stets und notwendig eine Übergangsbildung“, str. 281: „Der Scheinprozess drängt... zur Verwandlung der Scheinklage in die einfache rechtsgechäftliche Erklärung“.

W ten sposób wyzyskuje się formę egzekucyi dla ustanowienia prawa zastawu bez konieczności oddania dłużnikowi ruchomości w posiadanie.

Wprost formą powszechnie przyjętą stało się zajęcie sądowe budowli na obcym gruncie dokonanych. W niektórych okręgach sądowych niższo austriackich istnieje zwyczaj, że gminy lub też korporacye duchowne wypuszczają w najem grunta swe w tym celu, by najemca mógł na nich wystawić sobie dom. Dom staje się własnością najemcy, po upływie czasu najmu przepada na rzecz wynajmującego za opłatą albo bezpłatnie, czasem może go najemca po ustaniu stosunku najmu usunąć. Dom stanowi majątek najemcy, a jest on jego znaczną częścią składową, przynosi jako dom czynszowy dość pokaźny dochód. Najemca potrzebuje nieraz kredytu, a oprócz domu wystawionego na cudzym gruncie nie posiada nic, co by mógł oddać wierzycielowi na zabezpieczenie pretensyi. Księgi gruntowej co do budowli na obcym gruncie nie prowadzi się, gdyż to jest niedopuszczalne, prawa najmu na rzecz posiadającego budowlę z reguły nie wpisuje się, gdyż wynajmujący na to nie zezwala, to też zabezpieczenie przez wpis prawa zastawu w stanie biernym prawa najmu nie może nastąpić. Ponieważ zabezpieczenie pretensyi jest konieczne, przeto obiera się formę zajęcia sądowego. Budowla na cudzym gruncie jako własność nie właściciela gruntu, lecz osoby innej, ma być za ruchomość uważana, wierzyciel, który szuka zaspokojenia, może w drodze zajęcia przez spisanie protokołu sądowego nabyć na budowli egzekucyjne prawo zastawu. Tej formy używa się przy udzielaniu kredytu właścicielowi budowli na cudzym gruncie, wierzyciel na podstawie równocześnie uzyskanego tytułu egzekucyjnego zajmuje budowlę sądownie w drodze egzekucyi, a potem dopiero udziela kredytu.

Tu obrano formę dla ustanowienia prawa zastawu, by obejść przepis absolutnie nieuznający prawa za-

¹⁾ Grünberg: Bauten auf fremdem Grund 1903 str. 33 i n.

stawu na ruchomościach, jeżeli dłużnik pozostaje w posiadaniu przedmiotu. Że taka forma przy budowlach na cudzym gruncie celem ustanowienia zastawu jest konieczną, uznało ministerium sprawiedliwości, które zarządziło nawet dochodzenia, by kwestyę tę unormować.

Od czasu wejścia w życie ordynacyi egzekucyjnej zaszła trudność o tyle, że prawo zastawu w drodze egzekucyi uzyskane gaśnie po upływie roku od chwili zajęcia, jeżeli wierzyciel nie dochodzi swojej pretensyi. Ponieważ kredytu na budowę udziela się na czas dłuższy, przeto musiałby wierzyciel po roku ponownie prosić o zajęcie; gdyby jednak przedtem, a więc przed upływem roku kto inny uzyskał zajęcie tej samej budowli, miałby pierwszeństwo przed poprzednim wierzycielem. To doprowadziłoby do zupełnej utraty kredytu i czyniłoby udzielanie pożyczki na czas dłuższy niż jeden rok tylko wtedy skutecznem, gdyby w ciągu roku nikt inny nie uzyskał zajęcia.

Stan ten byłby nieznośny. Aby mu zapobiedz, stworzono w odnośnych sądach zwyczaj, że prawo zastawu przez wierzyciela uzyskane wystarcza, by mu pierwszeństwo zachować. Przy rozdziale licytacyjnej ceny kupna trzymają się sądy w porozumieniu ze zastępcami stron zasady, że prawo zastawu przedtem uzyskane ma pierwszeństwo przed późniejszym, chociaż minął już rok od jego nabycia, a więc od zajęcia sądowego. Tego porządku nikt dotychczas nie zaczął¹⁾.

Jak widzimy, pozorny akt sądowy doprowadza nie tylko do utworzenia formy, ale także do zmiany prawa co do pierwszeństwa w zaspokojeniu.

W przypadkach przytoczonych mamy do czynienia z symulowaną formą sądową, użytą w celach umownych, przyczem jednak symulacja prowadzi do tego, że staje się formą umowy. Przy budowlach na obcym gruncie forma jest przez sąd uznaną, a więc posiadającą niejako sankcyę prawa.

¹⁾ Grünberg l. c. str. 36.

§. 3.

Niedopuszczalność procesu symulowanego.

1) Każdy proces symulowany zdąża do obejścia przepisu prawnego. Obejście prawa zachodzi nie tylko tam, gdzie przez proces ma być osiągnięty cel ustawą zakazany, lecz i tam, gdzie trzecia osoba ma być na szkodę narażona. I w tym wypadku nadużywa się prawa, by osiągnąć cel niedozwolony; bez użycia formy trzecia osoba nie mogłaby być narażona na szkodę, każde zaś nadużycie prawa, każde korzystanie z formy, by osłonić cel rzeczywisty, jest obejściem prawa ¹⁾

Akt dokonany w celu obejścia prawa jest nieważny. Każde prawo winno być szanowane, wszystko, co strony czynią, by prawo obejść, jest niemoralne, a tem samem niedopuszczalne; aktem tego rodzaju należy zapobiedz.

Zasada, że akt dokonany w celu obejścia prawa jest bezskuteczny, jest ogólną i należy ją stosować bez względu na to, jaką formę strony obiorą, by upozorować akt rzeczywisty prawu odpowiadający. By obejść prawo, obierają strony formę dozwoloną, formę, którą z trudnością można zaczepić. Jest to łatwo zrozumiałe, stronom zależy nie tylko na tem, by ukryć przed okiem władzy akt niedozwolony, lecz ponadto, by zapobiedz unieważnieniu aktu in fraudem legis dokonanego.

Jeżeli więc strony obierają formę procesu w celu obejścia prawa, to obierają formę niedozwoloną, proces symulowany obliczony na obejście prawa jest zatem niedopuszczalnym, jako zdążający do obejścia ustawy.

Przy rozstrzygnięciu kwestyi, czy proces symulowany jest dopuszczalny, należy głównie uwzględnić, że jest on na obejście prawa obliczonym. Jest to ważnem ze względu na objawione przez wielu zdanie, że proces symulowany jest procesem rzeczywistym. Pod-

¹⁾ „contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit“ (fr. 29 D de legibus senatusque consultis et longa consuetudine I. 3. Paulus ad legem Cinciam).

noszą niektórzy, że akty procesowe objawiają się tylko w pewnych formach; co do tej formy prowadzi, co jest jej rzeczywistą treścią, ma być obojętnem. Pozór ma rozstrzygać o treści tak, że celów ubocznych, jakie mogą mieć strony, nie należy uwzględniać. Wedle tego zdania każdy proces bez względu na cel uboczny byłby procesem rzeczywistym i z powodu pozorności zaczępienie nie byłoby możliwem. Jeżeli jednak uwzględnimy, że proces pozorny zdąża do obejścia prawa, to mimo uznania procesu jako rzeczywisty musimy uznać go jako niedopuszczalny.

Zasługą jest Bähra¹⁾ wskazanie na różnicę między aktem symulowanym a aktem mającym na celu obejście prawa. Bähr podnosi, że akt może być rzeczywisty, całkiem na seryo pomyślany, strony mogą chcieć wszelkich jego skutków, w obec czego o akcie symulowanym mowy niema. Jeżeli jednakowoż akt rzeczywisty jest obliczony na obejście ustawy, należy uważać go za nieważny; ustawodawcy nie idzie o formę, jaką strony obrały, lecz o praktyczny cel i dlatego sędzia winien uznać akt in fraudem legis dokonany jako nieważny.

To zasadnicze stanowisko należy stosować i odnośnie do procesu symulowanego.

2) Niedopuszczalność procesu symulowanego przyjąć należy już na podstawie istoty procesu jako instytucji państwowej ustanowionej w pewnym oznaczonym celu.

Każda instytucja państwowa służy dla pewnego z góry określonego celu. Instytucji tej nie mogą strony obrać dla celu innego, jak tylko dla tego, dla którego jest ona przeznaczoną. Z tej zasady wynika, że strony nie mogą dowolnie zmieniać kompetencji władz, sprawy przekazane sądom nie mogą być przez władze administracyjne rozpatrywane, sądy nie mogą rozpatrywać

¹⁾ Urtheile des Reichsgerichts mit Besprechungen, 1883 str. 59 i nast. — Przed Bährem podniósł Hellwig w Archiv für zivil. Praxis, T. 64 str. 375 i n., że interesu in fraudem legis nie można identyfikować z interesem pozornym; Hellwig powołuje się jednak na Bähra, z którego rękopisu korzystał.

spraw administracyjnych, poszczególne organy administracyi nie mogą się zajmować sprawami, których rozpatrywanie jest przekazane innym organom. Nawet tam gdzie poszczególne instytucye są stworzone w interesie osób prywatnych, nie mogą być im przekazane sprawy osób, dla których one nie są przeznaczone. Depozyt sądowy nie może przyjmować depozytów osób celem ich przechowania¹⁾, sądy nie mogą administrować majątkiem osób własnowolnych, chociażby one tej administracyi żądały, rejestr handlowy nie jest przeznaczony dla kupców, którzy nie opłacają ustanowionego podatku i wpis ich nawet, gdyby go żądali, nie jest dopuszczalny²⁾.

¹⁾ Wyrażnego przepisu, że przyjmowanie depozytów osób prywatnych nie jest dopuszczalne, nie ma w ustawie; z istoty jednak instytucyi depozytów sądowych wypływa, że przyjęcie na skład może się odbyć tylko tam, gdzie na to ustawa zezwala. Składanie do depozytu powstało w ten sposób, że dłużnik, by się uwolnić od długu, składał przedmiot u siebie, następnie składano przedmiot u osoby trzeciej, a wreszcie zaczęto składać w sądzie. (Por. Czyhlarz, Die gerichtliche Deposition der Schuld, Grünhut's Zeitschrift f. d. Privat- und öff. Recht der Gegenwart. T. VI, 1879, str. 658 uw. 5 i str. 664 uw. 19). Sąd przyjmował tylko pewne przedmioty na skład, zawsze jednak złożenie do depozytu było surogatem dopełnienia i tylko w tym celu mogło się odbyć. To należy przyjąć i u nas: tylko gdzie zachodzą wymogi z §. 1425 u. c., złożenie do depozytu jest dopuszczalne. Przepis art. XVIII. ust. zapr. normę jur. nie zmienił w niczem stanu rzeczy, zawiera on bowiem tylko postanowienie co do właściwości i stanowi, że sąd nie może odmówić przyjęcia składu z powodu niewłaściwości, z czego jednak nie wynika, by sąd miał obowiązek przyjmując skład i tam, gdzie warunki do tego nie zachodzą.

Oprócz składu, który jest surogatem dopełnienia, istnieją wypadki, gdzie sam skład jest dopełnieniem, tak zaspokojenie pretensyi małoletniego, złożenie licytacyjnej ceny kupna. Oprócz wypadków w ustawie wymienionych nie można przyjąć, by złożenie było dopuszczalne. Por. Sander, Das zivilgerichtliche Verfahren ausser Streitsachen 1907 str. 257 („ohne ein vorliegendes Schutzbedürfnis ist die Übergabe von Wertgegenständen in gerichtliche Verwahrung unzulässig“).

²⁾ Wedle ustawy, istnieje tylko obowiązek wpisu, nie zaś prawo do tegoż. Por. orz. najw. tryb. z 30. stycznia 1906

Kasy chorych lub zakłady ubezpieczenia robotników nie mogą przyjmować ubezpieczenia osób przymusowemu ubezpieczeniu nie podlegających, szpitale nie mogą przyjmować bogatych do leczenia za opłatą. Zakłady wojskowe nie mogą przyjmować osób które chcą się kształcić w umiejętnościach wojskowych ale nie myślą poświęcać się wojskowości ¹⁾.

Ta zasada, że każda instytucja państwowa przeznaczoną jest tylko dla pewnego celu, ma być stosowaną i tam, gdzie strony chcą instytucji procesu użyć dla celów innych, jak tych, dla których ona jest przeznaczoną. Proces służyć ma dla ochrony naruszonego prawa. Gdzie naruszenia prawa niema i strony chcą przez proces inny cel osiągnąć albo chcą osiągnąć skutki przepisem prawa do procesu przywiązane ²⁾, tam należy uznać, że instytucja niewłaściwa została użyta, wobec czego organ państwowy ma swej pomocy odmówić ³⁾. Jeżeli

l. 1387 w Jurist. Bl. z r. 1906 Nr. 11 i Gellera Zentralblatt f. d. jur. Praxis z r. 1906 str. 329—330.

¹⁾ Poglądy powyższe czytamy u Kleina, Pro futuro, Betrachtungen über Probleme der Zivilprozessreform in Oesterreich. 1891, str. 14—15.

²⁾ „thatsächliche Erschleichung der von Rechtswegen an den ersten Prozess geknüpften Erfolge“ (Degenkolb, l. c. str. 242).

³⁾ Dla postępowania niespornego zawiera §. 1 ces. pat. z 9. maja 1854 dz. u. p. Nr. 208 przepis, że sądy mogą w post. niesp. spółdziać tylko w wypadkach wyraźnie w ustawie wymienionych. Użycie formy post. niesp. w sprawach innych jest niedopuszczalne, strony winny działać bez pomocy sądu. Praktyka sądowa interpretuje rczszerzając przepis cyt. §. 1 i dopuszcza ingerencję sądu w wielu wypadkach, w których ustawa nie zezwala na użycie pomocy sądowej. Por. Menger, System des oest Zivilprozessrechts 1876 I str. 24—5 uw. 9. Praktykę sądów podaje Schuster, Comm. z Ges. über d. Verf. ausser Streitsachen, 4 wyd. (1894) str. 16—18. Wy wpływem zasady, że sądy w post. niesp. mają tylko tam spółdziać, gdzie na to ustawa zezwala, jest zapatrywanie, że wypowiedzenie sądowe pretensyi nie zahipotekowanej nie jest dopuszczalne, chociaż ono jest konieczne. Por. orzeczenia w Sperl'a Systematischer Grundriss der Rechtsprechung, Literatur und Praxis des oest. Zivilpr. und Executionsrecht, 1903, str. 45.

strony stają przed sądem i oświadczają, że chcą prowadzić proces, by uzyskać w wyroku formę dla umowy, bądźto wyrok ustalający treść umowy, bądź wyrok, który ma być później wykonany, sąd powinien stronom pomocy odmówić. Przeznaczeniem procesu jest ochrona naruszonego prawa, nie jest zaś jego zadaniem stwierdzanie istnieć mającego prawa, użycie procesu w tym celu jest jego nadużyciem¹⁾. Jeżeli już tam, gdzie strony chcą użyć formy wyroku dla celów umowy, której zawarcie nie musi koniecznie odbyć się w pewnej przepisanej formie, proces symulowany nie może być uznanym za dopuszczalny, cóż dopiero mówić o wypadku, gdzie strony chcą przez prowadzenie procesu symulowanego obejść zakaz ustawy lub trzeciego narazić na szkodę, albo też wystawić inteligencyę sędziego na próbę i wysłuchać jego opinii prawną w pewnej kwestyi, dla której prowadzą proces symulowany? To absolutnie nie może być celem procesu i organ państwowy nie powinien iść stronom na rękę. Postępowanie procesowe nie jest ustanowione li tylko w interesie ochrony praw prywatnych, względy publiczne mają być też uwzględnione, powaga władzy winna być utrzymana, a te momenta przemawiają za tem, że symulacja przed sądem, a częstokroć wprost naigrzanie się nie są dozwolone²⁾.

Jeżeli przyjmiemy, że proces symulowany nie jest dopuszczalny, musimy przyjąć, że sąd musi odmówić swej pomocy i tam, gdzie strony nie objawiają w niczem swej woli, gdzie zamiar symulowania nie jest na zewnątrz wypowiedziany, gdzie tylko sędzia dopatruje się tego celu z okoliczności ubocznych. Nic w tem nie można widzieć nadzwyczajnego. Sądowi przyznać mu-

¹⁾ Wach, Hdb. des deutschen Zivilprozessrechts I 1885 str. 51: „Die Erklärung der Parteien, prozessieren zu wollen zum rechtsgeschäftlichen Zweck, etwa um Feststellung zu erreichen, oder prozessgerichtlich vollstreckbaren Vergleich zu schliessen, würde ihnen den Rechtsweg verschliessen“.

²⁾ Degenkolb, l. c. str. 241.

simy to prawo w interesie ogólnym, w interesie powagi prawa i w interesie instytucji procesu.

3) Charakter norm procesowych przemawia za tem że proces symulowany nie jest dopuszczalny. Prawo procesowe jest prawem publicznem, jako takie zawiera przepisy absolutne, które umową stron nie mogą być uchylone. Obok tych przepisów absolutnych, które stanowią podstawę procesu ¹⁾, istnieją i inne przepisy procesowe, które mają charakter dyspozytywny, ale te przepisy są drugorzędne. Przepisy dyspozytywne zezwalają sędziemu na to, by działał w ramach przepisów, kierował rozprawą, oceniał dowody, wogóle tam mają być stosowane, gdzie w interesie procesowym pewną elastyczność jest wskazana ²⁾. Przepisy dyspozytywne zezwalają stronom na to, by działały w pewien sposób, a nie trzymały się pewnej normy. Nie należy jednak zapoznawać, że tam, gdzie prawo jest dyspozytywne, strony nie zmieniają prawa, na to im prawo nie pozwala, treścią przepisu dyspozytywnego jest, że ustawa zezwala na działanie w pewien sposób, działanie „namens und kraft der Rechtsordnung“. Działanie stron na podstawie przepisu dyspozytywnego jest działaniem w myśl ustawy ³⁾.

Charakter norm procesowych jako bezwzględnie obowiązujących i tylko tam dyspozytywnych, gdzie na to wyraźnie ustawa zezwala, zwolna tylko doszedł do świadomości. Wychodząc z założenia, że proces cywilny jako

¹⁾ Bülow, Dispositives Zivilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsnormen, w Archiv f. d. zivilistische Praxis T. 64 (N. F. T. 14) 1881, str. 10 i n.

²⁾ Bülow, l. c. str. 22.

³⁾ Od prawa dyspozytywnego należy odróżnić prawo uzupełniające (Bülow, l. c. str. 72 n.); gdy prawo zezwala stronom działać, a strony nie nie działy, zawiera prawo pewne postanowienia, które stosować należy, postanowienie takie jest uzupełniającem. Unormowanie takiego postanowienia obok dyspozytywnego jest konieczne tam, gdzie interes ogólny wymaga przepisu na wypadek jeśli strony nie nie postanowiły, gdy strona nie sporządzi testamentu, potrzebnym jest przepis uzupełniający o dziedziczeniu z ustawy.

toczący się o prawa prywatne nadaje stronom dowolną dyspozycję, przyjmowano, że strony mogą dokonać wszystkiego, co nie jest w ustawie zakazanem, że zaś sędzia związany jest tem, co mu strony przedłożą. Sędzia miał wedle tego zapatrywania przyjmować fakta przez strony przyznane jako prawdziwe, chociażby nawet ich nieprawdziwość była widoczna, mógł prowadzić dowody tylko, o ile przez strony były ofiarowane, nie mógł z reguły żądać od stron wyjaśnień, jeżeli stan sprawy był mu niejasnym¹⁾. Nadając stronom prawo rozporządzania materiałem faktycznym do prawa materialnego się odnoszącym, posunięto się dalej i rozporządzanie procesem całkiem im pozostawiono. Tylko wyjątkowo podnoszono, że stronom przysługuje dyspozycja procesem o tyle, że one mogą proces wdrożyć, że zaś dalszych praw odnośnie do procesu (a nie prawa, które ma nim być dochodzone) przyznać im nie można, że materiałem procesowym może tylko sędzia rozporządzać²⁾.

Wpływem owego zapatrywania, że stronom wolno materiałem procesowym dysponować, było, że sędzia skazany na zachowanie biernej roli, musiał wydawać nieraz wyrok niesłuszny, słusznie też zauważono, że stronom przysługiwało niejako prawo do niesprawiedliwego wyroku.

Zapatrywanie, że stronom wolno dowolnie działać, nie było odrębnem li tylko odnośnie do prawa procesowego, było ono powszechnem i objawiało się w każdej dziedzinie prawa. Hasło swobody głoszone przez ekonomistów odbiło się i na życiu prawnem, to też przyjmowano wolność zawierania umów, wolność formy, wolność ograniczania siebie. Stąd to pochodzi zasada powszechnie głoszona, że wszystko, co nie jest ustawą zakazane, jest dopuszczalne, stronom wolno dowolnie działać.

¹⁾ Jestto t. zw. Verhandlungsmaxime. Por. Menger, System d. oest. Zivilprozessrechts I. (1876) str. 248 n., gdzie są podane wyjątki, w których sędzia mógł działać z urzędu.

²⁾ Pollak, Gerichtliches Geständniss im Zivilprozesse, 1893, str. 68 n.

Poglądy na swobodę w działaniu zmieniły się. Na polu prawa prywatnego zdąża się do tego, by normy nie mogły być przez strony uchylone, by nie były dyspozytywnymi, lecz bezwzględnie obowiązującymi, a tem samem, by strony były w działaniu ograniczone; normy tego rodzaju mają zapobiedz zbyt niemu wyzyskiwaniu ekonomicznie słabszego na korzyść silniejszego ¹⁾.

Jeżeli na polu prawa prywatnego dąży się do uchylenia prawa dyspozytywnego, cóż dopiero mówić o prawie publicznem, do którego należy prawo procesowe. Poglądy ekonomiczne i społeczne nie mogły pozostać bez wpływu na tę dziedzinę prawa, która w jaknajwiększym stopniu ma prawo dopomóc do skuteczności ²⁾.

Obecnie zarzucono zasadę swobodnego działania stron w procesie³⁾, chociaż niejedna zasada dawniejszemu postępowaniu odpowiadająca dotychczas się zachowała, jak przyznanie sądowe co do faktów, uznanie roszczenia i bezwarunkowo obowiązujący skutek tych czynności procesowych, niedopuszczalność dowodu ze świadków i dokumentów wbrew woli stron i t. d. Obecnie strony nie mogą dowolnie dysponować materiałem procesowym, lecz podlegają kontroli sądu, sąd nie tylko współdziała w procesie, lecz ma w swoim ręku cały materiał procesowy.

Niejedno postanowienie postępowania procesowego wskazuje na to, że strony nie mogą dowolnie rozporządzać formą procesową. Wskazać należy na normy o właściwości sądu; tylko w pewnych ramach wolno stronom zamiast przed sądem dla sprawy przeznaczonym wytoczyć spór przed innym⁴⁾. Strony nie mogą zawrzeć umowy,

¹⁾ Menger, Das bürg. Recht und die besitzlosen Volksklassen, 2. wyd. 1890, str. 143 n.

²⁾ Klein, Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse, 1902, str. 9—16, wykazuje, jak z biegiem czasu poglądy na sposób szukania prawdy w procesie się zmieniły. Pozostawienie stronom prawa prowadzenia procesu i skazanie sędziego do roli bierniej było wypływem poglądu na wolność osobistą (str. 21, 22).

³⁾ Klein, l. c. str. 35.

⁴⁾ §. 104 n. j. (Sperl, Vereinbarung der Zuständigkeit 1897 str. 68 i n.).

że sprawa zamiast w pierwszej instancji ma być badana wprost w instancji wyższej, co do dawniej wedle niektórych ustawodawstw było dopuszczalnem ¹⁾). Strony nie mogą obrać dowolnie rodzaju postępowania ²⁾), nie mogą

¹⁾ Por. Kohler, Ueber prozessrechtliche Verträge u. Creationen w Gruchots' Beiträge, 1887, tom 31 str. 279 i n. Sprawa mogła być wytoczona przed sądem apelacyjnym, o ile kwota zażalenie nie była niższa od sumy apelacyjnej. Wedle §. 38 proc. niem. jest umowa niedopuszczalną, mimo, że istnieje pełna apelacja. Kohler sądzi jednak, że w drugiej instancji nie jest możliwą zmiana skargi, zresztą ma instancja druga oprzeć się na materyale I inst. Wedle proc. austr. za przykładem art. 473 Code de proc. jest możliwem w drugiej instancji sprawę rozpatrzyć, ale dopiero po zniesieniu wyroku I inst., umowa stron wiąże sąd apelacyjny w przypadku §. 478, nie zaś w przypadku §. 496 p. c

²⁾ Przed wejściem w życie procedury z r. 1895 mogły strony obrać formę postępowania w miejsce ustawowo przepisanego. Por. §§. 1 i 2 ustawy z 16. maja 1874 dz. u. p. Nr. 69 (nowela procesowa), Canstein, Die oest. Zivilprozessnovelle, 1875, str. 6, 7 i 14—22. Kwestya obrania rodzaju postępowania powstaje tam, gdzie istnieje postępowanie osobnego rodzaju, jak post. mandatowe, post. w sprawach najmu. Rozumie się, że tego rodzaju odrębnego postępowania nie można obrać dla spraw temuż nie podległych, a więc postępowania przepisanego dla spraw najmu tam, gdzie idzie o wypowiedzenie pretensyi, postępowania wekslowego dla spraw wynikłych z przekazów kupieckich, lub w przypadkach, gdzie wymogi ustawowe nie zachodzą, a więc postępowania mandatowego przy dokumentach nielegalizowanych. Ott, Zur Lehre von den besonderen Verfahrensarten nach der neuen Z. P. O. w Grünhuta Zeitschrift, 1903, tom 30 str. 299, przyjmuje, że umowa stron, wedle której postępowanie w sprawach najmu co do oddania lub odebrania przedmiotu nie ma być stosowane, jest bezskuteczna, natomiast uznaje ją jako skuteczną wtedy, gdy strona zrzeka się postępowania mandatowego (str. 284). Zdaje się nam, że takie zrzeczenie się jest i przy postępowaniu mandatowym pozbawione doniosłości; mimo zrzeczenia się wolno wierzycielowi żądać wydania mandatu.

Ta sama kwestya powstaje co do tymczasowego zarządzenia. Jest ono specjalnym rodzajem postępowania (Rintelen, Die einstweilige Verfügung, 1905 str. 8 n.), mającem na celu szybką ochronę prawa. Do tego potrzebnem jest stwier-

zawrzeć umowy, że postępowanie bagatelarne ma być przeprowadzone w sprawach do właściwości sądów powiatowych należących, w których chodzi o sumę ponad sto koron¹⁾. Wpływem zasady, że strony nie mogą prawem dysponować, jest, że nie mogą dowolnie wnosić skargi o ustalenie stosunku prawnego lub prawa. Skarga o ustalenie jest dopuszczalną, gdy strona powodowa ma interes prawny, interes bezzwłoczny, by ustalenie nastąpiło (*Intérêt ne et actuel*, jak się Francuzi wyrażają). Co w przyszłości może być spornem, to nie może dać obecnie podstawy do orzeczenia sądowego, nie może więc wierzyciel wystąpić ze skargą przeciw rękycielowi, który zobowiązał się płacić na wypadek niewypłacalności zobowiązanego, z powodu że niewypłacalność może kiedyś nastąpić. Kwestyi teoretycznej natury, chociaż one dla stron są aktualne, sąd nie ma rozpatrywać²⁾. Zgoda stron co do istnienia interesu prawnego nie obowiązuje jeszcze sędziego, jego rzeczą jest badać czy interes istnieje, gdy zaś dojdzie do tego, że zachodzi brak tego interesu, winien pomocy swej odmówić. Strony nie mogą zawierać dla procesu umowy, wedle której jednej stronie nie wolno przytoczyć pewnych faktów albo powołać się na pewien środek dowodowy³⁾. Takie umowy są bezskuteczne, stronie wolno mimo zakazu przytoczyć fakta i środki dowodowe oświadczać, strony nie mogą procesu dowolnie prowadzić i sędziemu nieprawdziwy stan rzeczy przedstawić. To też umowy dowodowe, że okoliczność tylko wtedy

dzenie prawa i nadanie środka ochronnego. Strona nie może zrzec się skutecznie tego rodzaju postępowania; mimo zrzeczenia się może zagrożony domagać się ochrony we formie tymczasowego zarządzenia, a zawarte w niektórych umowach klauzule zrzeczenia się są pozbawione doniosłości prawnej.

¹⁾ Dawniej było to wedle §. 5 ustawy z 27. kwietnia 1873 dz. u. p. Nr. Nr. 66 (post. bagatelarne) dozwołonem. Por. Ullmann, *Das Bagatellverfahren* 1873 str. 8 n.

²⁾ Kohler, *Prozessrechtliche Forschungen*, 1889. str. 69—71.

³⁾ Kohler, *Gruchots Beiträge*, tom 31, str. 301—309.

można przyjąć za udowodnioną, gdy pewne wymogi zachodzą, są nieważne. Klauzula więc, że tylko umowa pisemna jest ważną, klauzula zawarta w umowach assekuracyjnych, że pewne formalności mają być zachowane, by wysokość szkody wykazać, są nieważne jako wkraczające w sferę przekonania sędziego¹⁾. Nieważną jest umowa, treścią której tylko, gdy świadek lub znawca zezna, ma być okoliczność za istniejącą uznana. Nieważną jest umowa, że gdy okoliczność jest stwierdzona, należy przyjąć i okoliczność inną za stwierdzoną. Nieważną jest umowa, wedle której strona z góry zrzeka się zaprzysiężenia świadka. Wedle prawa francuskiego dowód ze świadków jest w wielu wypadkach niedopuszczalny, umowa stanowiąca, że w danym wypadku dowód taki może być wprowadzony, ma być uważana za pozbawioną skutków prawnych²⁾.

Jeżeli uwzględnimy, że normy procesowe są absolutne, że strony w ich miejsce innych nie mogą włożyć, to dojdziemy do tego, że strony nie mogą zmienić głównej zasady procesu, a mianowicie zasady, że proces służy dla ochrony prawa. Stronom nie wolno używać formy procesu w innym celu, jak w celu ochrony, w szczególności nie wolno używać formy procesu w celu ubrania umowy w formę wyroku. Dyspozycja stron odnosi się do kwestyi, czy proces ma być wdrożony, zawsze jednak celem jego ma być ochrona prawa; gdzie ta już z góry jest wykluczona, tam proces istnieć nie może, strony nie mają prawa do przeprowadzenia procesu symulowanego.

¹⁾ Bülow, Dispos. Zivilprozessrecht, str. 62—64.

²⁾ Jeśli uwzględnimy powyższe zasady, to dojdziemy do rozstrzygnięcia kwestyi, jakie prawo ma sędzia rekwirowany stosować, czy prawo sądu rekwirującego, czy własne. Prawo procesowe jest absolutne, ma więc być przez sędziego stosowane. §. 39 n. j. zezwala sędziemu stosować prawo obce, ale tylko, gdy ono wymaga pewnego postępowania i gdy obcy sąd o to prosi; jeżeliby więc wedle prawa obcego nie było konieczne zastosowanie pewnego postępowania, sędzia rekwirowany mimo wezwania nie ma go stosować.

§. 4.

Uchylenie skutków symulowanego procesu.

Proces symulowany uznaliśmy jako niedopuszczalny. W jaki jednak sposób ma prawo wystąpić przeciw symulacyi procesu?

1) Zanim o środkach pomówimy, zbadajmy, w jaki sposób może się objawić okoliczność, że proces jest symulowany.

a) Możliwem jest, że powód wnosi skargę, by zażartować sobie z przeciwnika, lub by jaki inny cel osiągnąć. Ten zamiar powoda może być widocznym ze skargi, może też być zatajony.

Zamiar symulacyi może pozostać tak dla przeciwnika jak i dla sędziego ukrytym aż do przeprowadzenia procesu i wydania wyroku, może jednak być objawionym przez powoda bądź sędziemu bądź przeciwnikowi, może też dojść do wiadomości sędziego za pośrednictwem osoby trzeciej.

b) Symulowany proces może być prowadzonym przez obydwie strony w porozumieniu, dla sędziego pozostaje symulacya tajemnicą. Możliwem jest, że proces zostaje przeprowadzony i po ukończeniu wyjdzie symulacya na jaw; możliwem jest, że jedna ze stron w toku procesu objawi sędziemu prywatnie zamiar symulacyi; wreszcie możliwem jest, że sędzia dowie się od osoby trzeciej o tem, że strony prowadzą proces nie w celu ochrony prawa, lecz w celu ubocznym. Współdziałanie pozwanego w procesie może polegać na tem, że pomaga powodowi przy dokonywaniu czynności procesowych, symulując spór; może jednak polegać także w tem tylko, że pozwany przyznaje fakta rozstrzygające lub uznaje żądanie skargi. Współdziałanie pozwanego może być biernem: w porozumieniu z powodem nie dokonuje czynności obronnej i dopuszcza do zaoczności.

c) Współdziałanie sędziego w procesie symulowanym nie jest wykluczone. Możliwem jest, że sędzia pomaga powodowi w prowadzeniu procesu symulowanego,

może też pomagać obydwu stronom. Współdziałanie może być czynnem, polegającym w przeprowadzeniu potrzebnych dla stron dowodów z pominięciem innych, w wyjaśnieniu faktów niektórych, a zupełnem zaniechaniu wyjaśnienia całego stanu sprawy. Czynność sędziego może także być tylko bierną i polegać w tem, że wie o tem, iż proces jest symulowany, nie pomaga stronom w prowadzeniu procesu, mimo jednak wiadomości nie wstrzymuje dalszego postępowania.

2) Co do środków, które mają zapobiedz procesowi symulowanemu, to dwa środki są możliwe: środek represywny i prewencyjny. Ostatni tam tylko stosować można, gdzie proces nie jest jeszcze ukończony. Sędzia winien czuwać nad tem, by strony nie prowadziły procesu symulowanego, winien dalszy tok procesu symulowanego wstrzymać i odebrać stronie możliwość uzyskania wyroku w celach innych, jak w celach ochrony prawa. Prawo może jednak stać na stanowisku odmiennem, może nakazać, że sędzia winien przeprowadzić proces, chociażby się okazało, że proces jest symulowany i tylko wtedy, gdy jedna ze stron zarzuci symulację, ma się wstrzymać od dalszego prowadzenia rozprawy i wydania wyroku.

Środek prewencyjny nie wystarcza tam, gdzie proces symulowany już przeprowadzono. Tu musi istnieć środek represywny, a może on polegać w tem, że albo z urzędu uznaje się proces jako nieważny, a wyrok jako bezskuteczny, albo też pozostawia się stronom prawo zaczepienia wyroku. Możliwem jest, że prawo nie zezwala na zaczepienie wyroku wydanego na podstawie pozornego procesu, że jednak nie dopuszcza do tego, by strona z wyroku korzystała przeciw stronie przeciwnej w celu prowadzenia egzekucyi lub też powołała się na ten wyrok w celu odparcia aktu procesowego strony drugiej; przy tym systemie wyrok na podstawie symulowanego procesu wydany jest bezskuteczny, daje jednak możność odparcia prowadzonej już egzekucyi lub też ekscepcyę w procesie innym, w którym powołano się na symulowany wyrok.

Środek represywny winien i tam być stosowany, gdzie w toku procesu sędzia tylko na skutek zarzutu symulacji a nie z urzędu ma wstrzymać dalsze prowadzenie pozornego procesu; tu sędzia jest bezbronny. chociaż symulacja jest oczywistą, musi więc istnieć środek obalenia wyroku po tegoż wydaniu.

A) Symulacja w toku postępowania pierwszej instancji.

a) *Symulacja skargi.*

1) Jeżeli w toku postępowania pierwszej instancji, a więc przed wydaniem wyroku okaze się, że proces jest symulowany, powstaje kwestya, jak się ma sędzia zachować.

By tę kwestyę rozstrzygnąć, należy rozpatrzyć, jaki charakter prawny przyznać należy procesowi.

Dawniej uważano proces za sumę zajęć, za *proceder*. Bülow¹⁾ zwrócił uwagę na to, że proces jest stosunkiem prawnym, który stwarza prawa i obowiązki stron, że jest stosunkiem prawnym jednolitym²⁾, zachodzącym tak między stronami jak i wobec sądu³⁾, odmiennym od stosunku prywatno prawnego stanowiącego przedmiot sporu. Stosunek procesowy musi mieć pewne

¹⁾ Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, 1868, str. n. 60.

²⁾ Przeciwnie temu zdaniu wystąpił Menger, System des oest. Zivilproz. T. I str. 291 n. dopatrując się w procesie całego szeregu samoistnych roszczeń procesowych („sich die prozessrechtliche Cognition auch in dem einfachsten Zivilprozess auf die Thatbestände einer grossen Zahl von selbständigen prozessualen Ansprüchen erstreckt“) — Schultze, Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung, 1883, T. I str. 48 n., jest zdania, że proces jest aktem prawnym, a raczej mnogością aktów prawnych. O zapatrywaniach na teorię o stosunku procesowym por. Godlewski, O edycyi dokumentów i rzeczy wywiadowczych, 1896, str. 94 n.

³⁾ Kohler, Prozess als Rechtsverhältniss str. 6 n. przyjmuje, że proces jest stosunkiem tylko między stronami, nie zaś wobec sądu (str. 33 „Geschäft unter den Parteien vor dem Richter“).

wymogi do powstania oraz istnienia, bez nich nie może powstać lub też dalej istnieć. Stosunek procesowy mimo jednolitości rozwija się, a następnie rozwiązuje się¹⁾).

Wymogi procesowe są rozmaite, odnoszą się one do osób biorących udział w procesie, a więc do sądu i stron procesowych oraz ich zastępców, do przedmiotu sporu, do czynności procesowych i do czasu, w którym proces może się odbyć²⁾). Tylko gdy wymogi procesowe zachodzą, może być stosunek procesowy zawiązany, brak ich uniemożliwia jego powstanie.

Do wymogów procesowych zalicza Bülow i skargę. Skarga jednakowoż nie może być uważaną za wymóg procesowy. Jest ona czynnością procesową, bez której proces wogóle istnieć nie może, ona konstytuuje proces. Skargę w odróżnieniu od wymogów procesowych należy uważać za akt proces tworzący, nie stoi ona na równi z wymogami procesowymi i od nich ma być odróżnioną³⁾). Tylko wtedy, gdy wszystko, co do powstania i istnienia stosunku procesowego jest potrzebnem, podsumowujemy pod jedno pojęcie prawne, możemy skargę nazwać wymogiem procesowym w obszerniejszem tego słowa znaczeniu⁴⁾).

¹⁾ Kohler, l. c. str. 34 porównuje stosunek procesowy ze stosunkiem spółki, który w czasie trwania doznaje zmian.

²⁾ Bülow l. c. str. 290 n.

³⁾ Bülow w *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, tom 27 str. 235 i nast. (rozdział: Die Prozessvoraussetzungen und das Klagerecht) podnosi sam, że skarga jest powodem powstania procesu, i powiada: „Die Klageerhebung ist die hauptsächlichste Entstehungsvoraussetzung des Prozessrechtsverhältnisses, der produktive Faktor desselben“ (str. 238). „Erst durch die prozessbegründende Handlung der Klageerhebung wird der Prozess geschaffen“ (str. 238). „Sie ist nicht bloß der Anfang, das principium, sondern das Fundament, der schöpferische Rechtsgrund des Prozessrechtsganzen, der Rechtsgrund der ganzen prozessualischen Rechtsfolge, welche mit der Entstehung des Prozessrechtsverhältnisses verbunden ist“ (str. 240, 241).

⁴⁾ Weizsäcker, Unrichtige Parteibezeichnung in der *Klagschrift* w *Zeitschrift f. d. Z. P.* tom 27 (1901) str. 20—100

Jeżeli skarga stwarza proces, to nie może on bez skargi istnieć. Skarga nie istnieje już wtedy, gdy wniesiono pismo nazwane skarga, lecz ponadto musi istnieć wola wniesienia takiego pisma, musi dalej pod względem treści odnośne pismo zawierać wszelkie wymogi skargi, musi zawierać żądanie ochrony, a nadto je uzasadnić.

Jeżeli więc do sądu weszło pismo nazwane skarga, a potem się okaże, że ono nie pochodzi od osoby, w imieniu której miało być wniesione, to skarga nie istnieje i zawiązanie stosunku procesowego odbyć się nie może.

Jeżeli skarga jest niejasną i niezrozumiałą, należy ją odrzucić¹⁾, postępowanie na podstawie takiej skargi nie może być wdrożone, nie wiadomo bowiem, czego powód sobie życzy, a wskutek tego zawiązanie stosunku procesowego okazuje się niemożliwym. To nie powinno ulegać kwestyi, sąd powinien wiedzieć, jakie powód stawia żądanie²⁾, nie powinien wprowadzić orzekać już z góry, czy je fakta uzasadniają, gdy jednak już *prima facie* żądanie jest nie tylko nieuzasadnione lecz wprost bez sensu, gdy w żadnym nie pozostaje związku z faktami,

nazywa skargę „Prozessbegründungsgeschäft“ i odróżnia wymogi procesowe w obszerniejszem i ściślejsem tego słowa znaczeniu.

¹⁾ Balasits, Nieważność i zarzuty, str. 24, 25. Z tego, że wedle prawa austr. w postępowaniu przed sądami powiatowymi skargę niedokładną należy zwrócić tylko do uzupełnienia, zaś w razie gdy jej żądanie jest nie uzasadnione, należy pouczyć stronę o tem, gdyby zaś żądała zaprotokołowania mimo to skargę przyjmując, nie można wysnuwać wniosków przeciw zapatrywaniu wyżej wyrażonemu. Przepis procedury cywilnej (§. 435) ma na celu uzyskanie wyjaśnienia lub pouczenie strony, że żądanie jest nieuzasadnione, jest ustanowiony w interesie strony, by ją pouczyć, odnosi się do wypadku, w którym żądanie i treść skargi są jasne, nie zaś do całkiem niejasnych żądań.

²⁾ Skargę zawierającą żądanie niejasne należy odrzucić już z góry. Tak samo ma się rzecz, gdy żądanie nie jest dokładnie oznaczone, a więc co do czasu i przedmiotu. Żądanie alternatywne jest jasnem, tak samo i żądanie ewentualne.

gdy żądanie nie jest stanowczem, stosunek procesowy nie może być stworzony.

Jeżeli skarga jest symulowana, jeżeli powód oznajmia wprawdzie, że się ochrony domaga, wola jego zaś skierowana jest na co innego, jak na ochronę prawa, wówczas nie ma zamiaru osiągnięcia tego, do czego proces ma służyć. Powód, wnosząc skargę symulowaną, nie ma woli, by stosunek procesowy był zawiązany, chce on przeprowadzić proces, chce możliwie uzyskać wyrok, ale zamiar stworzenia tego stosunku, który ma za zadanie ochronę prawa, nie zachodzi po stronie powoda. Gdzie skarga jest symulowaną, nie istnieje akt, który stwarza stosunek procesowy i dlatego procesu nie można przeprowadzić.

2) Kiedy należy symulację uwzględnić, czy tylko wtedy gdy zamiar symulacji został sędziemu objawiony? Czy też sędzia ma prawo badać zamiar stron, gdy zachodzi podejrzenie symulacji procesu?

W prawie prywatnem dwie przyjmują zasady, zasadę objawienia i zasadę woli. Jedni przywiązują wagę do oświadczenia i nie zważają na rzeczywistość, chociażby nawet widoczną wolę strony¹⁾, drudzy są zdania, że wola strony, o ile jest widoczną lub daje się poznać, winna być uwzględniona.

W prawie procesowem spotykamy również te same zasady. Proces jest stosunkiem prawnym, składa się jednakowoż z całego szeregu czynności bądźto stron, bądźto sędziego. Czynności objawiają się na zewnątrz, przed dokonaniem istnieje wola, która do objawienia prowadzi. Jedni uważają czynności procesowe jako objawienie woli²⁾, przywiązują więc do woli stron wagę, dru-

¹⁾ Głównym przedstawicielem tej teorii jest Schlossmann, *Der Vertrag*, str. 85 n.

²⁾ Wetzell, *System des ordentlichen Zivilprozesses*, III. wyd. 1878 str. 891 „und dennoch darf angenommen werden, dass... die prozessualischen Handlungen sämtlich in Willensäußerungen bestehen, welche von der einen oder anderen Partei an den Richter oder vom Richter an die eine oder andere Partei gerichtet werden“.

dzy kładą nacisk na oświadczenie. Wedle zdania ostatnich wiąże tylko to, co zostało objawione, wola jest obojętną, czynności procesowe z powodu przymusu, obawy, oszustwa, omyłki i rezerwacyi nie mogą być zaczepione¹⁾.

Obok tych dwóch zdań objawia się i trzecie, które uwzględnia, że stosunek jest trójstronnym i podnosi, że objawienie rozstrzyga, o ile wszystkie strony nie mają odmiennej rzeczywistej woli. Jeżeliby więc nawet obydwie strony mogły zacząć wzajemne akty, to jednakowoż ze względu na trzecią osobę w procesie, a mianowicie sędziego, u którego nie zachodzi powód zaczepienia aktu procesowego, zaczepienie nie jest dopuszczalne i dlatego oświadczenie winno rozstrzygać.

Stosownie do tych zdań należałoby przyjąć, że tam, gdzie sędzia jest wtajemniczony w zamiar symulacji, nie może on rozstrzygać, bo wola rzeczywista stron jest mu znana. Wedle zdania, które do oświadczenia stron przywiązuje wagę, sędzia winien proces przeprowadzić²⁾, wola stron, chociażby o niej wiedział, powinna być dla niego obojętną. Jeżeli się do woli stron wagę przywiązuje, należy w każdym razie nadać sędziemu prawo jej badania, by nie dopuścić do symulacji procesu.

Zdaniem naszym, jak w prawie prywatnem oświadczenie nie pociąga za sobą skutków prawnych, lecz i wola ma wielką doniosłość, o ile jest widoczną, tak i w procesie należy przy dokonaniu czynności procesowych uwzględnić wolę stron, gdy ona jest widoczną.

¹⁾ Balasits, Nieważność i zarzuty, 1886, str. 48, 79. — Pollak, Gerichtliches Geständniss im Zivilprozesse, 1893 str. 27 n., 37 n. — Pollak, Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, 1898 str. 5 n. („der Schein gilt für die Sache“) str. 61, „darum treten die Rechtsfolgen prozessualer Willenserklärungen und Unterlassungen ohne Rücksicht auf Willen und Absicht der Parteien ein (str. 71). — Pollak, System des oesterr. Zivilprozessrechts 1903 t. I str. 313 n.

²⁾ Tego jednak Pollak, Gerichtl. Gest. str. 83, nie przyjmuje, wychodząc z założenia, że strony nie mogą dysponować materiałem procesowym.

A tę wolę stron należy uwzględnić nie tylko, jeżeli jedna ze stron działających innym (a do nich należy i sędzia) objawi tę wolę, lecz także gdy inna strona (w szczególności sędzia) przekona się skądinąd, a nie na podstawie oznajmienia jednej ze stron o rzeczywistej woli strony. W prawie prywatnem ten, który poznać może, że oświadczenie strony nie odpowiada woli, nie może korzystać z oświadczenia, w prawie procesowem strona nie powinna korzystać z oświadczenia, gdy odmienna wola jest widoczną.

Wynikiem naszego zapatrywania jest, że sędzia widząc sprzeczność oświadczenia z wolą, nie może być biernym wobec omyłki lub przymusu, nie może przyjmować oświadczenia strony, lecz musi zwrócić jej uwagę na sprzeczność oświadczenia z wolą i starać się o to, by rzeczywista wola była objawioną. Do tego jest sędzia tak długo zobowiązany, jak długo druga strona praw nie nabyła; gdy to nastąpiło, nie może sędzia pomódz stronie, nie może dokonać usunięcia sprzeczności między oświadczeniem a wolą strony. To też i strona, której oświadczenie nie zgadza się z wolą, nie może zacząć aktu procesowego przez siebie dokonanego, nie może powołać się na omyłkę, przymus i t. d. Pod tym względem mają rację zwolennicy zdania, że rozpoczęcie aktu procesowego nie jest dopuszczalne, że nie można w procesie stwarzać procesów ubocznych, któreby prowadziły do rozpoczęcia nawet takich aktów procesowych, jak skarga, użycie środka prawnego lub też zaniechanie aktów procesowych. Różnica między ich zdaniem a zdaniem przez nas wypowiedzianem polega w tem, że zdaniem naszym tam, gdzie sprzeczność oświadczenia z wolą jest widoczna, nie może z tego korzystać ani strona druga ani sędzia; jak długo więc sanacya aktu jest możliwą, winno to nastąpić, a więc nawet chociażby sędzia nie spostrzegłszy sprzeczności, wdroył już postępowanie¹⁾.

¹⁾ Dla aktów procesowych przyjmujemy więc, że kto przy ich dokonaniu składa oświadczenie, działa na własne niebez-

Jeżeli wypowiedzianą zasadę zastosujemy do wypadków symulacji procesu, to dojdziemy do tego, że sędzia widząc zamiar symulowania procesu, nie powinien korzystać z czynności procesowej strony. Sędzia nie powinien procesu prowadzić, strona nie ma woli, by stosunek procesowy był zawiązany. Strona objawia wprawdzie, że chce prowadzić proces, ale stosunku procesowego nie myśli zawiązać tam, gdzie nie ma woli uzyskania ochrony prawa w drodze procesu. Już symulacja skargi jest wystarczającą, by do procesu nie dopuścić, brak bowiem aktu, który stosunek procesowy zawiązać może. Wobec tego jest obojętnem, czy powód sam symuluje proces, czy też korzysta przy tem z pomocy pozwanego; proces, chociaż jednostronnie symulowany, nie ma być przeprowadzony.

3) Z przytoczonego przez nas charakteru skargi wynika, że sędzia winien, chociaż strona przeciwna nie podnosi zarzutu symulacji procesu, uwzględnić symulację i nie może dopuścić do prowadzenia procesu, a w następstwie do wyroku. Jeżeli ze skargi jest widocznem, że ona jest symulowaną, lub gdy sędzia dowie się po jej wniesieniu, że powód zmierza za jej pomocą do przeprowadzenia procesu symulowanego, winien ją odrzucić i nie może wdrożyć postępowania. Gdy powód w razie niestawiennictwa pozwanego zdradza sędziemu, że proces jest symulowany, nie należy wydawać wyroku; gdy pozwany staje na terminie, uznaje żądanie skargi, ale sędzia przekona się, że proces jest symulowany, nie może sędzia wydać wyroku z uznania. Gdyby trzecia osoba doniosła sędziemu, że proces jest symulowany, winien sędzia to pismo uwzględnić i badanie przeprowadzić, czy symulacja zachodzi; w każdym innym wypadku pisma trzeciej osoby nie mogą być w procesie uwzględnione, lecz tam gdzie idzie

pieczeństwo, nie na niebezpieczeństwo tego, kto w dobrej wierze przyjmuje oświadczenie (Por. Unger, Handeln auf eigene Gefahr, 1891, str. 19—22, co do oświadczeń w prawie cywilnem).

o kwestyę, czy stosunek procesowy może powstać, należy wkroczyć z urzędu, zaczem i pisma trzeciej osoby mają być co do prawdziwości ich treści badane¹⁾).

Sędziemu nadajemy więc prawo badania z urzędu, czy proces jest rzeczywisty, czy też symulowany; jeżeli dojdzie do wyniku, że zachodzi symulacja obydwu stron, lub też powoda, nie ma sędziego procesu dalej prowadzić²⁾. Sędzia ma tu dalej idące prawa, niż w razie gdy stwierdzi brak wymogu procesowego. Stosunek sędziego do wymogów procesowych rozmaicie bywa unormowany: albo ma on odrzucić skargę i odmówić prośbie o wdrożenie postępowania, albo też ma skargę dekretować i tylko na zarzut strony pozwanej uwzględnić brak wymogu procesowego (n. p. brak właściwości sądu), ten zarzut może być w pewnym tylko stadyum lub w toku całego procesu wniesiony, często może sędzia w każdym stadyum postępowania uwzględnić z urzędu brak wymogu procesowego. Możliwym jest więc, że brak wymogu procesowego nie stoi na przeszkodzie zawiązaniu stosunku procesowego, że jednak spowodować może rozwiązanie tego stosunku. Inaczej tam, gdzie niema aktu proces konstytuującego; tam sędzia w każdym stadyum, winien uwzględnić brak zaistnienia stosunku procesowego i nigdy nie może przyjąć, że stosunek procesowy zaistniał. Chociaż w kwestyi uwzględnienia braku wymogów procesowych ustawodawstwo pozytywne stoi na stanowisku, że tylko w pewnym stadyum ten brak ma być uwzględniony, to jednak co do braku podstawy procesu należy odmienne zająć stanowisko i przyjąć, że prekluzya zająć nie może, że więc w każdym stadyum symulację należy uwzględnić.

¹⁾ Sintenis l. c. str. 405—406.

²⁾ Sintenis, który jest zwolennikiem zapatrywania, że w procesie decyduje oświadczenie, a nie wola strony, przyjmuje, że sędzia nie powinien prowadzić procesu pozornego tam, gdzie zachodzi nadużycie (str. 382).

4) Z istoty prawnej symulowanego procesu wynika, w jakiej formie ma sąd wydać orzeczenie, że proces symulowany nie ma być prowadzony.

Brak wymogu procesowego powoduje, że stosunek procesowy nie może być zawiązany, sędzia o rzeczy samej nie może orzekać. Okoliczność, że stosunek procesowy nie może być zawiązany, nie stoi jednak na przeszkodzie, by postępowanie było wdrożone, ustawodawstwo może stać na stanowisko, że jak długo strona nie wytknie braku wymogu procesowego, postępowanie ma być wdrożone i że dopiero sędzia na skutek wniosku strony może orzec, że stosunek procesowy nie zostaje zawiązany. Ustawodawstwo może stać na stanowisku, że brak wymogu procesowego winien być uwzględniony bez względu na to, czy go strona wytknie, że jednak nie wolno sędziemu bez wdrożenia postępowania o tem orzekać. W ostatnim wypadku, sędzia, widząc zachodzący brak wymogu procesowego ma wdrożyć postępowanie i dopiero po jego przeprowadzeniu może orzec o tem, że zawiązanie stosunku procesowego nie może nastąpić. Tak samo ma się rzecz tam, gdzie nie da się bezzwłocznie stwierdzić, czy zachodzi brak wymogu procesowego, gdzie od badania sprawy samej jest zawisłem, czy sąd jest właściwym lub droga prawa dopuszczalną. W tych wypadkach winien sędzia wdrożyć postępowanie i po jego przeprowadzeniu orzec, czy wymóg procesowy zachodzi; w chwili otrzymania skargi nie jest możliwem wydanie orzeczenia, że zawiązanie stosunku procesowego jest możliwe, to też wdrożenie postępowania na razie winno nastąpić ¹⁾.

¹⁾ Tak ma się rzecz w razie wypadku kolejowego, gdy skargę wniesiono do sądu handlowego. Od tego, czy zdarzenie zaszło podczas ruchu („Ereignung im Verkehre“, o tem por. Randa, Die Schadensersatzpflicht 1907 str. 116 i n.), zawisłą jest kwestya właściwości, stwierdzenie zaś tej okoliczności dopiero po zbadaniu sprawy może nastąpić. Ze względu na tego rodzaju przypadki przewiduje ustawa możliwość zmiany senatu po myśli §. 62 n. j. (por. Horten, die Jurisdiktionsnorm 1898 str. 248).

Jeżeli to uwzględnimy, to dojdziemy do wniosku, że sędzia winien najpierw nad tem się zastanowić, czy postępowanie ma być wdrożone, następnie czy stosunek procesowy może być zawiązany, a dopiero po zatwierdzeniu obydwu pytań, winien ocenić, czy roszczenie ochronne zachodzi. Gdzie zachodzi brak wymogu procesowego, może sędzia skargę odrzucić i orzec, że stosunek procesowy nie może być zawiązany, może jednak lub czasem musi wdrożyć postępowanie, po przeprowadzeniu którego orzeka, czy stosunek zostaje zawiązany¹⁾.

Gdzie nie chodzi o to, czy wymóg procesowy zachodzi, lecz o to, czy stosunek procesowy powstać może, tam sędzia nie może nawet wdrożyć postępowania. Tam nawet do tego stadyum, w którym ma się badać kwestyę istnienia stosunku procesowego, dojść nie powinno. Tu sędzia nie może wdrożyć postępowania, by w temże stwierdzić, czy wymóg istnienia stosunku zachodzi, tu winien sam wdrożyć dochodzenie celem stwierdzenia, czy braki zachodzą i dopiero gdy wynik badań jest ujemny, może sędzia postępowanie to przeprowadzić. Gdzie więc skarży strona nieistniejąca (a takie wypadki istnieją, gdzie uprawniony, przedkładając cesyę, finguje osobę, by sam mógł być świadkiem),²⁾ gdzie skarży się osobę nieistniejącą, tam nie można wdrożyć postępowania. Gdzie osoba pewna wniosła skargę pod imieniem obcem, gdzie się więc okazuje, że wymieniony jako powód sporu prowadzić nie chce, postępowania wdrożyć nie można. Tak samo ma się rzecz tam, gdzie skarga jest symulowana; sędzia nie może postępowania wdrożyć, lecz winien skargę odrzucić; gdyby zaś miał wątpli-

¹⁾ Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit 1905, podnosi, że wymogi procesowe są wymogami dla wydania przez sąd orzeczenia w rze-czy samej; mimo więc braku postępowanie może być wdrożone, a wynikiem jego ma być w razie istnienia braków orzeczenie, że się procesowi nie wdraża. Hellwig str. 56 proponuje w miejsce wyrażenia „Klageabweisung“ wyrażenie „Prozessabweisung“.

wości co do tego, czy zachodzi symulacja, winien badania przeprowadzić, czy podejrzenia jego są uzasadnione. Gdyby sędzia wdrożył postępowanie na skutek skargi symulowanej, to już w chwili powstania podejrzenia, że strony mają zamiar prowadzić proces symulowany, winien wstrzymać dalsze postępowanie, chociażby jeszcze do pozytywnego wyniku nie doszło; badanie czy symulacja zachodzi, ma być przeprowadzone, a po ukończeniu badań należy dalsze postępowanie procesowe zastanowić.

Wedle procedury austriackiej wydaje się orzeczenie, że stosunek procesowy nie może być zawiązany, a więc orzeczenie, że sąd jest niewłaściwy, droga prawa niedopuszczalna, sprawa osądzona i t. p., we formie uchwały. Tem bardziej należy więc we formie uchwały orzec, że powstanie stosunku procesowego nie może nastąpić z powodu, że zachodzi symulacja. Obydwie uchwały są jednak odmienne, w jednej orzeka się, że zachodzi brak wymogu stosunku procesowego, z czego nie wynika, by inny stosunek procesowy przed sądem właściwym lub też inny stosunek prawny n. p. przed władzą administracyjną nie mógł powstać; w drugim przypadku orzeka się, że wogóle żaden stosunek prawny powstać nie może. Orzeczenie ostatnie wyprzedza piewsze pojęciowo: najpierw należy orzec o tem, czy postępowanie ma być wdrożone, potem dopiero, czy stosunek procesowy może być zawiązany.

Wedle procedury niemieckiej wydaje się orzeczenie, że zachodzi brak wymogu procesowego, we formie wyroku, a więc gdy sąd uznaje, że jest niewłaściwy lub że droga prawna jest niedopuszczalną. Odrzucenia skargi z powodu symulacji lub zastanowienia postępowanie z tego powodu nie można wedle procedury niemieckiej orzec inaczej, jak we formie uchwały, nie orzeka się tam bowiem o braku wymogu procesowego, lecz o tem, że postępowanie nie może być wdrożone. Tem uwydatnia się i we formie różnica między brakiem wymogu

procesowego a brakiem okoliczności tworzącej stosunek procesowy¹⁾.

b) Symulacja zaszła w toku procesu.

1. Jeżeli strony, które prowadziły proces na seryo, w toku procesu co do spornych kwestyi się porozumiały, mimo to jednak proces nadal prowadzić zamierzają, powstaje kwestya, czy sędzia ma obowiązek proces taki dalej prowadzić i dopomódz stronom do osiągnięcia pewnego celu nie procesowego, a więc nie do ochrony prawa.

W przypadku, o którym mowa, stosunek procesowy powstał, skargę wniesiono celem ochrony prawa, stosunek procesowy powstał więc ważnie i został związany. Jeżeli stosunek procesowy zostaje ważnie związany, jeżeli nie zachodzi brak wymogu procesowego, który rozwiązanie tego stosunku powoduje, wówczas trwa on nadal, chociażby nawet zaszły okoliczności, z powodu istnienia których w czasie wdrożenia procesu nie mogłoby nastąpić rozwiązanie stosunku procesowego. Tylko wyjątkowo może ustawa przepisywać, że fakt zaszły po ważnem związaniu stosunku procesowego powoduje jego rozwiązanie *ex tunc*²⁾. Wyjątek nie może

¹⁾ Weizsäcker, Unrichtige Parteibezeichnung in der Klageschrift w Zeitschrift für den Zivilprozess, T. 30 (1903) str. 20—103 omawia na str. 49 n. wypadki, gdzie wedle prawa niemieckiego ma być wydaną uchwałą, a nie wyrok. Między innemi twierdzi (str. 61 n.), że skarga na żart wniesiona ma być odrzuconą we formie uchwały. *De lege ferenda* oświadcza się W. za tem, by orzeczenie o braku wymogu procesowego zapadło, jak w Austrii, we formie uchwały.

Kohler, Der Prozess als Rechtsverhältniss 1888 str. 94, jest tego samego zdania, że więc na skargę symulowaną nie powinien sędzia terminu wyznaczać, gdyby zaś wyznaczył, ma orzec w drodze *absolutio ab instantia*, że stosunek procesowy nie może powstać.

²⁾ Por. np. przepis § 29 n. j. co do właściwości sądu że zmiana w toku procesu pozostaje bez wpływu na stosunek procesowy. Inaczej ma się rzecz z kwestyą należności sprawy

być extenzywnie interpretowany, wobec czego przyjąć należy, że gdy stosunek procesowy powstał, następnie jednak strony straciły interes w prowadzeniu procesu i tylko pozornie proces dalej prowadzą, stosunek procesowy nie ma być uchylonym; strony mogą go uchylić przez zawarcie ugody, do tego jednak nie są zniewolone. Czyżby więc sędzia miał wydać wyrok i pomagać stronom w prowadzeniu procesu dla ochrony ich prawa żadnej wartości nie mającego? A to wynikałoby z istoty stosunku procesowego, który rozwiązany być nie może

Kwestyę rozstrzygniemy, jeżeli uwzględnimy, że żądanie w skardze postawione jest żądaniem skierowaniem na ochronę prawa.

Nad charakterem prawnym skargi zastanawiano się nieraz, w szczególności nad tem, czy skarga nadaje prawa. Degenkolb, a po nim Plosz¹⁾ przyjmują, że powodoi przysługuje na podstawie skargi prawo do prowadzenia procesu, a więc prawo natury formalnej i to prawo istnieć ma już na podstawie twierdzenia powoda, że ukrócenie prawa nastąpiło, i przedstawia się wobec pozwanego i sądu jako prawo na wydanie wyroku.

Zapatrywanie, jakoby istniało publicystyczne abstrakcyjne prawo skargi, odparł Wach, podnosząc, że takie prawo skargi oparte na twierdzeniu jest tylko możliwością jej wniesienia, nie zaś prawem.

Zdanie pierwsze jest słusznem, skarga sama przez się prawa nie nadaje, nie może stworzyć stosunku procesowego, do tego muszą zaistnieć i wymogi procesowe, skarga więc nie nadaje prawa do zawiązania stosunku procesowego, a gdy stosunek zostanie zawiązany, powód zyskuje tylko postępowanie i wyrok i nic więcej. Możliwość wniesienia skargi prowadzi więc do tego tylko, że na skargę sędzia ma wdrożyć postępowanie, ale to nie jest wpływem prawa strony. Gdy zachodzą wszelkie

na drogę prawa. Por. Hellwig l. c. str. 58, który podnosi, że ważność dokonanej czynności procesowej należy ocenić wedle chwili, w której ją przedsięwzięto.

¹⁾ Beiträge zur Theorie des Klagerechts 1880 str. 13, 40 i n.

wymogi stosunku procesowego, powstaje tenże, a z nim także i prawa i obowiązki dla stron. Te ostatnie są dopiero wypływem stosunku procesowego, ale w skardze samej się nie mieszczą.

Inaczej ma się jednak rzecz z roszczeniem, które mieści się w skardze. Odnośnie do tego istnieje prawo, ale prawo nie na wdrożenie postępowania, lecz prawo dalej idące.

Wach pierwszy wskazał na to że obok prawa materalno-prywatnego, które stronie przysługuje, istnieje prawo publicystyczne, prawo, które daje podstawę do ochrony przed sądem. Mimo istnienia prawa prywatnego, nie można go zawsze przed sądem dochodzić, do tego muszą istnieć i inne jeszcze wymogi.

Gdy te wymogi zachodzą, strona może żądać od sądu ochrony prawa. Sędzia, wydając wyrok, orzeka tylko, czy istnieje prawo procesowe, prawo do ochrony.

Sędzia orzekając, że żądaniu daje się miejsce, stwierdza, że prawo materalne istnieje, ale ponadto także, że zachodzi potrzeba i możliwość jego ochrony i sędzia może dać żądaniu miejsce, chociaż o prawo materalne wcale nie chodzi i żądanie oparte jest na całym innem prawie (n. p. procesowym, tak przy skardze wznowienia, nieważności, opozycyjnej); może dać miejsce żądaniu skargi i tam, gdzie prawa materalnego niema, jak przy skardze o negatywne ustalenie. Z drugiej strony odmówienie żądaniu skargi nie jest zaprzeczeniem prawa materalnego, mimo jego istnienia może sędzia żądaniu odmówić, a ma to miejsce tam, gdzie nie zachodzą wymogi ochrony (tak, gdy skarga jest przedwczesną).

Prawo więc, o jakim sędzia ma w procesie orzekać, nie jest identycznym z prawem materalnym, nie wyklucza ono prawa materalnego, ale jest odrębnem. Prawo to ma na celu uzyskanie ochrony, nie jest więc skierowane tylko na wdrożenie postępowania, lecz i na wydanie korzystnego orzeczenia, gdyż takie tylko orzeczenie może chronić stronę. Sędzia, wydając korzystne

orzeczenie, uznaje, że zachodzi prawo do ochrony, odmawiając zaś żądaniu orzeka, że няма prawa do ochrony, z czego jeszcze nie wynika, by prawo materialne nie istniało. Prawo do ochrony jest prawem czyisto procesowem, skierowanem wobec przeciwnika, a nadto wobec państwa na osiągnięcie ochrony (Rechtsschutzanspruch), istnieje obok prawa prywatnego, jest „secundäres Recht“, zaspokojenie tego prawa może się odbyć tylko przez korzystne orzeczenie sądowe ¹⁾).

Roszczenie ochronne może się objawiać we formie rozmaitej, strona może żądać ochrony przez nałożenie na przeciwnika obowiązku świadczenia, ochrony przez ustalenie prawa lub stosunku prawnego. Roszczenie ochronne może przybrać i dalszą formę, a mianowicie może być skierowane na to, by wyrokiem samym skutek prawny stworzono, a więc orzeczono, że małżeństwo zostaje rozwiązane, że spółka jest zerwana, spółwłasność zniesiona, wyrok sądu polubownego uznany za nieważny. W tych wypadkach sędzia orzeka, że stosunek prawny zostaje w pewien sposób ukształtowany. Skargi tego rodzaju są osobnym rodzajem ochrony prawa, zowią je „Rechtsgestaltungsklagen ²⁾).

¹⁾ Wach, Der Feststellungsanspruch, 1889 str. 22, 27, 32. Schrutka w recenzji Wacha, w czasop. Grünhuta T. 17 (1889) str. 617—619 i Stein, Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, 1901, są zdania, że roszczenie ochronne istnieje tylko wobec państwa, nie zaś wobec strony przeciwnej. — Skedl, Das oest. Zivilprozessrecht, 1900 (I) str. 12, wyraża się, że roszczenie ochronne ... „ist in erster Linie gerichtet gegen den Staat um Gewährung von Rechtsschutz“, nie zaprzecza jednak istnieniu roszczenia wobec strony przeciwnej. Tak samo Hellwig. Klagrecht 1905 str. 2—3 i n., 20 uw. 5.

²⁾ Pierwszy zwrócił uwagę na tę formę roszczenia ochronnego Schrutka w powołanej recenzji str. 619; skargi takie „nicht eigentlich auf Feststellung des bestehenden Rechtszustandes, sondern auf Umänderung, Umgestaltung desselben durch das Gericht gehen. Die Function des Richters ist hier eine ganz andere, er deklariert nicht, was Rechtens ist, sondern er konstruiert neues Recht. Schr. zwraca uwagę, że skargi takie stanowią stadyum przejściowe od procesu do postępowania niespornego.

Roszczenie ochronne może być skierowane na to, aby przeprowadzono egzekucję i w ten sposób stronę ochronioną, może być skierowane na ubezpieczenie prawa¹⁾.

Rozmaitość formy ochrony prawnej wskazuje na to, że obok jednego prawa materialnego może istnieć kilka roszczeń ochronnych, tak roszczenie na ustalenie, świadczenie, na zmianę prawa, na egzekucję, ubezpieczenie, z których każde dla siebie jest odrębnym prawem procesowym²⁾.

Roszczenie ochronne jest prawem publicystycznym skierowanym nie tylko na wdrożenie postępowania, lecz także na to, aby ochrony udzielono, a więc aby wydano korzystne³⁾ orzeczenie. Gdzie niema roszczenia ochronnego, tam musi zapaść orzeczenie odmowne. Roszczenie ochronne nie wypływa ze stosunku procesowego, jakkolwiek o niem można orzec tylko, gdy ważny stosunek procesowy zostaje zawiązany, wtedy bowiem tylko może sąd przystąpić do wydania orzeczenia. Sędzia najpierw ma zbadać, czy stosunek procesowy może być

¹⁾ Hellwig, Klagrecht 1905 str. 1—12 przyjmuje istnienie roszczenia ochronnego i uznaje trzy rodzaje tegoż, tak prawo skargi, prawo wykonania (str. 16 n.) i prawo ubezpieczenia (str. 13 a); prawo skargi dzieli H. na trzy formy, a mianowicie na zasądzenie, ustalenie i zmianę prawa. To, co H. nazywa „Klagrecht“, nie jest abstrakcyjnym prawem skargi, lecz roszczeniem na wydanie korzystnego wyroku skierowanym, roszczeniem ochronnym (str. 36—39).

²⁾ Środek osiągnięcia pewnego wyroku nie wpływa na rodzaj roszczenia ochronnego. Pozostaje ono tem samem, chociaż odrębne jest unormowane postępowanie. Czy więc w drodze postępowania mandatowego, czy zwykłego procesu roszczeniu zadość się czyni, pozostaje ono zawsze takim samem (Hellwig l. c. str. 41).

³⁾ Hellwig, l. c. str. 47 n., przyjmuje, że nie tylko powodowi, lecz i pozwanemu może przysługiwać roszczenie ochronne. Jeżeli powód ma prawo do skargi (prawa konkretnego, roszczenia ochronnego), wówczas wskutek wniesienia skargi nabywa pozwany prawo do ochrony przez odmówienie żądaniu tej skargi.

zawiązany, a dopiero potem ma orzec, czy zachodzi roszczenie ochronne¹⁾; może przyjąć istnienie stosunku procesowego, a nie uznać roszczenia ochronnego²⁾.

¹⁾ Przeciw roszczeniu ochronnemu wystąpili Kohler, *Prozessrechtliche Forschungen*, 1889, str. 71 n., i Bülow, *Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Zivilprozessrechts*, w *Ztschr. f. d. Zivilprozess* T. XXVII (1900) str. 201—260. Bülow występuje przeciw zdaniu, jakoby istniało odrębne roszczenie ochronne (w rozdziale: *Der Rechtsschutzanspruch* str. 212—223 i później). Kto przyjmuje roszczenie ochronne, które nadaje prawo temu, kto ma słuszość, zapatraje się podług B. na stosunek procesowy z jednostronnego punktu widzenia tej strony, na korzyść której należy sądzić. „Wer sich bei der Betrachtung eines Rechtsinstituts auf den Standpunkt des Einzelinteresses, der blossen individuellen Berechtigung stellt, wird stets nur einen einseitigen, oft einen schiefen Einblick in das Wesen desselben erhalten“. Zadaniem procesu cywilnego nie jest pomagać jednostkom przy dochodzeniu praw, lecz prawu obiektywnemu dopomóc do ujawnienia się, roszczenie ochronne więc nie może być zasadą procesu cywilnego. Bülow jest zdania, że stronie służy prawo do ochrony, że to prawo jednak jest integralną częścią stosunku procesowego, wobec czego odpada potrzeba stwarzania pojęcia odrębnego roszczenia ochronnego. „Der Rechtsanspruch ist also nichts, was ausserhalb des Prozessrechtsverhältnisses liege. Aber auch nichts, was innerhalb desselben irgend eine selbständige, von dessen übrigen Bestandteilen isolirbare Existenz haben könnte“ (str. 234).

Bülow zdaniem naszym zapoznaje, że stosunek procesowy nadaje prawo do prowadzenia sporu, ale niekoniecznie nadaje ochronę. Mimo że prawo materialne istnieje, mimo że stosunek procesowy zawiązano, strona nie może uzyskać ochrony, gdy potrzeba jej nie zachodzi. Z istoty stosunku procesowego nie można dojść, dlaczego żądaniu strony należy odmówić (Kohler, *Der sogenannte Rechtsschutzanspruch* w *Ztschr. f. d. Z. P.* Tom 33 r. 194 str. 211—234, występuje przeciw teorii o roszczeniu ochronnem, zwłaszcza przeciw prawu skargi, str. 218 i n.).

²⁾ Roszczenie ochronne nie powstaje z chwilą, gdy uprawniony tegoż żąda, istnieje ono przedtem, ale żądanie ma to znaczenie, że uprawniony dopiero postawieniem takiego żądania może uzyskać ochronę. W niektórych wypadkach nie może zobowiązany zadość uczynić roszczeniu ochronnemu, nie może

Z istoty roszczenia ochronnego, a więc roszczenia skierowanego na to, by sędzia orzekł po myśli żądania i prawa chronił w pewnej formie, wynika, że by je uznać w procesie, musi istnieć stan faktyczny, a więc to, co daje podstawę do przyjęcia prawa prywatnego, musi istnieć możliwość ochrony prawnej (Rechtsschutzmöglichkeit) i ponadto potrzeba ochrony prawnej (Rechtsschutzbedürfniss). Ochrony można tylko tam udzielić, gdzie do tego zachodzi potrzeba; gdy jej nie ma, musi się orzec, że roszczenie ochronne nie zachodzi, że więc odmawia się żądaniu skargi. Wymóg potrzeby ochrony prawnej jest jak każdy inny wymogiem prawa publicystycznego, bez tego wymogu nie ma mowy o roszczeniu ochronnym. Jeżeli więc powód skarży o świadczenie przed zapadłością pretensyi, nie zachodzi potrzeba ochrony i dlatego sędzia musi orzec, że roszczenie ochronne nie istnieje. Przy skardze o ustalenie musi być stwierdzoną potrzeba ochrony, a ustawa wyraża to w ten sposób, że wymaga interesu prawnego dla roszczenia ochronnego; gdzie tego interesu nie ma, tam sędzia, mimo, że prawo merytoryczne istnieje, nie może przyjąć istnienia prawa publicystycznego, roszczenia ochronnego i musi żądaniu ustalenia odmówić¹⁾. Orzeczenie odmowne, w razie gdy zachodzi brak wymogu ochrony, wydać ma sędzia bez względu na to, czy strona przeciwna brak ten zarzuci; chronić może sędzia tylko tam, gdzie zachodzi potrzeba ochrony, gdzie jej nie ma, odmowa winna nastąpić.

2) Jeżeli przyjmiemy, że obok prawa merytorycznego istnieje roszczenie ochronne, jeżeli przyjmiemy, że sędzia w procesie ma tylko orzec, czy to roszczenie ochronne zachodzi i to bez względu na istnienie prawa merytorycznego, które ma być przez sędziego badane jako podstawa do wyroku co do roszczenia ochronnego, to z ła-

go poza sądem zaspokoić, tak nie może n. p. złożyć przysięgi manifestacyjnej, zadość uczynić żądaniu ustalenia itp. Por. Hellwig, Klagrecht und Klagsmöglichkeit str. 21 uw. 10.

¹⁾ „Ohne Rechtsschutzinteresse kein Rechtsschutzanspruch“ (Wach, l. c. str. 51 uw. 19).

twością możemy rozstrzygnąć kwestyę, co ma się stać w procesie, jeżeli sprawa między stronami została załatwioną.

Strony po załatwieniu sprawy nie mają interesu w prowadzeniu procesu, powód nie potrzebuje więcej ochrony prawa. Ponieważ sędzia ma orzec, czy roszczenie ochronne zachodzi, przeto ma badać, czy zachodzi potrzeba ochrony. Kwestya zaś, czy zachodzi potrzeba ochrony, ma być badana przez sędziego bez względu na to, czy strona przeciwna uznaje tę potrzebę.

Roszczenie ochronne jest prawem skierowaniem nie tylko wobec strony przeciwnej, lecz i wobec sędziego. Sędzia ma się przekonać, czy wszystkie wymogi roszczenia istnieją. Chociażby więc pozwany, tam gdzie powód zaskarżył pretensyę niepłatną, uznał żądanie skargi, winien sędzia odmówić roszczeniu ochrony z powodu, że zachodzi brak potrzeby ochrony. Jeżeli przy skardze o ustalenie pozwany nawet przyzna, że istnieje interes prawny w ustaleniu, sędzia ma odmówić roszczeniu ochrony w drodze ustalenia, gdy się przekona, że interesu przyjąć nie można. Prawo publicystyczne, a takim jest roszczenie ochronne, wyjęte jest z pod dyspozycji stron, sędzia winien przeto z urzędu badać, czy wymogi ochrony zachodzą¹⁾.

Wymóg potrzeby ochrony musi istnieć w chwili, gdy sędzia ma orzec o roszczeniu ochronnem. Jeżeliby w chwili wniesienia skargi potrzeba ochrony nie istniała, ale w chwili wydania wyroku zaszła, sędzia ma uznać istnienie roszczenia ochronnego. Gdyby więc zaskarżono pretensyę niepłatną, wymóg ochrony prawa nie zachodzi; jeżeli jednak w chwili wydania wyroku pretensya

¹⁾ Podnieść należy, że istnienie interesu prawnego w ustaleniu, istnienie potrzeby ochrony nie jest wymogiem procesowym, lecz wymogiem roszczenia ochronnego. Gdy więc zachodzi brak potrzeby ochrony, należy orzec wyrokiem, że się roszczeniu odmawia, z czego nie wynika, iżby uznano prawo materialne jako nieistniejące.

staje się płatną, zachodzi potrzeba ochrony i dlatego należy dać miejsce roszczeniu ochronnemu (por. §. 406 p. c.)

Z drugiej strony, jeżeli nie istnieje potrzeba ochrony w chwili wydania wyroku, nie można przyjąć, by istniało roszczenie ochronne. Jeżeli zaskarżono o ustalenie prawa lub stosunku prawnego, a tymczasem zaszła płatność pretensyi, ustać może interes w ustaleniu¹⁾, a tem samem potrzeba ochrony prawa, żądaniu ochrony w tej formie należy odmówić²⁾.

Gdzie proces staje się symulowanym mimo, że pierwotnie szło o ochronę prawa, tam z chwilą załatwienia sprawy ustał wszelki interes ochronny; strony mogą żądać, aby sędzia spółdziałał przy spisaniu zawartej ugody, nie mogą jednak żądać, by chronił powoda w jego roszczeniu. Po zawarciu ugody nie mogą strony nawet żądać wydania wyroku w myśl treści ugody, a więc, by wyrok opiewał tak, jakby opiewała ugoda sądowa; sąd nie może stwierdzić potrzeby ochrony, a to musiałby uczynić gdyby wydał wyrok.

Do wyroku mają strony prawo dopiero wtedy, gdy ugoda nie zostaje dotrzymana, gdyż dopiero wtedy powstaje roszczenie ochronne, a więc możność orzeczenia sędziego, ale ta potrzeba ochrony opiera się na odmiennym tytule, a mianowicie na niedotrzymaniu ugody.

Gdy więc sędzia przekona się, że strony zawarły pozasądową ugodę, jednak pozornie proces dalej prowadzi, winien odmówić roszczeniu ochronnemu. Orzeczeniem tem nie wypowiada sąd jeszcze, że powód może żądać ugodzonej kwoty; powódowi wolno wystąpić z osobną skargą w razie, gdyby ugody nie dotrzymano. Zarzut więc, że w toku sporu przyszła do skutku ugoda, powoduje w razie stwierdzenia jego prawdziwości od-

¹⁾ Możliwość wniesienia skargi o świadczenie nie wyklucza jeszcze dopuszczalności skargi o ustalenie, jeżeli zachodzi interes w samem ustaleniu. Por. Klein, Vorlesungen über die Praxis des Zivil-Prozesses 1900 str. 196.

²⁾ Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit 1905 str. 75.

mowę żądania skargi, a nie przychylenie się do żądania, o ile ono odpowiada treści ugody.

Jeżeliby więc powód skarżył o zapłatę kwoty 2000 K., a w toku sporu ugodził się na kwotę 1000 K. płatną do kilku miesięcy, to żądaniu powoda należy w całości odmówić, nawet gdyby się okazało, że kwota ugodowa jest już płatną. Powód może uzyskać korzystny wyrok tylko wtedy, gdy wprzód uzyska zmianę skargi, a więc zezwolenie na wprowadzenie nowego roszczenia ochronnego, opartego na ugodzie; w razie gdy sąd nie dał miejsca prośbie o dopuszczenie zmiany skargi, należy odmówić żądaniu skargi, rozumie się jednak, że powód może wystąpić z osobnem roszczeniem przeciw pozwanemu. Rezultatem więc, do jakiego dochodzimy, jest, że sędzia po skontatowaniu, że proces, chociaż na seryo został wdrożony, stał się później symulowanym, winien odmówić żądaniu skargi, a to z powodu braku potrzeby ochrony. Orzeczenie zaś tego rodzaju wydaje się wyrokiem, a nie uchwałą.

B) Symulacja w toku instancji wyższej

Czy symulacja procesu może być w wyższej instancji uwzględniona?

Różne mogą być wypadki. Nieuwzględnienie symulacji w pierwszej instancji podniesionej, może strona przytoczyć jako powód odwołania. Możliwe jest, że strona z powodu nieuwzględnienia symulacji zaczyna wyrok, albo że symulację nie podniesioną w pierwszej instancji podnosi dopiero w odwołaniu lub nawet przy rozprawie odwoławczej.

Mimo że postępowanie I instancji było prawidłowe, może jednak postępowanie odwoławcze być symulowanym i ta symulacja zająć może albo już w chwili wniesienia odwołania albo w toku stadyum procesowego.

W trzeciej instancji powstają te same kwestye, które w postępowaniu odwoławczem się wyłaniają, a mianowicie, czy można dopiero w postępowaniu rewi-

zyjnym uwzględnić symulację postępowania I instancyi, czy uwzględnienie jest możliwem tylko, gdy w apelacyi już brak wytknięto, czy też wystarcza wytknięcie braku dopiero w rewizyi.

Odnosnie do symulowanego postępowania apelacyjnego powstaje pytanie, jak ma się zachować sąd rewizyjny, czy ma symulację z urzędu uwzględnić, czy tylko na zarzut strony.

a) Badanie symulacyi postępowania pierwszej instancyi w instancyach wyższych.

1) Aby rozstrzygnąć kwestyę, jak sąd odwoławczy ma postąpić, gdy proces I instancyi jest symulowany, należy uwzględnić stanowisko postępowania odwoławczego do postępowania I instancyi w kwestyi braku wymogów procesowych.

Wymogi procesowe należy w I instancyi uwzględnić z urzędu; sąd ma bez wniosku strony badać, czy zachodzą wymogi procesowe, wyjątkowo tylko potrzebny jest zarzut strony. Unormowanie kwestyi w wyższej instancyi może być rozmaite. Ustawa może stać na stanowisku, że brak wymogu procesowego ma być uwzględniony w wyższej instancyi, chociaż w niższej nie było o nim mowy, a więc z urzędu; gdzie niema wymogu procesowego, stosunek nigdy nie może być rozwiązany. Może jednak ustawa zająć takie stanowisko, że brak musi być podniesiony w odwołaniu i że tylko wtedy można go uwzględnić, a wreszcie, że wytknięcie braku w odwołaniu może wystarczyć tylko, gdy w I instancyi nań się powołano. Takie rozmaite unormowanie kwestyi jest zawisłe od tego, czy się przyjmie, że wymogi procesowe działają bezwzględnie, czy też względnie. W pierwszym wypadku sąd ma zawsze brak wymogu procesowego uwzględnić, w drugim może to tylko wtedy uczynić, gdy strona brak wymogu zarzuca¹⁾. Od tego, czy ustawodawstwo większą lub mniejszą przywią-

¹⁾ Bülow, Lehre von den Prozesseinreden str. 292, 293.

zuje wagę do wymogu procesowego, jest zawisłem, czy wymóg ma być w wyższej instancji bezwzględny, czy względny. Podnieść jednak należy, że w instancjach wyższych osłabia się doniosłość wymogów procesowych, że wymogi, które w I instancji były bezwzględne, stają się względnymi, czyli, jak Bülow¹⁾ się wyraża, prawo absolutne staje się dyspozytywnem.

Ustawa nasza stoi na stanowisku, że niektóre braki wymogów procesowych mają być uwzględnione w wyższej instancji, chociaż ich nie podniesiono w instancji pierwszej, chociaż o nich w odwołaniu nie wspomniano.

Są to te braki, które powodują nieważność, a więc obok faktu, że sędzia był niezdolny do wykonywania obowiązków, lub że sąd był nienależycie obsadzony, niewłaściwość nieusuwalna (§ 477 l. 3 p. c.) i niedopuszczalność drogi prawa (§ 477 l. 6 p. c.). W tych wypadkach stosunek procesowy nigdy nie może być rozwiązany, sanacja nie zachodzi mimo wydania wyroku. Inne braki wymogów procesowych, jak osądzenie lub zawieszenie sprawy, usuwalna niewłaściwość sądu tylko wtedy mogą być w drugiej instancji uwzględnione, jeżeli je w niższej podniesiono i z powodu nieuwzględnienia apelację założono (§ 471 l. 6 p. c.); podniesienie tych braków dopiero w apelacji nie daje możliwości uwzględnienia, stosunek procesowy został ważnie związany i nie może być rozwiązany przez II inst. W pierwszej instancji te wymogi procesowe, w szczególności zawieszenie i osądzenie sprawy, mają charakter bezwzględny i istnienie tych stosunków powoduje bezwzględnie rozwiązanie stosunku procesowego, chociażby strony sobie tego nie życzyły; w drugiej instancji jest wymaganem nie tylko, by brak w I inst. podniesiono, lecz co więcej, by w odwołaniu nieuwzględnienie braku wytknięto²⁾.

¹⁾ Archiv f. zivil. Praxis t. 64 str. 93 n.

²⁾ Innego zdania co do res iudicata i lis pendens Schrütka, Über das ius novorum in der Berufungsinstanz, 1898 str.

Co więcej, fakta i środki dowodowe odnoszące się do wymogów procesowych dopiero w postępowaniu odwoławczem podniesione, stanowią niedopuszczalną nowość, o ile wymóg nie jest bezwzględny; ich uwzględnienie wtedy tylko jest możliwe, jeżeli je już w I inst. powołano¹⁾.

2) Symulacja procesu nie jest w ustawie wymieniona jako nieważność, z czegoby wnosić należało, że jej w drugiej inst. podnosić nie można, jeżeli w pierwszej nie była uwzględniona, dalej ze podniesiona w II inst. wtedy tylko zasługuje na uwzględnienie, jeżeli ją w odwołaniu wytknięto.

Tak jednak nie jest. Tam, gdzie zachodzi symulacja, nie tylko nie może być stosunek procesowy zawiany, ale zachodzi brak kardynalnej jego podstawy, stosunek nie może być stworzony. Tu należy iść dalej i przyjąć, że chociaż w ustawie brak nie jest nazwany nieważnością, to jednak ma być uwzględniony tak jak każda inna nieważność. Jeżeli braki niektórych wymogów procesowych pociągają za sobą nieważność, to tem bardziej jako nieważność winien być uznany brak tego aktu, który nie dopuszcza, by stosunek powstał. Zarzut więc symulacji procesu nie jest nigdy nowością, może być podniesiony dopiero w odwołaniu, może być wytknięty przy rozprawie i w każdym razie ma być uwzględniony w drugiej inst. z urzędu. Sąd odwoławczy, stwierdziwszy symulację postępowania I inst., ma orzec uchwałą, że się wyrok i całe postępowanie znosi, a skargę odrzuca, wobec czego dalsze postępowanie nie może być przeprowadzone.

26, Rintelen, Berufungsgrund und Berufungsantrag 1901 str. 47, 48, uw. 11; jak wyżej Lewicki, Pro neważnist' w nowim procesi cywilnim 1900 (po rusku) str. 22—24.

¹⁾ Rintelen, l. c. str. 101, jest zdania, że dla uzasadnienia faktu dotyczącego istnienia stosunku procesowego mogą być nowe okoliczności i środki dowodowe w postępowaniu odwoławczem przytoczone.

Tu jednak należy ustanowić ograniczenie. Uwzględnienie z urzędu braku wyroku I inst. z powodu zachodzącej symulacji, który to brak jest obiektywnym ¹⁾, może wtedy nastąpić, gdy stosunek procesowy nie mógł ważnie powstać. Tylko wtedy może uwzględnienie mieć miejsce i wtedy może sąd wyższy znieść postępowanie całe jako nieważne. Gdy w pierwszej instancji stosunek procesowy ważnie został zawiązany, a symulacja zaszła dopiero w toku procesu, sąd I więc winien był odmówić roszczeniu ochrony dla braku interesu prawnego, wówczas można wyrok zaczepić tylko o tyle, o ile zachodzi brak subiektywny, a więc o ile symulacje w I inst. podniesiono. W tym wypadku wyrok jest wadliwy, a roszczeniu niesłusznie dano miejsce. Sąd odwoławczy ma orzec o istnieniu roszczenia ochronnego, a brak zarzucony wyrokowi I inst. nie czyni postępowania nieważnym, nie uzasadnia zniesienia wyroku. O ile więc w I inst. symulacji nie podniesiono, nie można jej w odwołaniu podnieść jako przyczynę odwołania. Brak zarzucony wyrokowi jest brakiem obiektywnym, taki brak tylko wyjątkowo (w razie nieważności) może być uwzględniony ²⁾.

Co do postępowania, to sąd odwoławczy, orzeka wyrokiem, czy zachodzi roszczenie ochronne, a więc orzeka po rozprawie; może orzec, że odmawia roszczeniu ochronnemu, może znieść postępowanie I inst. z powodu niedokładności, ale zawsze orzeka o roszczeniu ochronnem. Ze względu na to, że zarzut symulacji w toku procesu zaszej nie powoduje nieważności, nie może go sąd odwo-

¹⁾ Takie braki nie są powodem odwołania. Por. Beisser, Die Nova im Berufungsverfahren, 1893 str. 19 n.; tylko wyjątkowo mogą być uwzględnione w instancji wyższej. Skedl, l. c. str. 16 n. uw. 18.

²⁾ Wymóg potrzeby ochrony, który w I inst. jest bezwzględnym wymogiem, a więc i bez względu na zarzut strony ma być uwzględniony, staje się w instancji wyższej wymogiem względnym.

ławczy uwzględnić z urzędu, ani też strona nie może z nim wystąpić dopiero przy rozprawie odwoławczej ¹⁾.

3) W postępowaniu rewizyjnym należy braki wymogów procesowych już w I inst. zaszytych, o ile są nieważnością, uwzględnić bez względu na to, czy je wytknięto w I lub II inst., czy też w rewizyi je podniesiono.

Stojąc na stanowisku, że przy symulacyi procesu stosunek procesowy nie może powstać, musimy przyjąć, że sąd rewizyjny winien z urzędu uwzględnić symulację i całe postępowanie zastanowić (§ 510 p. c.).

To orzeczenie ma wydać sąd rewizyjny bez względu na wniosek rewizyjny.

O ile symulacja stanowi brak interesu roszczenia ochronnego, może być uwzględnioną w postępowaniu rewizyjnym tylko o tyle, o ile wyrok odwoławczy jest błędnym. Gdy więc braku nie podniesiono w odwołaniu, nie można go uwzględnić w postępowaniu rewizyjnym. W postępowaniu rewizyjnym brak winien być wytknięty w piśmie rewizyjnym.

b) Symulacja postępowania odwoławczego.

1) Jeżeli proces w I inst. nie był symulowanym, natomiast odwołanie było pozornem, wówczas strona żąda od sędziego, by orzekł tam, gdzie nie zachodzi interes w rozstrzygnięciu. Zdaje się nam, że to nie może być dopuszczalne.

Stosunek procesowy jest jednolity, jednak obok tego jednolitego stosunku istnieje cały szereg stosunków w ramach stosunku procesowego, a stosunki te odnoszą się do późniejszych stadiów procesowych. Takim stosunkiem jest stosunek postępowania odwoławczego. By ten stosunek zaszedł, muszą istnieć pewne wymogi;

¹⁾ Strona niezadowolona z wyroku wydanego w procesie, który zrazu był rzeczywistym, a potem stał się symulowanym, może wyrok zacząć tylko o tyle, o ile wyrok prawomocny wydany w procesie symulowanym może uleść zaczępieniu.

gdy ich niema, sąd nie może wdrożyć postępowania odwoławczego (§§ 467 i 471 p. c.)¹⁾.

Brak wymogów stosunku odwoławczego pociąga za sobą to, że na niejawnem posiedzeniu przed wyznaczeniem terminu do rozprawy odwoławczej winien sąd odrzucić apelację; czasem może już sąd I inst. orzec, że stosunek odwoławczy nie może powstać.

Jeżeli odwołanie jest symulowane, zachodzi brak wyraźnego oświadczenia co do zaczępienia wyroku I instancji (§ 467 l. 3, p. c.), wniosek odwoławczy jest pozorny. Nie ma więc wymogu powstania stosunku odwoławczego i dla tego należy odwołanie odrzucić. Sąd orzeka po myśli § 471 l. 3 p. c., a więc odrzuca odwołanie (§ 474 ust. 2 p. c.).

Jeżeli sąd odwoławczy przeoczy brak wymogu powstania stosunku odwoławczego i wdroży postępowanie odwoławcze, wówczas brak może być usunięty. Może to apelant przy rozprawie uczynić, jeżeli przeciwnik nie jest obecnym, może też uczynić to za zgodą przeciwnika obecnego przy rozprawie (§ 495 p. c.)²⁾. W tych wypadkach może zaistnieć stosunek odwoławczy, w razie, gdy przeciwnik nie zgadza się na usunięcie braków, należy odmówić uchwałą.

Co do symulacji, to ten brak nie może być usunięty za zgodą przeciwnika. Chociażby więc nawet sąd nie odrzucił odwołania i termin wyznaczył, może przy rozprawie orzec, że stosunek odwoławczy ważnie nie może powstać. W razie symulacji nie idzie o brak wymogu, lecz o brak podstawy, bez której stosunek istnieć nie może.

2) Jeżeli odwołanie było wniesione na seryo, ale potem strony sprawę załatwiły i albo przeciwnik pod-

¹⁾ Rintelen, l. c. str. 49, wspomina o „Voraussetzungen der Devolution der Rechtssache.“

²⁾ Braki wymogów odwoławczych mogą być usunięte pod innymi warunkami, niż zmiana wniosku odwoławczego co do powodu odwołania. Przy ostatnich w razie nieobecności przeciwnika zmiana nie jest dopuszczalną; gdy przeciwnik jest obecny, nie jest wyraźna zgoda potrzebna, wystarcza, gdy przy rozprawie nie sprzeciwi się i rozprawia nad wnioskiem (§ 483 p. c.).

niesie, że apelant podtrzymuje apelacją niepotrzebnie, albo sąd dowie się, że strony chcą tylko wywołać orzeczenie sądowe, a więc w zgodzie postanowiły kontynuować proces, mamy sytuację tego rodzaju, że apelant nie ma interesu w odwołaniu, a mimo to je podtrzymuje.

By kwestię rozstrzygnąć, musimy uwzględnić, że stosunek odwoławczy został prawnie zawiązany, a dopiero później okazała się symulacja.

Podnieść należy, że w procesie istnieją obok roszczenia ochronnego, na podstawie którego powód domaga się ochrony swego prawa, i innego rodzaju roszczenia, które nie są roszczeniami prywatnymi, lecz publicznymi. Na podstawie wyroku przysługuje wierzycielowi roszczenie do zaspokojenia, jest to rodzaj ochrony prawa. Apelacją domaga się odwołujący, by uznano roszczenie odwoławcze; jeśli wniosek jest uzasadniony, istnieje to roszczenie i należy je uwzględnić¹⁾. Roszczenie odwoławcze nie jest częścią roszczenia ochronnego skargą dochodzonego, może przysługiwać i pozwanemu, gdy ten się odwołuje od wyroku zasądzającego, obok więc roszczenia odwoławczego istnieje roszczenie ochronne, tak, że sąd odwoławczy równocześnie orzec może o istnieniu jednego i drugiego. Sąd odwoławczy może orzec, że roszczenie odwoławcze jest uzasadnione, nie orzekając jeszcze o tem, czy roszczenie ochronne istnieje, a tak ma się rzecz tam, gdzie wniosek na zniesienie wyroku I inst. jest uzasadniony.

Wymogiem roszczenia ochronnego jest interes ochronny. Gdzie interesu tego nie ma, nie można uznać, by roszczenie odwoławcze zachodziło, a tak rzecz ma się tam, gdzie wyrok I inst. jest wedle zdania sądu odwoławczego wadliwy, gdzie więc wniosek na jego zniesienie byłby uzasadniony, gdzie jednakowoż zająć należy odmienne stanowisko prawne, wskutek którego

¹⁾ Pierwszy wskazał na to Plósz. *Beitrage zur Theorie des Klagerechtes* 1880 str. 106 i n. (na str. 109 wspomina o „Rechtsmittelspruch“).

roszczeniu ochronnemu należy odmówić (lub dać miejsce); w tym wypadku zachodzi błąd w wyroku I inst., ale nie interes ochrony strony odwołującej się. Gdzie ustał interes ochrony, tam strona nie powinna żądać więcej, by ją przed skutkami wyroku I inst. chroniono. Środek prawny istnieje dla strony. Jeżeli stronę wyrokiem zasądzono i ona po wniesieniu odwołania zawarła ugodę, może szukać remedury przeciw wyrokowi I inst. we formie skargi, którą moc egzekucyjna wyroku może być uznana za zgasiłą lub też ograniczoną (§ 35 o. e.). Wobec tego więc apelujący, który w I inst. został zasądzony, nie potrzebuje apelacyi podtrzymywać, gdyż gdyby nawet wyrok niekorzystny był zatwierdzony, skarga opozycyjna jest dopuszczalną. Gdyby zaś wyrok zmieniono na korzyść odwołującego się, ten może powołać się na nowy tytuł ugody i z nową wystąpić skargą.

Jeżeli odwołujący się oddalony został w I inst. z żądaniem, a po wniesieniu odwołania zawarł ugodę, może od przeciwnika domagać się jej dopełnienia w drodze osobnego procesu, podtrzymywanie postępowania odwoławczego nie jest potrzebnem.

We wszystkich wymienionych wypadkach nie jest potrzebnem dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego; czy jednak przeciwnik apelanta ma środek, by zarzucić brak interesu w podtrzymywaniu odwołania i czy sąd odwoławczy może postępowanie wstrzymać?

Możnaby się powołać pod tym względem na przepis § 472 p. c. który stanowi, że gdy apelant zrzekł się odwołania, uważa się je jako niedopuszczalne. Zapatrywanie to byłoby jednakowoż mylnem nie tyle z powodu, że wyraźnego zrzeczenia się apelacyi w razie zawarcia ugody przyjąć nie można, ile z powodu, że zrzeczenie się odwołania przyjąć należy dopiero wtedy za istniejące, gdy odnośne oświadczenie złożone zostało w sądzie.

Każdy akt procesowy istnieje dopiero z chwilą, gdy oświadczenie przed sądem zostaje złożonem. Jak długo to nie nastąpiło, akt nie istnieje i niema też zobowiązania do dokonania aktu procesowego. Jeżeliby

więc nawet strona zobowiązała się do dokonania aktu procesowego, do wniesienia skargi, do jej cofnięcia, do cofnięcia apelacji lub innego środka, to zobowiązanie się tego rodzaju jest bezskuteczne i dochodzić go nie można.

Cofnięcie więc odwołania poza sądem złożone pozostaje bez sankcyi prawnej, ani zmusić nie można strony do cofnięcia wobec sądu, ani też powołać się na ten fakt w procesie.

Mimo to przyjąć nie możemy, by dalsze postępowanie było tam możliwe, gdzie strona nie tylko przyrzekła zrzec się odwołania, co by było bezskuteczne, lecz zawarła umowę, która stwarza nowy stan prawny i daje jej przeciwnikowi możność domagania się ukształtowania stosunku po myśli tej umowy. Prowadzenie procesu w II inst., a więc i potrzeba ochrony we formie wyroku nie zachodzi. Gdy więc zajdzie stan rzeczy uchylający potrzebę odwołania, może sąd czyto na wniosek czy z urzędu wstrzymać się z wydaniem orzeczenia.

Jeżeli to przyjmiemy tam, gdzie strony zmieniły stan rzeczy, gdzie jednak jedna z nich chce kontynuować postępowanie odwoławcze, to tem bardziej należy to samo zająć stanowisko tam, gdzie obie strony symulują potrzebę ochrony. Sąd odwoławczy nie może im iść na rękę.

W jakiej formie ma sąd odwoławczy wydać orzeczenie w razie, gdy dalsze postępowanie okazuje się jako symulowane? czy we formie uchwały, czy też wyroku? dalej czy po przeprowadzeniu rozprawy, czy też na niejawnem posiedzeniu?

Uwzględnić należy, że w razie, gdy apelacja na seryo była wniesioną, a dopiero później ustał interes w odwołaniu, należy orzec, iż roszczenie odwoławcze nie zachodzi; orzeczenie, że się apelację odrzuca, zapasć nie może, bo apelacja była dopuszczalną i nie była symulowaną.

Orzeczenie, że roszczenie odwoławcze nie istnieje, że więc potrzeba ochrony nie zachodzi, następuje po przeprowadzeniu rozprawy, nie zaś na posiedzeniu nie-

jawnem. Z tego wynika więc, że sąd winien rozprawę rozpisać i dopiero po jej przeprowadzeniu orzec, że apelacyi się nie uwzględnia dla braku interesu.

Dalszą kwestyą jest, czy sąd odwoławczy ma orzec we formie wyroku, czy we formie uchwały. We formie uchwały wydaje z reguły sąd orzeczenie tam, gdzie konstatuje brak wymogu procesowego; gdzie zarzeka o roszczeniu ochronnem, tam wydaje zazwyczaj orzeczenie swe w formie wyroku.

W postępowaniu odwoławczem orzeka jednak sąd nieraz w formie uchwały o roszczeniu ochronnem odwoławczem, tam n. p., gdzie zachodzi nieważność z powodu sprzeczności w wyroku; tu sąd nie orzeka o wymogu procesowym, a mimo to wydaje uchwałę; tak samo tam, gdzie wyrok I inst. znosi jako niedokładny. Zawsze jednak zapada uchwała co do roszczenia odwoławczego tylko tam, gdzie dalsze postępowanie ma być prowadzone.

Gdzie postępowanie odwoławcze jest symulowane, tam proces nie ma być dalej prowadzony, a sąd ma orzec, że roszczenie odwoławcze nie zachodzi. Tu nie orzeka sąd o wymogu procesowym, lecz o roszczeniu, winien więc orzec wyrokiem, że się apelacyi nie uwzględnia z powodu, że ustał interes w ochronie.

Takie orzeczenie winien sąd wydać, chociażby roszczenie odwoławcze było uzasadnione jako prawdziwe, a więc sąd musiał wyrok I inst. zmienić lub znieść. Wskutek orzeczenia, że się apelacyi nie uwzględnia, nikt nie doznaje szkody, wyrok I inst. z powodu pękładu stron winien utracić moc i każda ze stron ma sposobność postarać się o to w drodze osobnego procesu.

3) W trzeciej instancji symulację postępowania odwoławczego należy uwzględnić z urzędu. Gdzie niema wymogu odwoławczego, tam wyrok jest nieważny, co z urzędu należy uwzględnić. To odnosi się do wypadku, gdzie już odwołanie było symulowane; w wypadku, w którym odwołanie na seryo wniesiono, ale dopiero

w toku postępowania zaszła symulacja, zachodzi błąd w wyroku. Błąd ten, odnosząc się do roszczenia odwoławczego, może być uwzględniony, o ile jest subiektywnym. Gdy więc w postępowaniu apelacyjnym braku nie wyknięto, symulacja nie jest powodem rewizyi.

c) Symulacja postępowania rewizyjnego.

Tak jak w postępowaniu apelacyjnym, ma się rzecz i w postępowaniu rewizyjnym. Co więc podniesiono o symulacji dopiero w postępowaniu odwoławczem zaszłej, należy zastosować i do wypadku, gdy symulacja zajdzie dopiero w toku postępowania rewizyjnego. Symulacja pociąga za sobą brak wymogu rewizyjnego, jeżeli zaś dopiero po wniesieniu rewizyi zajdzie, jest ona brakiem interesu dla roszczenia rewizyjnego.

C) Po ukończeniu procesu.

1) Jeżeli proces jest już prawomocnie ukończony, czy może jedna ze stron zarzucić symulację procesu i w jakiej formie?

Mimo, że proces jest pozorny, może strona korzystać z orzeczenia na jej korzyść wydanego, może nadużyć zaufanie strony przeciwnej i powołać się na wyrok tak jak gdyby nie zaszła symulacja. Powód może na podstawie wyroku prowadzić egzekucję przeciw pozwanemu tak, jak gdyby wyrokiem miał uzyskać ochronę swego prawa; pozwany zaś może, gdy w porozumieniu z powodem doprowadził do wyroku oddalającego powoda z żądaniem skargi, gdy powód osobnym ponownym procesem domaga się świadczenia powołując się na to, że proces poprzedni był pozorny, że zatem praw dla pozwanego nie stwarza, zarzucić osądzenie sprawy.

Czy w jednym i drugim wypadku może strona odwrócić od siebie skutki symulowanego procesu i wyroku na jego podstawie wydanego i czy może to zrobić dopiero, gdy robi się użytek z wyroku, czy też i przedtem?

Zdania pod tym względem są rozmaite:

a) Jedni są zdania, że wyrok chociaż na podstawie symulowanego procesu wydany jest prawomocny, że więc stwarza między stronami stosunek prawomocny, skutkiem czego nie ulega zaczepieniu¹⁾. Prawomocny wyrok może być zaczepiony jedynie skargą o wznowienie lub skargą nieważności, symulacja nie jest jednak powodem do zaczepienia wyroku z tego tytułu²⁾. Można dalej prawomocny wyrok zaczepić skargą opozycyjną, ale wymogiem tej skargi jest istnienie faktu zaszłego po wydaniu wyroku, symulacja zaś zachodzi w toku procesu i tu mogła być zarzuconą, zaczem po wydaniu wyroku nie zaszła, a tem samem nie uprawnia do zaczepienia wyroku środkiem, który ma odwrócić skutki wyroku z powodu faktu późniejszego.

Do tego samego wyniku dochodzą i ci, którzy przyjmują, że w procesie obowiązuje tylko oświadczenie stron, że wola ich nie ma być uwzględnioną. Zaczepienie aktu procesowego przez strony uznają za niedopuszczalne³⁾.

¹⁾ Michel, Absolute Nichtigkeit von Zivil- und Strafurtheilen im geltenden deutschen Processrecht 1906 str. 26 i 27, przyjmuje, że nie ma sposobu usunięcia skutków symulacji, jeżeli proces rozstrzygnięto prawomocnie, „wer frivol gegen sich ein Urtheil herbeigeführt hat, muss es sich gefallen lassen, dass die möglichen Folgen über ihn kommen“.

Pollak, System des österr. Civilprocessrechtes T. I. (1903) str. 103 nadaje wyrokowi zapadłemu w procesie symulowanym moc wyroku, a tem samem uznaje go za niewzruszalny. P. jest zdania, że w procesie symulowanym symulacja odnosi się nie do czynności procesowej, lecz do roszczenia ochronnego (str. 358 uw. 22). Czynność procesowa nie może być zaczepioną z powodu, że oświadczenie nie odpowiada woli, przeto wszystko, co w procesie nastąpiło, nie może być zaczepione w toku procesu. Wedle P. ma w toku sporu sędziego uwzględnić symulację „mangels geltend gemachten Rechtsschutzanspruches“ i winien postępowanie zastanowić, co jest mylnem.

²⁾ Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, 1905, str. 78 nr. 5.

³⁾ To zapatrywanie wypowiedział najwyższy trybunał w orzeczeniu z d. 12. października 1905 L. cz. 13281 (zgódnie z wyrokiem sądu krajowego we Lwowie z d. 18. lutego

b) Kohler¹⁾ podnosi, że wyrok nigdy nie jest pozor-
nym, proces nie jest też symulowanym, chociaż oby-
dwie strony działają w porozumieniu i proces symulują.
Symulacja mogłaby zachodzić tylko wtedy, gdyby i sę-
dzia w niej brał udział; gdy tego niema, niema mowy
o symulacji. Kohler powołuje się na oświadczenie przed
sądem zmierzające do przeniesienia prawa własności
nieruchomości. W tym przypadku rozstrzyga to, co
strony oświadczyły, chociaż ich wola jest inną; gdy
urzędnik nie jest wtajemniczony, należy uważać oświad-
czenie stron jako rzeczywiste²⁾. Mimo to strona może
według zdania Kohlera odwrócić od siebie skutki wy-
roku wydanego na podstawie symulowanego procesu.
Jeżeli się prowadzi proces dla symulacji, to strony już
z góry umawiają się, że z wyroku nie zrobią użytku,
tego rodzaju zaś umowa stoi na równi z umową, wedle
której uprawniony zobowiązuje się przez pewien czas
nie prowadzić egzekucyi. Zasądzony na podstawie wy-
roku symulowanego może zatem wnieść skargę skiero-

1905 L. cz. Cg. IX. 11/5 (5) i wyższego sądu kraj. we Lwo-
wie z d. 17. maja 1905 L. cz. Bc. I. 84/5 (2) w sprawie
o unieważnienie prawomocnego wyroku sądowego uzyskanego
poprzed przez pozwanego przeciw spadkodawcy powoda w po-
rozumieniu z tymże, a celem pokrzywdzenia wierzycieli. W mo-
tywach podnosi najw. tryb., że skarga zmierza do wykazania
„nieistnienia ustalonego już wyrokiem stosunku prawnego, od-
jęcia prawomocnemu wyrokowi jego prawnego skutku i tym
sposobem uzyskania wznowienia rozprawy procesowej nad sto-
sunkiem prawnym, który praw. wyrokiem już ustalono“, dalej
podnosi, że nie zachodzą wymogi skargi z § 35 ord. egz. oraz
z §§ 529 i 530 p. c. a więc skargi opozycyjnej, nieważności
lub wznowienia, zaczem żądaniu skargi należy odmówić.

¹⁾ Der Prozess als Rechtsverhältniss, 1888, str. 95.

²⁾ Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, str. 80, 81,
uważa każde oświadczenie w procesie złożone jako oświadcze-
nie w obec sądu, nie w obec stron, skutkiem czego przyjmuje
(str. 81, uw. 11), że nie ma pozornej czynności procesowej.
Taka czynność istnieje tylko wtedy, gdy w porozumieniu
z przyjmującym oświadczenie działa się na pozór, przyjęcie
czynności procesowej nie jest zaś potrzebne.

waną przeciw wykonaniu egzekucyi (Vollstreckungsgegenklage), skargę stojącą na równi z naszą skargą opozycyjną, a na przepisie § 686 p. c. niem. opartą (str. 94)¹⁾.

Sintenis (l. c. str. 391 i n.) odróżnia wypadek, w którym same strony pozornie działają, od wypadku, w którym sędzia pomaga do prowadzenia procesu symulowanego.

Co do wypadku pierwszego, to Sintenis polega na zdaniu Kohlera, przyjmuje, że proces symulowany jest procesem rzeczywistym, jeżeli tylko strony proces symulują, a sędzia przy tem nie spółdziała. Proces jest stosunkiem trójstronnym (pod tym względem różni się Sintenis od Kohlera); gdy więc nie wszystkie strony działają przy symulacji, a tylko oświadczenie, nie zaś wola decyduje, przeto przyjąć nie można, by zachodziła symulacja (str. 395). Gdybyśmy przyjęli, że wyrok może być symulowany, to doszlibyśmy do tego, że wyrok

¹⁾ W rozprawie Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozess, w Archiv f. ziv. Praxis T. 80 (1893) str. 141 i n. wypowiada Kohler to samo zapatrywanie. Wyrok nie może być nigdy symulowany (str. 151), strony układają się, że pretensyi albo wcale nie albo tylko z pewnem ograniczeniem będą dochodzić. W tym wypadku przyjmuje Kohler „ein quiescirendes Recht“ (str. 153—154 uw. 1, 161—162). Kohler dochodząc do tego wniosku zaznacza, że mamy do czynienia z nadużyciem procesu, które potępia (str. 150, 151 uw. 1, 153, 156). Co do dokumentów wykonalnych zajmuje Kohler odmienne stanowisko i przyjmuje, że zarzut symulacji jest dopuszczalnym, zobowiązany może nie tylko bronić się tem, że egzekucya nie może być prowadzoną, lecz zarzucić nieważność całego aktu. Z nieważnością aktu staje się dla braku ważnego tytułu nieważnem i uzyskane na jego podstawie egzekucyjne prawo zastawu, może je zacząć dłużnik, może i późniejszy wierzyciel z zaczępieniem wystąpić (str. 157 i n.). Przeciw zarzutowi, że jeżeli przy wyroku strony mogą się umówić już z góry, by egzekucyi nie prowadzono, to mogą to samo postanowić i przy dokumencie wykonalnym, podnosi Kohler (str. 152 n.), że obok wyroku istnieje osobna umowa, dokument wykonalny nie jest odrębnym obok umowy, jest umową objętą dokumentem; jeżeli zaś strony osłabiają obowiązek tak, że brak zobowiązania dłużnika, to brak tytułu do egzekucyi (str. 154).

nigdy nie był między stronami prawomocnym, następstwem więc byłoby, że prawo publiczne, wedle którego wyrok stanowi prawomocność między stronami, mogłoby być wolą stron zmienione (str. 398). Sintenis nie może pojąć, jak wyrok może być symulowany: „ein simuliertes Urteil ist noch viel undenkbarer, als ein simulierter Prozess“ (str. 396). Wobec tego nie przyjmuje Sintenis, by strona mogła wyrok symulowany, a względnie na podstawie symulowanego procesu wydany zacząć. Skarga mająca na celu uznanie procesu jako nieważny, a wyroku jako bezskuteczny, nie istnieje (str. 412). Jest jednak Sintenis zdania, że egzekucya może być przez zobowiązanego udaremniona. Za Kohlerem jest Sintenis zdania, że przy prowadzeniu symulowanego procesu strony objawiają wolę, by z wyroku nie korzystano, zawierają więc tego rodzaju umowę, a taka umowa ma być za ważną uznana¹⁾. Wedle Sintenisa może zasądzony wnieść skargę na podstawie § 686 p. c. niem. (obecnie § 767) i domagać się, by egzekucję uznano za niedopuszczalną, sam wyrok nie może być wzruszony i dlatego pozostaje w mocy prawnej.

W wypadku, gdzie sędzia spółdziałał ze stronami, gdzie więc zachodzi rzeczywista symulacya, stoi Sintenis na odmiennem stanowisku. Zastanawiając się nad środkiem, którym wyrok ma być obalony, sądzi, że wznowienie procesu nie jest dopuszczalne tam, gdzie wszystkie strony symulują, gdyż nie ma strony pokrzywdzonej, a to jest wymogiem wznowienia. Wystąpienie w drodze skargi, uznającej egzekucję za niedopuszczalną nie może prowadzić do celu, gdyż tam, gdzie wszyscy działają pozornie, nie ma umowy, że egzekucya nie ma być prowadzoną. Postępowanie pozorne należy jednak uznać jako nieważne. Tak jak wyroku wydanego przez sędziego pozbawionego zmysłów, nie można uznać za

¹⁾ „Das Charakteristische des simulierten Prozesses im engeren Sinne liegt darin, dass der Gläubiger sich giltig verpflichtet keine Zwangsvollstreckung aus dem ergehenden Urteile vorzunehmen“ (str. 402).

skuteczny, jak nie można przyjąć, by wyrok zasadzający na czyn niemoralny n. p. spółkowanie był skuteczny, tak i wyrok symulowany nie pociąga za sobą skutków. Tu należy stosować przepis § 117 u. c. n. o symulacji, a przepis ten nie może być ograniczony tylko do prawa prywatnego (str. 419 i 426).

Tam gdzie tylko jedna ze stron symulowała ze sędzią, by uzyskać wyrok, nadaje Sintenis przeciwnikowi (str. 416) prawo domagania się wznowienia procesu po myśli § 580 Nr. 5 n. p. c. a to z powodu szkody. Gdy wyrok wypadł na niekorzyść strony symulującej, nie może ona prosić o wznowienie, proces nie może być uważany jako symulowany, skoro przeciwnikowi zamiaru symulacji nie objawiono.

c) W nowszych czasach zastanawiano się w literaturze i praktyce nad kwestią, w jaki sposób należy wystąpić przeciw niemoralnemu wykorzystaniu prawa. Podczas gdy dawniej przyjmowano, że każdy, kto z prawa swego korzysta, nie może odpowiadać drugiemu, obecnie uznano wykonanie prawa bez korzyści dla siebie, a ze szkodą dla drugiego za niemoralne. Samo uznanie wykonania prawa ze szkodą dla drugiego za niemoralne nie pociągałoby za sobą skutków, gdyby nie równoczesne uznanie obowiązku do wynagrodzenia szkody przez tego, kto w niemoralny sposób prawo swoje wykonywa. Kodeks cyw. niem. przyjął tę zasadę i w § 826 orzekł, że dochodzenie niemoralne prawa zobowiązuje do wynagrodzenia szkody ¹⁾.

¹⁾ Por. o tem Steinbach, Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung 1898 str. 21 i n. (historia kodyfikacji § 826 k. c. n. na str. 32 i n.). Podczas gdy dawny projekt zawierał słowa „durch eine Handlung, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes vornimmt“ a więc odnosił się do czynów dokonanych nie na podstawie prawa, obecnie nie zawiera ustawa słów cytowanych, zaczętem odnosi się i do wypadków, gdzie wykonuje się prawo ze szkodą dla drugiego. Por. także Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte, 1902, str. 477 i n.

Zasadę tę stosują nietylko do wykonywania prawa materialnego, ale i do wykonywania prawa na podstawie wyroku pod względem formalnym słusznie wydanego, w moc prawa urosłego, jednak prawa nie nadającego. Gdy wyrok został wydany całkiem niesłusznie, gdy wyrok jest pozorny, obowiązuje on strony, za bezskuteczny nie może być uznany, ale dochodzenie prawa na podstawie takiego wyroku jest niemoralne i zobowiązuje do wynagrodzenia szkody. Że wyrok stał się prawomocny, nic nie stanowi, bezprawie ma być odpartem i tam, gdzie za niem przemawia prawomocne orzeczenie sądowe.

Na tem stanowisku stoi Dernburg¹⁾ i tam gdzie strona korzysta z prawomocnego wyroku, który ma za podstawę interes niemoralny, lub też, gdzie tylko korzystanie z wyroku jest samo przez się niemoralne, przyznaje prawo do odszkodowania. Dernburg powołuje się w wywodach swoich na orzeczenie niem. trybunału państwa z 26/4. 1900 (T. 46, str. 75), który zajął stanowisko, że prawomocność wyroku nie pozbawia strony prawa do wynagrodzenia szkody²⁾. Za podstawę orzeczenia służył wypadek, w którym zasądzono pewną osobę na zapłatę bez względu na zarzut dokonanej zapłaty, a to na podstawie przysięgi wierzyciela, że zapłaty nie otrzymał. Gdy następnie zasądzono wierzyciela za krzywoprzysięstwo, dłużnik wniósł — jednak zapóźno — skargę o wznowienie. Gdy dłużnik domagał się w drodze kondykcji zwrotu kwoty, sąd uznał skargę jako niedopuszczalną, z powodu że przepis § 812 n. u. c. nie może być stosowany, przyznał jednak dłużnikowi prawo odszkodowania.

¹⁾ W rozprawie „Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten“ w Deutsche Juristen Zeitung, T. X. (1905) Nr. 10 str. 465—472.

²⁾ „Die Rechtskraft vermöge nicht den fundamentalen Rechtsatz ausser Kraft zu setzen, wonach die vorsätzliche Rechtsverletzung zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet“.

Dernburg przyjmuje więc, że prawomocność sama przez się nie usuwa sprawy z pod ponownego badania. „Es handelt sich um zwei hohe Güter. Einmal um die Rechtskraft, dann um die Lauterkeit des Rechtslebens. Beide sind thunlichst zu wahren. Dies kann nur geschehen, wenn die unbedingte Wirkung der Rechtskraft nach Massgabe des § 826 eine Einschränkung erleidet“.

Najdobitniej może wypowiedział zdanie, że prawomocność wyroku nie nadaje jeszcze prawa dochodzenia pretensyi nim przyznanej, niemiecki trybunał państwa w orzeczeniu z 14. paźdz. 1905. Na podstawie wyroku zaocznego, który urosł w moc prawa, dochodził wierzytel pretensyi lichwiarskiej. Na żądanie dłużnika zastosowano § 826 u. c. n. a to mimo prawomocności wyroku: „Die Wirkung der Rechtskraft falle dem gegenüber fort. Die Wirkung der Rechtskraft müsse cessiren, wo sie bewusst rechtswidrig zu dem Zwecke herbeigeführt sei, dem, was nicht Recht, den Stempel des Rechts zu geben“ ¹⁾.

2) Rozbierzmy słuszość przytoczonych zapatrywań

a) Zapatrywanie, że wyrok w obec prawomocności nie może być zaczepionym, nie jest trafnem.

Prawomocność wyroku ²⁾ ma to znaczenie, że wyrok nadaje stronie, czy to powodowej czy pozwanej, pewne korzyści, które nie powinny być udaremnione

¹⁾ Por. Rehbein, Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten, w Deutsche Jur. Ztg. R. X. (1905) Nr. 23 str. 1109—1110.

²⁾ Wedle prawa austr. nadać można moc prawomocności i tylko wyrokom, nie zaś uchwałom. Te ostatnie nie wiążą sędziego. Sąd też tam, gdzie proces kończy się uchwałą, a więc w procesie o naruszenie posiadania (§ 454 p. c.), nie ma mowy o prawomocności. Sąd nie orzeka tam o prawach, lecz chroni tymczasowo faktyczny stan posiadania; sąd nie może stworzyć stanu prawnego (Sperl, Die Urth. in Ver. 1898 str. 27 uw. 28). Stein, Über die bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen 1897 str. 18 stawia pod względem doniosłości prawnej uchwały i wyroki na równi.

przez zaczepienie wyroku. Wyrok nadaje te korzyści stronie o tyle, o ile się rozchodzi o roszczenie ochronne wyrokiem orzeczone. Powód żąda, by w procesie orzeczono, że mu przysługuje roszczenie ochronne, pozwany broni się przeciw temu i sędzia o tem tylko ma orzec. Jeżeli sędzia wyrokiem orzekł o tem roszczeniu ochronnem, a następnie strona się domaga, by w nowym procesie o tem samem roszczeniu orzeczono, to należy to uważać za niedopuszczalne. Gdy jednak w nowym procesie chodzi o inne roszczenie ochronne, to wyrok poprzedni nie stoi na przeszkodzie ponownemu badaniu stosunku, sędzia w wyroku poprzednim nie orzekł o stosunku materalno-prawnym i ten nie może być uważany za już istniejący¹⁾.

Jeżeli to stanowisko zajmimy i przyjmimy, że proces ma na celu orzeczenie o istnieniu roszczenia ochronnego, to dojdziemy do tego, że wszystko, co sąd w procesie przyjął, by dojść do orzeczenia o roszczeniu ochronnem, nie jest wiążącym. Nie są wiążące powody, nie są wiążące zdania co do punktów prejudycjalnych²⁾, a jedynie orzeczenie co do roszczenia ochronnego stwarza prawomocność.

Wpływem tego zapatrywania jest więc, że gdy zasadzony pozwany występuje ze skargą przeciw powodowi, to żądanie jego jest nieuzasadnione, jeżeli akcja pozwanego przeciw wyrokowi poprzedniemu przedstawia się jako powtórzenie poprzedniego sporu wśród korzystniejszych dla pozwanego warunków, pozwanemu nie wolno nowych środków obronnych przytaczać, nie wolno żądać zwrotu tego, co powodowi przyznano. Z drugiej strony pozwany gdy spór wygrał, nie może

¹⁾ Demelius, Zur Lehre von der Rechtskraft des Zivilurteils, 1892, str. 31 i n., 71; Skedl l. c. str. 363 i n (str. 363 uw. 21).

²⁾ Demelius l. c. str. 38 n., 45; by orzec o tem, czy zarzut sprawy osądzonej jest uzasadniony, winien jednakowoż sędzia powody poprzedniego wyroku uwzględnić. (Demelius l. c. str. 78 uw. 8).

być ponownie ścigany, jeżeli to samo roszczenie ochronne ma być przeciw niemu dochodzone; inaczej jednak ma się rzecz, gdy uprawniony z nowem roszczeniem występuje. Gdy powód, który wygrał spór, ponownie przeciw pozwanemu występuje, by drugi raz uzyskać tę samą korzyść, jaką już osiągnął pierwszym wyrokiem, to nie należy go chronić i żądaniu ochronnemu należy odmówić ¹⁾).

Prawomocność wyroku ma więc tylko znaczenie, że orzeczenie o roszczeniu ochronnem urasta w moc obowiązującą. To wynika też z przepisu § 411 p. c.; jeżeli ten przepis wspomina o roszczeniu, a procesem dochodzi się tylko roszczenia ochronnego, przeto tylko co do tego prawomocność zająć może. Roszczenie materalno-prawne nie urasta w moc prawną i nie jest niezmiennem wskutek wyroku ²⁾).

Gdy proces był pozorny, nie istniało roszczenie ochronne i powód nie dochodził tegoż roszczenia. Wyrokiem orzekł sędzia, że roszczenie istnieje, ale orzekł o tem, czego się powód domagał; wedle woli stron miał wypaść wyrok tak, jak wypadł, ale roszczenia nie miał powód, nie miał mieć tych korzyści, które mu przyznano; pozwany, gdy proces był obliczony na wygranę po jego stronie, nie miał być chroniony na seryo przeciw powodowi. Jeżeli więc roszczenie ochronne nie istniało, to nie może ono nigdy być prawomocne, a tak powód jak i pozwany mogą ponownie dochodzić swoich praw. Gdy po wydaniu wyroku na podstawie symulowanego procesu pozwany, który zasądzony został, wy-

¹⁾ Demelius l. c. str. 68—70.

²⁾ Nie da się zaprzeczyć, że przepis § 411 p. c. powstał pod wpływem teorii o materalnej prawomocności wyroku. Por. o historii powstania § 411 p. c. i jego znaczeniu, Engel, O sądach polubownych 1896 str. 77 — 84, który podnosi, że przepis § 411 p. c. nie zawiera nic innego, jak tylko to, co wypływa z teorii Ungera o materalnej prawomocności. Poglądy redaktorów jednak nie uwydatnione w ustawie, nie są wiążące, zwłaszcza, że polegają na zapoznaniu istoty roszczenia procesem dochodzonego.

stąpi z żądaniem, by powód nie utrzymać w korzyściach mu przyznanych, gdy powód żąda dopełnienia podczas gdy wyrokiem na podstawie symulacji użytym został oddalony, gdy powód mimo wyroku wydanego po przeprowadzeniu symulowanego procesu, ponownie domaga się ochrony prawa, to nie można twierdzić, by chodziło o zniesienie korzyści materialnych z poprzedniego wyroku wpływających, lub by powód dwa razy domagał się zaspokojenia. Prawomocność więc wyroku wydanego na podstawie symulowanego procesu nie stoi na przeszkodzie, by pozwany żądał od powoda, który proces wygrał, zaniechania korzystania z wyroku, a powód, który proces przegrał, zaspokojenia roszczenia. Zdanie, które opiera się na stanowisku, że wyrok prawomocny musi pozostać niekniętym, że więc niema środka usunięcia następstw wyroku, chociaż w procesie symulowanym wydanego, doprowadza do tego, że wierzyciel, któremu pretensja żadna nie przysługuje i któremu zobowiązany zaufał przez dopuszczenie do wyroku, mógłby bezkarnie nadużyć zaufanie i dochodzić nieistniejącej pretensji lub też istniejącej, ale jeszcze niepłatnej. Nie można przyjąć, by prawo mogło uznać nadużycie zaufania za słuszne; wola stron, by z wyroku nie korzystano, winna być uwzględniona.

b) Również za nietrafne uważamy zdanie, że dla uchylenia skutków procesu symulowanego obrać należy drogę skargi, w której żąda się uznania egzekucji za niedopuszczalną. Możliwe jest, że strony umawiają się, że wyrok ma być wydany, ale nie ma być wykonalny, ale tego rodzaju umowę nie zawsze i nie wszędzie się zawiera. Tam, gdzie wyrok ma być formą dla umowy, tam egzekucja ma być prowadzona, ale dopiero po upływie terminu dopełnienia umowy. W tym wypadku można przyjąć istnienie umowy, wedle której egzekucja przez pewien czas niema być prowadzoną, co uzasadnia skargę uchylającą przez pewien czas egzekucję

Po największej części proces symulowany ma na celu prowadzenie egzekucyi przez powoda, w drodze egzekucyi mają być odebrane innym osobom korzyści, jakie im słuszenie przypadają. W tym wypadku nie można twierdzić, by między stronami istniała umowa niepopierania egzekucyi i dlatego skarga opozycyjna nie jest możliwą. Zapatrywanie więc, że skarga opozycyjna prowadzi do celu, by uchylić skutki procesu symulowanego, doprowadza do tego, że dłużnik nie może zapobiedz nadużyciu ze strony wierzyciela, który przeprowadził egzekucję. Tam, gdzie wyrok ma służyć jedynie w celach umowy, nie można też przyjąć, by skarga opozycyjna była środkiem, który ma obalić wyrok; egzekucję bowiem w myśl umowy stron ma się prowadzić celem osiągnięcia formy, albo też wolno ją dopiero po pewnym czasie popierać, w każdym razie egzekucyi po pewnym czasie nie można uznać jako niedopuszczalną.

Skarga opozycyjna wtedy może być wniesioną, gdy fakt uchylający egzekucję zaszedł po wydaniu wyroku. Wobec tego, że symulacja nie jest takim faktem, nie można przyjąć, by w toku postępowania egzekucyjnego i w drodze skargi opozycyjnej można było podnieść zarzut symulacji.

Zwolennicy zapatrywania, że skarga opozycyjna prowadzi jedynie do celu i jest w stanie uchylić skutki symulowanego procesu, podnoszą przeciw argumentowi że przyczyna uzasadniająca skargę opozycyjną musi powstać po wydaniu wyroku, że istnieją wypadki, w których przyczyna uchylająca moc egzekucyjną wyroku powstaje wcześniej a mimo to egzekucya nie może być prowadzona. Jako przykłady przytaczają *beneficium excussionis realis* i *beneficium competentiae*, które to przywileje uzasadniają ograniczenie egzekucyi, ale nie powstają koniecznie po wydaniu wyroku¹⁾ Obydwa zarzuty przeciw egzekucyi mają być wedle zdania przyjętego powszechnie, podniesione dopiero w stadium

¹⁾ Sintenis l. c. str. 408 i n.

egzekucyi, nie zaś przed wydaniem wyroku. Jeżeli więc ustawa ogranicza skargę opozycyjną do faktów zaszłych po wydaniu wyroku, względnie do tych, które przed ukończeniem procesu nie mogły być podniesione, to wyraża się niedokładnie, ona ma na myśli zarzuty, które „ibrer Natur nach in dieser mündlichen Verhandlung geltend gemacht werden könnten“ (Sintenis l. c. str. 410). Zarzut symulacyi zaliczają do takich zarzutów, które z natury swojej nie mogą być przy rozprawie podniesione, zarzut ten pojęty jako zarzut niepopierania egzekucyi nie ma być przy rozprawie podniesiony i dlatego musi być w toku postępowania egzekucyjnego dochodzony.

Argumentacya ta nie jest słuszną; ma ten zasadniczy błąd, że przyjmuje zawsze przy procesie symulowanym umowę niepopierania egzekucyi, która jednak nie istnieje. Ponadto zapoznaje, że tam, gdzie egzekucya nie ma być prowadzoną wskutek pewnych uprawnień, niema faktu znoszącego moc egzekucyjną wyroku, lecz zachodzi przywilej egzekucyjny, na podstawie którego prowadzenie egzekucyi ma być do pewnego majątku lub do pewnej wysokości ograniczone. Tu mamy do czynienia z pewnemi zasadami prawa obiektywnego, które egzekucyę z góry uchylają, a nie z pewnymi faktami, które znoszą moc egzekucyjną zobowiązania ¹⁾. Umowa, by egzekucyi wogóle nie prowa-

¹⁾ Wedle prawa austr. ważną jest odpowiedzialność spadkobiercy, który oświadczył się warunkowo do spadku. Spadkobierca taki odpowiada wedle słusznego zapatrywania do wysokości majątku spadkowego (pro viribus hereditatis), nie zaś także tylko majątkiem spadkowym (cum viribus hereditatis), jak to Unger, Das oest. Erbrecht III wyd. 1879 str. 181 uw. 8 przyjmuje. (Odmiennie Unger, Die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich, 1862 str. 156 n. „Der Vorbehaltserbe wird unter Vorbehalt (bedingt) verurtheilt und ohne Vorbehalt (unbedingt) exequirt“ str. 162). Kwestyą jest, czy już wyrok ma opiewać w ten sposób, że spadkobierca zasądzony zostaje na zapłatę wedle sił spadku, czy dalej w postępowaniu procesowem ma być badaną kwestyą, do wysokości

dzić, nie daje prawa do wyroku, umowa, by przez pewien czas jej nie prowadzić, może być tylko w toku procesu powołana i daje prawo do uzyskania korzystnego wyroku.

Możliwość wniesienia skargi opozycyjnej celem uchylenia skutków procesu symulowanego zachodzi dopiero w stadium egzekucyjnym. Prowadzenie egze-

jakiej kwoty odpowiada dziedzic, czy też tylko ogólnikowo ma być ograniczenie orzeczonem. Dalszą kwestyą jest, czy w przypadku, gdy wyrok nie zawiera ograniczenia odpowiedzialności, może spadkobierca w toku postępowania egzekucyjnego domagać się ograniczenia egzekucyi do wysokości majątku spadkowego, ponadto, gdy wyrok ogranicza odpowiedzialność spadkobiercy do wysokości majątku spadkowego, w jaki sposób ma spadkobierca wystąpić (Till, Prawo pryw. austr. T. VI, 1904, str. 388 uw. 6 kwestyi nie rozstrzyga, podnosząc, że jest rzeczą prawa formalnego, czy dziedzic ma zarzut podnieść w formie skargi opozycyjnej, czy w procesie). Zdaniem naszym zarzut odpowiedzialności do wysokości majątku spadkowego podniesiony ma być dopiero w postępowaniu egzekucyjnym, tu dopiero ma być zbadanem, w jakiej wysokości ma zaspokojenie nastąpić, proces zaś ma rozstrzygnąć tylko o istnieniu pretensyi. W postępowaniu egzekucyjnym ma być pretensya zredukowaną ze względu na innych wierzycieli, tu więc ma być uwzględnioną okoliczność, która nie zaszła po wydaniu wyroku. Powodem, dla którego okoliczność tę dopiero przy egzekucyi uwzględnić należy, jest, że prawo istnieje odrębnie od związania, którego rozciągłość ze względu na przedmiot przez zobowiązanego objęty ma być oznaczoną. Dopuszczalność wstrzymania egzekucyi z powodu konwokacyi wierzycieli spadkowych (§ 42 l. 6. o. e.), a więc aktu mającego na celu równomierne zaspokojenie wszystkich wierzycieli (§ 813 u.c.), przemawia za tem, że wysokość kwoty przez spadkobiercę zapłacić się mającej ma być dopiero przy egzekucyi ustaloną; gdyby już w procesie kwota miała być oznaczoną, wstrzymanie egzekucyi byłoby niedopuszczalnem. (Hellmann, Lehrbuch des deutschen Zivilprocessrechts, 1886, str. 829—830 przyjmuje, że w wyroku należy spadkobiercy zastrzedz prawo podniesienia beneficium inventarii, jeśliby jednak już wedle prawa materialnego jak w myśl §§ 2325 i n. kodeksu cyw. saskiego spadkobierca nie odpowiadał ultra vires hereditatis, to zastrzeżenie nie jest potrzebne; dłużnik ma w tym wypadku w toku egzekucyi z zarzutem wystąpić).

kucyi na podstawie wyroku uzasadnia skargę opozycyjną; jak długo wierzyciel nie prowadzi egzekucyi, nie zachodzi powód do skargi opozycyjnej i dlatego nie można tej skargi wnosić¹⁾ Jak długo więc wierzyciel nie zamierza prowadzić egzekucyi i nie objawia swego zamiaru, nie mógłby zobowiązany wystąpić ze skargą, by obalić moc egzekucyjną wyroku uzyskanego na podstawie symulowanego procesu, byłby więc bezbronnym.

W ten sposób dochodzimy do wniosku, że skarga opozycyjna nie prowadzi do celu i nie może uchylić skutków wyroku symulowanego.

c) Pozostaje jeszcze kwestya, czy w drodze procesu o odszkodowanie można wystąpić przeciw temu, kto dochodzi praw na podstawie wyroku symulowanego.

By odszkodowania można być dochodzić, musi być szkoda wyrządzona, sprawca musi przywrócić stan pierwotny albo w gotówce szkodę wynagrodzić. Samo uzyskanie wyroku, a ewentualnie i dalszych aktów

¹⁾ Czy przed prowadzeniem egzekucyi ze strony wierzyciela zachodzi możliwość wniesienia skargi o ustalenie, że moc egzekucyjna wyroku zgasła? Zdaje nam się, że skarga o ustalenie nie jest wykluczoną, o ile wymogi ustalenia zachodzą. Skarga opozycyjna ma na celu uchylenie egzekucyi, jest więc t. zw. *Rechtsgestaltungsklage*, a nie skargą o ustalenie, skarga opozycyjna ma zmienić stan prawny i dopuszcza skargę o ustalenie. By skarga o ustalenie zgaśnięcia mocy egzekucyjnej wyroku była dopuszczalną, jest koniecznem objawienie woli wierzyciela, że chce prowadzić egzekucyę, wtedy bowiem tylko po stronie zobowiązanego zachodzi interes prawny w ustaleniu. Stein l. c. jest zdania, że skargę opozycyjną można wnieść już wtedy, gdy zachodzi niebezpieczeństwo przyszłej egzekucyi; dłużnik ma interes w tem, bo orzeczono brak mocy egzekucyjnej wyroku, chociaż wierzyciel egzekucyi nie prowadzi. To zdanie byłoby słuszne, gdyby skarga opozycyjna była skargą ustalającą, jaką nie jest. Petschek, *Die Zwangsvollstreckung in Forderungen* 1901 str. 263 przyjmuje, że skarga opozycyjna jest wedle prawa austr. tylko po faktycznem wdrożeniu egzekucyi możliwą.

w drodze porozumienia stron nie jest żadnym czynem, który do wynagrodzenia szkody daje podstawę, akty te bowiem dzieją się za zgodą stron. Dopiero gdyby uprawniony korzystał z wyroku wbrew umowie, dopiero wtedy mógłby zobowiązany wystąpić z żądaniem, by mu szkodę wynagrodzono, gdyż wtedy wierzyciel dopuściłby się aktu na szkodę jego. Wynikiem więc byłoby, że stworzona wskutek symulowanego procesu sytuacja procesowa pozostałaby nienaruszona, że wierzyciel nie byłby zmuszony do uchylenia prawa zastawu pozornie uzyskanego. Co więcej, prowadzenie egzekucji samo przez się nie powoduje jeszcze szkody, wskutek czego musiałby dłużnik dopełnić zobowiązania i dopiero potem domagać się zwrotu.

Przyznanie dłużnikowi prawa do odszkodowania na wypadek, gdyby wierzyciel prowadził egzekucję, nie jest wystarczającym¹⁾, z drugiej strony nie prowadzi do celu tam, gdzie wierzyciel zachowuje się biernie, a nie chce zmienić stanu prawnego, spowodowanego symulowanym procesem. Bierne zachowanie się samo przez się nie jest deliktem i nie uprawnia dłużnika do żądania odszkodowania.

3) Wyrok pozorny nie może jednak pozostać niekniętym. Musi istnieć środek, na podstawie którego dłużnik może żądać, by wyrok unicestwiono, wierzycielowi uniemożliwiono prawo korzystania z tego wyroku, a ponadto usunięto stan przez wyrok pozorny stworzony.

a) Droga skargi odszkodowawczej nie prowadzi do tego celu, skarga opozycyjna jest niedopuszczalną, ale czy¹⁾ jest możliwą skarga, która by cały proces i wyrok uznać można było za nieważny? Skarga tego rodzaju nie pozostaje w sprzeczności z istotą procesu. Proces jest stosunkiem prawnym, każdy zaś stosunek prawny może być

¹⁾ Na co już Hoeniger, *Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten*, w *Deutsche Jur. Ztg.* X, 1905, Nr 21 str. 1005—1006 zwrócił uwagę.

uznany za nieważny lub za ważny, nic nie stoi na przeszkodzie temu, by i o ważności stosunku procesowego już po jego rozwiązaniu orzekano. Proces, który ma za cel uznanie stosunku procesowego za nieważny, jest procesem procesowym, w którym o ważności procesu jako stosunku prawnego ma być orzeczonem. Takie zaś badanie ważności stosunku procesowego może się odbyć nie tylko w toku postępowania, lecz i po jego ukończeniu oraz po wydaniu prawomocnego orzeczenia. Wystarczy wskazać na przepis § 42 n. j., gdzie na żądanie władzy administracyjnej najw. trybunał może unieważnić postępowanie oraz prawomocny wyrok w razie, gdy sąd wydał orzeczenie w sprawie, której rozpatrywanie przysługuje władzom administracyjnym. Dopuszczalność skargi nieważności przemawia za tem, że unieważnienie prawomocnego wyroku jest możliwem. Unieważnienie to następuje po przeprowadzeniu procesu, a więc w drodze procesu procesowego, w którym bada się ważność stosunku procesowego.

Uwzględnić zawsze należy, że tam, gdzie wyrok ma być unieważniony bądź to z urzędu, bądź w drodze procesu, nie tylko orzeka się o nieważności wyroku, lecz także o nieważności stosunku procesowego. Nie pewien akt procesowy, a więc wyrok, ma być unieważniony, lecz cały proces. Jest to ważnem, akty poszczególne, dokonane w procesie, mogą być nieuwzględnione z powodu braków, jakie w nich zachodzą, gdy je jednak już dokonano, zaczepienie nie jest możliwem. I wyrok, jako akt procesowy, nie może być przedmiotem procesu, o jego ważności lub nieważności orzekać nie można. orzeczenie odnosi się do stosunku procesowego.

b) Jeżeli uwzględnimy, że w procesie można badać kwestyę, czy stosunek procesowy jest ważny, to dojdziemy do tego, że w procesie badanie kwestyi, czy proces był symulowany, jest dopuszczalne

Co jest przedmiotem badania w takim procesie?

Proces symulowany przedstawia się jako całość, proces bowiem jest jednolitym stosunkiem prawnym. Strony miały zamiar ten proces symulowany prowadzić i prowadziły go, z procesu samego nie można było powziąć, czy był on symulowanym, czy nie. Proces symulowany na zewnątrz, a więc wobec osób trzecich, przedstawia się jako proces rzeczywisty, strony dokonały wszelkich aktów, które do prowadzenia procesu rzeczywistego są potrzebne.

Obok zamiaru prowadzenia procesu istniał i drugi zamiar, na co innego skierowany. Strony miały zamiar proces na pozór tylko prowadzić, by inny cel osiągnąć, równocześnie z postanowieniem prowadzenia procesu, powzięły więc postanowienie, że proces ma być symulowany i służyć do osiągnięcia innego celu. Tego zamiaru strony na zewnątrz nie objawiły, część więc oświadczeń stron została zatajoną. Między stronami należy jednak uwzględnić nie tylko to, co objawiły. lecz i to, co na zewnątrz nie wystąpiło.

Jaki zamiar miały strony w chwili, gdy proces wdrożyły, względnie dalej prowadziły, to ma badać sąd w procesie, w którym idzie o to, czy stosunek procesowy w procesie symulowanym był ważnym ¹⁾.

Zapatrywanie, że rozpoczęcie procesu symulowanego i wyroku w drodze procesu jest dopuszczalne, wypowiedział niemiecki trybunał rzeszy w orzeczeniu z dnia 13. listopada 1895. Sprawa, która dała podstawę do tego orzeczenia, przedstawiała się jak następuje: Osoba pewna otrzymała weksle na pokrycie pretensyi a po jej zaspokojeniu zwróciła je dłużnikowi. By narażić innych wierzycieli na szkodę, otrzymał wierzyciel weksle te napowrót, zaskarżył je i uzyskał wyrok zaochny. Po uzyskaniu wyroku wierzyciel umarł, poczem otworzono konkurs do jego majątku, a w postępowaniu

¹⁾ Gdzie proces jest prowadzony dla żartu, w przedstawieniu itd., nie ma mowy o symulacji, bo obiektywnie niema objawienia woli.

konkursowem odstąpiono trzeciej osobie pretensyę pochodzącą z zaskarżonych weksli. Dłużnik dowiedziawszy się o tem uzyskał tymczasowe zarządzenie, którem zakazano zarządcy masy wydać weksle i wyrok cesyonaryuszowi. Ten ostatni wystąpił przeciw dłużnikowi ze skargą o zezwolenie na wydanie weksli oraz wyroku.

Trybunał rzeszy orzekł na korzyść pozwanego podnosząc, że oświadczenie stron dla pozorów tylko złożone, nie mogło praw stworzyć: „Das auf Grund derselben ergangene Wechseljudicat war nach seiner rechtlichen Natur nicht geeignet, das vertragsmässig unter den Parteien bestehende Rechtsverhältniss in ein anderes umzuwandeln und Rechte zu begründen, die nach dem Willen der Parteien nicht entstehen sollten“. W motywach podniósł trybunał państwa, że zasądzony nie może wnieść skargi z §. 686 p. c. n., a więc skargi, którą egzekucya ma być uznana za bezskuteczną, przyjmuje więc skargę o unieważnienie samego wyroku i procesu ¹⁾.

c) Badanie więc w drodze procesu kwestyi, czy pewien stosunek procesowy był symulowany, jest dopuszczalne, a sąd ma badać, jaka była wola stron w chwili prowadzenia procesu.

Czy sąd doszedłszy do tego, że strony miały zamiar symulowania procesu, może uznać cały stosunek procesowy i wyrok za nieważny?

Nie znajdujemy w ustawie wyraźnego przepisu, z którego wynika, czy proces symulowany jest ważny. Wobec tego musimy starać się dojść do wyniku drogami pośrednimi. Zastanówmy się nad temi drogami:

a) Pierwszą drogą, która prowadzi do celu, jest subsumowanie wypadku pod pewien przepis ustawowy ogólniejszą normę zawierający. Ustawa zawiera z reguły tylko ogólne przepisy, konkretnych wypadków

¹⁾ Przeciw temu orzeczeniu występuje Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit 1905, str. 78 uw. 5.

nie może uwzględniać. O ile subsumowanie daje się uskutečnić, wypadek należy uważać za rozstrzygnięty.

β) Gdy wypadek nie da się pod przepis ustawy podsumować, należy badać, czy ustawa nie zawiera pojęcia którego projekcja na odnośny stosunek jest możliwą. Ustawa nie może uwzględniać wszystkich objawów, bądź że ich nie ma na oku, bądź też, że w chwili wydania ustawy wogóle nie istnieją. Ustawa zawiera jednak w sformułowanej zasadzie prawnej pojęcie, które da się stosować do każdego wypadku pokrewnego¹⁾. Gdy to jest możliwem, należy stosować do stosunku zasadę ustawową.

γ) Gdy ani subsumcyja ani projekcja nie dopisują, należy stosować analogię. Analogia zachodzi, gdy ustawa zawiera zasadę prawną, która jednak nie jest widoczną, lecz ukrytą i którą należy wypośrodkować z przepisów prawnych. W tym wypadku z przepisów istniejących da się wydedukować zasadę, a przepis ustawowy należy stosować w drodze analogii. Ponieważ ustawa zawiera zasadę prawną, pręto mówi się o pozornej luce w ustawie²⁾.

δ) Jeżeli ustawa nie zawiera zasady, którąby stosować można do wypadku, zachodzi luka rzeczywista w ustawie. W nowszych czasach przyznaje się w takim razie sędziemu prawo swobodnego orzekania: niektórzy podnoszą, że ta wolność rozstrzygania przysługuje mu *praeter legem*, nie zaś *contra legem*³⁾. Ta zasada wypływa z § 7 kod. cyw.; rozstrzyganie „nach den natür-

¹⁾ Wurzel, *Das juristische Denken*, 1904 str. 40 n., stworzył pojęcie projekcyi i stawia je między subsumcyą i analogią. Jako przykład przytacza ustawę, która wydaną została kilka wieków temu, wspomina o maszynach poruszanych siłą mechaniczną, po wiekach należy ją stosować do maszyn, które nie istniały w chwili wydania ustawy, a więc poruszanych parą lub elektrycznością.

²⁾ Unger, *Zur Revision des allg. bgl. Gesetzbuches*, w *Grünhuta Zeitschrift* T. 31 (1904) str. 397 i n.

³⁾ Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, 1903 str. 23 n.

lichen Rechtsgrundsätzen“, do czego ustawa sędziego upoważnia, gdy ani wyraźny przepis nie istnieje, ani też analogia nie da się zastosować, nie jest niczem innym, jak upoważnieniem do swobodnego orzekania ¹⁾).

Pierwsza droga, a mianowicie subsumowanie pod przepis, zawierający ogólniejszą normę, nie może nas do celu prowadzić. Przepisu ogólnego, któryby stanowił, że wszystko, co jest symulowane, jest nieważne, nie mamy.

Ustawa zawiera jednak przepis, który stanowi o symulacji umów obligacyjnych (§ 916 u. c.).

Ustawodawca miał na myśli tylko umowy obligacyjne i co do ich pozorności umieścił postanowienie. Nie można przyjąć, by ustawodawca przepis o aktach pozornych chciał do umów ograniczyć. Nie mógł on przewidzieć wszelkich stosunków życiowych i środków, jakie strony uznają za stosowne, by cel swój osiągnąć. Jeżeli zatem ustawodawca wypowiedział, jakie skutki pociąga za sobą symulowana umowa obligacyjna, to określił tylko pojęcie, pod które podpadają rozmaite stosunki życiowe i z tego powodu cytowany przepis ustawy ma być do nich stosowany.

W procesie więc, w którym bada się kwestyę, czy proces jest symulowany, należy w razie stwierdzenia symulacji orzec tak samo, jak w razie stwierdzenia symulacji umowy obligacyjnej.

Przeciw temu możnaby podnieść, że wyrok sądzony jest aktem formalnym, że takim aktem jest i cały proces, a akty formalne nie mogą ulec zaczepieniu z powodu symulacji. Niejednokrotnie wypowiedziano zdanie, że akt formalny występuje na zewnątrz w pewnej formie, do której ustawa przywiązuje pewien sku-

¹⁾ Unger, l. c. str. 399 przyjmuje, że „dem Richter eine rechtschöpferische quasilegislatorische Rechtsvollkommenheit eingeräumt ist“. Projekt szwajcarskiego kodeksu cywilnego stanowi w art. I, że tam, gdzie nie da się zastosować ustawa w dosłownem brzmieniu i gdzie środki interpretacyjne nie wystarczają, winien sędzia stosować prawo zwyczajowe, ustaloną tradycyę, a gdy to wszystko nie prowadzi do celu, ma kwestyę rozstrzygnąć tak, jakby ją rozstrzygnął, gdyby był ustawodawcą.

tek prawny, wobec czego nie można odróżnić dwóch aktów woli, aktu na wewnątrz i na zewnątrz występującego; tylko ostatni decyduje, wola stron skierowana na unicestwienie aktu zewnętrznego jest pozbawiona znaczenia, chyba, że forma sama zostaje usunięta¹⁾.

Zapamiętywanie to jest mylnem. Akt formalny jest skutecznym, o ile na zewnątrz się okazuje i wiąże każdą osobę. Jeżeli akt w interesie publicznym ma być dokonany, nie może być obalony, chociażby był pozornym: tak przy małżeństwie wola stron jest pozbawiona znaczenia. W każdym innym wypadku zaczepienie jest możliwe. Przy wpisie własności, strony mogą akt zaczepić, przy procesie można zaczepić wyrok. Interes publiczny nie wymaga, aby to, co zostało na pozór oświadczone, pozostało nietkniętem. Wyrok zatem na podstawie symulowanego procesu wydany może być zaczepiony z powodu symulacji, symulacja ma tu taką samą doniosłość, jak przy innych aktach formalnych.

Jakie są skutki symulacji?

Symulacja pociąga za sobą ten skutek, że interes jest nieważny (§. 916 u. c.)²⁾. Z tej zasady wynika, że proces symulowany jest nieważny, że zatem wyrok w procesie symulowanym zapadły, nie pociąga za sobą tych skutków, jakie powoduje wyrok w procesie rzeczywistym.

Rezultatem tych wywodów jest więc, że w drodze procesu można uzyskać orzeczenie, że proces symulowany jest nieważny.

4) Proces, zapomocą którego wyrok ma być unieważniony jest procesem zwykłym, skierowanym przeciw uprawnionemu, a opiera się na umowie symulacji, która daje roszczenie do uchylenia skutków przez formę osiągniętych.

¹⁾ Por. o aktach formalnych Werthauer, *Der Fiduciarsche Indosatar und die Einrede des Dolus im deutschen Wechselrechte*, w *Grünhuta Ztschr.* T. XIII, str. 628 — 632.

²⁾ Podnosi to z naciskiem Menzel, *Das Anfechtungsrecht der Gläubiger* 1886, str. 101.

Proces, który zdąża do unieważnienia wyroku i procesu symulowanego, nie jest procesem zmierzającym do uchylenia egzekucyi, to też skarga ma być wniesioną przed forum wedle zasad jurysdykcji ogólnej ustanowione, nie przed forum wydanego wyroku, przed które należy skarga opozycyjna (§. 35 o. e.). Skarga opiera się na umowie symulacji, a nie na fakcie uchylającym moc egzekucyjną wyroku, który uzasadnia forum procesu głównego. Skarga, zapomocą której wyrok i proces symulowany mają być uznane za nieważne, nie jest skargą, mającą na celu ukształtowanie prawa, wyrok nie staje się nieważnym dopiero z chwilą orzeczenia sądowego, lecz już poprzód. Skarga zmierza do stwierdzenia, że wyrok jest nieważny, a nie, że ma być w przyszłości za taki uważany.

Proces skierowany przeciw procesowi symulowanemu zaczyna sam wyrok, wobec czego wszystko, co na jego podstawie uzyskano traci swą doniosłość. Jeżeli więc na podstawie symulowanego procesu oraz wyroku uzyskano wpis prawa zastawu lub zajęcie ruchomości jako zabezpieczenie dla pretensyi, to akty te z chwilą, gdy wyrok utracił moc swoją, tracą swoją skuteczność i muszą być za nieważne uznane. Aktu egzekucyjnego nie można uzyskać na podstawie nieważnego tytułu, z unieważnieniem tytułu traci moc i egzekucya.

Czy jednak egzekucya nie pozostaje w mocy jako dobrowolny akt prawny n. p. dobrowolny zastaw?

By kwestyę rozstrzygnąć, należy uwzględnić, jakie skutki pociąga za sobą umowa symulowana.

Dwa poglądy prawne wypowiedziano w kwestyi symulacji.

Jedni są zdania, że symulacja polega w tem, że oświadczenie nie odpowiada rzeczywistej woli, przyczem składa się oświadczenie, by na zewnątrz wywołać pozór interesu pewnego, który stron nie ma obowiązywać ¹⁾.

¹⁾ Unger, System, II tom (1876, 4 wyd.), str. 119—120; Windscheid, Lehrbuch des Pandectenrechtes, 1887 (6 wyd.), T. I, str. 321, uw. 2 a (§. 75).

Inni są zdania, że symulacja polega w tem, że część oświadczeń woli, która sama dla siebie stanowi umowę, zostaje trzecim osobom objawioną, przezco wywołuje się mniemanie, że ta część stanowi całość zawartej umowy; wobec trzecich więc zataja się rzeczywistą wolę¹⁾.

Wedle zdania pierwszego oświadczenie, które nie odpowiada woli, jest bezskutecznem, a interes skutkiem tego jest nieważny.

Wedle zdania drugiego tylko wobec trzecich osób ma istnieć oświadczenie, nie zaś między stronami, między którymi należy uwzględnić całość ich trzecim nieobjawionej zgodnej woli.

Wedle zdania pierwszego mimo nieważności istnieje interes odpowiadający woli. Jeżeli strony zmierzają do innego interesu dozwolonego, to tylko ten przyjąć należy; gdy inny interes jest niedozwolony, zachodzi nieważność tak co do interesu oświadczonego, jak i co do nieoświadczonego, objawiona wola nie istnieje, nieobjawiona jest zaś nieważna.

Rezultat wedle zdania drugiego nie będzie odmienny. Jeżeli bowiem obok oświadczenia należy uwzględnić i resztę oświadczenia strony, to dochodzi się do tego, że niema objawionej umowy i że rzeczywista wola stron decyduje²⁾.

Tę zasadę przyjmuje przepis §. 916 u. c., który stanowi, że przy symulacji należy stosować przepisy odnoszące się do rzeczywistej natury umowy. To więc, co ma zastosowanie do umowy zamierzonej przez strony, ma być zastosowaniem. Jeżeli zamierzony cel jest do-

¹⁾ Tak Hasenöhr, Das oesterr. Obligationenrecht (2 wyd., 1892), I, str. 576—577.

²⁾ Obok symulowanego interesu odróżniają interes zakryty (*verdecktes Geschäft*), przy którym strony chcą, by interes był ważny, lecz gdzie rzeczywisty charakter ekonomiczny interesu nie zostaje podany z powodu, że rezultat jest zabroniony lub nieważny; tu interes ma być nie jako symulowany, lecz jako niedozwolony kontrakt za nieważny uznany. Tak Hasenöhr l. c. I, str. 575—576, uw. 29. Zdaniem naszym pojęcie symulacji jest w zupełności wystarczające i stwarzanie nowego pojęcia zbędne.

puszczalny, może być osiągnięty, inaczej całość umowy nie pociąga za sobą żadnych skutków prawnych.

Stosując tę zasadę do procesu symulowanego, dojdziemy do tego, że proces, który był na wskrós symulowanym i żadnych praw nie miał nadać stronom, nie uprawnia do żądania świadczenia, nie nadaje prawa do egzekucyi, a wyrok unieważniający proces uchyla wszelkie kroki egzekucyjne, strony bowiem nie miały zamiaru nadać sobie praw.

Jeżeli jednak przez proces miał być osiągnięty cel, który zazwyczaj osiąga się w drodze umowy, jeżeli obrano formę procesu i wyroku, by nadać stronie prawo zastawu i uprawnnić ją do bezzwłocznego prowadzenia egzekucyi w chwili płatności, czy i w tym wypadku, może nastąpić unieważnienie wyroku, oraz i prawa zastawu na jego podstawie nabytego? Jeżeli idzie o nieruchomości, mogły strony na podstawie dokumentu ustanowić ważne prawo zastawu, mogły we formie aktu notaryalnego nadać wierzycielowi prawo bezzwłocznego prowadzenia egzekucyi w chwili zapadłości. Czy obranie formy wyroku ma unieważnić prawo zastawu, czy wierzyciel niema mieć prawa prowadzenia egzekucyi na podstawie wyroku? W tym wypadku dłużnik mógłby być dostatecznie chroniony przez to, że nie zezwala się wierzycielowi na prowadzenie egzekucyi przez pewien czas.

Zdaje nam się, że gdy proces jest symulowany, wszystko, co na jego podstawie uzyskano, jest nieważne i bezskuteczne. Co zaś już z góry jest nieważne, nie może się stać ważnem z biegiem czasu. Gdybyśmy przyjęli tylko czasową bezskuteczność wyroku, natomiast ważność umowy co do prowadzenia egzekucyi po pewnym czasie, to doszlibyśmy do tego, że proces mógłby być obrany jako forma dla celów umowy, mógłby być obrany w celu prowadzenia egzekucyi. Gdyby strony przy zawarciu umowy n. p. o pożyczkę obrały formę wyroku, a wyrok ten był skutecznym, wierzyciel w chwili płatności pretensyi mógłby egzekucyę prowadzić, a dłużnik nie mógłby

podnieść zarzutów, które z umowy samej przysługują, tok niezaliczenia waluty pożyczki, omyłki, przymusu itp. Tego rodzaju zarzuty nie mogą być stronie odebrane, proces może więc być prowadzony po zapadłości pretensyi. Należy przyjąć, że i przed tym czasem wdrożyć go można, by nieważność wyroku wykazać.

Wszystko to więc, co uzyskano na podstawie wyroku po procesie symulowanym wydanego, jest bezkusecznem, a więc bezskusecznem jest także prawo zastawu na jego podstawie nabyte. Podstawa tego prawa zastawu jest nieważną, to prawo zastawu nie jest egzekucyjnem, bo w rzeczywistości egzekucyi nie prowadzono, lecz nie jest ono także konwencyonalnem, bo takie nie zostało w przepisanej formie ustanowionem.

Pozwany i zasądzony może więc, gdy wyrok jest pozorny, żądać w drodze zwykłego procesu, by go uznano za nieważny i aby zarazem orzeczono nieważność skutków jego.

O ile idzie o prawo zastawu, uwzględnić należy jeszcze i to, że o ile proces oraz wyrok mają na celu ubezpieczenie pretensyi, zostaje ono zastrzeżone przed powstaniem rzeczywistej pretensyi, a więc dla pretensyi przyszłej. Prawo zastawu dla pretensyi powstać mogącej można ustanowić, ale tylko prawo konwencyonalne. Egzekucyjne prawo zastawu nie może być ustanowione dla pretensyi w przyszłości powstać mającej, charakter prawa egzekucyjnego przeciwia się temu¹⁾. Żądanie, że dla przyszłej pretensyi możnaby

¹⁾ Prawo zastawu w drodze egzekucyi uzyskane nie stoi na równi z dobrowolnem prawem zastawu, nie tylko pod względem sposobu nabycia, lecz i co do skutków różnią się one od siebie. Prawo zastawu w drodze egzekucyi uzyskane na ruchomościach gaśnie po upływie roku, jeżeli wierzyciel egzekucyi nie kontynuuje, przedłużenie terminu jednorocznego jest niemożliwe w razie, gdy wierzyciel jest bezczynny (§. 256 ord. egz. por. Walker, Grundriss des Exekutionsrechtes 1905 str. 102). Co do istoty różni się sądowe prawo zastawu od dobrowolnego tem, że ostatnie ma na celu stworzenie ubezpieczenia dla wierzyciela, pierwsze zaś ma mu przysporzyć zaspokojenie

z góry uzyskać wykonanie egzekucyi, prowadzi do tego, że kaucyjny zastaw może być zapomocą wyroku uzyskany¹⁾.

Przeciw temu tu wypowiedzianemu zdaniu nie przemawia treść postanowień zawartych w ustawie o lichwie z 28. maja 1881 dz. n. p. Nr. 14, jedynej ustawie, w której jest mowa o symulowanym wyroku (uzyskanie takiego wyroku w celach lichwiarskich stanowi okoliczność obciążającą, §. 2). Ustawa ta w §. 8 stanowi,

pretensyi, a w niczem nie zmienia się postać rzeczy przez to że zajęcie sądowe jest początkiem zaspokojenia. Tego zapatrywania jest Demelius, *Das Pfandrecht an beweglichen Sachen* 1897 T. I str. 28 i nast 48. Przeciw niemu występuje Petschek, *Die Zwangsvollstreckung in Forderungen nach öst. Rechte* 1901 T. I. str. 98 i. n. który sądowe prawo zastawu stawia na równi z dobrowolnem. Różnica obydwu zdań objawia się w kwestyi, czy ten, który w drodze sądowej uzyskał zajęcie, może przeciw trzeciemu posiadaczowi wystąpić z *actio hypothecaria*. Demelius nie przyjmuje jej, Petschek str. 102—104 uznaje ją jako dopuszczalną. Forma zajęcia sądowego ruchomości jako forma dla ustanowienia dobrowolnego prawa zastawu jest powszechnie przyjętą przy udzieleniu kredytu przez browary szynkarzom. Ruchomości stanowią jako urządzenie jedyny majątek szynkarza, nie mogą mu być odebrane i dlatego ustanowienie zastawu ręcznego jest niemożliwem. By jednak zabezpieczenie uzyskać skarży się pretensyę przeciw szynkarzowi w czasie, gdy ona jeszcze nie jest płatną i zajmuje urządzenie celem zabezpieczenia pretensyi, przyczem się rozumie, że licytacya nie ma być prowadzoną przed zapadłością pretensyi. Używa się także w tym samym celu i innej formy, jak kupna ruchomości przez udzielającego kredyt i ich najem, wierzyciel płaci cenę kupną, która właściwie jest pożyczką, ruchomości pozostają jednak wskutek *constitutum possessorium* u dłużnika, który jest zarazem sprzedawcą, wierzyciel ma z reguły obowiązek odsprzedaży ruchomości za zapłatą ceny kupna i procentu, co wedle §. 1070 u. c. jest zresztą bezskutecznem. (Por. Pfaff, *Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere* 1892 str 152 i. n. Helwig, *Über die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung* w *Archiv für die zivilistische Praxis* T. 64 (1881) str. 369 do 394 w szczegól. str. 379 i nast.

¹⁾ Te uwagi czytamy u Kohlera, *Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozess*, w *Archiv für ziv. Praxis*. T. 80 str. 148 i n., ale nie odnośnie do wyroku, lecz odnośnie do

że sędzia karny uznając udzielającego kredyt lub cesyonariusza winnym występku lichwy, ma uznać interes za nieważny ¹⁾, a ma to uczynić także i wtedy, gdy o skutkach unieważnienia, a więc wysokości wzajemnie należnych kwot nie może orzec i dlatego strony na drogę prawa odesłać musi. Przez uznanie interesu nieważnym uznaje sędzia za nieważny i wyrok, a uznaje go w całości nieważnym, nie tylko co do zwyżki.

Ustępy 2 i 3 § 8 cyt. ustawy stanowią, że mimo unieważnienia interesu zachowane zostaje zabezpieczenie dla umówionej pretensyi nadane, a więc prawo zastawu, poręka i t. d. Zachodzi tu wyjątek, zastaw ma charakter samodzielny i dla każdej pretensyi jest skutecznym. Zabezpieczeniem jednak jest tylko zastaw lub poręka, wyrok nie jest zabezpieczeniem, daje możność wykonania i dlatego nie można przyjąć, by pomimo unieważnienia interesu wyrok był skutecznym. Wierzyciel więc, gdy uznano umowę za nieważną, ma prawo zastawu dla swojej pretensyi, gdy tego nie uzyskał, nie może na podstawie wyroku unieważnionego prowadzić egzekucyi dla należnej mu kwoty (zwyżki), lecz musi uzyskać nowy tytuł egzekucyjny. Stanowisko odmienne doprowadziłoby do tego, że sędzia karny musiałby uznać interes za nieważny, gdyby zaś o wzajemnych pretensjach stron nie mógł orzec, odesłałby je

dokumentów wykonalnych („daher gibt es keinen vollstreckbaren Titel, aus welchem für eine erst künftige Schuld eine gegenwärtige Vollstreckung erwirkt werden kann; noch weniger ist es statthaft, eine fingirte Schuld zu schaffen, auf Grund welcher eine Vollstreckung erfolgen kann, noch für eine wahre, aber erst in Zukunft entstehende Schuld; es ist unstatthaft, eine Art Cautionspfändung für eine fingirte Cautionsforderung eintreten zu lassen, um eine künftige Schuld zu sichern“, str. 150).

¹⁾ Orzeczenie takie wydaje sędzia karny i bez wniosku strony pokrzywdzonej, a więc z urzędu. O charakterze tej nieważności por. Schey, Die Obligationsverhältnisse des oesterr. allg. Privatrechts, 1890, T. I. st. 148, Piętak, O istotnych znamionach czynności kredytowych, 1878, str. 199 i n. (odnośnie do ustawy o lichwie z r. 1877).

na drogę prawa, a wyrok byłby skutecznym tylko co do zwyżki, jakaby się na rzecz wierzyciela po przeprowadzeniu procesu przez sędziego cywilnego okazała tak, że wyrok co do zwyżki w mocy utrzymany wymagałby dalszego sporu. Tak jednak nie jest, sędzia karny orzeka o nieważności całego interesu i wyroku ¹⁾.

Wynik, do jakiego dochodzimy, jest więc, że gdy wydano wyrok wskutek symulowanego procesu i pozwany został na świadczenie zasądzony, nie jest on do tego zobowiązany, lecz może żądać, aby wyrok uznano za nieważny, jeżeli zaś wyrokiem wskutek symulowanego działania uzyskany odmówiono żądaniu skargi, powód może wystąpić z takim samem żądaniem, bez narazenia się na zarzut sprawy osądzonej.

5) Podnieśliśmy wyżej, że wyrok na podstawie pozornego procesu uzyskany może być w drodze apelacji zaczepiony, że po prawomocności można wnieść skargę o uznanie wyroku za bezskuteczny. Dwa te środki konkurują ze sobą; strona, która mogła wnieść apelację, może z niej nie korzystać, lecz wprost obrać drogę procesu, by w nim wykazać symulację. Możliwość zaczepienia procesu symulowanego w drodze apelacji nie wyklucza możliwości zaczepienia wyroku w drodze osobnego procesu, ostatnia droga jest możliwą nawet i przed formalną prawomocnością wyroku.

Niejedno postanowienie przemawia za słusznością tego zdania. Ustawa daje niejednokrotnie możność wdrożenia dwu kroków, jeden z nich nie musi wykluczać drugiego, tak w wypadku skargi nieważności z ustępu z §. 529 p. c. może strona wnieść środek prawny i za pomocą tegoż zaczepić wyrok, gdy nie była w procesie zastąpioną, może jednak bez wniesienia środka prawnego wprost wnieść skargę nieważności.

¹⁾ Ustawa z 19. lipca 1877 dla Galicyi i Bukowiny w §. 2 utrzymywała w mocy „die vorhandene Deckung... insbesondere... ein für die ursprüngliche Forderung... zustehendes Pfandrecht“. Pokrycie tu wymienione nie jest niczem innem, jak ubezpieczeniem pretensyi.

W wypadku procesu symulowanego mamy do czynienia z brakiem podstawy stosunku procesowego, stosunek nie może więc zaistnieć. Jeżeli ustawa przy skardze nieważności (gdzie chodzi o pewne braki wymogów procesowych) zezwala na zaczepienie stosunku procesowego nie tylko w drodze instancyjnej, lecz i w drodze procesu, to i przy symulacji to samo należy przyjąć. Skarga więc, którą zaczyna się proces symulowany, może być wniesioną i przed upływem terminu do apelacji określonego; że strona mogła już w czasie tym zacząć odwołaniem wyrok symulowany, a tego nie uczyniła, nie jest powodem odmówienia jej żądaniu. Strona mogła obrać drogę apelacji, może jednak obrać i drogę skargi.

Podnieść należy, że proces symulowany jest z góry już na to obliczony, by wyrok stał się prawomocnym; jeżelibyśmy więc żądali, by proces zaczął się tylko apelacją, to tem samem uznalibyśmy zaczepienie wyroku symulowanego jako niemożliwe.

6) Zaczepienie wyroku w procesie symulowanym wydanego może nastąpić tak ze strony powoda jak i ze strony pozwanego. I powodowi, któremu przyznano przedmiot sporu nie można odmówić prawa wystąpienia ze skargą o unieważnienie wyroku na jego korzyść wydanego, powodowi przysługuje możliwie pretensya, której chce dochodzić bez narazenia się na zarzut, że mu ją przyznano w procesie symulowanym.

Aby powód albo pozwany mógł wystąpić ze skargą o unieważnienie wyroku wydanego w procesie symulowanym, musi zachodzić po ich stronie interes prawny po myśli § 228 p. c.¹⁾ Skarga o uznanie wyroku bezskutecznym nie zmierza do ukształtowania prawa, orzeczenie sądowe uznające wyrok zapadły w procesie symulowanym nie ma mocy konstytutywnej lecz tylko moc deklaratywną, by więc wystąpić z żądaniem wydania

¹⁾ O interesie w ustaleniu por. Wach, Der Feststellungsanspruch 1889 str. 51 i n.

takiego orzeczenia, musi strona wykazać wymogi ustawowe ochrony, a do tych należy i interes w ustaleniu. Interes w ustaleniu po stronie pozwanego zachodzi już wtedy, gdy powód uzyskał na podstawie wyroku korzyści, które pozwany chce usunąć.

Ponieważ wyrok w procesie symulowanym wydany sam przez się jest nieważnym, a więc nawet, gdy sąd nie orzekł jeszcze jego nieważności, przeto może pozwany wprost żądać unieważnienia aktów na podstawie wyroku uzyskanych, np. wykreślenia prawa zastawu. Sędzia ma w tym wypadku orzec o ważności wyroku jako o kwestyi prejudycjalnej, a do tego jest zawsze sąd powołany ¹⁾.

7) Jakkolwiek przyjmujemy, że proces symulowany może być na żądanie strony uznany za nieważny, to z tego nie wynika, by niemożliwem było wniesienie skargi o odszkodowanie. Gdy samo unieważnienie wyroku i procesu symulowanego nie prowadzi do celu, gdy przeciwnik wskutek wyroku symulowanego osiągnął bezprawnie korzyść lub też naraził stronę na szkodę, wówczas skarga o odszkodowanie jest dopuszczalną. Wyrządzenie szkody jest wymogiem roszczenia odszkodowawczego, sam fakt więc, że strona przeciwna uzyskała wyrok pozorny, a następnie w porozumieniu z drugą pewien stan prawny, nie uprawnia jeszcze do

¹⁾ Zaczepienie wyroku symulowanego jest dopuszczalne nawet, gdyby strony zrzekły się prawa zaczepienia. Gdy zrzeczenie się nastąpiło zanim doszło do wyroku, jest ono bezskuteczne, stronie nie przysługuje bowiem jeszcze prawo i dlatego zrzec się tego nie może. Nieważnem jest jednak zrzeczenie się i wtedy, gdy nastąpiło po wydaniu prawomocnego wyroku. Strona może się zrzec praw, które jej przysługują, nie może jednak uznać ważnym akt, który żadnych praw stworzyć nie może, taki akt zawsze może być zaczepionym, a oświadczenie stron, że uznają go ważnym, jest pozbawione doniosłości. Kohler w *Archiv für die civilistische Praxis* T. 80. str. 147—148 powiada: „Sie können nicht eine Vollstreckung ohne Recht schaffen, sie können nicht dem Kleide zuschreiben, was der im Kleide lebende Inhalt zu bewirken vermag“.

żądania wynagrodzenia szkody. W tym wypadku przeciwnik nie uczynił niczego, coby wskazywało na zamiar wyrządzenia szkody, czynem swoim zmienił on tylko pewien stan rzeczy, a tego życzyła sobie strona druga. O szkodzie dopiero wtedy mówić można, gdy postąpiono wbrew woli strony drugiej, gdy chce się osiągnąć korzyści, które przypaść nie mają, albo też chce pozbawić stronę tego, co ma otrzymać z aktu symulowanego.

Skarga odszkodowawcza tam jest wskazana, gdzie na podstawie wyroku symulowanego uzyskano wpis prawa tabularnego, a następnie wbrew umowie stron przeniesiono na trzeciego to prawo hipoteczne. W tym wypadku unieważnienie wyroku pozornego nie ma wartości materialnej, trzeci bowiem może w zaufaniu do ksiąg publicznych nabyć prawa tabularne, a w każdym razie jest strona co najmniej narażoną na prowadzenie procesu z trzecim nabywcą, tylko więc proces o odszkodowanie prowadzić może skutecznie do celu. W takim procesie nie może się powołać ten, który uzyskał wpis na prawomocny wyrok za nim przemawiający, wyrok ten jest bowiem pozorny i jako taki żadnych nie mógł nadać praw. Korzystanie z tego wyroku wbrew umowie nadaje prawo do odszkodowania.

8) Omówiliśmy wypadek, w którym symulacja zachodzi tylko między stronami. Jak się ma jednak rzecz, gdy współdziałanie przy symulacji zachodzi i po stronie sądu, gdy więc albo sąd i obydwie strony, albo sąd i jedna strona symulują? Czy wyrok taki może być zaczepiony, czy może go zacząć także i strona symulująca?

a) Gdy symulacja odbywa się przez sąd i jedną ze stron, to strona niebiorąca udziału w symulacji może być wskutek symulowania na szkodę narażona. Szkoda jednak nie musi koniecznie nastąpić, nie jest bowiem wykluczone, że sędzia wydaje wyrok taki sam, jakiby zapadł i w razie, gdyby na seryo proces prowadzono. Możliwe jest, że sędzia współdziała z powodem, by pozwanego na szkodę narazić, lub naigrawa się z niego,

potem jednakowoż się namyśla i nie chce być więcej powodowi pomocnym. W tym wypadku niema mowy o szkodzie dla strony przeciwnej. Symulacja zachodząca po stronie sędziego może mieścić w sobie znamiona czynu karygodnego, nie zawsze jednak musi to zachodzić. Jeżeli powód zapewni sędziego, że idzie o żart, a sędzia pomaga mu w procesie pozornym, wówczas dopuszcza się sędzia przekroczenia dyscyplinarnego, ale nie popełnia czynu karygodnego.

α) Gdzie pozwany nie jest na szkodę narazony wskutek symulacji, gdzie wyrok zapadł z korzyścią dla niego, tam nie jest potrzebną ochrona; przyjąć należy jako zasadę, że akta sądowe mogą być tylko wówczas zaczepione, gdy są dla strony niekorzystne.

β) Gdy po stronie sędziego zachodzi czyn karygodny, gdy sędzia naraża na szkodę pozwanego wskutek współdziałania przy symulacji, wówczas może strona niesymulująca uzyskać skargę o wznowienie procesu (§ 530 l. 4 p. c.). By to jednak było możliwem, koniecznem jest poprzednie zasądzenie sędziego; bez zasądzenia wznowienie nie może być uzyskane.

γ) Gdy wymienione dwie ewentualności nie zachodzą, gdy więc wyrok wskutek symulacji wydany jest niekorzystny dla strony, gdy dalej sędzia nie dopuszcza się czynu karygodnego, wskutek czego wznowienie jest niedopuszczalne, gdy wreszcie mimo zachodzących znamion czynu karygodnego zasądzenie nie następuje, a tem samem wznowienie postępowania nie może być uzyskane, czy strona ma pozostać bez możności zaczepienia wyroku? Nie możemy przyjąć, by wyrok, który wydany został przez sędziego na żart, był skuteczny, by strona, która sędziego wprowadziła w błąd i wskutek tego od niego wyrok zdołała uzyskać, mogła w następstwie wystąpić z żądaniem, by wyrok był wykonalny.

To, cośmy powiedzieli o symulacji skargi, o braku roszczenia ochronnego, i tu stosować należy. Strony nie chciały ochrony prawa, sędzia nie chciał dać miejsca roszczeniu ochronnemu. Strona mogła się bronić i broniła

się przeciw roszczeniu, jej obrona była bezskuteczną tak, że sędzia wskutek symulacji obrony nie uwzględnił i wydał wyrok niekorzystny. Wobec tego strona, przeciw której wydano wyrok symulowany, może żądać, by ten wyrok uznano jako bezskuteczny. Skarga strony nie jest skargą o wznowienie, zatem wymogi tej skargi nie muszą zachodzić ani w kwestyi właściwości sądu, ani też w kwestyi czasokresu, w którym zaczepienie nastąpić winno.

δ) Stronie, która doprowadziła do symulacji procesu, nie można przyznać prawa unieważnienia wyroku.

Oświadczenie strony w procesie złożone wiąże ją wobec strony przeciwnej, nie ma więc być badane, czy sędzia posiadał wiadomość o tem, że oświadczenie nie odpowiada woli stron. Sędzia nie powinien był tego oświadczenia przyjąć, gdy jednakowoż już je przyjął i strona druga z niego korzystała, wiąże to oświadczenie. Gdyby więc zapadł wyrok niekorzystny dla strony symulującej, nie może go ona zaczepić, by nowe środki dowodowe lub fakta w nowym procesie naprowadzić, a tem samem odmienny wyrok uzyskać.

β) Gdy strony wspólnie z sędzią odgrywają komedię procesu, a takie wypadki niestety się zdarzają, wówczas nie może ulegać kwestyi, że wyrok jest nieważny. Każda ze stron może domagać się, by wyrok uznano za nieważny.

D) Zarzut sprawy osądzonej i wiszącej wobec symulacji.

a) Osądzenie sprawy.

1) By zwalczyć wyrok na podstawie symulowanego procesu wydany, nie musi jedna ze stron obrać drogi skargi, może się ona bronić i we formie zarzutu, gdy przeciw niej na podstawie wyroku w procesie symulowanym uzyskanego druga strona występuje. Strona może się bronić tak pod względem formalnym, a mianowicie przeciw zarzutowi, że nowy stosunek procesowy

nie może być zawiązany, jak i pod względem merytorycznym, a mianowicie może podnieść, że wyrok symulowany nie stwarza między stronami stosunku prawomocnego. Dopuszczalność zarzutu przeciw wyrokowi wydanemu w procesie symulowanym wynika z ogólnych zasad. Wyrok tego rodzaju nigdy nie może nadać prawa, jest bezwzględnie nieważny, nie jest więc dla strony potrzebnym, by poprzód uzyskała unieważnienie wyroku i procesu symulowanego.

Wyrok po procesie symulowanym wydany nie jest żadnym wyrokiem, na niego nie może się powołać strona i żadnych praw wywodzić z niego nie może. Inaczej ma się rzecz tam, gdzie prowadzono proces rzeczywisty i w nim wydano wyrok. Jeżeli taki wyrok jest nieważny, może być zaczepiony skargą nieważności, dopóki jednak unieważnienie nie nastąpiło, wyrok istnieje, stwarza prawa i nadaje prawo do obrony. Wyrok symulowany nie jest wyrokiem i nie nadaje praw ochronnych i dlatego przeciw stronie, która z niego chce korzystać, jest zarzut symulacji dopuszczalny, jakkolwiek wyrokiem nieważności procesu symulowanego nie orzeczono¹⁾. Uwzględnić należy, że zarzut symulacji jest nie tylko zarzutem formalno-prawnym, który powoduje, że symulowany stosunek procesowy jest nieważnym, lecz jest także zarzutem skierowanym przeciw roszczeniu ochronnemu, może więc być przeciw temu roszczeniu podniesiony. Gdyby zarzut symulacji czynił tylko stosunek procesowy nieważnym, należałoby tylko w drodze procesu unieważnić proces symulowany i dopiero po unieważnieniu byłoby możliwem powołać się na symulację.

¹⁾ Wyrok symulowany jest więc absolutnie nieważnym. Takie wyroki istnieją, jeżeli sąd zasądził kogoś na świadczenie wprost niemożliwe albo niemoralne (np. dostarczenie przedmiotu nieistniejącego albo zerwanie małżeństwa), wyrok mimo prawomocności jest nieważny. (Tak Kohler, Zivilprozess und Konkursrecht w Encyklopedyi Holtzendorffa t. II. § 72).

2) Jeżeli uwzględnimy powyższe wywody, to dojdziemy do następującego wyniku.

Gdy pozwany został w procesie symulowanym uwolniony od obowiązku świadczenia i w nowym procesie przez poprzedniego powoda wytoczonym powołuje się na wyrok wydany oraz zarzuca osądzenie sprawy, może powód zarzucić symulację i sędzia ma w nowym procesie orzec, czy poprzedni wyrok ma skutek prawny, a orzeczenie sędziego dotyczy tak zarzutu formalnego sprawy osądzonej, jak i rzeczy samej.

Gdy powód ponownie skarży, a pozwany zarzuca, że już wyrok istnieje, może powód podnieść, że poprzedni wyrok jest symulowany, że z tego nie chce i nie może korzystać, zatem musi w drodze nowego procesu swojej pretensyi dochodzić. Do tego powód ma prawo. Wyrok poprzedni nie musi być wprost unieważniony, powód może bezwzględnie z nowym rzeczywistym procesem wystąpić.

Powód może w nowym procesie we formie wniosku wpadkowego domagać się uznania poprzedniego wyroku za nieważny, by zapobiedz zarzutowi sprawy osądzonej przez pozwanego podniesionemu.

3) Wyrok pozorny nie rodzi prawa i dlatego nie stoi na przeszkodzie ponownemu zawiązaniu stosunku procesowego. Wyrok pozorny jednak nie tylko nie pociąga za sobą prawomocności w znaczeniu formalnem, lecz nie jest prawomocnym w znaczeniu prawa materialnego¹⁾.

Wyrok pozorny nie stwarza prawdy procesowej. W nowym więc procesie może strona podnieść pozorność i tem samem zapobiedz temu, by przyjęto orzeczenie wyroku poprzedniego za prawdziwe. Gdy więc pozywano o ustalenie istnienia umowy, a następnie po-

¹⁾ O prawomocności wyroku por. Savigny, System des heutigen römischen Rechtes 1847 t. VI. str. 257 i n.; Unger, System des Österreichischen allgemeinen Privatrechtes IV. wydanie T. II. str. 615 i n.

wód żąda świadczenia, pozwany może zarzucić, że wyrok poprzedni był symulowany, że więc należy badać kwestyę, czy istnieje stosunek prawny poprzednim wyrokiem, który ma być symulowany, ustalony. Gdy skarżono o uznanie prawa własności i oddanie przedmiotu w posiadanie, a potem żąda się złożenia rachunków z administracyi, można zarzucić, że poprzedni wyrok był wydany po przeprowadzeniu procesu pozornego, że więc nie ma mocy prawomocności.

b) *Litispendencya i symulacya sporu.*

1) Dla powoda, który w porozumieniu z pozwanym wytoczył spór w celach symulacyi, może po wytoczeniu tegoż powstać rzeczywiste roszczenie.

W wypadku w § 1. pod 2 b β omówionym posiadacz weksla, któremu władze skarbowe należytość i karę mimo zeznań adwokata w procesie symulowanym złożonych nie odpisały, zażądał od adwokata odszkodowania z powodu udzielenia złej rady (§ 1300 u. c.), gdy zaś zapłata nie nastąpiła, wystąpił z procesem odszkodowawczym. W procesie tym podniósł pozwany adwokat zarzut sprawy wiszącej z powodu procesu poprzedniego, w którym to samo roszczenie jest przedmiotem sporu.

Czy zarzut tego rodzaju jest uzasadniony?

2) Proces pierwszy jest symulowany, stosunek procesowy nie mógł być zawiązany dla braku rzeczywistej skargi, sędzia jednak nie orzekł jeszcze nieważności stosunku procesowego. Wznowienie spoczywającego procesu symulowanego nie może nastąpić, powód nie może na seryo dochodzić roszczenia, skoro skarga była symulowana, pozwany mógłby skutecznie zarzucić, że skargę wniesiono w celach nieprocesowych. Wznowienie procesu nie ma zatem dla powoda żadnej wartości.

Z drugiej strony uwzględnić należy, że jak długo nie zastanowiono postępowania symulowanego, istnieje postępowanie sądowe, które bezwarunkowo nie dopuszcza do ponownego procesu. W niczem nie zmienia

postaci rzeczy okoliczność, że proces pierwszy jest symulowany.

Powód, wytaczając nowy proces, chce doprowadzić do tego, by sędzia w nowym procesie orzekł o tem, czy stosunek procesowy w procesie poprzednim został rozwiązany. Orzeczenie to wydać miałby sędzia tylko dlatego, by rozstrzygnąć kwestyę doniosłą w procesie, który sam prowadzi. Sędzia winien w procesie każdą kwestyę prejudycjalną, która dla rozstrzygnięcia sprawy samej jest doniosłą, załatwić, nie może się uchylić od jej rozstrzygnięcia z powodu, że do jej załatwienia jako kwestyi głównej nie jest powołany, sędzia może (lecz nie musi) w razie, gdy co do kwestyi prejudycjalnej już toczy się spór, zarządzić przerwę postępowania aż do czasu, gdy spór prejudycjalny będzie prawomocnie rozstrzygnięty (§ 190 p. c.). Gdy jednak idzie o kwestyę dotyczącą nie rzeczy samej, lecz tylko stosunku procesowego, tam tylko sędzia, przed którym pierwszy proces wytoczono, ma o niej zadecydować, każdy inny nie jest do tego powołany¹⁾.

Jeżeli więc wytoczono spór przed sądem niewłaściwym i nad kwestyą właściwości sądu prowadzi się rozprawę, nie może powód przed prawomocnem załatwieniem sprawy wytoczyć procesu przed sądem właściwym i nie może w tym sądzie powołać się na to,

¹⁾ Sędzia nie może więc zarządzić przerwy postępowania z powodu innego wiszącego sporu, by załatwić kwestyę istnienia wymogu procesowego, o niej ma sędzia w całości sam wydać orzeczenie. Jeżeli więc powód skarży cudzoziemca przed forum majątku (§ 99 n. j.) powołując się na zaskarżoną pretensyę, ma sędzia sam orzec, czy majątek istnieje, a nie może zarządzić przerwy aż do czasu, gdy równocześnie toczący się spór cudzoziemca przeciw trzeciemu będzie rozstrzygnięty, a więc istnienie majątku stwierdzone (por. Klein, Vorlesungen str. 77). Także i osobnego sporu co do wymogów procesowych nie można prowadzić. Niedopuszczalnym jest więc np. spór o ustalenie, że strona zrzekła się odwołania, że więc winna wniesione cofnąć (§ 472 u. c.) Kwestyę, czy zrzeczono się odwołania, czy więc wymóg postępowania odwoławczego zachodzi, ma sąd odwoławczy sam rozstrzygnąć, inny sąd nie ma prawa jej badania.

że poprzedni sąd nie jest właściwym, a sąd nie może przyjąć niewłaściwości sądu poprzedniego. Sąd winien w procesie drugim orzec, że zachodzi litispendencya ¹⁾).

Tak samo ma się rzecz i w razie symulacyi. Jak długo spór wdrożony nie jest ukończony, nie można wnieść skargi nowej, w nowym postępowaniu zarzut sprawy wiszącej może być skutecznie podniesiony. Litispendencya zachodzi, gdy o to samo roszczenie wdrożono postępowanie, nie zaś, gdy już poprzód zawiązano ważnie stosunek procesowy, równocześnie postępowania o to samo roszczenie ochronne nie należy prowadzić.

Jakkolwiek więc postępowanie sądowe nie prowadzi jeszcze do zawiazania stosunku procesowego, to nie można go ważnie ponownie zawiazać, dopóki zakończenie wdrożonego postępowania nie nastąpi.

Wynikiem jest więc, że nowego procesu rzeczywistego nie można wytoczyć, dopóki proces symulowany nie został zastanowiony ²⁾).

¹⁾ Tylko wyjątkowo zezwala ustawa na to, by po załatwieniu w I. instancyi zarzutu niewłaściwości sądu i orzeczeniu, iż niewłaściwość zachodzi, wytoczono spór przed sądem innym przed prawomocnością orzeczenia przez poprzedni sąd wydanego (§ 46 n. j.); w tym wypadku o litispendencyi tak długo orzec nie można, dopóki ostatecznie orzeczenie w pierwszym sporze nie zapadnie.

²⁾ W procesie nowym sąd winien jednak na skargę wdrożyć postępowanie, a limine nie może jej odrzucić, jakkolwiek posiada wiadomość o tem, że o to samo roszczenie już wytoczono proces. O ile idzie o litispendencyę, res iudicata lub niedopuszczalność drogi prawa, winien sąd zawsze wdrożyć postępowanie i dopiero po jego przeprowadzeniu może orzec, że zawiazanie stosunku procesowego nie może się odbyć (tak samo co do litisp. i osądzenia sprawy § 118 ust. 2 instr. sąd.). Tylko z powodu niewłaściwości może sąd odrzucić skargę i odmówić wdrożenia postępowania (§ 43 n. j.). To rozmaite traktowanie wymogów procesowych wskazuje na to, że nawet i wtedy, gdy sędzia ma pewność, że stosunek procesowy nie może być zawiazany, wdraża się czasem postępowanie sądowe i że dopiero po jego przeprowadzeniu orzeka się o tem, czy stosunek procesowy zachodzi. Z powodu, że o litisp. i osą-

E) Symulacja w toku postępowania egzekucyjnego.

1) Najczęściej zdarza się, że egzekucja jest symulowana. Wierzyciel nie ma zamiaru uzyskać dla siebie zaspokojenia, lecz akcja jego jest skierowaną na to, by uzyskać pierwszeństwo przed wierzycielami rzeczywistymi, następnie z uzyskanej przy sprzedaży kwoty pobrać kwotę odpowiadającą wysokości pretensyi. dla której prowadzi się egzekucyę i w ten sposób nie dopuścić do zaspokojenia rzeczywistych wierzycieli. Rozumie się, że cała czynność jest na to obliczoną, by kwotę pobraną przez sfingowanego wierzyciela zwrócić dłużnikowi.

Jeżeli sprzedaż odbywa się dopiero po chwili uzyskania prawa zastawu przez późniejszych wierzycieli, niebezpieczeństwo dla nich nie jest wielkie; mogą oni brać udział w licytacji, mogą przy rozprawie działowej podnieść przeciw pretensyi sfingowanej zarzuty, mogą wnieść następnie skargę i zapobiedz wydaniu części licytacyjnej ceny wierzycielowi, którego pretensya jest zmyśloną (§§ 213, 231, 286 o. e.). Tego wszystkiego nie mogą wierzyciele uczynić, gdy dłużnik w porozumieniu z wierzycielem sfingowanym wcześniej potrafi uzyskać wszelkie kroki egzekucyjne, a nawet i licytację. Wtedy cały akt przeprowadza się bez ingerencji wierzycieli, wtedy nie mają oni wpływu na to,

dzeniu sprawy można orzec dopiero po wdrożeniu postępowania, o niewłaściwości zaś już przy wniesieniu skargi, należy przyjąć, że sąd winien najpierw zastanowić się nad tem, czy jest do rozpatrywania sprawy właściwy, a dopiero później może załatwić kwestyę, czy sprawa należy na drogę prawa lub czy jest już osądzona. Jeżeli więc zaskarżono dzierżawcę myta o zwrot kwoty bezprawnie pobranej nie przed sądem ogólnym, lecz przed sądem, w obrębie którego przedsiębiorstwo ma mieć siedzibę (§ 87 n. j.), należy przedewszystkiem rozstrzygnąć kwestyę właściwości sądu, a dopiero później kwestyę dopuszczalności drogi prawa, ostatnią kwestyę może tylko sąd właściwy załatwić.

by jak najwyższą kwotę przy sprzedaży uzyskano, by do zaspokojenia pretensyi zmyślonych nie dopuścić.

Niezwykłą sposobność do popełnienia tego rodzaju oszustwa daje przepis § 271 o. e., dopuszczający sprzedaż zajętych ruchomości z wolnej ręki. Sprzedaż taka może się odbyć za zgodą dłużnika i wierzycieli, którzy z ceny kupna nie otrzymują zaspokojenia. Dłużnikowi zależy na tem, by ruchomości nabyć dla siebie, zazwyczaj więc podstawia osobę zaufaną, która wnosi ofertę i za zgodą jego oraz podstawionych wierzycieli nabywa ruchomości, składa cenę kupna, poczem ta przypada sfingowanym wierzycielom, a właściwie dłużnikowi. W ten sposób dłużnik usuwa przedmioty z pod grabieży i czyni to we formie prawa.

Gdyby ze sprzedażą z wolnej ręki czekano aż do chwili, kiedy wierzyciele rzeczywiście uzyskają prawo zastawu, doszłoby do tego, że ci sprzeciwia się sprzedaży, że wskutek tego sprzedaż odbędzie się publicznie, przy której nie będzie mógł dłużnik sam nabyć przedmiotów i przy której wyższa cena kupna będzie uzyskana, a tem samem dla wierzycieli późniejszych osiągnięte częściowe pokrycie; wierzyciele późniejsi będą mieli ponadto możność podniesienia zarzutów przeciw poprzedniej pretensyi i wykazania, że jest ona sfingowaną. By temu zapobiedz, zajmuje podstawiony wierzyciel ruchomości tak wcześnie, by wierzyciele posiadający prawdziwe pretensye zajęcia nie mogli uzyskać przed sprzedażą, a więc przed płatnością ich pretensyi, za zgodą jego i dłużnika nabywa następnie trzeci zaufany te ruchomości, a cenę kupna wypłaca się wierzycielowi. Wierzyciele rzeczywiście nie mają pokrycia i nie mają środka, by kwotę wydobyć od wierzyciela podstawionego, który często jest biedakiem.

Czy w tych wypadkach sąd, widząc pozorność aktu, ma na wszystko zezwolić, czy ma się trzymać litery ustawy i dopuścić do przeprowadzenia kroków egzekucyjnych?

2) Wierzyciel, dochodząc swej pretensyi, korzysta z roszczenia na zaspokojenie, które jest roszczeniem ochronnem¹⁾.

Roszczenie ochronne tylko wtedy jest uzasadnione, gdy zachodzą wymogi egzekucyjne, a więc wymogi procesowe do stadyum egzekucyjnego się odnoszące²⁾, dalej wymogi ochronne³⁾.

Gdy wierzyciel tylko w celach symulacyi prowadzi egzekucyę, nie ma wniosku rzeczywistego, nie ma podstawy do stosunku egzekucyjnego i stosunek ten nie może być zawiązany. Sąd więc powinien uznać, że stosunek egzekucyjny nie może być zawiązany.

W każdym razie, gdybyśmy nawet przyjęli, że stosunek egzekucyjny powstać może, to nie mamy rzeczywistego roszczenia ochronnego i sędzia powinien żądaniu odmówić, a więc prośbie egzekucyjnej nie dać miejsca. Zbadać zaś, czy zachodzi symulacja, może sędzia z urzędu w każdym stadyum, może badać czy sto-

¹⁾ Por. Petschek, Die Zwangsvollstreckung in Forderungen nach österreichischem Rechte t. I. 1901 str. 4 i nast.

²⁾ Wymogi ważności postępowania egzekucyjnego są: właściwość sądu zezwalającego i egzekucyjnego, dopuszczalność zajęcia przedmiotu i zajęcia w pewien sposób (Petschek l. c. str. 8 i nast.) Co do pretensyi jest wymogiem procesowym dopuszczalność ich zajęcia. Sporne jest, czy stosunek egzekucyjny jest stosunkiem procesowym; za tem oświadcza się Petschek l. c. 300 i nast.

³⁾ Często jest trudno orzec, czy pewien stan jest wymogiem stosunku egzekucyjnego, czy też roszczenia ochronnego. Gdy wierzyciel zajmuje pretensyę nieistniejącą, zachodzi pytanie czy stosunek egzekucyjny zaistniał, czy też tylko roszczenie ochronne nie zachodzi. Petschek l. c. str. 31 przyjmuje, że w tym wypadku zawiązanie stosunku egzekucyjnego następuje, że jednak brak roszczenia ochronnego. Jest to o tyle ważnem, że tam, gdzie brak wymogu procesowego, sąd nie może nie zezwolić na egzekucyę. Gdyby więc sąd wiedział, że pretensya przysługuje dłużnikowi, musiałby odmówić prośbie egzekucyjnej. Jeżeli istnienie pretensyi jest wymogiem ochrony, to sąd musi zawiązać stosunek egzekucyjny; inna jest rzecz, czy roszczenie ochronne można uznać za istniejące.

sunek ważny powstać może, dalej czy zachodzi interes roszczenia ochronnego.

Badanie, czy zachodzi symulacja, jest dla sędziego trudnem, a tam, gdzie dwie strony występują w celu prowadzenia pozornej egzekucyi i zamiar swój zatajają, sędzia jest bezbronny. Wniosek egzekucyjny ma być rychło załatwiony, przez badanie wskutek podejrzenia wdrożone nie może być wydanie uchwały wstrzymane. Sędzia zresztą nie może w ten sposób prowadzić badania co do kwestyi, czy symulacja zachodzi, jak osoby inne, które rozporządzają innymi środkami i dlatego jest na razie bezbronny. Wierzyciele, którzy mogliby się sprzeciwić przeprowadzeniu egzekucyi w sposób oszukańczy, są nieznani, sędzia nie może ich ponadto o zezwolonej egzekucyi zawiadomić, bo to jest niedopuszczalne, nie może im dać możliwości, by poczynili kroki przeciw oszukańczym manipulacyom dłużnika.

Nie możemy jednak przyjąć, by sędzia i tam, gdzie oczywistym jest zamiar oszukańczy, miał zezwolić na wszelkie kroki egzekucyjne. Sędzia winien chronić i trzecie osoby, których prawa mogą być naruszone. Za słuszne więc uważam stanowisko zajęte przez pewnego sędziego, który widząc, iż egzekucya jest pozorną i w celach oszukańczych prowadzoną, ustanowił dla nieznanych sądowi wierzycieli kuratora, by ten strzegł praw tych wierzycieli. Kurator może bowiem poczynić wszystko, co jest potrzebnem dla ochrony praw, chociaż nie może wnieść sprzeciwienia się z powodu, że to prawo przysługuje tylko temu, kto uzyskał prawo zastawu, ale kurator może zbierać materyał i dojść do tego, czy egzekucya jest rzeczywistą. Pomysł ustanowienia kuratora, by strzegł praw nieznanych wierzycieli, ma podstawę w ustawie. Przepis § 276 u. c. stanowi, że kurator ma być tam ustanowiony, gdzie grozi szkoda nieznanim uczestnikom w interesie; wierzyciele, którzy wystąpią z pretensyami, mają prawo do ceny kupna ze sprzedaży ruchomości uzyskanej, są więc w dalszem pojęciu uczestnikami.

3) Sędzia, gdy wniosek egzekucyjny okaże się sfingowanym, winien mu odmówić.

Czy sędzia ma z urzędu zastanowić postępowanie, gdy się okaże symulacja? Z tego, cośmy przytoczyli, wynika niewątpliwie, że symulacja nie dopuszcza do zawiązania stosunku egzekucyjnego. Symulowane postępowanie egzekucyjne nie ma więc być prowadzone, przyczem obojętnem jest, czy symulacja była pierwotną czy też dopiero później zaszła.

Na symulację może się powołać dłużnik, gdy jednak sędziemu dowodu nie przedłoży, nie może uzyskać zastanowienia egzekucyi. Jedynym środkiem, jaki dłużnikowi przysługuje, jest droga skargi, tylko w procesie może on udowodnić symulację.

Symulacja może polegać na tem, że tylko egzekucya jest symulowaną albo że i tytuł egzekucyjny jest symulowany.

W ostatnim wypadku dłużnik musi ten tytuł zaczepić skargą, którą należy wnieść przed forum ogólne wierzyciela, nie przed forum, które tytuł wydało, skarga ta bowiem nie jest skargą opozycyjną.

Jeżeli symulacja polega tylko na tem, że tylko egzekucya jest pozorna, chociaż polega na prawnym tytule, to dłużnik może wnieść do sądu, który wydał wyrok, skargę opozycyjną. Jeżeli tytuł był rzeczywisty a egzekucya sfingowana, to musiał po wydaniu wyroku zejść fakt, który uchyla moc egzekucyjną wyroku (§ 36 o. e.). Jeżeli w procesie tym wierzyciel powoła się na to, że w myśl umowy miała być egzekucya prowadzoną, dłużnik może się powołać na symulację, która tego rodzaju umowy czyni nieważnemi. Zarzut symulacji może więc być podniesiony i wtedy, gdy strony umówiły się, że wierzyciel ma przeprowadzić egzekucję oraz podjąć kwotę ze sprzedaży uzyskaną.

Jeżeli egzekucya jest pozorna, to wierzyciel winien z realizacji uzyskaną kwotę zwrócić dłużnikowi; ten ostatni może żądać, by wierzyciel nie przeprowadził aktu sprzedaży, może odstąpić od żądania, by wie-

rzyciel dokonał aktu, który jest na korzyść dłużnika, a nie wierzyciela obliczony. Wierzyciel nie ma prawa do prowadzenia egzekucyi, każda umowa, którą się ktoś zobowiązuje do prowadzenia sporu lub popierania kroków egzekucyjnych, jest bezskuteczną i nieobowiązującą, nie nadaje ani praw, ani też obowiązków. Gdybyśmy zresztą nawet przyjęli, że wierzyciel, który przyjął na siebie obowiązek przeprowadzenia egzekucyi, jest do czynności obowiązany, to należy równocześnie przyjąć, że dłużnik może się zrzec tej czynności, której dokonanie nie jest prawem wierzyciela, lecz tylko jego obowiązkiem.

F) Po zaspokojeniu roszczenia.

Jakie skutki pociąga za sobą dopełnienie na podstawie wyroku po przeprowadzeniu procesu pozornego wydanego. Kwestya ta powstaje, gdy uprawniony, nadużywając zaufania, nie oddaje przedmiotów na podstawie symulowanego wyroku uzyskanych, lecz zatrzymuje uzyskane zaspokojenie. W tym wypadku stosować należy prawo materialne i przyznać można prawo domagania się zwrotu tego, co strona uzyskała wskutek symulacji o tyle, o ile zachodzą wymogi wzbogacenia.

Wobec tego powstaje kwestya, czy ten, który pozornie prowadził egzekucyę i pobrał kwotę ze sprzedaży uzyskaną, może być zniewolony do zwrotu otrzymanej kwoty. Wedle przepisu § 1174 u. c. nie można żądać zwrotu tego, co się świadomie daje dla dokonania czynu niedozwolonego¹⁾. Gdyby więc prowadzono egzekucyę pozorną in fraudem creditorum, dłużnik nie

¹⁾ Stanowisko § 1174 u. c. odpowiada doktrynie, że nie można żądać zwrotu tego, co świadomie wręczono w celach niemoralnych; inaczej ma się rzecz, gdy świadczenie nastąpiło nieświadomie. Pavliček: Zur Lehre von den Klagen aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1878 str. 35 i nast. Nowsza doktryna przyjmuje, że przy niemoralnem działaniu można zawsze żądać zwrotu tego, co wręczono.

mógłby żądać zwrotu od wierzyciela, turpitude zachodzi po stronie tak przyjmującego, jak i po stronie dającego.

Zapatrywanie to byłoby mylnem. § 1174 u. c. odnosi się do wypadków, gdzie się wręcza kwotę jako odpłatę za świadczenie, tylko zwrotu tej odpłaty nie można żądać, wynika to ze słów „zur Bewirkung“. Nie można powołanego przepisu odnosić do wypadków, w których ktoś pobrał kwotę w celach niemoralnych, ale nie jako nagrodę. Tam, gdzie umowa sama jest niemoralna, a tem samem i nieważna, można żądać zwrotu tego, co przeciwnik otrzymał. Tam gdzie egzekucya ma być prowadzoną pozornie, nie pobiera wierzyciel odpłaty, lecz podejmuje pewną czynność ze szkodą dla wierzycieli rzeczywistych i w myśl umowy z dłużnikiem ma mu zwrócić to, co pobrał. Wobec tego dłużnikowi przysługuje prawo żądania od wierzyciela, by mu bezprawnie pobraną kwotę zwrócił, a wierzyciel nie może się powołać na prawomocny wyrok; dłużnik może się powołać na symulację procesu, może ją wykazać, a tem samem wykazać, że wierzyciel wzbogaca się bezprawnie pobraną kwotą.

To stanowisko przyjąć należy i tam, gdzie tylko proces miał być symulowany, i tam, gdzie egzekucya miała być pozorną. W ostatnim wypadku zachodzi umowa stron, że wierzyciel ma wszelkie korzyści uzyskane z egzekucyi zwrócić, niema więc żadnego powodu do zatrzymania.

G) Wydatki połączone z prowadzeniem procesu symulowanego.

1) Umowa, treścią której proces symulowany ma być prowadzony, jest nieważna. Umowa tego rodzaju jest niemoralna; strony nie mogą prowadzić sporu dla obejścia ustawy lub też narażenia osoby trzeciej na szkodę. Jeżeli umowa o prowadzenie symulowanego postępowania jest nieważna (§ 878 u. c.), to po stronie powoda nie istnieje obowiązek prowadzenia procesu,

po stronie pozwanego nie istnieje obowiązek zachowania się w sposób bierny. Pozwany może wbrew zawartej z powodem umowie stanąć na rozprawie i bronić się przeciw skardze symulowanej mimo, iż przyjął obowiązek niejawienia się na terminie. Pozwany może, gdy zobowiązał się przyznać fakta skargi, mimo to zaprzeczyć im i nie dopuścić do wyroku niekorzystnego powód nie może odeprzeć tego zachowania się pozwanego przez powołanie się na umowę o prowadzenie procesu symulowanego¹⁾.

Z nieważności umowy o prowadzenie procesu symulowanego wynika, że nie tylko nie można żądać jej dopełnienia, lecz nie można żądać odszkodowania z powodu zachowania się wbrew umowie. Dotyczy to w szczególności większych wydatków, jakie strona ponieść musi z powodu naruszenia umowy, powód więc nie może żądać, by mu pozwany, który wbrew umowie jawił się na terminie i spowodował koszty procesowe, te koszty wynagrodził.

2) Nieważność umowy o prowadzenie symulowanego procesu powoduje nieważność wszelkich obowiązków w związku z tą umową pozostających.

a) Jeżeli jedna ze stron przyrzeknie wynagrodzenie drugiej za prowadzenie procesu symulowanego, to zapłacenia tego wynagrodzenia żądać nie można, umowa jest bowiem niemoralną i jako taka nieważną. Gdyby jednak takie wynagrodzenie strona już otrzymała, żądanie zwrotu byłoby niedopuszczalne (§ 1174 u. c.).

b) Jeżeli jedna ze stron poczyni na prowadzenie procesu symulowanego wydatki, a więc pokryje należytości sądowe i koszty zastępstwa prawnego, nie może żądać ich zwrotu od strony drugiej²⁾. Gdy czynność

¹⁾ Bezskuteczność umowy o prowadzenie procesu symulowanego przyjąć należy i dlatego, że strona przyjmuje na siebie obowiązek dokonania czynności procesowych, do czego nie może być zniewoloną; czynność procesowa istnieje bowiem z chwilą dokonania, obowiązku więc dokonania jej nie ma.

²⁾ Nie mówimy o kosztach wyrokem przyznanych, których dochodzenie z powodu symulacji nie jest dopuszczalne.

zostaje dokonana wyłącznie w interesie jednej strony, ta winna wedle ogólnych zasad ponosić wszelkie wydatki z jej dokonaniem połączone, winnaby więc stronie drugiej zwrócić wydane kwoty. Strona jednak, która dopomaga do wykonania czynu zabronionego, ba nawet niemoralnego, nie może żądać, by jej druga zwróciła kwoty na dokonane czynności niemoralne wyłożone, nie może więc żądać strona od tej, w której interesie proces symulowany prowadzono, zwrotu wydatków.

Nawet i tam, gdzie proces symulowany służy za formę do umowy, gdzie zatem nie ma celu oszukania trzeciego, nie możemy przyjąć, by jedna ze stron miała zwrócić drugiej kosztą. Przy każdej umowie kosztą mają kontrahenci ponosić w równych udziałach, nie możemy jednak przyjąć przy dokonaniu czynności niedozwolonej, by jeden mógł przeciw drugiej wystąpić z żądaniem zwrotu wydatków¹⁾.

§ 5.

Zaoczność, przyznanie i ugoda sądowa na usługach symulacji.

Proces symulowany ubiera się z reguły we formę procesu zaocznego, a sposobność do tego daje unormowanie postępowania kontumacyjnego. W razie niestawiennictwa przyjmuje się twierdzenia przeciwnika za prawdziwe i na ich podstawie wydaje się wyrok. Wobec tego nie potrzeba, by pozwany w sądzie stanął, wystarcza, by powód sam się jawił, może on na podstawie twierdzeń skargi wyrok korzystny uzyskać.

Rozumie się, że gdzie zachodzi symulacja, tam osiąga się wyrok kontumacyjny za porozumieniem stron, pozwany nie jawi się w sądzie lub nie działa na podstawie umowy z powodem.

¹⁾ Sinteris l. c. str. 413—414 jest zdania że w przeprowadzeniu procesu symulowanego zachodzi między stronami spółka, która obowiązuje do ponoszenia kosztów po połowie.

Uzyskanie wyroku zaocznego jest o tyle korzystną formą dla stron, że sędzia nie ma badać stanu rzeczy, a tem samem nie może dojść do tego, czy proces jest symulowany.

Wielkie usługi symulowaniu procesu oddaje przyznanie sądowe. Fakta przyznane nie wymagają dowodu, uważa się je za prawdziwe, wobec czego można z łatwością uzyskać wyrok korzystny.

Jeszcze łatwiejszą formą procesu symulowanego jest uznanie roszczenia skargi, w tym wypadku sędzia winien wydać wyrok w myśl uznania.

Także i formą ugody sądowej, która jest wykonalna, posługują się strony, by osiągnąć cel nieprocesowy, na pozór wnosi się skargę, a przy terminie sądowym zawiera się ugode.

Wszystkie wymienione formy, które nakazują przyjęcie twierdzeń powoda za prawdziwe i zwalniają sędziego od obowiązku prowadzenia dowodu, zmuszają nas do zastanowienia się nad tem, czy w razie symulacji sędzia winien stosować te zasady, które dla rzeczywistego procesu odnośnie do zaoczności, przyznania i ugody sądowej są unormowane.

A) Zaoczność.

a) *Zwykłe wypadki zaoczności.*

1) Prawo rzymskie stoi na stanowisku, że proces nie może być zawiązany bez współudziału pozwanego. Zawiazanie procesu następowało przez akt zwany *litis contestatio*, pozwanego zmuszano grzywnami do współudziału przy *litis contestatio*, istniał więc obowiązek działania w procesie.

Po dokonaniem zawiązaniu procesu dalszy współudział stron nie był wymagany i sędzia badał materiał nawet, gdy jedna ze stron w procesie udziału nie brała.

Z czasem odpadła *litis contestatio*, a więc akt, którym proces zawiązywano. Zawiazanie procesu odbywało

się w sposób inny, a mianowicie przez doręczenie, wedle innych już przez wniesienie skargi.

Czy jednak wskutek ustania aktu *litis contestatio* ustał obowiązek działania w procesie? ¹⁾ Kwestya, czy zachodzi obowiązek działania w procesie, pozostaje w związku z kwestyą ogólniejszą a mianowicie, czy stosunek procesowy stwarza prawa i obowiązki, czy też tylko prawa. Bülow, *Die Lehre von den Processe reden und die Processvoraussetzungen* 1868 str. 2, przyjmuje, że proces stwarza prawa i obowiązki, Demelius, *Die confessio im römischen Civilprocess und das gerichtl. Geständniss der neueren Processgesetzgebung* str. 236 i nast., przyjmuje, że obowiązki i prawa stron istnieją tylko wobec sądu, Wach, *Archiv f. d. civil. Praxis* t. LXIV str. 201—255, przyjmuje, że proces stwarza prawa i obowiązki między stronami.

W późniejszych rozprawach Bülow porzuca zdanie, że w procesie powstają obowiązki stron, i przyjmuje jedynie prawo strony do działania, a właściwie uprawnienie do tegoż (*Befugniss*).

Co do obowiązku wdania się w proces, to pod tym względem zdania są podzielone. Jedni przyjmują, że pozwany ma obowiązek współdziałania, inni, że taki obowiązek więcej nie istnieje. Zwolennicy zapatrywania, że pozwany ma obowiązek brania udziału w procesie, nie są w zgodzie co do doniosłości prawnej obowiązku współdziałania.

Degenkolb, *Einlassungszwang und Urteilsnorm* str. 15 i nast., przyjmuje, że po stronie pozwanego zachodzi obowiązek współdziałania w procesie, a obowiązek ten jest „die rechtliche Gebundenheit an angestellte Klage bis zum Zustandekommen, zur Entwicklung des Processes mitzuwirken durch eigene Erklärung oder die eines Vertreters“.

Wach, *Defensionspflicht und Klagerecht* w *Grünhuta Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht*

¹⁾ Por. Stefko, *O omieszkaniu wedle austr. proced. cyw.* 1907 str. 485 i nast.

der Gegenwart t. VI (1879) str. 515—558, przyjmuje obowiązek wdania się w proces (Einlassungspflicht) (str. 523 i nast.), występuje jednak przeciw obowiązkowi oświadczenia się (Erklärungspflicht), który przyjmuje Degenkolb; pozwany ma obowiązek brać udział w procesie i do tego zmusza go prawo, nie zaś do składania oświadczeń¹⁾.

Za obowiązkiem działania w procesie oświadcza się Plosz, Beiträge zu Theorie des Klagerechtes str. 153, podnosi jednak przeciw Wachowi (który w rozprawie umieszczonej w Grünhuta Zeitschrift f. d. Pr. u. öff. Recht der Gegenwart t. VII str. 130 i nast. bronił swego stanowiska), że pozwany nie ma obowiązku znoszenia procesu, lecz obowiązek wstąpienia w proces.

Pod tym względem przyznaje Ploszowi Wach rację (Das Geständniss w Archiv f. d. civil. Praxis t. LXIV str. 212—213 Nr. 6) i podnosi, że obowiązek wdania się w spór jest obowiązkiem działania, chociaż nie jest obowiązkiem formalnego oświadczenia, iż wdanie się w spór następuje.

Przeciw zapatrywaniu, że strona pozwana winna jest wdać się w proces, wystąpił Bülow w Archiv f. d. civilist. Praxis t. LXII. str. 13 i nast. i w rozprawie „Dispositives Civilprocessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung w Archiv f. die civil. Praxis t. LXIV (1880) str. 1—109. Bülow przyjmuje, że strony nie mają obowiązku działania w procesie, lecz tylko prawo do obrony, obowiązek działania istnieje tylko po stronie sądu (l. c. t. LXIV str. 52). B. zarzuca zasadę współdziałania w procesie i przyjmuje po stronie pozwanego prawo do obrony, zasadę sprzeciwienia się,

¹⁾ Różnica między obowiązkiem wdawania się w spór a obowiązkiem oświadczenia polega w tem, że przy pierwszym w razie zaniechania działania ze strony pozwanego przyjmuje się, iż zaprzecza on twierdzeniom skargi, przy drugim, że przyznaje fakta naprowadzone w skardze (por. Wach, Grünhut VI. str. 525).

zasadę prekluzyi względnie „Rechtsverwirkungprinzip“ (t. LXIV str. 59)¹⁾.

Przeciw obowiązкови działania w procesie oświadczyli się Balasits, Studya nad procesem cywilnym I. (1886) str. 65 i nast. i Sperl, Urtheile in Versäumnungsfällen nach österr. Civilprocessrechte 1898 str. 58 i nast.

Zdaniem naszym istnieje obowiązek pozwanego do działania w procesie. Obowiązek taki nie ustał wskutek tego, że się pozwanego nie zmusza do współdziałania. Mimo istnienia obowiązku prawnego sankcyja na wypadek niedopełnienia może być rozmaita. Widzimy to przy zobowiązaniach prywatno-prawnych. Prawo dawniejsze nie zna egzekucyi realnej, nie zna zniewolenia zobowiązanego do świadczenia, zna egzekucyę personalną, następnie egzekucyę pieniężną, a celem jej umożliwienia kondemnacyę na kwotę pieniężną. Dopiero z biegiem czasu wytworzyło się zasadzenie na świadczenie w naturze a tem samem egzekucya naturalna²⁾. Mimo rozmaitego rodzaju środków przymusowych, mimo, że uprawniony otrzymywał nie ten przedmiot, do którego miał prawo, lecz inny, mimo to zawsze istniał ten sam obowiązek.

Tak samo należy rozstrzygnąć i kwestyę, czy istnieje po stronie pozwanego obowiązek działania. Mimo, że się pozwanego nie zniewala wprost do działania, to

¹⁾ W rozprawie ogłoszonej w Zeitschrift für d. Civilprocess t. 27 st. 224 i nast. w rozdziale „Das Processrechtsverhältniss“ przyjmuje Bülow, że stosunek procesowy nie pociąga za sobą obowiązków do działania (str. 230), strony nie mają obowiązku do stawienia w sądzie i odpowiadania na to, co przeciwnik przytoczył, ani do przyznawania, ani też do zaprzeczenia. Obowiązek działania zachodzi po stronie sądu i tylko po tegoż stronie. Istota procesu jako stosunku procesowego nie wymaga, by obok praw istniały i obowiązki, stosunek procesowy nie jest stosunkiem prywatno-prawnym, różni się o to tego, chociaż jest podobnym (str. 233).

²⁾ Por. Ziebarth, Die Realexecution und die Obligation. 1866 st. 23 i nast., który przyjmuje, że z przyjęciem egzekucyi realnej w miejsce pieniężnej zmienił się charakter prawa obligacyjnego (str. 187 i nast.).

jednak istnieje obowiązek do tego, zaniechanie obowiązku pociąga za sobą skutki prawne, a skutki te są dowodem, że obowiązek zachodzi.

Nie możnaby zrozumieć, dlaczego w razie zaniechania działania nastąpić miały skutki prawne, gdybyśmy nie przyjęli obowiązku działania w procesie. Obowiązek działania powoduje, że niedopełnienie jego pociąga niekorzystne za sobą skutki, obowiązek pozostał nadal, zmieniła się tylko sankcja prawna na zaniechanie.

2) W procesie istnieje obowiązek działania pozwanego, zaniechanie współdziałania ze strony pozwanego pociąga za sobą ten skutek, że proces uważa się za zawiany, sąd orzeka, że wstąpienie w proces ze strony pozwanego nastąpiło¹⁾. To orzeczenie sądu jest realizacją obowiązku pozwanego, przyczem dalej albo się przyjmuje, że pozwany przeczy twierdzeniom powoda, lub też, że je przyznaje, wedle tego, czy po stronie pozwanego zachodzi obowiązek wdania się w proces, czy też obowiązek oświadczenia (Wach u Grünhuta VI str. 528, „Die Einlassungspflicht wird realisiert durch das Aufdringen des Processes“). Jednostronne powstanie procesu nie istnieje, sama skarga stworzyć go nie może, współdziałanie pozwanego musi zachodzić, a ten da się osiągnąć chociaż nie wprost, to pośrednio przez ustanowienie sankcji na zaniechanie.

Jeżeli to, cośmy powiedzieli, uwzględnimy, to dojdziemy do tego, w czym polega istota kontumacyi. Kontumacya jest karą za zaniechanie obowiązku działania, obowiązku, który istnieje tak wobec przeciwnika, jak i wobec sądu. Zniewolenie pozwanego do działania

¹⁾ Wskazać należy na postanowienie § 367 o. e., wedle którego tam, gdzie wyrokiem sądowym osoba jest zobowiązana do złożenia oświadczenia, nie prowadzi się egzekucyi przez zmuszenie zobowiązanego do oświadczenia, lecz uznaje się w drodze egzekucyi oświadczenie za złożone. Tak samo ma się rzecz i przy kontumacyi, sąd przyjmuje wstąpienie w proces i nie zniewala wprost pozwanego do wstąpienia.



nie odpowiada wymogom czasu ¹⁾, wobec czego stanowi się karę za zaniechanie, a kara ta polega w tem, że proces prowadzi się dalej bez względu na udział pozwanego, dalej, że co do treści oświadczeń stron przyjmuje się pewne skutki.

Stanowisko, że kontumacya jest karą za nieposłuszeństwo wobec władzy, zajmuje Degenkolb. Wedle tegoż I, c. str. 61 „Die Verletzung der processrechtlichen Pflicht auf wahrheitsgemässe Einlassung ist Delikt“, kontumacya jest więc karą.

Zdanie, że istota kontumacyi polega w tem, że jest ona karą za zaniechanie działania, nie jest powszechnie przyjętem. Wach u Grünhuta VI str. 534 i nast. stoi na stanowisku, że „die Kontumazialnachtheile wesentlich Erfüllungszwang nicht Strafwang sind“, „die eigentlichen Kontumazialnachtheile, die Folgen der Pflichtversäumniss sind Erfüllungszwang zur Verwirklichung der processualischen Parteipflichten“, z czego wynika, że skutki niekorzystne, połączone z kontumacyą, są nie karą, lecz skutkiem zaniechania obowiązku. Wach podnosi, że o delikcie wobec władzy mówić nie można, od woli bowiem strony jest zawisłem, czy skutki kontumacyi mają nastąpić (I. c. str. 532 i nast.).

Wach podnosi dalej, że skutki kontumacyi same przez się następują, zachowanie się obiektywne decyduje („das objektiv pflichtwidrige Verhalten ist der allein relevante Thatbestand der s. g. Kontumaz“, I. c. str. 533), z czego wynika, że gdy strona jest zastąpioną przez inną osobę, orzeka się o skutkach kontumacyi nie przeciw zastępcy, który ewentualnie winę ponosi, lecz przeciw stronie (I. c. str. 537). W. uważa skutki kontumacyi jako dopełnienie przymusu i z naciskiem podnosi, że tylko forma przymusu do działania jest odmienna, w miejsce bezpośredniego lub pośredniego przy-

¹⁾ Inaczej w postępowaniu małżeńskim, w którym strony można zniewolić do działania (§ 6 dekr. nadw. z d. 23. sierpnia 1819 Nr. 1595 zb. u. s.).

musu do działania przyjmuje się fikcję dopełnienia lub inny skutek ¹⁾).

Argument Wacha nie jest trafny. Z okoliczności, że się kontumacyę orzeka i przeciw temu, który winy nie ponosi, że i tego trafia kara, nie przemawia za tem, żeby ona nie była karą. Tak, jak w prawie cywilnem nakłada się obowiązek wynagrodzenia szkody z reguły na tego, który ponosi winę, ale także i na tego, którego wina nie trafia i który szkodę tylko spowodował, tak i w procesie skutki trafiają tego, który spowodował zaniechanie działania, prawo nie wdaje się w to, czy on ponosi winę czy też nie, i orzeka o karze przeciw niemu bez badania winy.

Orzeczenie winy nie jest jednak jeszcze ostateczne. Uchylenie skutków kontumacyi jest możliwem, strona, która wykaże, że nie ponosi winy w zaniechaniu działania, może prosić o przypuszczenie do działania, prawo zezwala na restytucyę. Orzeczenie kontumacyi jest niejako mandatem karnym, który może być zaczepiony przez wykazanie braku winy, dopuszczalność restytucyi przemawia za tem, że niewinny nie może popaść w kontumacyę.

Zaznaczyć należy, że zaniechanie działania pociąga za sobą nie tylko wykluczenie od działania w procesie, lecz co więcej i dalsze skutki. Sperl l. c., który zresztą nie przyjmuje obowiązku działania w procesie, lecz za Bülowem uznaje, że w procesie istnieją tylko uprawnienia stron, wskazuje na to, że skutki pozytywne obok wykluczenia od działania zachodzą (str. 66), a skutki te polegają w tem, że twierdzenia strony działającej przyjmuje się za prawdziwe ²⁾).

¹⁾ Bülow podnosi, że przyjęcie obowiązku działania prowadzi do tego, że zaniechanie pociąga za sobą korzyść jako karę, korzyść okazuje się w tem, że obowiązkowi nie potrzeba dopełnić. Wach w *Grünhuta Zeitschrift f. d. Pr. u. öffent. Recht* t. XIII str. 593—596 wystąpił przeciw B. i zaznaczył, że niedopełnienie pociąga za sobą to, że przeciw niedziałającemu uprzymuje się dopełnienie za dokonane i orzeka dalsze skutki (str. 596).

²⁾ Te skutki wedle prawa austriackiego nie zawsze następują. Jeżeli strona pozwana wniosła już odpowiedź na skargę,

Te dalsze skutki obok wykluczenia od działania są również karą dla strony niedziałającej, a charakter karny okazuje się, jeżeli uwzględnimy, że skutki następują, chociażby nawet strona tych skutków sobie nie życzyła i wprost było wiadomem, że zamiar strony jest odmienny.

Prawdziwość twierdzeń strony jawiącej się przyjmuje się nie na podstawie fikcyi przyznania; gdyby strona wniosła pismo do sądu, którego nie można uwzględnić i gdyby z tego pisma było widocznem przeciwieństwo twierdzeń powoda, to jednak nie można przyjąć, że twierdzenia powoda są nieprawdziwe. Sąd musi przyjąć twierdzenia strony jawiącej się jako prawdziwe, twierdzenie strony niejawiącej się nie ma być uwzględnione.

Jest to kara za zaniechanie działania w procesie, a kary tej nie możnaby przyjąć, gdybyśmy nie przyjęli, że zachodzi obowiązek działania w procesie ¹⁾ ²⁾.

3) Przejdźmy teraz po zbadaniu istoty kontumacyi do symulowanego procesu kontumacyjnego. Czy sędzia ma w razie, gdy zajdzie podejrzenie symulacyi lub

ma być jej treść uwzględnioną, tak samo treść pozwu, gdy powód nie staje. Skutki są rozmaite wedle tego, czy strona dokonała już pewnych czynności procesowych, czy nie, w miarę rozwoju procesu niekorzystne skutki dla strony połączone z zaniechaniem współudziału są mniejsze. Por. Męciński, O zaoeczności według nowej austr. proc. cywilnej 1898 str. 70 i n., Stefko l. c. str. 287 i nast.

¹⁾ Zwolennicy zdania, że w procesie istnieje tylko prawo do działania (w szczególności Bülow), przyjmują, że zaniechanie pociąga za sobą wykluczenie od działania w procesie bez względu na to, jakie powody skłoniły stronę do zaniechania. Jest to o tyle doniosłem, że restytucya wedle tego zdania tylko wyjątkowo jest dopuszczalną.

²⁾ Canstein, Grundlagen des Kontumazialrechtes w Zeitschrift für deutschen Civilprozess t. XVI str. 1—129, nie uznaje, by w procesie istniał obowiązek działania (str. 14), nie stoi jednak także na stanowisku Bülowa, lecz pojmuje postępowanie kontumacyjne jako postępowanie procesowo-karne (str. 78 i nast.). Tam, gdzie niema obowiązku do działania, nie można jednak przyjąć kary na zaniechanie dokonania.

w razie, gdy ją stwierdzi, tak postąpić, jak w razie, gdy o symulacji mowy niema? Czy dalej wyrok kontumacyjny może być z powodu symulacji zaczepiony?

Co do kwestyi pierwszej należy podnieść, że powody, które nadają sędziemu prawo odmówienia prowadzenia procesu symulowanego, zachodzą i przy kontumacyi. Kontumacya tylko wtedy może być orzeczoną, gdy stosunek procesowy zostaje zawiązany. Gdy zawiązanie stosunku procesowego nie może się odbyć dla braku wymogu procesowego, nie jest możliwem wydanie orzeczenia w rzeczy samej. Wobec tego sędzia winien odmówić żądaniu strony, by wydano wyrok zaoczny, jeżeli prowadzenie procesu jest symulowaniem, w tym bowiem wypadku zawiązanie stosunku procesowego jest niemożliwe.

Kontumacya sama przez się nie ma jeszcze skutku, że sędzia musi twierdzenia strony działającej przyjąć za prawdziwe. Kontumacya jako kara pociąga za sobą wykluczenie strony od współdziałania w procesie, zwalnia sędziego od obowiązku badania prawdziwości faktów przytoczonych przez stronę działającą, nie nadaje jednak działającej stronie prawa do wyroku korzystnego. Sędzia ma badać, czy fakta naprowadzone uzasadniają żądanie i temu wtedy tylko zadość uczynić może, gdy fakta je popierają. Tam, gdzie sędzia nie potrzebuje prowadzić dowodu, tam i kontumacya nie może zmienić stanu rzeczy, tam sędzia tak przy kontumacyi jak i w sporze kontryktoryjnym jednakowo musi się zachować.

Tak ma się rzecz, gdy strona powołuje się na fakta, a prawdziwość lub ich nieprawdziwość jest notoryjną, w tym wypadku sędzia mimo zaoczności nie może przyjąć, by twierdzenie skargi było prawdziwem, jeżeli przeciwieństwo jest powszechnie znanem ¹⁾).

¹⁾ Sperl l. c. str. 68—69 przyjmuje, że sędzia przy wyroku kontumacyjnym ma częściowy materyał, tym tylko operuje i na jego podstawie wydaje wyrok, nie mogąc uwzględnić twierdzeń strony niedziałającej, „weil keine Gegenbehauptung mehr möglich ist, wirkt im Contumazfall die Behauptung

Jeżeli uwzględnimy, że kontumacya nie zawsze nadaje prawo do korzystnego wyroku, to musimy dojść do tego, że symulacya winna być przez sędziego uwzględnioną i sędzia może oraz winien orzec, że prowadzenie procesu nie jest dopuszczalne. Bezczynność strony pozwanej nie nadaje jeszcze powodowi prawa do wyroku po myśli żądania skargi. Wobec tego pisma nadesłane przez stronę niejawiającą się a na które po myśli § 397 p. c. nie należy baczyć, mogą być uwzględnione o ile wskazują na symulację postępowania.

Prawomocny wyrok kontumacyjny może być zachępiiony tak, jak każdy inny symulowany. Jeżeli kontumacya jest karą za zaniechanie działania, to nie można mówić o niem tam, gdzie zaniechanie działania następuje wskutek porozumienia obydwu stron. Kara winna trafić stronę nie tylko z powodu, że nie czyni ona zażość poleceniu sądowemu, lecz że nie chce współdziałać ze stroną przeciwną. Gdzie druga strona nie życzy sobie działania, co więcej życzy sobie, by nie działano, tam jej praw nie naruszono, nie może więc ona żądać, by skutki kary utrzymano w mocy. Gdzie pozwany nie działa w procesie z powodu przeszkody i winy przypisać mu nie można, zezwala prawo na restytucyę, przy procesie symulowanym restytucya nie jest możliwą, ale zapomocą innego środka cel może być osiągnięty, a mianowicie przez unieważnienie całego postępowania.

b) *T. z. antycypatywna kontumacya.*

1) Ulubioną formą symulacyi są wekslowe nakazy zapłaty, dają bowiem możność osiągnięcia tego samego celu, do którego zmusza proces symulowany, mają jednak tę korzyść, że zwalniają obydwie strony od obowiązku stawienictwa w sądzie, powoda od konieczności zaskarżenia zaoczności, ponadto umożliwiają wcze-

tung“. Co do notoryjnych okoliczności przyjmuje Sperl l. c. str. 32, że w razie, gdy notoryjną jest ich nieprawdziwość, sędzia nie może mimo zaoczności przyjąć ich prawdziwości.

śniejsze prowadzenie egzekucyi ¹⁾). Wobec tych korzyści przeprowadza się egzekucję pozorną w ten sposób, że się podpisuje weksle, skarży na imię osoby zaufanej, a następnie na podstawie uzyskanych nakazów zapłaty przeprowadza egzekucję.

Czy rozpoczęcie nakazu zapłaty w ten sposób używanego jest dla dłużnika możliwe?

2) Zastanowimy się najpierw nad istotą prawną postępowania wekslowego i nakazu zapłaty.

Menger ²⁾ jest zdania, że postępowanie mandatowe (a takim jest i weksłowe) jest oparte na zasadzie antycypatywnej kontumacyi. Postępowanie sądowe jest oparte na zasadzie obustronnego wysłuchania stron, wyjątkowo jednak winien sędzia przyjąć twierdzenia strony powodowej jako prawdziwe i przed przesłuchaniem strony pozwanej; prawdziwość tych twier-

¹⁾ Ponieważ prowadzenie egzekucyi dla zabezpieczenia na podstawie nieprawomocnego nakazu zapłaty przed upływem trzech dni jest niedopuszczalne, praktyka zaś zezwala na tę egzekucję już w chwili, gdy przez pozwanego wniesione zostają zarzuty (przyczem powołuje się na dosłowne brzmienie § 371 l. 2 ord. egz.), a więc i przed upływem trzech dni, wnosi dłużnik działający w porozumieniu z wrzekomym wierzycielem bezzwłocznie po doręczeniu nakazu zapłaty zarzuty tak, że wierzyciel może jeszcze tego samego dnia wnieść prośbę egzekucyjną i ubiedz rzeczywistych wierzycieli, którzy dla braku zarzutów przeciw nakazom na ich rzecz wydanym egzekucję dopiero po upływie trzech dni mogą prowadzić.

Zdarzało się, że dłużnik bezzwłocznie po otrzymaniu nakazu zapłaty wniósł do sądu oświadczenie, że nakaz zapłaty uznaje za prawomocny, by w ten sposób umożliwić wierzycielowi bezzwłoczne prowadzenie egzekucyi, gdy zaś sąd na egzekucję nie zezwolił, złożył oświadczenie, że nakaz uznaje za bezzwłocznie wykonalny. Zdaniem naszym oświadczenie takie nie wystarcza, by przed upływem czasokresu dopełnienia prowadzić egzekucję, strony nie mogą umową przedłużyć lub skrócić tempus paritionis, dłużnik może wcześniej dopełnić świadczenia, ale nie może uznać aktu sądowego za wykonalny w czasie, gdy wedle ustawy wykonalność jego nie zachodzi.

²⁾ Sys. em des oest. Civilprozessrechtes I 1876 str. 310 i nast. (także str. 284 i nast.).

dzeń przyjmuje się jednak tylko prowizorycznie, stronie pozwanej ma być daną możliwość ich zaczepienia a w razie, gdy to nastąpi, sędzia winien badać stan rzeczy i po przeprowadzeniu badania ma wydać stanowcze orzeczenie.

Zapatrywanie Mengera określa należycie zadanie sędziego odnośnie do kognicyi materiału faktycznego, nie uzasadnia jednak jeszcze istoty samego postępowania.

Zdaniem naszym postępowanie mandatowe (a więc i wekslowe) jest postępowaniem egzekucyjnym. Na skutek prośby opartej na pewnych ukwalifikowanych dokumentach poleca sąd zapłatę (nakaz zapłaty), polecenie to wydaje więc bez przeprowadzenia rozprawy i bez badania stanu rzeczy.

Polecenie zapłaty jest pierwszym krokiem egzekucyjnym, gdy ten krok nie odnosi skutku, prowadzi się dalej egzekucję. Że egzekucya może się rozpocząć od wydania polecenia, to wynika n. p. z przepisu § 354 o. e., który w razie, gdy idzie o czynność osobiście przez pozwanego dokonać się mającą, zarządza, by przedewszystkiem wydano polecenie sądowe i zezwala na ściganie zobowiązanego grzywną lub aresztem dopiero po bezskutecznym upływie terminu przez sąd zakreślonego ¹⁾).

Postępowanie mandatowe tak, jak i każde inne egzekucyjne, nie wyklucza jednak procesu. Ze względu na to, że wszelkie kroki egzekucyjne zostają zarządzane bez przesłuchania zobowiązanego, musi mu być daną możliwość wystąpienia przeciw egzekucyi, możliwość wywołania procesu, w którymby kwestya należności pretensyi była rozpatrywana. Do tego zdąża prawo wniesienia zarzutów i przeprowadzenie nad nimi procesu. Ze względu na to, że postępowanie mandatowe jest

¹⁾ Postępowanie wekslowe uważa jako egzekucyjne Plosz, Beiträge str. 139 i nast. Postępowanie upominawcze (w Galicyi, na Bukowinie i Dalmacyi nieobowiązujące), w którym wydaje się na skutek prośby nawet na dokumencie nieopartej polecenie zapłaty uważa Skedl, Das Mahnverfahren 1891, jako egzekucyjne, przyczem zdanie swoje uzasadnia bogatym materiałem historycznym (str. 3—108).

egzekucyjnym, a nakaz zapłaty pierwszym jego krokiem, proces, który ma na celu badanie należności pretensyi, nie wstrzymuje dalszego toku postępowania egzekucyjnego nakazem zapłaty wdrożonego, postępowanie to ma być dalej prowadzone i mimo procesu nie może być wstrzymane¹⁾. Tylko ostatni krok egzekucyjny, to jest spieniężenie, ma być aż do czasu ukończenia procesu wstrzymane. Wynik procesu na skutek zarzutów wdrożonego ma ostatecznie zdecydować o tem, czy egzekucya ma być zastanowioną, czy też dalej kontynuowaną.

3) Jeżeli postępowanie mandatowe (wekslowe) nie jest postępowaniem procesowym, a nakaz zapłaty nie stoi na równi z wyrokiem, to wyniki, do jakich przy symulacyi procesu dochodzimy, nie mogą być odnośnie do nakazów zapłaty stosowane i kwestyę należy całkiem odrębnie traktować. Wynik nie będzie jednak odmienny, jak przy wyroku. Zobowiązany musi nakaz zapłaty w przeciągu pewnego czasu zaczepić, to jednak tam tylko przyjąć należy, gdzie nakaz wbrew woli dłużnika wydano. Gdzie zachodzi umowa symulacyi, tam już z góry postanowiły strony, że egzekucya ma być prowadzona, że zaczepienie nakazu nie ma w czasie ustawowym nastąpić, że jednak wszelka korzyść nie ma przypaść wierzycielowi, lecz dłużnikowi. Nakaz zapłaty obrano jako formę dla innych celów, mamy więc umowę symulacyi, a ta powoduje nieważność i nakazu i wszel-

¹⁾ To też spoczywanie procesu nie przeszkadza wierzycielowi w prowadzeniu egzekucyi dla zabezpieczenia na podstawie nakazu zapłaty. (Ponad to podnieść należy, że egzekucya nie jest czynnością procesową, której w toku procesu spoczywającego nie można przedsięwziąć, §§ 168 i 163 ust. 2 proc. cyw.). Ze względu na to, że już nakaz zapłaty jest pierwszym krokiem egzekucyjnym, zezwala ustawa na dalsze prowadzenie egzekucyi na zabezpieczenie bez względu na to, czy niebezpieczeństwo utraty pretensyi zachodzi, stawia więc wymogi inne, niż przy egzekucyi dla zabezpieczenia na podstawie nieprawomocnych wyroków sądowych. Gdyby postępowanie wekslowe nie było egzekucyjnym, nie można by zrozumieć, dlaczego egzekucya na zabezpieczenie z łatwością może być uzyskaną.

kich dalszych kroków egzekucyjnych. Wskutek umowy symulacji można zatem zacząć nakaz egzekucyjny (zapłaty) tak, jak wyrok sądowy zaczępionym być może.

B. Przyznanie i uznanie.

a) *Przyznanie.*

1) Przyznanie jest aktem procesowym, którym strona oświadcza, że fakt przytoczony na jej niekorzyść przez stronę przeciwną jest prawdziwy.

Charakter prawny przyznania jest spornym, tak jak spornym jest charakter czynności procesowych.

Niektórzy przyjmują, że przyznanie zawiera umowę dowodową. Inni, uznając czynności procesowe jako oświadczenia woli, uważają także przyznanie za akt dyspozytywny, którym przyznający zrzeka się dowodu twierdzenia strony przeciwnej. Inni wreszcie przyjmują, że zgoda stron co do prawdziwości pewnego faktu daje podstawę do formalnej mocy dowodowej.

Wach¹⁾ podnosi, że przyznanie nie jest wcale umową, nie jest zrzeczeniem się dowodu, jest tylko aktem jednostronnym, który wiąże i sąd i przeciwnika. Przyznanie jest wedle W. tylko środkiem dowodowym (str. 252), nie jest zaś wcale aktem dyspozytywnym strony.

Pollak, *Gerichtliches Geständniss im Civilprocesse* 1893 (str. 104 i nast.), jest zdania, że w procesie niema umów, lecz istnieją tylko albo jednostronne czynności, albo też dwa oświadczenia stron, które razem wzięte powodują skutki prawne, nie stanowiąc jednak umowy. Przyznanie jest wedle P. aktem procesowym jednostronnym, oświadczeniem wiedzy, ale nie aktem dyspozytywnym. Przyznaniem stwierdza strona prawdziwość pewnego faktu (str. 112 i nast.), sędzia wobec tego jest zwolniony od obowiązku prowadzenia dowodu.

¹⁾ Das Geständniss w *Archiv f. d. civil. Praxis* t. LXIV 1881 str. 201—255.

Bülow, *Das Geständnissrecht, Ein Beitrag zu der allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen* 1899, wypowiedział swoje zdanie o przyznaniu, przyczem oparł się na swojej teorii, że w procesie nie ma obowiązków, lecz tylko uprawnienia. Przeciw zdaniu, że przyznanie jest oświadczeniem woli, którem przyznający zrzuca się dowodu, podnosi B., że o zrzeczeniu się tylko tam może być mowa, gdzie istnieje prawo, którego zrzec się można. Gdy w procesie niema praw, zrzec się ich nie można, dlatego też przyznanie za zrzeczenie się nie może być uważane.

B. idzie dalej, niż Wach i podnosi, że przy przyznaniu nie jest potrzebną wola spowodowania pewnego skutku (*Wirkungswille*). Po stronie przyznającego jest potrzebną tylko wola oświadczenia (str. 172), wola osiągnięcia skutku nigdy nie jest ani treścią, ani przedmiotem aktu prawnego.

Przyznanie nie pociąga za sobą wedle B. formalnej prawdy, takiej nie ma, ustawa poleca tylko sędziemu wobec przyznanej okoliczności zachować się obojętnie, przeprowadzenie dowodu jest tam niepotrzebne, gdzie przyznanie zachodzi, bez względu na to, czy fakt przyznany jest prawdziwy.

Zdaniem naszym przyznanie jest aktem jednostronnym, którego przyjęcie przez stronę przeciwną nie jest potrzebnem i który to akt z chwilą dokonania pociąga za sobą skutki. Akt przyznania jest jednakowoż aktem oświadczenia wiedzy.

Do oświadczenia jest potrzebną wola, nie wystarczy wola dokonania aktu, lecz i wola przyznania faktu, bez tego o przyznaniu mowy nie ma.

2) Przy przyznaniu sądowem najważniejsze są dwie kwestye, a mianowicie, jakie znaczenie ma przyznanie wobec okoliczności notorycznych, a następnie, jakie skutki pociąga za sobą odwołanie przyznania.

Jeżeli przyznanie nie jest aktem dyspozytywnym, lecz oświadczeniem wiedzy, wówczas odnosić się może tylko do okoliczności, które wymagają dowodu. Do

tych okoliczności, które dowodu nie wymagają, do okoliczności notorycznych przyznanie nie może się odnosić, jest ono co do nich bez doniosłości prawnej (Pollak l. c. str. 143 i nast.), sędzia nie może ich prawdziwości przyjąć mimo przyznania.

Co do odwołania przyznania, to jest ono dopuszczalne¹⁾. Przyznanie jest środkiem dowodowym, wolno więc je cofnąć z powodu omyłki, przymusu i t. p. Gdyby przyznanie było aktem dyspozytywnym, to cofnięcie jego nie byłoby możliwym, akt zostałby dokonany, a zaczepienie jego już po osiągnięciu skuteczności na rzecz strony przeciwnej byłoby niemożliwym. Cofnięcie przyznania samo przez się nie powinno wystarczać, należy oprócz cofnięcia wykazać nieprawdziwość twierdzenia, a nie można przerzucać na stronę przeciwną obowiązku dowodzenia faktu, który już został przyznany i co do którego zwolnienie od obowiązku dowodzenia nastąpiło.

3) Jeżeli przyznanie sądowe polega na symulacji, powstaje kwestya, czy cofnięcie jego jest możliwym, rozumie się przed ukończeniem procesu.

Cofnięcie przyznania jest dopuszczalne, ale nie dowolnie. Wedle zasady, że przyznanie jest aktem dotyczącym wiedzy, należy przyjąć, że błąd subiektywny co do przyznania uprawnia do cofnięcia (Pollak str. 117). Jeżeli strona z całą świadomością nieprawdziwość faktu przyznała, cofnięcie przyznania nie jest dopuszczalne. Tam, gdzie symulowano przyznanie, gdzie za zgodą strony przeciwnej działano, tam strona działała z całą świadomością tego, że fakt jest nieprawdziwy, miała to, co Bülow nazywa „Wirkungswille“, a mianowicie spowodowanie skutku, mimo to jednak przyjąć należy, że odwołanie przyznania jest dopuszczalne. Przyznanie nastąpiło w porozumieniu obydwu stron, a więc wskutek umowy symulacyjnej, ta czyni akt przyznania

¹⁾ Dla dawniejszego prawa austriackiego przyjmował nie-dopuszczalność odwołania przyznania M. Fierich, O przywróceniu do pierwotnego stanu z powodu złego zastępstwa 1885 str. 68—69.

nieważnym i dlatego odwoalnym. Rozumie się, że odwołanie to może nastąpić tylko w toku procesu, nie zaś po jego ukończeniu, kiedy akt poszczególny wyrok przygotowujący został wyrokiem skonsumowany ¹⁾).

Procedura austriacka pozwala w ustępie 2 § 266 odwołanie przyznania i nadaje sędziemu prawo ocenienia, jaki wpływ ma cofnięcie przyznania. Z przepisu tego wynika, że cofnięcie z wszelkich ważnych powodów jest dopuszczalne, a do tych należy zaliczyć i symulację. Sędzia ma w razie cofnięcia przyznania i zapodania symulacji jako powodu cofnięcia uznać przyznanie jako nieistniejące, a fakt jako nieudowodniony

Gdyby proces zakończył się już wyrokiem, a strona chciała cofnąć przyznanie z powodu symulacji, nie byłoby to możliwem. Proces jako taki nie jest symulowany, zaczepienie jego więc niedopuszczalne. Poszczególne czynności w procesie dokonane może być zaczepioną tylko przed ukończeniem procesu i przed nabyciem przez stronę przeciwną praw. Wyrok stworzył prawa między stronami i dlatego jego zaczepienie nie jest dopuszczalne ²⁾).

b) *Uznanie.*

1) Uznanie jest oświadczeniem, że się żądanie skargi uznaje.

Uznanie nie jest aktem dwustronnym, nie jest umową, do skuteczności, uznania nie jest potrzebnem, by je powód przyjął. Tego nawet tam przyjąć nie można, gdzie samo uznanie nie daje jeszcze praw, gdzie jest

¹⁾ Dla procesu niemieckiego, gdzie wedle § 263 jest dopuszczalne odwołanie przyznania z powodu omyłki (dass das Geständniss der Wahrheit nicht entspreche und durch Irrthum veranlasst sei), przyjmują niedopuszczalność odwołania przyznania z powodu symulacji. Canstein, Anerkennung und Geständniss 1879 str. 77 Nr. 106, „weil hier eben ein Irrthum nicht vorliegt, und zwar auch kein unentschuldbarer“, Wil-mowski-Levy, Civilprozessordnung VII wyd. 1895 str. 467 Nr. 2.

²⁾ Co do przyznania zasadowego, to wedle Wacha l. c. str. 216 i nast. jest ono pozbawione wszelkiej doniosłości. Nie

potrzebnym wniosek powoda na orzeczenie skutków wypływających z uznania ¹⁾). Uznanie nie zawiera oferty a wniosek powoda nie jest jej przyjęciem, oświadczenie przyjęcia nie ma być złożone w czasokresie, w którym przyjęcie oferty winno nastąpić, wniosek na wydanie wyroku z uznania może być i znacznie później postawiony, a uznający nie może się powołać na to, że uznanie nieprzyjęte w należyтым czasie straciło moc obowiązującą.

W procesie niema wogóle umów, istnieją tylko jednostronne akty stron; tam, gdzie jest wymagana zgoda obydwu stron, nie istnieje umowa, lecz istnieją zgodne ich oświadczenia, które razem wzięte powodują skutki prawne ²⁾). To należy podnieść i odnośnie do uznania sądowego, które wymaga aktu jednostronnego, a następnie orzeczenia sędziego, stwierdzającego uznanie. Orzeczenie to wydaje się na skutek aktu strony, na której korzyść uznanie nastąpiło.

Uznanie nie jest tylko przyznaniem faktów w skardze naprowadzonych, lecz zawiera w sobie ponadto i oświadczenia, że pozwany chce się poddać roszczeniu powoda. Uznanie zawiera wedle przyjętego zdania dys-

może ono być uważane za umowę dowodową, taka bowiem nie jest ważną, strony nie mogą wykluczyć w procesie badania prawdy, nie może być dalej uważane za akt dyspozycyjny (l. c. str. 227 i nast.), nie ma bowiem woli stwierdzenia aktu. W przyznaniu pozasądowym może być zawarte materyalne rozporządzenie we formie przyznania (str. 231), gdy przyznanie jest jednak tylko na fakt skierowane, jest pozbawione wszelkiego znaczenia.

Do pozasądowego przyznania nie przywiązuje wagi Trut-ter, das oest Civilprozessrecht str. 416 (inaczej Schuster, oest. Civilprozessrecht 1896 str. 299 Nr. 2).

¹⁾ Tak wedle § 395 p. c. austr.

²⁾ Poza procesem istnieją natomiast umowy, które mają wpływ na proces, jednak niekoniecznie muszą być umowami materyalno-prawnymi; takie umowy, o ile mają wpływ na proces, podlegają normom procesowym. Do takich umów pozaprocessowych, które wywierają wpływ na proces, należy umowa prorogacyjna (§§ 38 i 104 n. j.), umowa nie podlega przepi-

pozycję, nie jest oświadczeniem wiedzy, lecz oświadczeniem woli¹⁾).

2) Czy jednak uznanie roszczenia zniewala sędziego do wydania na rzecz powoda wyroku korzystnego? Czy sędzia i tam, gdzieby stan rzeczy nie uzasadnił żądania skargi, ma wydać wyrok korzystny dla powoda? Czy sędzia tam, gdzie notoryjnym jest przeciwieństwo twierdzeń skargi, ma przychylić się do żądania skargi?

Gdybyśmy stali na stanowisku, że pozwany może dysponować roszczeniem procesowem doszlibyśmy do tego, że we wszystkich wypadkach, w których stan faktyczny jest niezrozumiały, gdzie nie uzasadnia wcale żądania, wyrok po dokonaniem uznaniu musiałby opiewać zgodnie z żądaniem skargi. Sędzia musiałby orzec coś, co jest niezrozumiałem i niejasnem, co więcej, sędzia musiałby, gdy żądanie jest na przedmiot niemożliwy skierowane, orzec na świadczenie niemożliwe, gdzieby zaś żądanie było wprost niemoralne, musiałby na skutek uznania zasądzić pozwanego na świadczenie²⁾. To absolutnie nie może być celem procesu. Proces ma za cel ochronę prawa, gdzie ta ochrona jest niemożliwą, gdzie całkiem jest nieuzasadnioną, tam jej sędzia nie powinien udzielić, nie powinien uznać, że roszczenie ochronne istnieje.

Uznanie nie jest więc bezwarunkowo aktem dyspozycyjnym, który wiąże sędziego.

som prawa materyalnego obowiązującym odnośnie do interesu, o który idzie, podlega zaś osobnym przepisom, które do stosunku materyalnego się nie odnoszą. (Sperl, Vereinbarung der Zuständigkeit und Gerichtstand des Erfüllungsortes 1897 str. 64 i nast., nie uważa układu prorogacyjnego za umowę, lecz za dwa jednostronne oświadczenia stron).

¹⁾ Tak Pollak l. c. str. 112.

²⁾ Słusznie podnosi Canstein, Annerkennung und Geständniss im Allg. und nach der Deutsch. Civilprocessordnung 1879 str. 50, że pozwanemu wolno dobrowolnie płacić, ale sędzia nie może dopuścić do przymusu państwowego na wypadek, gdyby pozwany w takich wypadkach nie zapłacił.

Uznanie zawiera przyznanie wszelkich w skardze naprowadzonych faktów, a zarazem życzenie ze strony pozwanego, by do żądania powoda sędzia się przychylił. Sędzia może tylko tam przyjąć prawdziwość wszystkich w skardze przytoczonych faktów, gdzie nie jest co innego notorycznem. Zasądzenie na podstawie uznania, które mieści w sobie przyznanie generalne, tylko wtedy jest możliwem, gdy fakta żądanie skargi uzasadniają, w razie przeciwnym należy żądaniu odmówić. Strony mogą przyznać prawdziwość faktów, ale nie mogą narzucić sędziemu zapatrywania prawnego. Wskutek przyznania sędzia nie potrzebuje prowadzić dowodu, ale nie może orzec, że to jest prawem, co za prawo uznanem być nie może.

Gdyby stanowisko odmienne było słusznem, to strony mogłyby stanąć w sądzie i bez przedstawienia stanu sprawy zawrzeć ugodę na świadczenie. To nie jest jednak możliwem, powód musi dokładnie przedstawić stan rzeczy, na którym opiera swoje żądanie i dopiero odnośnie do tego stanu rzeczy uгода jest możliwą. Uznanie może się również odnosić tylko do pewnego stanu, uznanie bez słusznego tytułu nie istnieje.

I przy uznaniu więc sędzia ma badać wymogi ochrony, gdy dojdzie do tego, że one nie zachodzą, winien żądaniu odmówić. Wymogiem ochrony jest nie tylko potrzeba ochrony, lecz i stan rzeczy, gdy ten ochrony nie uzasadnia, nie może sędzia uznać, by roszczenie ochronne istniało, musi więc żądaniu ochrony odmówić¹⁾.

3) Wedle wypowiedzianych zasad winien sędzia, gdy dojdzie do tego, że proces jest symulowany, odmówić swojej pomocy.

Uznanie sądowe nadaje prawo do wyroku korzystnego tylko, gdy stosunek procesowy zostaje zawiązany.

Gdzie ten stosunek powstać nie może, sędzia nie może wydać wyroku. Gdzie zachodzi symulacja, stosu-

¹⁾ Sperl, l. c. str. 39 Nr. 56, podnosi, że strony nie mają dyspozycji procesem i nie mogą sędziego zmusić do tego, by

nek procesowy nie może być zawiązany, sędzia nie może więc uwzględnić uznania. Ponad to uznanie nie zwalnia sędziego od obowiązku badania wymogów ochrony, nie nadaje powodowi bezwarunkowego prawa do korzystnego wyroku. Gdy więc sędzia stwierdzi, że nie ma wymogu ochrony, lub że ten ustał, na podstawie uznania nie może wydać wyroku korzystnego dla powoda. Jeżeli uznanie nastąpiło, a pozwany twierdzi, że jest ono symulowane i chce je odwołać, sędzia winien odwołanie uwzględnić. W każdym innym przypadku uznania z powodu omyłki przymusu i t. d. odwołać nie można, jest ono ważne jako akt dyspozycyjny¹⁾.

Symulacja uznania ma na celu uzyskanie wyroku symulowanego, doprowadza do tego, że albo stosunek nie może być zawiązany, albo też że roszczenie ochronne nie zachodzi, wobec czego zarzut symulacji jest dopuszczalny. Tu nie zaczyna się poszczególnego aktu procesowego, to byłoby niedopuszczalnem, lecz zarzuca się brak wymogu czy to procesowego, czy też ochrony, a to winien sędzia uwzględnić.

To, cośmy podnieśli o zaczepieniu wydanego już wyroku z powodu zachodzącej symulacji, to należy podnieść i co do wyroku z uznania. Wyrok taki nie różni się niczem od innych a fakt, że zaszła symulacja pociąga za sobą ten skutek, że stosunek procesowy winien być unieważniony. Pozwany przez uznanie nie traci prawa zaczepienia wyroku, który wydany został wskutek porozumienia z powodem.

na podstawie pewnych przyznanych faktów przyjął, że prawo istnieje; jeżeli więc powód twierdzi, że działałano ustną darowizną, a pozwany żądanie uznaje, nie można dać miejsce roszczeniu skargi. „Denn im Gebiete der materiellen Rechtsätze ist die Parteidisposition machtlos“.

¹⁾ Canstein l. c. str. 75 przyjmuje, że uznanie może być z powodu błędu zaczepione, przyjmuje dalej, że uznanie jako akt dyspozycyjny może być za zgodą obydwu stron uchylone (l. c. str. 78 Nr. 108).

C) Ugoda sądowa.

1) Ugoda sądowa ma na celu zakończenie procesu, może zatem tylko być zawartą, gdzie zawisł spór sądowy¹⁾. Jako akt mający na celu zakończenie procesu może ugoda sądowa odnosić się tylko do roszczenia ochronnego skargą dochodzonego i nie może obejmować roszczeń innych²⁾. Pod tym jednak względem nie można zajmować stanowiska zbyt formalistycznego, powód może za zgodą przeciwnika zmienić zasadę skargi lub jej żądanie rozszerzyć (§ 235 p. c.), jeżeli więc w sporze zawisłym rozszerzył żądanie lub zmienił skargę, mógłby niewątpliwie co do tego żądania zawrzeć ugodę,

¹⁾ Po prawomocnem ukończeniu sporu n. p. w postępowaniu egzekucyjnem zawrzeć nie można ugody sądowej, nie może to nastąpić nawet podczas procesu o wznowienie lub nieważności, któreto procesy bez względu na wnioski stron mają być załatwione. Dopiero po ponownem otwarciu procesu zawarcie ugody sądowej jest dopuszczalne. Ugoda pozasądowa, o ile po prawomocnym wyroku została zawartą, nie jest ugodą, lecz zrzeczeniem się lub nowacyą (Inaczej Rietsch, Der besondere Voraussetzungstatbestand beim Vergleich 1906 str. 77). Ugoda sądowa zamyka proces, to też ponowne podniesienie tego samego roszczenia ochronnego nie jest dopuszczalne i dlatego w nowym procesie należy zawarcie ugody uwzględnić. Nie tylko zarzut strony pozwanej powoduje niedopuszczalność żądania, lecz i z urzędu należy uwzględnić załatwienie sprawy ugodą. Zarzut sprawy ugodzonej stoi na równi z zarzutem sprawy osądzonej, proces co do tego samego roszczenia istniał i drugi raz nie można roszczenia podnosić. Wedle naszej ustawy osądzenie sprawy powoduje nie brak potrzeby ochrony, lecz brak wymogu procesowego (nowość sprawy), to też i zawarcie ugody przeszkadza w wydaniu wyroku.

²⁾ Ponieważ ugoda ma z reguły odpowiadać żądaniu skargi, nie jest ugodą sądową i nie może kończyć procesu oświadczenie stron, że zawarły ze sobą ugodę bez podania jej treści. Ze słów „auf Antrag“ w § 204 p. c. użytych nie wynika przeciwieństwo, słowa wymienione przemawiają tylko za tem, że sąd bez wniosku stron nie może ugody, o której ma wiadomość, zaprotokołować. Ugoda niezaprotokołowana jest więc pozasądową i powoduje spoczywanie sporu. (Innego zdania Horten, Oesterreichische Zivilprozessordnung 1908. T. I. str. 797).

przyznać więc należy mu to prawo, chociaż formalnie uchwała sądu co do zmiany skargi lub rozszerzenia żądania nie zapadnie. Zawsze jednak wymogiem zawarcia ugody jest dopuszczalność procesu co do przedmiotu ugodą objętego, a podnieść to należy w dwojakim kierunku, raz w kierunku wymogów procesowych, powtórę w kierunku istnienia, względnie możliwości istnienia roszczenia ochronnego.

Co do wymogów procesowych podnieść należy, że ugodę sądową zawrzeć można tylko w procesie ważnym. Gdzie zachodzi niedopuszczalność drogi prawa, nieusuwalna niewłaściwość sądu lub inny brak wymogu procesowego, tam sędzia ma odmówić współdziału przy spisaniu ugody sądowej, stosunek procesowy nie może być zawiązany, zaczem i spisanie ugody nie jest dopuszczalnem. Jeżeliby więc w sporze o zapłatę czynszu najmu, toczącym się w trybunale, strony zgodnie rozwiązać chciały umowę najmu, a najemca obowiązał się zapłacić wynajmującemu odszkodowanie, to spisanie takiej ugody byłoby niedopuszczalnem, sąd bowiem co do tego nie jest właściwym (§ 49 l. 5 n. j.).

I roszczenie ochronne musi istnieć. Gdzie jest wykluczonem, by ono istniało, tam spisanie ugody nie jest dopuszczalne, uгода taka bowiem nie ma na celu zadośćuczynienia naruszonemu prawu, lecz stwierdzenie stosunku prawnego lub też jego stworzenie. Jeżeli więc strony chcą zawrzeć ze sobą umowę np. pożyczki lub kupna i sprzedaży i zamiast dokumentu przez sąd legalizowanego lub też we formę aktu notaryalnego ubranego zgodnie wnoszą skargę, a następnie na terminie sądowym spisują ugodę sądową, to jest to niedopuszczalnem, sędzia powinien odmówić swojej ingerencji, brak bowiem wymogu i potrzeby ochrony. Spisywanie dokumentów dla stron w chwili zawarcia umowy jest czynnością notaryalną, może być uważaną za część jurysdykcji w sprawach niespornych, w takich zaś sprawach może sąd tylko we wypadkach wyraźnie mu przekazanych współdziałać, gdy zaś ustawa nie zezwala

sądom na tego rodzaju czynności, przeto winien jej odmówić ¹⁾).

Forma ugody sądowej jest dla stron bardzo korzystną, stwarza bowiem tytuł egzekucyjny lub formę publiczną, to też towarzystwa zaliczkowe starały się obrać tę formę w miejsce notaryalnej przy udzielaniu kredytu, przyczem także i ten moment rozstrzygał, że kosztą spisania aktu notaryalnego odpadają, a dokument jest wykonalny. Rozumie się, że taka ugoda sądowa nie jest dopuszczalną tak, jak i dokument sądowy dla paktów małżeńskich w miejsce aktu notaryalnego nie jest ważny ²⁾).

Wykonalność ugody sądowej prowadzi do tego, że strony obierają ją często jako formę w miejsce aktu innego lub też w celach wprost oszukańczych.

Ugoda, która nie jest zawartą w procesie, lecz służy za formę dla umowy, jest ugodą symulowaną.

Sędzia do takiej ugody dopuścić nie powinien, nie powinien dopuścić do aktu nieważnego lub też tylko zaczepieniu podlegającego; gdzie zachodzi symulacja, winien sędzia nie tylko odmówić współudziału przy prowadzeniu procesu lecz i przy spisaniu ugody ³⁾).

¹⁾ § 293 pat. niesp. zezwala sądom w miejscach, w których niema notaryusza, na sporządzanie dokumentów i odsyła do osobnych przepisów, których jednak niema. § 189 pat. niesp. dopuszcza do spisywania pod pewnymi warunkami dokumentów na rzecz nieletnich. (Por. Sander, Das civilger. Verfahren ausser Streitsachen 1907 str. 112 i nast.; Ott, Geschichte und Grundlehren des oest. Rechtsfürsorgeverfahrens 1906 str. 105 i nast., oświadcza się za tem, by sądom nie przekazywać spisywania dokumentów).

²⁾ Uważamy za niedopuszczalną ugodę sądową, którą pozwany w procesie o naruszenie posiadania sprzedaje powodowi grunt, o którego naruszenie się rozchodzi. Rzeczą stron jest poza sądem spisać dokument.

³⁾ Klein, Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses 1900 str. 119 i 120, podnosi, że nie należy spisywać ugód sądowych, które mają na celu obejście ustawy o sprzedaży na raty.

Ugoda ma na celu załatwienie sporu i w wypadku w § 433 p. c. wymienionym, wedle którego przed sądem powia-

2) Ugoda sądowa jest aktem procesowym i podpada pod normy procesowe ¹⁾, nie stoi więc na równi z ugodą materalno-prawną i postanowienia do ostatniej się odnoszące nie mogą być stosowane tam, gdzie idzie o ugodę sądową ²⁾).

Zaczeplenie ugody sądowej może więc nastąpić tylko pod tymi warunkami, pod jakimi można zaczeplić akty procesowe, nie zaś pod warunkami tymi, pod jakimi akt materalno-prawny może być zaczepliony. Jeżeliby sędzia mimo, że nie zachodzą wymogi. ugodę spisał, pozostaje ugoda z reguły ważną i tylko w niektórych wypadkach można ją zaczeplić. Ugody spisanej przez sędziego, którego niewłaściwość jest nieusuwalna, nie można więc zaczeplić.

Jeżeli jednak ugoda sądowa została zawartą w procesie, w którym zachodzi brak bezwzględnych wymogów procesowych i to takich, które po prawomocnem ukończeniu procesu mogą być podniesione, to całe postępowanie, a więc i ugoda jest nieważna. Ugodę sądową można więc zaczeplić pod tymi samymi warunkami, pod jakimi można wyrok prawomocny zaczeplić, a więc z powodu, że droga prawa nie jest dopuszczalną (§ 42 n. j.), dalej, że sędzia był wykluczony względnie strona nie była zastąpioną (§ 529 p. c.), w tych wypadkach nie zaczeplia się jednak ugody jako takiej, lecz stosunek procesowy, którego unieważnienie pociąga za sobą także i nieważność ugody.

Czy zaczeplenie ugody z powodu treści jest możliwem? Akty procesowe nie mogą być z reguły za-

towym na wniosek strony pod pewnymi warunkami należy wezwąć przeciwnika dla wdrożenia pertraktacyi ugodowych. Wynika to z tego, że wniosek postawić może ten, kto „eine Klage zu erheben beabsichtigt“, zawarcie ugody nie może więc nastąpić w celach umownych.

¹⁾ Por. Bülow, Das Geständnissrecht 1899 str. 75 Nr. 2.

²⁾ Krainz, System des österr. allg. Privatrechtes 1905 (4 wyd.) t. I. str. 467 („der gerichtliche Vergleich ist ein besonderes dem privatrechtlichen Vergleiche verwandtes Institut des Processrechtes“).

czepione z powodu zachodzących wad, a więc omyłki, przymusu i t. p., jeżeli postępowanie jest już zakończone, wyjątkowo tylko można, jeżeli brak trafia sam wyrok, tak ten, jak i całe postępowanie zaczepić. Z aktów procesowych nie może jednak strona przeciwna i sędzia korzystać, jeżeli brak jest widocznym i jeżeli o skutkach jeszcze nie orzeczono. Jeżeli więc po wdrożeniu pertraktacyi ugodowych powód cofa skargę w przypuszczeniu, że uгода zostanie bezzwłocznie zawartą, nie może z tego pozwany korzystać i po rozbiciu ugody oświadczyć, że zgadza się na cofnięcie skargi, oraz nastawać na to, aby dalszego procesu nie prowadzono. Prawdziwa wola powoda była pozwanemu znana i dlatego nie może on z oświadczenia korzystać.

To samo należy i odnośnie do ugody sądowej przyjąć. Jeżeli jednej ze stron pomyłka po stronie drugiej zachodząca była widoczną, można zaczepić ugodę z powodu omyłki, jak długo jeszcze nie podpisano ugody, a tem samem postępowania nie zamknięto, po zamknięciu postępowania nie można ugody sądowej z powodu omyłki zaczepić¹⁾.

Inaczej ma się rzecz ze symulacją. Tu mamy dwie umowy obok siebie, ugodę i umowę, wedle której uгода nie ma stron obowiązujących. Ta ostatnia umowa, wedle której z ugody nie należy korzystać, czyni możliwem zaczepienie ugody sądowej z powodu zachodzącej symulacji obydwu stron²⁾.

¹⁾ Przykład: Powód zaskarżył osoby A i B i żądał od A zapłaty kwoty $(X + Y)$ z tem, że kwotę X ma zapłacić A solidarnie z B. Pełnomocnik pozwanych zawarł z pełnomocnikiem powoda ugodę, wedle której obydwaj pozwani mają solidarnie zapłacić kwotę $(X + Y)$. Ugodę zawarto wskutek oczywistej omyłki, obydwaj zastępcy stron nie czytali petitum skargi i zawarli ugodę na podstawie upoważnienia mandantów. Ugody nie można zaczepić, zdaniem naszym, mimo omyłki.

²⁾ Skarga o wznowienie z powodu odkrycia nowych faktów lub środków dowodowych jest po zawarciu ugody sądowej niedopuszczalna.

Nawet wtedy, gdy do ugody doszło z powodu, że poprzedź świadkowie fałszywie zeznali, lub też gdy przedłożono

3) Skargę o unieważnienie ugody sądowej, o ile skierowaną jest na unieważnienie całego stosunku procesowego, a więc jest opartą na powodach w § 529 p. c. wymienionych, traktować należy na równi ze skargą nieważności i dlatego do rozstrzygnięcia sporu powołany jest sąd procesowy (§ 532 p. c.).

Jeżeli skarga o unieważnienie ugody zaczyna jej treść, jeżeli zaczyna proces z powodu symulacji, należy ją wnieść przed forum osobiste pozwanego, atrakcyjność właściwości w tym wypadku nie zachodzi.

§ 6.

Symulacja zapomocą postępowania polubownego.

A) Symulacja kompromisu i wyroku sądu polubownego.

1) Tak jak wyrok sądowy, tak i wyrok sądu polubownego może stanowić tytuł egzekucyjny i na jego podstawie może wierzyciel prowadzić egzekucję (§ 1 l. 16 o. e.). Ten skutek wyroku sądu polubownego daje stronom sposobność do używania formy zapisu i wyroku sądu polubownego w celach umownych, a więc tam, gdzie dopiero stosunek prawny ma być między nimi stworzony, a nie gdzie się rozchodzi o naruszenie już istniejącego stosunku prawnego. Forma wyroku sądu polubownego jest dla stron bardzo korzystną, nie narzuca im bowiem kosztów, ponadto umożliwia rychłe załatwienie, co przy formie sądowej, która wymaga zachowania pewnych czasokresów, nie zawsze da się osiągnąć. By ubrać akt prawny we formę wykonalną, wystarczy sporządzić zapis i wyrok podpisać, następnie wyrok sędziego polubownego zaopatrzyć potwierdzeniem odbioru wygotowań oraz klauzulą prawomocności i wykonalności (§ 54 o. e.) i już mają strony tytuł egzekucyjny, z którego każdej chwili korzystać można. Ta łatwość, z jaką stworzyć można tytuł egzekucyjny, po-

doumenta sfałszowane, nie można, zdaniem naszym, ugody zacząć skargą. (Inaczej Rietsch l. c. str. 83 i nast.).

nadto i taniość prowadzi do tego, że strony nawet i pakta małżeńskie, które mają być zawarte we formie aktu notaryalnego, sporządzają we formie zapisu i wyroku sądu polubownego, a to w ten sposób, że w zapisie twierdzą, jakoby między niemi powstały nieporozumienia majątkowe, wobec czego poddają się orzeczeniu sędziego polubownego, ten zaś sędzia wydaje wyrok po myśli umowy stron¹⁾. Forma zapisu i wyroku sędziego polubownego dla umów stron jest więc niebezpieczną z powodu, że przepisy prawne o zachowaniu formalności mogą być naruszone.

2) Wyrok sędziego polubownego, chociaż stał się wykonalny, może być zaczepony. Zaczeponie to jest możliwem li tylko z pewnych w ustawie ściśle określonych powodów i tylko przez przeciąg trzech miesięcy od dnia doręczenia względnie od dnia, gdy się strona o powodzie zaczeponia dowiedziała (§§ 595 i 596 proc. cyw.).

Czy jednak symulacja da się podsumować pod jeden z powodów zaczeponia w ustawie wymienionych? Co ma nastąpić, gdy minął już czasokres trzechmiesięczny od dnia doręczenia wyroku sądu polubownego i strona tego wyroku symulowanego nie zaczeponała? To ostatnie jest ważnem, możliwem jest bowiem, że strony umyślnie starają się o upływ czasokresu do zaczeponia wyroku ustanowionego i dopiero po tymże wprowadzają skutki umowy ubranej we formę wyroku polubownego.

a) Ustawa stanowi, że wyrok sądu polubownego może być zaczepony, gdy zapis na sąd polubowny był nieważny (§ 595 l. 1 p. c.).

Z jakich powodów można kompromis unieważnić?

Kompromis jest umową pozaprocesową, która ma wpływ na proces, pod tym względem jest zbliżony do umowy prorogacyjnej, ma na celu uniemożliwić prowa-

¹⁾ Por. Fellner-Ohmeyer, Die oesterr. Exekutionsordnung 1902 str. 26 Nr. 35.

dzenie sporu przed sądem na tak długo, dopóki kompromis nie będzie uchylony. Kompromis jest jednak i umową prywatno-prawną, jest bowiem zbliżony do ugody, w ustawie cywilnej jest wprost nazwany ugoda (§ 1391¹⁾).

¹⁾ Jeżeli więc strony kompromisem poddały orzecznictwu sądu polubownego spory z pewnego stosunku prawnego, a nie tylko pewien spór (§ 577 ust. 2 p. c.), a sędzia polubowny załatwił wszelkie spory ze stosunku tego powstałe, mimo, że strona zarzuciła, iż kompromis do niektórych sporów nie miał się odnosić, unieważnienie wyroku po myśli § 595 l. 5 p. c. z powodu przekroczenia umocowania przez sędziego nie jest wykluczone. Pod tym względem ma być stosowany przepis § 1389 u. c., odnoszący się do ogólnych ugód, a wedle którego spory rozmyślnie zatajone, lub których strony nie mogły mieć na myśli, nie mogą być uważane jako objęte ugoda. Tego rodzaju kwestye powstają tam, gdzie n. p. spółnicy sporządzają zapis na sąd polubowny celem załatwienia sporów między nimi powstałych, a zarazem oświadczają, że spory, które jeszcze w czasie aż do wydania wyroku mają się wyłonić, mają być przez sąd polubowny załatwione.

Dwoisty charakter pewnej umowy tak materalno-prawny jak i procesowy nie jest czemś odrębnem. Napotykamy go i gdzie indziej, jak n. p. przy pełnomocnictwie. Zlecenie prowadzenia sporu jest umową materalno-prawną, pełnomocnictwo jest przeznaczone dla procesu. Pełnomocnictwo podlega przepisom procesowym, a nie materalno-prawnym, forma pisemna, jaka jest dla pełnomocnictwa ustawą przepisana, nie jest wymagana dla zlecenia, które i ustnie może być udzielonem. (Por. Schey, Die Obligationsverhältnisse des oesterr. allg. Privatrechts I. 3 str. 523). Z drugiej strony forma, która jest konieczną dla aktu materalno-prawnego, nie jest potrzebną dla aktu udzielania pełnomocnictwa jako procesowego. Jeżeli więc ciemny, głuchy lub niemy ma podpisać adwokatowi pełnomocnictwo procesowe. to forma aktu notaryalnego nie jest potrzebną, jakkolwiek pismo na umowę materalno-prawną może być przez te osoby tylko we formie notaryalnej sporządzone (§ 1 lit. e ust. z d. 25. lipca 1871 Nr. 76 dz. u. p.). Wystawienie pełnomocnictwa jest aktem dla procesu przeznaczonym, jest aktem mającym na celu wykazanie legitymacyi, a ustawa nie żąda dla tego aktu formy notaryalnej (wyjątkowo może sąd polecić tylko legalizacyę podpisu § 30 ust. 2 p. c.). Odmienne stanowisko zajęł wyższy sąd kraj. we Lwowie w uchwale z d. 10. lipca 1906

Przepisy więc prawa materalnego o umowie mają być odnośnie do kompromisu stosowane¹⁾, co należy podnieść wobec tego, że akty procesowe są inaczej traktowane niż akty materalno-prawne i nie mogą być po ukończeniu procesu tak jak ostatnie zaczepione.

Kompromis może więc być zaczepiony z powodu pomyłki, przymusu i t. d. I zarzut symulacji może być podniesiony wobec kompromisu. Zarzut ten powoduje, iż kompromis jako taki jest nieważny i chyba tylko jako umowa może być utrzymany w mocy, ponieważ jednak umowa bez wyroku nie może praw stworzyć, przeto traci zapis swoją moc w zupełności²⁾.

O ile więc termin trzechmiesięczny nie minął, może strona zacząć wyrok polubowny z powodu symulacji kompromisu i w ten sposób może pozbawić wyrok mocy egzekucyjnej. Czy sędzia polubowny wiedział o symulacji, czy też nie, jest obojętne, już brak zachodzący w kompromisie uzasadnia zaczepienie wyroku.

b) Jeżeli termin trzechmiesięczny do zaczepienia wyroku sądu polubownego minął, stanowisko strony jest niekorzystne. Wyrok nie może być więcej zaczepiony i dlatego strona musiałaby być narażoną na to, że wyrok symulowany wobec niej będzie skuteczny. Tego wyniku przyjąć nie można.

a) Jeżeli wyrok sądowy, który na podstawie symulacji został uzyskany, może być obalony, to tem bardziej jest możliwe obalenie wyroku sądu polubownego. Wszystko, co przemawia za dopuszczalnością

l. cz. Bc. I 161/6, którą unieważnił wyrok i poprzednie postępowanie sądu kraj. we Lwowie (akta l. cz. Cg. I 414/5) z powodu, że pozwany, który jest ciemnym, nie podpisał pełnomocnictwa we formie aktu notaryalnego. Uchwałą z d. 22. sierpnia 1906 l. 14066 zatwierdził najwyższy trybunał orzeczenie sądu wyższego.

¹⁾ Por. Pollak, System der oester. Civilprocessrechtes 1906 str. 680.

²⁾ Za dopuszczalnością zaczepienia wyroku z powodu symulacji kompromisu Engel, O sądach polubownych, 1896 str. 95.

zaczepienia wyroku sądowego, przemawia i za tem, że wyrok sędziego polubownego może być zaczepiony. Iść jednak należy dalej.

Wyrok sądu polubownego nie jest aktem publicznym, sędzia polubowny nie ma tych funkcji, jakie przysługują sędziemu państwowemu¹⁾. Wyrok polubowny jest aktem prywatnym, aktem pozostającym w związku z kompromisem, strony oświadczają w kompromisie, że godzą się na to, co trzecia osoba wypowie, orzeczenie tej trzeciej osoby jest więc skuteczne li tylko wskutek woli stron.

Jeżeli wyrok polubowny jest aktem prywatnym, to jako akt prywatny może być zaczepiony z powodów, dla których akt publiczny nie może być zaczepiony. Nawet i ci więc, którzy nie uznawają dopuszczalności zaczepienia wyroku sądowego z powodu symulacji, muszą uznać dopuszczalność zaczepienia wyroku polubownego. Wyrok sędziego polubownego może więc być zaczepiony z powodu symulacji.

Symulacja powoduje nie tylko to, że wyrok nie może być za taki uważany, lecz powoduje nieważność wszelkich aktów, wyroku i kompromisu nie można utrzymać w mocy jako umowę stron mającą ich stosunki wzajemne unormować. Gdybyśmy kompromis i wyrok uważali za umowę, to doszlibyśmy do tego, że strony obowiązują nie to, co one postanowiły, lecz to, co osoba trzecia wypowiedziała. Trzecia osoba może załatwić spór, nie może zaś unormować stosunku powstającego między stronami. Umowa stron tylko wtedy jest skuteczna, gdy ich wola o ich prawach rozstrzyga, wola osoby trzeciej o tych decydować nie może. Na to tylko wyjątkowo zezwala ustawa, tak przy oznaczeniu ceny kupna (§ 1056 u. c.), trzeciemu nie można przyznać prawa tego przy innych stosunkach prawnych, tak przy najmie (choć ustawa cywilna w § 1094 wspomina

¹⁾ To przyjmuje Plosz, Beiträge zur Theorie des Klagrechtes 1880 str. 83, przeciw temu Fierich, O obecnem zadaniu sądów polubownych dla spraw cywilnych 1892 str. 4.

o kupnie używania rzeczy), nie przy stosunku spółki. Gdyby więc strony umowę zawarły i równocześnie postanowiły, że trzecia osoba ma oznaczyć udział, wkład lub inne istotne postanowienia, to taka umowa byłaby niedokładną, a więc bezskuteczną, taka umowa nie jest zapisem, nie idzie bowiem o załatwienie sporu, lecz o ułożenie stosunku na przyszłość, co do tego zaś tylko strony same mogą się ułożyć¹⁾. Jeżeli zapis i wyrok pozorny nie mogą być utrzymane w mocy jako umowa, to są one w zupełności nieważne i żadnych praw stronom nie nadają, ani do niczego nie zobowiązują.

β) Upływ czasokresu trzechmiesięcznego nie może stać na przeszkodzie zaczepieniu. Czasokres trzechmiesięczny i ograniczenie zaczepienia z pewnych tylko powodów ustanowiono dla tych wyroków, które spór mają załatwić, tam zaś, gdzie niema sporu, kompromis nie może być nazwany kompromisem, a wyrok nie załatwia sporu. Taki wyrok nie stoi na równi z wyrokiem, który wydany został z powodu sporu między stronami powstałego. Strona może więc zawsze zarzucić, że spór nie istniał, że więc to, co się nazywa wyrokiem, ma tylko nazwę wyroku, a jest pozbawione treści wyroku. Gdzie strony w celach umowy lub w innych obrały formę kompromisu i wyroku polubownego, zachodzi brak podstawy prawnej kompromisu i wyroku polubownego, brak sporu, a czy wymóg podstawowy istniał, zawsze należy badać.

¹⁾ Z powyższego wynika, że nieważną jest ugoda, treścią której jedna ze stron ma zapłacić drugiej tytułem wynagrodzenia za usługi kwotę przez osobę trzecią oznaczyć się mającą, albo też często zawierana ugoda, że wymiar dokonany przez pewnego znawcę ma decydować (t. zn. ugoda na znawcę); ta ostatnia ugoda byłaby ugodą, w której zobowiązanie ma być zawisłem od przeprowadzenia dowodu, a to jest niedopuszczalnym (§ 205 p. c, który zezwala jedynie na zawarowanie ugody od złożenia przysięgi, przemawia za tem, że umieszczenie innego warunku jest wykluczone. Tak też Tilsch, *Der Einfluss der Civilprocessgesetze auf das materielle Recht* 2 wyd. 1901 str. 296).

Jeżeli więc po upływie trzech miesięcy występuje ktoś ze skargą o uznanie wyroku bezskutecznym i powołuje się na to, że sporu nie było, że kompromis nie miał na celu załatwienia sporu, to skarga nie jest skierowana na zaczepienie wyroku, lecz na stwierdzenie, iż wyrok nie jest wyrokiem i nie miał sporu załatwić. Skarga taka jest skargą na ustalenie i ma stwierdzić brak tytułu egzekucyjnego. Skarga o zniesienie wyroku sądu polubownego jest skargą mającą na celu ukształtowanie stosunków, wyrok sądu polubownego, o ile załatwia spór, istnieje tak długo, dopóki nie zostaje unieważniony przez sąd, poprzód mimo braku jest on ważny i skuteczny. Inaczej ma się rzecz tam, gdzie podnosi się brak sporu, tu nie jest potrzebnem orzeczenie sądowe, by uzyskać unieważnienie wyroku, wyrok nie istnieje nigdy i zawsze musi być ta okoliczność uwzględnioną.

γ) Symulację zapisu i wyroku sądu polubownego należy więc uwzględnić zawsze, a więc chociaż wyrokiem o niej nie orzeczono. Sędzia może w toku postępowania egzekucyjnego, gdy proszono o zezwolenie egzekucyi, odmówić tej prośbie z powodu, że kompromis nie ma na celu załatwić spór, lecz stosunek unormować¹⁾. Uchwałę, którą sąd zezwala na egzekucję,

¹⁾ Uchwałą z dnia 14. kwietnia 1906 l. cz. E XX 901/6 odmówił sąd powiatowy S. I. we Lwowie prośbie o zezwolenie egzekucyi na podstawie zapisu, którym małżonkowie spory między nimi powstałe co do posagu, wiana i innych roszezeń na wypadek złego pożycia, rozdziału od stołu i łoża, śmierci i t. p. poddali orzecznictwu pewnej osoby, oraz na podstawie wyroku przez tę osobę wydanego, przyczem podniósł, że zapis nie miał na celu wydania wyroku oraz załatwienia sporu, a „czynność osoby trzeciej miała charakter pośrednika czy rozjemcy przy umowie, co jest zupełnie różnem od stanowiska sędziego polubownego“; rzeczą stron było sporządzić, gdy idzie o umowę małżeńską, akt notaryalny.

Sąd krajowy we Lwowie uchwałą z dnia 12. maja 1906 l. cz. R. V 284/6 zmienił uchwałę piewszego sędziego i zezwolił na egzekucję, podnosząc, że gdy śmierć egzekuta nastąpiła, wyrok sędziego polubownego stał się wykonalnym (§ 7 o. e.). Uchwałę tę zatwierdził najw. tryb. orzeczeniem z dnia 19. września

może egzekut zaczepić skutecznie rekursiem i podnieść w nim, że nie było sporu, że więc kompromis nie istnieje, a tem samem należy przyjąć symulację.

d) Ponieważ o symulacji rozstrzyga w pierwszym rzędzie, czy kompromis był symulowany, przeto należy ją uwzględnić nie tylko wtedy, gdy sędzia polubowny posiada o niej wiadomość, lecz i wtedy, gdy strony same działały w porozumieniu, a sędziego nie wtajemniczyły w to, jaki cel ich działaniem ma być osiągnięty.

3) Zająć może potrzeba zapobieżenia wydaniu wyroku sądu polubownego, jeżeli kompromis jest symulowany i nie ma na celu ochrony prawa. Strona może wprawdzie wydany wyrok sędziego polubownego obalić z powodu symulacji, przeciwnik może jednak, zanim do tego dojdzie, prowadzić egzekucję na podstawie wyroku sędziego polubownego i całą kwotę ściągnąć, stronie musi więc zależeć na tem, aby przeciw niej wyrok nie był wydany, jeżeli zapis jest symulowany.

a) Strona może wystąpić przeciw drugiej ze skargą o uznanie zapisu na sąd polubowny nieważnym¹⁾. Z chwilą wydania wyroku, którym zapis uznany zostaje nieważnym, okazuje się, iż on nie istnieje, zaczem wyrok nie powinien być wydany. Sędzia polubowny może jednak, mimo, że zapis zaczepiono skargą, mimo wyroku sądownego, którym uznano kompromis symulowanym, wydać wyrok i tem samem umożliwić egzekucję. Zobowiązanemu przysługuje obrona przeciw egzekucji gdyby ją prowadzono mimo, że zapis uznano bezskutecznym, może uchwałą zezwalającą na egzekucję zaczepić re-

1906 l. 14441. Uchwałę pierwszego sędziego uważamy za słuszną, a uzasadnienie za bardzo trafne.

(Por. orzeczn. najw. tryb. Gl. U. W. t. XIII 1879 Nr. 5665, którem zezwolono na egzekucję na podstawie kompromisu i wyroku sędziego polubownego, mimo, że się rozchodziło o pretensję posagową)

¹⁾ Od tej skargi odróżnić należy żądanie uznania zapisu bezskutecznym z powodu faktów zaszłych po jego sporządzeniu (§ 583 p. c.); orzeczenie sądu zapada w tym wypadku nie na skutek skargi, lecz na skutek wniosku.

kursem i wykazać w nim, że zapis jest symulowany, a sąd winien uwzględnić okoliczności w rekursie przedstawione, jakkolwiek są nowościami. Czy bowiem zapis jest symulowany, czy rzeczywisty, czy istniał spór i dla jego załatwienia poddano się orzecznictwu sądu polubownego, to ma być z urzędu badane.

Samo uznanie zapisu nieważnym i stwierdzenie, że był symulowanym, wystarcza, by uniemożliwić egzekucję, zaczepienie także i wyroku sądu polubownego nie jest potrzebnem¹⁾.

b) Skarga, którą zaczyna się zapis na sąd polubowny, nie prowadzi jeszcze do celu, sędzie polubowny bowiem przed załatwieniem sporu o uznanie zapisu nieważnym może wydać wyrok, a tem samem umożliwić prowadzenie egzekucyi. Czy strona może się postarać o to, by sędzia polubowny nie wydał wyroku?

a) Strona może osiągnąć cel, jeżeli przeciw sędziemu polubownemu uzyska zakaz wydania wyroku.

¹⁾ Inaczej ma się rzecz, gdy zapis uznano nieważnym z innego powodu, a nie z powodu symulacji. Samo unieważnienie zapisu w tym przypadku nie wystarcza, wierzyciel może na podstawie wyroku prowadzić egzekucję, a dłużnik nie może zacząć rekursu uchwały zezwalającej na egzekucję. Do prośby o zezwolenie egzekucyi na podstawie wyroku sądu polubownego nie potrzeba dołączyć kompromisu, klauzula prawomocności i wykonalności (§ 54 o. e.) wystarcza, by sędziemu wykazać, że wyrok odnosi się do kompromisu, w II. więc instancji nie wystarcza wykazanie, że zapis jest nieważny. Dłużnik nie może też żądać zastanowienia egzekucyi z powodu, że zapis jest nieważny; przez uznanie kompromisu za nieważny nie uznaje się jeszcze nieważności zapadłego wyroku (§ 39 l. 1 ord. egz.), a tylko taka powoduje zastanowienie egzekucyi, nieważność podstawy sporu nie pociąga jeszcze nieważności wyroku sądu polubownego. By odwrócić od siebie egzekucję, musi dłużnik nie tylko uzyskać wyrok, którym stwierdza się nieważność zapisu na sąd polubowny, musi iść dalej, winien w przeciągu trzech miesięcy wystąpić ze skargą o uznanie wyroku sądu polubownego bezskutecznym z powodu braku lub też nieważności zapisu (§ 595 l. 1 proc. cyw.).

Taka skarga jest konieczną, zaniechanie jej czyni wyrok sądu polubownego bezwarunkowo skutecznym.

Taki zakaz może być osiągnięty wyrokiem na skutek skargi, ale tylko pod pewnymi warunkami.

Strona, która podpisała kompromis, nie pozostaje jeszcze w stosunku prywatno-prawnym do sędziego polubownego; taki stosunek zachodzi tylko wtedy, gdy istnieje umowa o objęcie urzędu sędziego polubownego i tylko wtedy strona może żądać od sędziego dopełnienia umowy ¹⁾, może żądać odszkodowania z powodu jej naruszenia, a więc opóźnienia lub odmowy, może żądać aby sędzia po rozwiązaniu umowy funkcji nie pełnił, a więc umowy nie naruszył przez działanie ²⁾. Strona może więc żądać, by sędzia po rozwiązaniu umowy zaniechał czynności, ma wobec niego roszczenie, to roszczenie może być dochodzone w drodze skargi o zaniechanie czynności, na podstawie zaś wyroku można prowadzić egzekucję.

Inaczej ma się rzecz, gdy strona sędziego nie zamianowała, a więc z nim umowy nie zawarła, gdy to

¹⁾ Strona może na podstawie receptum arbitri żądać świadczenia od sędziego polubownego (tak Till, *Prawo pryw.* t. III. str. 411 i Rosenblatt, *O sądach polubownych w Czasopiśmie prawniczym i ekonomicznym* t. III. (1902) str. 408 i nast., na str. 412 i nast.); niektórzy są zdania, że od sędziego polubownego można żądać tylko odszkodowania z powodu niedopełnienia. Motywa rządowe do § 622 (który odpowiada § 584 p. c.) nie przemawiają stanowczo za dopuszczalnością skargi o dopełnienie umowy, wspominają one tylko o skardze wogóle, a nie o skardze o dopełnienie, wspominają o świadczeniach, których wprost dochodzić nie można (*Materialien zu den neuen Civilprozessgesetzen 1897* t. I. str. 383), z czego nie można powziąć, czy tylko skarga odszkodowawcza ma być możliwą. Kwestya, czy sędzia do świadczenia jest obowiązany, staje się aktualną, gdy wyrok zapadł, a sędzia odmawia swego podpisu, co jest niezbędnem do ważności wyroku. Zdaniem naszym sędziego można zasądzić na umieszczenie podpisu na wyroku tak, jak też można żądać, by stwierdził prawomocność i wykonalność wyroku polubownego (tak też Rosenblatt l. c. str. 414).

²⁾ Umowa każda może być naruszoną przez zaniechanie albo też przez pozytywne działanie, na co wskazał Staub, *Die positiven Vertragsverletzungen* 1904.

nastąpiło przez przeciwnika lub przez sąd (§§ 581 i 582 p. c.). W tym wypadku nie przysługuje stronie wobec sędziego żadne roszczenie z umowy, nie może ona żądać dopełnienia¹⁾, nie może żądać zaniechania, gdy sędziowie mimo ustania mocy zapisu wyrok chcą wydać. Strona jest więc w wypadku tym bezbronna wobec sędziego.

β) Z tego, że przeciw sędziemu polubownemu można uzyskać wyrok zakazujący wydania wyroku polubownego, strona nie osiąga jeszcze korzyści. Aż do czasu bowiem, kiedy wyrok sądowy zapadnie, a tem samem symulacja zapisu będzie stwierdzoną, może sędzia polubowny wydać wyrok i umożliwić egzekucję. Ochrona strony jest potrzebną w stadyum wcześniejszem, a takiej udziela tymczasowe zarządzenie. By jednak ochrony we formie tymczasowego zarządzenia udzielić, musi stronie przysługiwać roszczenie i to roszczenie materalno-prawne, tylko takie bowiem jest zdadne do ochrony²⁾. Takie roszczenie przysługuje stronie wobec sędziego polubownego, gdzie ten sędzia zawarł ze stroną umowę, w tych więc przypadkach ochrona we formie tymczasowego zarządzenia jest dopuszczalną.

Roszczenie istnieje jednak i tam, gdzie strona w żadnym stosunku materalno-prawnym nie pozostaje do sędziego, roszczenie to jednak przysługuje wobec przeciwnika. Kompromis jest umową prywatno-prawną, która ma wpływ na proces, jedna ze stron wobec drugiej może mieć prawa i obowiązki. Gdy kompromis jest nieważnym, drugiej stronie nie przysługuje prawo korzystania z niego, strona może żądać zaniechania, przysługuje jej więc roszczenie. Tymczasowe zarządzenie jest więc dopuszczalne, by chronić roszczenie jednej ze stron wobec drugiej.

¹⁾ W myśl ustępu 2 § 584 p. c. przysługuje stronie odszkodowanie wobec sędziego z powodu przewleczenia lub zaniechania i to bez względu na to, czy go zamianowała; roszczenie to jest wyjątkowe, tytułem roszczenia jest czyn niedozwolony.

²⁾ Juster, *Der Anspruch als materielle Voraussetzung der einstweiligen Verfügungen* 1903 str. 10.

Środek ochronny, jakiego należy użyć na rzecz strony zagrożonej, by ochronić jej roszczenie na zaniechanie wydania wyroku względnie korzystania z kompromisu, nasuwa się sam przez się. Tym środkiem jest zakaz wydania wyroku. Środek ten ma być stosowany nie tylko tam, gdzie idzie o ochronę roszczenia wobec sędziego, lecz i tam, gdzie chodzi o ochronę roszczenia wobec przeciwnika. Ordynacja egzekucyjna nie wylicza taksatywnie środków ochronnych, które służyć mają dla ochrony roszczeń niepieniężnych, pozostawia sędziemu swobodę, może on wybrać środek najbardziej celowi odpowiadający¹⁾. W naszym wypadku środkiem ochrony, który prowadzi do celu, jest zakaz wydania wyroku.

Przez wydanie tymczasowego zarządzenia strona może przed uzyskaniem wyroku przeciw sędziemu o zaniechanie wydania wyroku lub też przeciw stronie drugiej o uznanie zapisu nieważnym osiągnąć to, że wyrok nie będzie wydany pod rygorem egzekucyi (§ 355 ord. egz.).

γ) Gdyby sędzia polubowny mimo zakazu zawartego w tymczasowym zarządzeniu lub w wyroku sądowym wydał wyrok, wyrok ten nie jest jeszcze sam przez się nieważny, zakaz nie ma mocy pozbawiającej wyroku ważności. O ile więc strona nie powołuje się na symulację, która powoduje nieważność wszelkich aktów z powodu braku sporu, winna wyrok zaczepić w terminie ustawowym, w przeciwnym bowiem razie wyrok staje się skuteczny.

Jeżeli strona powołuje się na symulację i ją stwierdzono, wierzyciel nie może korzystać z wyroku i dlatego naruszenie zakazu przez sędziego nie szkodzi zobowiązanemu, może mu jednak zaszkodzić, jeżeli wydano tymczasowe zarządzenie, a jeszcze nie stwierdzono wyrokiem, że zapis był symulowany. W tym wypadku mógłby wierzyciel na podstawie wyroku wbrew zakazowi wydanego prowadzić egzekucję. Rzeczą zobowią-

¹⁾ Rintelen, Die einstweilige Verfügung 1905 str. 291.

zanego w tym wypadku byłoby wnieść skargę o unieważnienie wyroku i uzyskać wstrzymanie egzekucji (§ 42 ord. egz.).

W każdym razie sędzia polubowny, który naruszył zakaz, odpowiada stronie za wyrządzoną szkodę.

B) Symulacja kompromisu w celu osiągnięcia korzyści procesowych.

W myśl § 589 p. c. sąd ma na żądanie sędziów polubownych przeprowadzić te czynności sędziowskie, do których dokonania sędziowie polubowni nie są uprawnieni. Takie wezwanie wystosowują sędziowie polubowni bardzo często do sądu, gdy idzie o przesłuchanie świadków pod przysięgą (§ 588 p. c.).

Jezeli stronie zależy na przeprowadzeniu dowodu poza procesem, n. p. przesłuchaniu świadków lub znawców, a celu tego nie może osiągnąć z powodu braku wymogów w ustawie dla ubezpieczenia dowodu ustanowionych (§ 384 p. c.), spisuje ona z osobą zaufaną pozorny kompromis, zmyślając spór, w którym fakta decydujące mają być badane, mianuje w kompromisie innego zaufanego sędzią polubownym, ten sędzia zwraca się do sądu o przeprowadzenie dowodu na fakta istotne, a więc przesłuchanie świadków, a sąd rekwirowany dowód przeprowadza. Cel więc zresztą niemożliwy zostaje przez zmyślenie faktów osiągnięty.

Tego rodzaju nadużycie nie jest dopuszczalne, obranie formy nie powinno umożliwiać osiągnięcia celu zresztą niedozwolonego. Sąd nie ma obowiązku zastosować się do żądania sędziego polubownego.

Art XIII. ust. zapr. norm. jur., dotyczący udzielenia pomocy prawnej przez sądy na żądanie sędziów polubownych, stanowi, że żądaniu należy dać miejsce „insofern das Ersuchen im Gesetze begründet... ist“¹⁾,

¹⁾ Ustęp 2 § 539 p. c. wyraża się nieco odmiennie, nakazuje uczynienie zadość żądaniu sędziego polubownego „so-

nakazuje więc sądowi badanie, czy żądanie jest w ustawie uzasadnione. Uzasadnionem nie jest w ustawie żądanie, jeżeli ma na celu obejście przepisu ustawowego, sąd może więc badać z urzędu, czy spór istnieje w rzeczywistości, czy też tylko pozornie sporządzono kompromis w tym celu, by uzyskać przeprowadzenie dowodów. W razie, gdy sąd stwierdzi, że sporu nie ma, winien odmówić życzeniu przez sędziego polubownego wyrażonemu, nie ma bowiem udzielać swej pomocy do bezprawnego działania.

§ 7.

Wpływ procesu symulowanego na prawa i obowiązki osób trzecich

A) Na prawa osób, które w procesie działały.

1) Symulacja procesu nie może wpływać na to, czy świadkom i znawcom przypadają należności, czy organom sądowym przypadają koszta komisyjne, należne im za ich czynności. Strona, która ma te należności uiścić, winna je złożyć i nie może się powołać na symulację. Na symulację mogą się jedynie powołać strony; wobec trzecich osób udziału w akcie symulowanym niebiorących, czynność procesowa jest rzeczywistą a nie symulowaną, wobec czego symulacja nie może ich na szkodę narazić. Należność od wyroku przypada zatem, o cóżby się okazało, że proces był symulowany. Należność ma być uiszczoną za czynność sądową, obojętnym jest, czy sąd wydaje wyrok, który strony zacząć mogą. Późniejsze unieważnienie postępowania nie uchyla obowiązku opłacenia należności za poprzód dokonaną czynność sądu ¹⁾).

fern dasselbe nicht gesetzlich unzulässig ist“. Mimo odmiennej stylizacji wynik jest ten sam.

¹⁾ Inaczej ma się rzecz, gdy należność przypada od umowy, n. p. od przeniesienia nieruchomości. W tym wypadku

2) Jeżeli w procesie brał udział interwenient może się domagać zwrotu kosztów, jeżeli popierał proces po stronie tej osoby, która proces wygrała (§ 41 p. c.).

Gdyby wyrok w następstwie z powodu symulacji unieważniono, ustęp co do kosztów interwenientowi przyznanych nie pozostaje w mocy, symulacja powoduje unieważnienie całego wyroku. Interwenient może jednak wystąpić ze skargą odszkodowawczą tak przeciw stronie, którą popierał, jak i przeciw stronie przeciwnej i może z tego tylko tytułu żądać zapłaconych kosztów. W razie, gdyby koszty były już interwenientowi zapłacone, do zwrotu ich jest interwenient zobowiązany, może się jednak bronić zarzutem, że mu z tytułu odszkodowania przysługuje pretensja i tę pretensję może żądaniu o zwrot kosztów przeciwstawić. Jeżeli sąd przyjmie, że roszczenie odszkodowawcze zachodzi, a takie przyjąć musi w razie symulacji zaszłej bez wiedzy i wpływu interwenienta, to dojdzie od tego, że zapłacono kwotę, która się interwenientowi materialnie należała, unieważnienie więc tytułu prawnego nie pociąga jeszcze za sobą unieważnienia faktu zapłaty ¹⁾.

należność od aktu nieważnego nie ma być opłaconą. Rozmaite traktowanie należności w jednym i drugim wypadku wynika z odmiennej ich istoty, pojęcie należności wedle naszych ustaw jest bardzo obszerne, obejmuje ono i podatki tak, że teoretycznie nie da się pojęcie należności jednolicie określić. Por. Myrbach-Rheinfeld, Grundriss des Finanzrechtes 1906 str. 16.

¹⁾ Żądanie zwrotu kwoty zapłaconej na podstawie wyroku nie jest żądaniem opartem na tytule wzbogacenia (czyto z § 1431 u. c., czy też z § 1432 u. c.), lecz żądaniem opartem na tem, że roszczenie ochronne, na podstawie którego zapłata nastąpiła, nie istnieje. Jeżeli więc zapadły dwa równobrzmiące wyroki i zobowiązany zapłacił mimo wniesionej rewizji kwotę przyznaną (§ 505 p. c.), może w razie zniesienia wyroku przez sąd najwyższy bezzwłocznie żądać zwrotu, a przeciwnik nie może powołać się na to, że jeszcze nie jest stwierdzonem, że wzbogacenie się nastąpiło. W procesie o zwrot kwoty zapłaconej nie może też sąd zarządzić przerwy aż do ukończenia procesu głównego, ten spór nie jest bowiem prejudycjalnym dla procesu o zwrot kwoty zapłaconej, w którym jedynie fakt za-

Jeżeliby proces symulowany przed jego ukończeniem zastanowiono z powodu symulacji, może interwenient domagać się zapłacenia kosztów od obydwu stron proces symulujących.

Proces ten ma być przed zwykłym sądem rozstrzygnięty, sąd procesowy nie jest do tego powołany.

B) Wobec osób, które nie brały udziału w procesie.

a) *Wobec cesjonariusza.*

1) Czy skarga o unieważnienie symulowanego wyroku, a tem samem i skutków jego może być skierowaną przeciw cesjonariuszowi?

Cesjonariusz nie może więcej praw nabyć, jak nabył cedent, sprawa nie ulega zmianie, jeżeli akt jest symulowany, z czego wynika że i wobec prawonabywcy można wystąpić z żądaniem unieważnienia wyroku. Z istoty symulacji wynika, że między stronami niema ważnego i woli odpowiadającego oświadczenia, a i wobec osób trzecich nie istnieje oświadczenie, bez zgodnych zaś i ważnych oświadczeń kontrahentów względnie osób współdziałających nie można praw nabyć i obowiązków stworzyć¹⁾.

płaty i uchylenie tytułu egzekucyjnego mają być stwierdzone. To samo przyjąć należy i tam, gdzie proces unieważniono z powodu symulacji, sam fakt unieważnienia stwarza obowiązek zwrotu, kwestya materialna musi być jednak rozpatrywana, o ile idzie o pretensję wzajemną, nie idzie bowiem o roszczenie w procesie głównym rozpatrywać się mające.

¹⁾ Por. Burckhard, System des oest. Privatrechts T. II, (1884) str. 387. Kodeks cywilny niemiecki stanowi w § 405, że w wypadku, gdy dłużnik podpisał dokument i przy odstąpieniu ten dokument nabywcy przedłożono, zarzut symulacji nie może być podniesiony wobec nabywcy, chyba, że tenże w chwili nabycia wiedział lub wiedzieć musiał o rzeczywistym stanie rzeczy.

Dla prawa austriackiego przyjmuje Wellspacher, Das Vertrauen auf äussere Tatbestände 1907 str. 202 i n., że ce-

Chociaż każdy trzeci może przyjąć, że ważne oświadczenie istnieje, mimo to nie nabywa prawa, nabyć bowiem może tylko to, co posiadał cedent, wyrok więc i wobec trzeciego nie istnieje.

Inna rzecz jest, czy trzeciemu nie przysługują inne prawa, w szczególności pretensya odszkodowawcza. Wobec zobowiązanego cesjonariusz z pretensją tego rodzaju wystąpić nie może, ten bowiem niczego nie dokonał, coby trzeciego mogło narazić na szkodę, może więc jedynie żądać odszkodowania od cedenta, który odstąpił pretensję nieistniejącą¹⁾.

O ile zaczepieniu dalszych praw na podstawie wyroku nabytych stoja na przeszkodzie zasady zaufania, w szczególności zaufania do ksiąg publicznych, absolutnie o zaczepieniu mówić nie można. W tym wypadku nie może zobowiązany zaczepić wpisu praw cesjonariusza. Niemożliwość zaczepienia zachodzi jednak tylko wtedy, gdy nabyto prawo tabularne, którego nabycia chroni się w myśl zasady zaufania do ksiąg gruntowych. Gdzie to prawo nie nadaje się do obrotu, tam nie można stosować zasady zaufania do ksiąg gruntowych i tam cesjonariusz traci w razie obalenia tytułu i swoje prawo. Tak ma się rzecz, gdzie nabyto egze-

syonariuszowi w dobrej wierze działającemu nie może dłużnik w pewnych wypadkach przeciwstawić zarzutu symulacji. W. stosuje swoją teorię, że ustawa tego, kto działa w zaufaniu do pewnego stanu zewnętrznego, chroni wobec tego, przy pomocy którego ten stan przyszedł do skutku (str. 115); taki stan zewnętrzny przez dłużnika spowodowany zachodzi w szczególności, jeżeli dłużnik podpisał dokument, wobec cesjonariusza więc w zaufaniu do tego dokumentu działającego zarzut symulacji interesu nie jest dopuszczalny (str. 205 i 206). W. nie wspomina o wyroku symulowanym, wedle jego teorii należałoby jednak przyjąć, że cesjonariusz w dobrej wierze może na podstawie wyroku symulowanego domagać się świadczenia od zobowiązanego, jeżeli do wyroku doszło wskutek jego współdziałania.

¹⁾ Pretensya nabywcy wobec cedenta polegać będzie li tylko we walucie cesyjnej (§ 1397 u. c.).

kucyjne prawo zastawu i w drodze cesyi przeniesiono je na osobę trzecią. Z unieważnieniem wyroku prawo zastawu, które nie jest dobrowolnem i do którego zasady zaufania do ksiąg publicznych nie można stosować, traci swoją doniosłość ¹⁾).

2) Kwestyą jest, czy w razie, gdy zachodzi interes lichwiarski, można żądać przeciw cesyonaryuszowi unieważnienia wyroku symulowanego, jeżeli cesyonaryusz nie posiada wiadomości o tem, że interes lichwiarski stanowi podstawę wyroku.

Wedle zasad wyżej przytoczonych i przeciw cesyonaryuszowi działającemu w dobrej wierze zaczepienie byłoby możliwe, o ile prawo zastawu jest egzekucyjne.

Dopuszczalność zaczepienia wyroku i uzyskanego ubezpieczenia, o ile interes jest lichwiarskim, przyjąć należy nawet i wtedy, gdybyśmy przyjęli, że egzekucyjne prawo zastawu zasługuje na zaufanie do ksiąg publicznych, że więc stoi na równi z dobrowolnem.

Przepisy ustępu 2 § 1 i ustępu 3 § 2 ust. o lichwie czynią karygodnym nie tylko tego, kto pretensyę lichwiarską nabył, lecz i tego, kto tylko dochodzi takiej pretensyi. Wobec tego postanowienia nie może ulegać wątpliwości, że jeżeli po stronie cesyonaryusza o fakcie, iż pretensya jest lichwiarską, zajdzie wiadomość choćby już po nabyciu pretensyi, zaczepienie wyroku symulowanego, uzyskanego dla pokrycia interesu lichwiarskiego, jest przeciw niemu dopuszczalne. Cesyonaryusz winien uznać wyrok za nieważny, w razie przeciwnym staje się winnym występku lichwy, co pociąga za sobą nieważność umowy. Rozumie się, że

¹⁾ Tego samego zdania jest Kohler, ale tylko co do wykonanych dokumentów; w Archiv f. c. Pr. T. 80 str. 162—163 podnosi on, że cesyonaryusz nabywa prawa jako egzekucyjne z wszystkimi słabemi stronami tegoż, takie prawo nie jest przeznaczone do obrotu, lecz do bezzwłocznego dochodzenia i zrealizowania. Co do wyroków przyjmuje Kohler, że jeżeli trzeci w dobrej wierze pretensyę nabywa, zaczepienie przeciw niemu nie jest dopuszczalne (str. 195).

cesyonaryusz tak jak i pierwotny wierzyciel mimo, że przeciw niemu wyrok może być unieważniony, zatrzymuje dla należnej mu kwoty, o ile ona nie przewyższa zaliczonego kapitału wraz z odsetkami, ubezpieczenie udzielone mu w drodze dobrowolnej przez dłużnika.

b) *Wobec osób innych.*

Wyrok sądowy stwarza prawo między stronami, wobec osób trzecich jest bezskuteczny. Możliwem jest jednak, że wyrok sądowy może być skuteczny i wobec osób trzecich.

Wpływ wyroku na sferę prawną osób trzecich może być dwojaki, raz może wyrok wywrzeć wpływ prawny, powtóre wpływ faktyczny o tyle, że zaspokojenie staje się dla trzeciego utrudnionem lub uniemożliwionem z powodu, że wydany został wyrok, na podstawie którego osoba nabywa prawo, a tem samem uniemożliwia trzeciej osobie zaspokojenie pretensyi.

W wypadkach, w których wyrok sądowy wywiera wpływ na prawa osób trzecich, zachodzi niebezpieczeństwo, że w drodze procesu pozornego doprowadzi się do niekorzystnego stanu prawnego dla osoby trzeciej, która w procesie udziału nie brała i nie miała możności zapobiedz działaniu symulowanemu stron na szkodę trzeciego obliczonemu.

Czy istnieje środek, by temu działaniu zapobiedz, a w razie gdy wyrok został już wydany, by skutek od osoby trzeciej odwrócić? Kwestya ta jest tem donioślejszą, że przyjmuje się jako regułę, że akty pozorne tylko same strony mogą zaczepić, trzecia zaś osoba musi je uznać jako obowiązujące.

A) Wpływ wyroku na prawa osób trzecich.

1) Wypadki, w których wyrok jest wobec osoby trzeciej skuteczny, są nieliczne ¹⁾.

¹⁾ Por. Binder, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft 1895 str. 13 i nast. Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft 1901 str. 35 i nast.

W prawie rzymskiem wyrok sądowy w procesie o spadek między ustawowymi a testamentowymi dziedzicami prowadzonym był i wobec legataryusza skuteczny. Koluzya była dlatego łatwo możliwą i narażała legataryusza na szkodę w razie, gdy dziedzic testamentowy uznał testament za nieważny. Niektórzy byli zdania, że legataryusz miał prawo wstąpić w proces, by zapobiedz koluzyi ¹⁾.

Procedura cywilna niemiecka stanowi w § 326 ust. 2 (nowego tekstu), że wyrok w procesie prowadzonym z dziedzicem ustanowionym wiąże i dziedzica podstawionego ²⁾.

Czy wedle prawa austriackiego wyrok może być skuteczny wobec trzecich osób?

Istnieją niektóre przepisy ustawowe, które wyrażnie stanowią, że wyrok jest skuteczny nie tylko między stronami, lecz i wobec osób innych bliżej oznaczonych.

Przepisy te są zawarte w ustawie konkursowej (§ 136 i 242 ust. 2), ordynacji egzek. (§§ 232 ust. 2, 310), nawet w procedurze cywilnej (§ 568) ³⁾. W wymienionych wypadkach wyrok jest skuteczny tylko wobec pewnego grona osób.

Niektórzy przyjmują, że wyrok co do ustalenia stanu osobowego jest wobec każdego trzeciego skutecznym ⁴⁾.

¹⁾ Por. Savigny l. c. VI str. 474 i nast., Binder l. c. str. 70 i nast.

²⁾ Przytoczone postanowienie zawiera pewne kautele, a mianowicie: wyrok korzystny ma moc i na rzecz podstawionego dziedzica, wyrok niekorzystny tylko o tyle, o ile ustanowiony dziedzic mógł bez zezwolenia podstawionego przedmiotem dysponować. Przepis tego rodzaju brakował poprzód, umieszczono go w projekcie z r. 1897. Motywa są zawarte w Begründung der Entwürfe eines Gesetzes betreffend Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozessordnung, sowie eines Gesetzes betreffend Änderungen der Civilprozessordnung 1897 str. 51 i 52.

³⁾ Por. Fierich, Interwencja uboczna w świetle teorii o stosunku procesowym, 1903 str. 23 i 24 Nr. 1.

⁴⁾ Unger l. c. T. II str. 670 – 671. W prawie powszechnem przyjmuje się to, ale tylko, gdy wyrok nie zapadł in con-

Trzecia więc : osoba nie może żadnych podnieść zarzutów i musi przyjąć stan wyrokiem stwierdzony.

Oprócz wypadków, w których w myśl wyraźnego przepisu ustawy wyrok jest skuteczny wobec osób trzecich, może być wyrok wobec nich skuteczny z powodu, że istota stosunku prawnego powoduje ten skutek. Tak wyrok co do istnienia lub nieistnienia służebności użytkany przez jednego współwłaściciela nieruchomości powoduje skuteczność i na rzecz i na szkodę innych ³⁾).

Tak samo jest skuteczny wobec osób trzecich wyrok, który ma charakter konstytutywny, gdy więc dopiero w chwili wydania wyroku prawo lub stan prawny można przyjąć jako istniejący.

2) We wszystkich wypadkach, w których wyrok jest skuteczny wobec osób trzecich, zachodzi niebezpieczeństwo prowadzenia procesu symulowanego. W interesie trzeciego muszą więc istnieć środki mające na celu odwrócenie od niego szkody.

tumaciam. Wyrok uznający słubne pochodzenie wiąże w prawie powszechnem, wedle zdania Savignego l. c. VI str. 471 i nast., i rodzeństwo. Niektórzy uznają wyrok co do ustalenia stanu osobowego za skuteczny wobec trzeciego, jeżeli w procesie jako przeciwnik występował „*iustus contradictor*“, ten zastępuje wszystkich interesowanych, mimo to jednak gdy wykazano koluzję, wyrok ma być nieważnym. (Por. Binder l. c. str. 64—69, który nie oświadcza się za absolutną prawomocnością wyroku). Niektórzy, jakkolwiek uznają, że wyrok w sporze o stan osobowy jest skuteczny wobec wszystkich, podnoszą jednak, że skuteczność ta nie powoduje wykluczenia tych, którzyby sami rościli sobie prawo osobowe przyznane komu innemu, od możliwości dochodzenia tego prawa. Por. Janowicz, O interwencji t. z. ubocznej 1882 str. 49.; Hellwig, Wesen und subj. Begr. der Rechtskr 1^o01 str. 63 i nast., jest zdania, że wyroki w procesach o stan osobowy są skuteczne wobec trzecich ze względu na ich charakter konstytutywny (str. 71 i nast.).

³⁾ Unger l. c. T. II str. 670. Savigny l. c. T. VI str. 479. Przy *actio confessoria*, gdy nie zostaje uznanem istnienie służebności, ma być wedle Savigny'ego wyrok wobec wszystkich skutecznym, współwłaścicielom, którzy nie brali udziału w procesie, wolno tylko dochodzić odszkodowania; Binder l. c. str. 48 i nast.

W toku procesu trzecia osoba, wobec której wyrok jest skuteczny, może w charakterze interwenienta do sporu przystąpić¹⁾, może wnioski stawiać, przytaczać fakta i w ten sposób zapobiedz szkodzie. Środek ten jednak nie zawsze prowadzi do celu.

Przystąpić do sporu może strona, która o procesie posiada wiadomość, wyrok zaś jest skuteczny wobec trzeciego bez względu na to, czy o procesie miał wiadomość i czy do procesu jako interwenient przystąpił²⁾.

Jeżeli więc trzeci nie posiadał wiadomości o toczącym się sporze i do procesu wskutek tego nie przystąpił, może zapaść wyrok wobec niego skuteczny, a polegający na wspólnem działaniu stron sporujących się.

Ale i gdy trzeci do procesu przystąpi, nie zawsze może odwrócić niekorzystne skutki.

Jest kwestyą, czy interwenient, chociażby jego interwencya była samoistną (co zachodzi, gdy wyrok przeciw niemu jest skuteczny (§ 20 p. c.)), może samodzielnie działać i niekorzystne działanie strony paraliżować.

Zdaniem naszym nie jest to zawsze możliwe nawet, gdy idzie o samoistny interes interwenienta. Interwenient samoistny otrzymuje stanowisko uczestnika sporu (§ 14 p. c.)³⁾, uczestnik zaś sporu nie może usunąć złych skutków działania drugiego.

Jeżeli jeden z uczestników złoży oświadczenie wiedzy, niekorzystne dla drugiego, np. przyzna fakta, to nie jest to jeszcze samo przez się skuteczne wobec innych nie przyznających, ale dla orzeczenia sądowego może być doniosłem, sąd ma bowiem w razie sprzeczności stosować przepis § 272 p. c. i oświadczenia wszystkich uczestni-

¹⁾ Jest to t. z. interwencya kontrolująca. (Por. Canstein Streitgenossenschaft und Nebenintervention 1876 str. 38 i nast.); W wypadku, gdzie wyrok jest skuteczny wobec trzeciego, nie potrzebuje on wykazać osobnego interesu prawnego w procesie, by mógł przystąpić do sporu jako interwenient.

²⁾ Fierich l. c. str. 31.

³⁾ Por. o tem Werhanowski. O interwencji ubocznej 1903 str. 136 i nast.

ków może uwzględnić ¹⁾). Przy oświadczeniach woli, które muszą być zgodnie przez wszystkich uczestników złożone, aby mogły być skuteczne, szkoda nie zawsze może nastąpić, sprzeciwienie się jednego z uczestników powoduje, że żadne oświadczenie nie istnieje, tak uznanie lub zrzeczenie się ²⁾). I tu jednak wyrządzenie szkody jest możliwe, tak, gdy jeden z uczestników oświadcza, że nie wnosi środka prawnego; wtedy ten środek prawny nie istnieje, przez co można narazić na szkodę interwenienta, wobec którego wyrok jest skuteczny.

Niebezpieczeństwo zachodzi dla trzeciego, wobec którego wyrok jest prawomocny i wykonalny, także i wtedy, gdy trzeci jest właściwie stroną w procesie i gdy tylko ze względu na zachodzący stosunek jedna z osób ma prawo i obowiązek w procesie zastąpić wszystkich interesowanych. Taki stosunek zachodzi przy spółce handlowej, która nie jest osobą prawną, wobec czego w procesie nie występuje ta osoba prawna. Spółka handlowa posiada odrębny majątek i ze względu na to może na zewnątrz jako taka występować, merytorycznie nie jest ona stroną, tylko formalnie ma zdolność występowania w charakterze strony ³⁾). Proces spółki i przeciw spółce jest więc procesem spółników, których zastępuje spółnik uprawniony do zastępstwa ⁴⁾). Kwestya obecnie nie może być dla prawa austriackiego wątpliwą. Ustawa handlowa wspomina jedynie o tem, że spółnik odpowiada za zo-

¹⁾ Nie tylko najkorzystniejsze, jak to przyjmuje Ullman, Grundriss des oest. Civilprozessrechtes 1900 str. 81

²⁾ Tak też Herten, Oest. Zivilprozessordnung 1908 str. 95. Kwestya jest bardzo sporna (por. Skedl l. c. I str. 205).

³⁾ Tak Wach, Handbuch des deutschen Civilprocessrechtes 1885 T. I str. 522 i nast., przeciw W. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Civilprocessrechtes 1898 str. 148.

⁴⁾ Na całkiem innem stanowisku stoi Hellwig, Anspruch und Klagerecht, 1900 str. 266 do 293; przyjmuje on, że spółka posiada odrębny majątek t. z. Sondergut, któremu przysługuje merytoryczna zdolność występowania jako stroną, proces więc spółki różni się od procesu spółników. Zdanie to może być słusznem tylko wobec brzmienia ust. handl. niem. (§ 129 ustęp 4).

bowiązania spółników (art. 112), nie wspomina jednak, że wyrok przeciw spółce jest skuteczny i przeciw jej spółnikom. Wedle ustawy handlowej można więc tylko przyjąć, że proces spółki nie jest procesem spółników, lecz dotyczy tylko majątku spółki. § 11 ord. egz. stanowi jednak wyraźnie, że wyrok przeciw spółce ma też moc przeciw spółnikom, co przemawia za tem, że proces spółki jest procesem spółników. Mimo to poszczególny spółnik nie może wstąpić w proces, który dla niego się prowadzi, i nie może w procesie działać. Jest to anomalia, której zrozumieć nie można. Jeżeli spółka sama dla siebie procesu nie prowadzi, jeżeli proces dotyczy i majątku odrębnego spółki i odnosi się do spółników i wobec nich wyrok jest wykonalny, należałoby im przyznać prawo wstąpienia w proces i podnoszenia w nim środków zaczepnych i obronnych, stawiania wniosków i t. d. ¹⁾.

3) Powstaje więc kwestya, czy po wydaniu wyroku może trzeci zarzucić symulacyę i w jakiej formie?

Uwzględnić należy, że skuteczność wyroku objawia się wobec trzeciego we formie rozmaitej.

a) Jeżeli wyrok wobec trzeciego skuteczny nadaje prawo do regresu, wtedy należy przeciw trzeciemu wnieść skargę. Trzeci może w procesie regresowym zarzucić symulacyę poprzedniego procesu, a tem samem powołać się na bezskuteczność wyroku wobec niego, nie jest więc na szkodę narażony.

b) W wypadkach, w których przeciw trzeciemu nie występuje się ze skargą regresową, trzeci jest narażony na szkodę i przed wydaniem przeciw niemu wyroku nie może podnieść symulacyi poprzedniego procesu.

¹⁾ Wobec tego, że proces spółki prowadzi się i dla spółników, nie może spółnik jako interwenient do sporu przystąpić, strona nie może być bowiem interwenientem. Wypadki, w których ustawa wyraźnie zezwala przystąpić osobom, co do których majątku spór się toczy, do procesu i nadaje im rolę interwenientów, są wyjątkowe i nie mogą być analogicznie stosowane (n. p. komandytysta art. 194 u. h.).

a) Wyroki wobec trzeciego skuteczne są z reguły wyrokami ustalającymi prawa lub stosunki prawne. W nowym procesie ma być wyrok w poprzednim zapadły wzięty za podstawę i badanie kwestyi nie odbywa się ponownie. W tym wypadku trzeci byłby wskutek symulacyi procesu narażony na szkodę i byłby bezbronny.

O wiele większe niebezpieczeństwo zachodzi dla trzeciego tam, gdzie wyrok wobec niego jest nie tylko prawomocny, lecz i wykonalny. Wypadki tego rodzaju zachodzą tylko wtedy, gdy ustawa wyraźnie uznaje wobec osoby trzeciej moc egzekucyjną wyroku. Uznanie wyroku prawomocnym wobec trzeciego nie jest jeszcze uznaniem jego wykonalności wobec trzeciego, do tego jest konieczne osobne postanowienie o wykonalności ¹⁾. Tak ma się rzecz przy awizacyi lub przy nakazie rumacyi, które są wykonalne przeciw podnajemcy i tak ma się rzecz przy spółce handlowej. Wedle § 11 o. e. wyrok przeciw spółce jest skutecznym wobec odpowiednich spółników ²⁾ i tu jest koluzya możliwa.

¹⁾ Binder l. c. str. 80 Nr. 88; Hellwig, Anspruch und Klagrecht 1900 str. 455 i nast.

²⁾ Neumann, Die Executionsordnung 1900 str. 38–39, 404, Kommentar zur Executionsordnung 1902 str. 76. Wyrok zapadły przeciw spółce handlowej uzasadnia exceptio rei iudicatae, jeżeli proces o ten sam przedmiot wdrożono następnie przeciw spółnikowi. Wyrok przeciw spółnikowi nie uzasadnia jednak tego zarzutu w następnym procesie przeciw spółce, jakkolwiek ustawa dozwala pod pewnymi warunkami na egzekucję przeciw spółce na podstawie wyroku uzyskanego przeciw spółnikowi (§ 11 o. e.). Wyrok przeciw jednemu spółnikowi nie jest prawomocny wobec drugiego spółnika. Spółnikowi przysługują przeciw egzekucyi na podstawie wyroku wydanego przeciw spółce zarzuty, które w drodze skargi po myśli § 36 l. 2 o. e. przeciw wierzytelowi wnieść może; zarzuty te ograniczają się tylko do kwestyi, czy był spółnikiem, ponadto może spółnik podnieść zarzuty, które mu przeciw wierzytelowi „aus dessen Person“ przysługują. Obojętnem jest, czy zarzuty pochodzą z czasu przed powstaniem tytułu egzekucyjnego, jeżeli tylko w poprzednim procesie przeciw spółce skierowanym zobowiązany nie bronił się osobiście lub też jeżeli przez spółkę nie

Wypadek praktyczny wykaże, do czego doprowadzić może symulacja. Firma składająca się z kilku jawnych spółników udzieliła jednemu z nich prawo wyłącznego zastępstwa. Gdy między jednym a innymi ze spółników doszło do ni-porozumienia, wystawił spółnik, do zastępstwa wyłącznego uprawniony, imieniem spółki innemu spółnikowi weksle na wysoką kwotę opiewające, poczem ten ostatni zaskarżył weksle przeciw spółce. Gdy trzeci spółnik, z którym doszło do nieporozumienia i który o całej akcji nic nie wiedział, żadnych kroków nie poczynił, spółnik w posiadaniu weksli będący prowadził na podstawie prawomocnego nakazu zapłaty egzekucję na prywatny majątek spółnika trzeciego. Ten był bezradny, nakaz był bowiem prawomocny i zarzutów spółnik więcej podnieść nie mógł.

β) By rozstrzygnąć, czy trzeci, wobec którego wyrok jest prawomocny lub nawet wykonalny, może ten wyrok zaczepić, należy uwzględnić, że poprzedni stosunek procesowy przez wniesienie skargi ważnie został zawiązany, że roszczenie ochronne na seryo podniesiono i że uznanie tegoż ważnie uzyskano. Kto skarży osobę do procesu legitymowaną, by uzyskać wyrok skuteczny także przeciw innej, chce być chroniony w swoim roszczeniu, ma zamiar uzyskać wobec trzeciego roszczenie ochronne. Do tego wystarcza wniesienie skargi przeciw temu, kto ma legitymację w procesie. Obojętnem jest przytem, czy ma się zamiar uzyskania ochrony li tylko przeciw pozwanemu¹⁾.

Pozwany jest legitymowany do zastępstwa i swojej osoby i osób innych. Przy stosunkach prawnych pewnego rodzaju zachodzi bowiem spółność, jedna osoba z więcej uprawnionych może, a nawet musi tę spółność zastąpić. Jeżeli przeciw jednemu z tych wspólnie uprawnionych lub przeciw pewnej osobie przez prawo umy-

były podniesione. Do tych dopuszczalnych zarzutów nie zalicza ustawa zarzutu symulacji.

¹⁾ Por. Binder l. c. str. 24 i nast.

ślnie wyznaczonej proces zostaje wytoczony, wówczas ta osoba zastępuje także i każdego trzeciego, trzeci musi uznać za ważny wyrok wydany w procesie, w którym był przez osobę uprawnioną zastąpiony.

By jednak wyrok był wobec trzeciego skuteczny, jest koniecznem, aby zachodził stosunek tego rodzaju, który legitymuje pozwanego do zastępstwa trzeciego; tylko w tym wypadku można przyjąć, że trzeci był w procesie poprzednim należycie zastąpiony. Gdy stosunek taki nie zachodzi, wyrok jest symulowany i przeciw trzeciemu nie jest skuteczny.

By uzyskać wyrok skuteczny przeciw pewnej osobie i wprost przeciw niej na podstawie wyroku bez poprzedniego postępowania wystąpić, zmyśla strona przy pomocy zaufanego stosunek umożliwiający zastępstwo, uzyskuje wyrok, a następnie występuje przeciw trzeciemu. Zwłaszcza przy stosunku najmu używa się zmyślenia stanu prawnego, by narazić najemcę na szkodę. Celem usunięcia najemcy przed umówionym czasem lub przed ukończeniem dłuższego procesu sądowego, wynajmujący stara się w porozumieniu z innym o wniesienie przeciw sobie symulowanego nakazu opróżnienia mieszkania i na podstawie takiego nakazu prowadzi pod firmą podstawionej osoby egzekucję nie tylko przeciw sobie jako wrzekomemu najemcy, lecz i przeciw wynajmującemu, którego się nazywa podnajemcą; taka egzekucya jest po myśli § 568 p. c. możliwą, nakaz opróżnienia i awizacya wystarcza przeciw najemcy, są bowiem wykonalne wprost i przeciw podnajemcy. W tym wypadku jest stosunek najmu zmyślony, podstawiony awizat nie jest wynajmującym.

Jeżeli najem jest rzeczywisty, podnajemca nie ma środka, by przeciw egzekucyi wystąpić, najemca jest bowiem ustawowym zastępcą podnajemcy i do działania uprawnionym, wyrok przeciw niemu zapadły jest skuteczny i przeciw podnajemcy. Tylko wtedy, gdy pomiędzy podnajemcą a wynajmującym zachodzi odrębny stosunek prawny, orzeczenie wobec najemcy nie jest

wobec podnajemcy skutecznem (ost. ust. § 568 p. c.). Jeżeli zachodzi brak stosunku prawnego, któryby uprawniał najemcę do zastępowania podnajemcy, a więc istnieje najem, a nie podnajem, lub też gdy nie istnieje wcale stosunek najmu, lecz inny stosunek prawny, a osoba pozostawiająca inną osobę w używaniu mieszkania chce ją usunąć przez to, że w porozumieniu z trzecią stara się o wniesienie przeciw sobie awizacyi i w ten sposób stara się usunąć osobę w mieszkaniu zostającą, wówczas cały akt jest pozorny i trzeci może wystąpić ze skargą o uznanie aktu przeciw sobie bezskutecznym. Założenie, z którego się wychodzi, a mianowicie, że zachodzi podnajem, że więc orzeczenie wobec najemcy wydane jest skuteczne wprost przeciw trzeciemu, jest mylne, a tem samem odpada i konsekwencya.

W jaki sposób ma jednak trzeci wystąpić, by nie dopuścić do egzekucyi na podstawie aktu symulowanego, na podstawie którego uprawniony wprost przeciw trzeciemu chce prowadzić egzekucyę?

Ponieważ postępowanie, które wobec trzeciego jest skuteczne, zostało ukończzone, przeto może trzeci wystąpić tylko ze skargą przeciw wrzekomu uprawnionemu w szczególności wrzekomu wynajmującemu. Skarga, która przysługuje rzekomemu podnajemcy, nie jest skargą opozycyjną z § 35 o. e., taka skarga bowiem ma za podstawę fakt zaszły po wydaniu wyroku, a który uchyla jego moc egzekucyjną. Taki fakt nie zachodzi. W skardze ma być wykazaniem, że stosunek, który uzasadnia wykonalność wyroku przeciw trzeciemu, nie zachodzi, skarga więc nie jest opozycyjną.

Skarga trzeciego jest skargą zbliżoną do skargi zawierającej opozycyę trzeciego (§ 37 o. e., skarga ex cyndyncyjna), ta skarga bowiem może być wniesioną przez trzeciego, który rości sobie prawo do przedmiotu, na który się prowadzi egzekucyę. Skargą ex cyndyncyjną jednak nie jest skarga trzeciego, bo taką skargę wnosi się wtedy, gdy się prowadzi egzekucyę przeciw pewnej osobie na przedmiot do trzeciej należącej, tu zaś prowadzi

się egzekucję nie na przedmiot trzeciego, lecz i przeciw trzeciemu, należy więc uzyskać orzeczenie tej treści, że wykonalność przeciw trzeciemu nie zachodzi. Skargę tego rodzaju może wnieść trzeci, zanim jeszcze prowadzi się egzekucję przeciw niemu; fakt, że egzekucya grozi, jest już wystarczającym, podczas gdy skargę ekscyndycyjną i opozycyjną wnieść można dopiero w toku postępowania egzekucyjnego. Skarga ma być wniesioną przed forum osobiste, a to nie byłoby właściwem, gdyby skarga była egzekucyjną, dla skarg w toku egzekucyi bowiem rozstrzyga o właściwości przepis § 17 o. e., wobec czego tylko sąd egzekucyjny byłby właściwy. Skarga trzeciego jest skargą *sui generis*, żądanie jej jest skierowane na ustalenie, że wyrok nie jest wobec trzeciego wykonalny, że więc nie zachodzi podstawa wykonalności; skarga taka nie pochodzi ze stosunku, na którym się opiera wykonalność, a więc n. p. najmu, co ze względu na obliczenie czasokresów jest doniosłem ¹⁾.

Wynik więc, do jakiego dochodzimy jest taki, że trzeci, wobec którego jest prawomocnym i wykonalnym wyrok sądowy, może się obronić przeciw wykonalności przez wniesienie skargi z żądaniem stwierdzenia, iż stosunek prawny uzasadniający wykonalność nie zachodzi, albo co na jedno wychodzi, że zachodzi symulacya procesu po stronie stron działających w procesie,

¹⁾ Sąd powiatowy S. I. we Lwowie kilka lat temu miał podobny wypadek rozstrzygnąć. Pewien instytut miał nauczycielkę, która nie chciała z zajmowanego pomieszkania ustąpić twierdząc, że ma w nim przez dwumiesięczny czas pozostać. Wł. uzyskał przeciw instytutowi wypowiedzenie i tem samem chciał nauczycielkę jako w stosunku służbowym do instytutu pozostającą usunąć. Ta wystąpiła ze skargą o uznanie, że awizacya wobec niej jest bezskuteczną. W niższych instancjach sprawę przegrała (I instancya l. cz. C. XII 694/2, II instancya l. cz. Bc. V 295/2), wygrała ją jednak w najwyższym trybunale, który w orzeczeniu z dnia 10. marca 1903 l. 22.022 wyraził zapatrywanie, że dopuszczalnym jest zaczepienie wypowiedzenia, zwłaszcza że, „es gar nicht zweifelhaft sein kann, dass die gedachte Aufkündigung ein blosser Scheinakt sei“.

w którym zapadł wyrok przeciw trzeciemu skuteczny. Wynik ten odpowiada postanowieniu ust. 1 § 36 o. e., jakkolwiek dosłowne brzmienie tego paragrafu nie da się zastosować. Ustawa zezwala na skargę przeciw zezwoleniu egzekucyi, jeżeli się wykaże, że sukcesya nie nastąpiła, intencją jej było odmówić egzekucyi i wtedy, gdy wprawdzie niema mowy o sukcesyi, gdzie jednak na podstawie tytułu egzekucyjnego przeciw innej osobie w tytule niewymienionej ma się prowadzić egzekucję; w tym wypadku trzeciemu musi być dana możliwość wykazania, że nie pozostawał w stosunku uzasadniającym wykonalność tytułu wprost przeciw niemu.

γ) Jeżeli między stronami zachodzi rzeczywisty stosunek, który uzasadnia wydanie tytułu egzekucyjnego skutecznego przeciw trzeciemu, wówczas nie może trzeci bronić się tem, że nie zachodzi podstawa prawna uzasadniająca wydanie tytułu przeciw niemu skutecznego. Wskutek koluzyi stron może jednak trzeci być narażony na szkodę, tak, gdy wynajmujący z najemcą umawia się, że uzyska wypowiedzenie, by podnajemcę usunąć, najemcę jednak nadal przy najmie pozostawić. W tym wypadku nie jest stosunek najmu i podnajmu zmyślony, istnieją one w rzeczywistości, ale zachodzi współdziałanie wynajmującego i najemcy celem wyrządzenia szkody podnajemcy.

Tak samo ma się rzecz, gdy wierzyciel w porozumieniu ze spółnikiem do działania uprawnionym uzyska wyrok przeciw spółce tylko w tym celu, by przeciw spółnikowi innemu wystąpić. Stosunek spółki zachodzi, trzeci spółnik nie może się zatem bronić zarzutem, iż ten stosunek zmyślono.

Czy trzeci może się jednak bronić zarzutem, że zachodzi symulacya w procesie przeciw niemu skutecznym? Zdaniem naszym jest to możliwe.

W procesie poprzednim występowała inna osoba, ta była uprawnioną do działania w zastępstwie trzeciego, to też wyrok jest przeciw niej skuteczny. Trzeci nie musi jednak koniecznie być zastąpiony, może i sam

w procesie występować. Wynajmujący może skarżyć wprost i podnajemcę, wierzyciel nie musi skarżyć spółki, może wystąpić i przeciw poszczególnym spółnikom. Trzeci, przeciw któremu wyrok jest skuteczny, może więc być stroną w procesie, który się odnosi do procesu poprzedniego.

Proces poprzedni był symulowany, strony, które w nim występowały, mogą wyrok z powodu symulacji zaczepić. To samo prawo przyznać należy i trzeciemu, z tem jednak ograniczeniem, że zaczepienie dotyczy tu tylko skuteczności wyroku wobec niego. Trzeci może zatem odwrócić od siebie skutki symulacji procesu przez osoby inne.

Trzeci może jednak ponadto wystąpić z żądaniem odszkodowania przeciw osobom, które w poprzednim procesie działały. Proces odszkodowawczy wtedy zwłaszcza będzie konieczny, gdy wierzyciel na podstawie wyroku uzyskał już zaspokojenie ¹⁾.

B) Wpływ wyroku symulowanego na stosunki ekonomiczne trzeciego.

1) Gdzie wyrok nie jest wprawdzie skuteczny wobec trzeciego, gdzie jednak stwarza dla niego niekorzystną sytuację ekonomiczną, tam zachodzi potrzeba ochrony trzeciego przed skutkami wyroku ²⁾.

¹⁾ Skargę odszkodowawczą ze strony trzeciego musimy przyjąć jako dopuszczalną nawet, gdybyśmy przyjęli, że trzeci wyroku z powodu działania in fraudem nie może zaczepić. Trzeci został bowiem już wskutek tego, że doprowadzono do wyroku przeciw niemu skutecznego, na szkodę narażony (Mendelsohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft str. 355), może więc domagać się odszkodowania. Wynagrodzenie szkody polega przede wszystkim w tem, że się przywraca stan pierwotny, dopiero gdy to nie jest możliwe, ma być szkoda pokryta w relutum pieniężnem (Pfaff, Zur Lehre vom Schadenersatz und Genugthung nach oest Rechte w Drei Gutachten 1880 str. 90 i n.). Żądanie trzeciego ma zatem opiewać na to, aby upoważniony rzekł się praw nabytych na podstawie wyroku i ich nie dochodził.

²⁾ Niektórzy przyjmują, że trzeci może zaczepić interes symulowany z powodu oszustwa (Unger l. c. T. II str. 119, Hasenöhrl l. c. I str. 511.

Dwa wypadki odróżnić należy: raz wypadek, gdzie wskutek wyroku sądowego wierzyciel traci zaspokojenie dla swej pretensyi pieniężnej, powtórze, gdzie uprawniony utracą przedmiot należny mu od zobowiązanego.

2) Gdzie wierzyciel traci zaspokojenie dla swej pretensyi pieniężnej wskutek wyroku symulowanego, tam daje wierzycielowi ochronę ustawa z 16. marca 1884 Nr. 36 dz. u. p. o zaczepieniu aktów prawnych, dalej i ordynacya egzekucyjna.

a) Ustawa o zaczepieniu aktów prawnych nadaje wierzycielowi względnie zarządcy masy konkursowej prawo uznania aktów prawnych przez dłużnika z inną osobą dokonanych za bezskuteczne, by w następstwie wszelkie korzyści, które drugi kontrahent dłużnika osiągnął, poddać zaspokojeniu pretensyi wierzyciela.

Wedle § 12 cyt. ustawy może nastąpić zaczepienie aktu prawnego, chociaż uzyskano dla tegoż wykonalny wyrok, wykonalną ugodę lub inny tytuł egzekucyjny. Zaczepieniu podlega jednak nie wyrok lub inny tytuł egzekucyjny, lecz akt, który był podstawą aktu sądowego, dopiero z jego unieważnieniem traci moc skuteczną także wyrok, który jednak *inter partes* *judicium facit*, jak się motywa rządowe wyrażają ¹⁾.

Jakkolwiek więc w wypadku w § 12 cyt. ust. omówionym wyrok sam nie ulega zaczepieniu, to jednakowoż traci on moc przez zaczepienie aktu tak, że pośrednio symulowany względnie jemu na równi stojący wyrok może być uchylony. Ale i sam wyrok sądowy może być wprost zaczepiony. Wedle § 13 cyt. ust. mogą być zaczepione orzeczenia sądowe pod warunkami w §§ 2 i 3 l. i wymienionymi, jeżeli zapadły przeciw dłużnikowi z powodu, że zaniechał obrony lub nie korzystał ze

¹⁾ Steinbach, Kommentar zu den Gesetzen vom 16. März 1884 über die Anfechtung von Rechtshandlungen (drugie wydanie z r. 1884) str. 77. Zaczepienia wyroku skargą nie potrzeba (Till, Zasady materyalnego prawa konkursowego austr. 1907 str. 149), samo zaczepienie wyroku bez zaczepienia aktu jest niedopuszczalne.

środków zaczepnych lub obronnych, lub też korzystał z nich, lecz nienależycie. Steinbach l. c. str. 83 jest zdania, że w tym wypadku przedmiotem zaczepienia nie est orzeczenie sądowe, lecz zaniechanie obrony ze strony dłużnika i że dopiero wskutek tego zaniechania także i orzeczenie zostaje zaczepionem ¹⁾). Na podobnem stanowisku stoi Krasnopolski ²⁾ i przyjmuje, że przedmiotem zaczepienia nie jest orzeczenie sądowe, nie jest zaniechanie obrony, ale skutki prawne, które zachodzą w majątku dłużnika, a które zaniechaniem dłużnika zostały spowodowane.

Zdaniem naszym w wypadku z § 13 cyt. ust. przedmiotem zaczepienia jest orzeczenie sądowe, ono stwarza pewne skutki prawne, ono jest też aktem prawnym ³⁾). Wedle § 12 cyt. ust. tam, gdzie orzeczenie sądowe opiera się na akcie, nie jest osobne zaczepienie orzeczenia potrzebnem, wystarczy zaczepienie aktu, inaczej, gdzie osobnego aktu niema, gdzie samo orzeczenie stwarza niekorzystne skutki. Tu ustawa daje możność zaczepienia samego orzeczenia w oszukańczy sposób uzyskanego i uznania go za bezskuteczne. Gdzie akt sądowy uzyskany został z powodu zaniechania obrony przez dłużnika, można tylko orzeczenie końcowe zacząć, nigdy nie można w procesie zaczepnym żądać dokonania w miejsce dłużnika zaniechanych aktów procesowych. Jakkolwiek zaniechanie jest powodem zaczepienia, to jednak spowodowało ono skutki prawne, a mianowicie orzeczenie sądowe, nie można przywrócić procesu do pierwotnego stanu, a ponad to nie miałoby to celu. W razie unieważnienia zaniechania należałoby dalej pro-

¹⁾ Wpływem tego zapatrywania jest, że nie chwila wydania orzeczenia, lecz chwila zaniechania rozstrzyga przy obliczeniu czasokresu, w którym zaczepienie można dokonać. Por-Till l. c. str. 161.

²⁾ Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach oesterr. Rechte 1889 str. 16.

³⁾ Tak Menzel, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach oesterr. Rechte 1886 str. 90.

ces prowadzić i w nim działać, do tego jest tylko dłużnik uprawniony, dłużnika zaś zmusić do działania nie można; wierzycielowi zaczepiającemu nie chciała ustawa nadać prawa działania w procesie w miejsce strony. Obecnie w razie zajęcia pretensyi i po uzyskaniu przekazu jest działanie wierzyciela w miejsce dłużnika dopuszczalne, wierzyciel ma ściągnąć pretensyę zamiast dłużnika, aby zapobiedz niekorzystnemu działaniu ze strony tegoż; w czasach, kiedy ustawę o zaczepieniu aktów prawnych uchwalono, ustawodawstwo do tego jeszcze nie doszło. Wobec tego nic nie pozostaje, jak zaczepienie samego wyroku.

Rozumie się, że z samego unieważnienia wyroku strona nic osiągnąć nie może, jeżeli na podstawie wyroku sądowego nastąpiła zmiana majątkowa. W tym wypadku należy iść dalej, wierzyciel może żądać obok zaczepienia aktu także i zwrotu tego, co trzeci na podstawie aktu sądowego uzyskał, może zatem wystąpić z kondykcją przeciw trzeciemu ¹⁾.

¹⁾ Gdzie nie zachodzą wymogi zaczepienia przez wierzyciela wyroku wydanego na niekorzyść, dłużnika może wierzyciel przez zajęcie roszczenia dłużnika przeciw trzeciemu o unieważnienie wyroku lub innego aktu pozornego i zwrotu korzyści uzyskać zaspokojenie. Po uzyskanym przekazie do ściągnięcia może wierzyciel w miejsce dłużnika dochodzić jego praw; po uzyskanym wyroku może przedmiot odebrany trzeciemu poddać egzekucyi, przedmiot bowiem stał się napowrót majątkiem dłużnika. (Por. Menzel l. c. str. 102).

Jak z jednej strony wierzyciel może dochodzić praw dłużnika i w ten sposób przez zaczepienie w zastępstwie dłużnika dojść do zaspokojenia, tak z drugiej strony może strona, gdy zaczepienie aktu dla niej jest z trudnościami połączone, przez podstawienie wierzyciela zaczepić akt prawny przez się dokonany. Przez podstawienie wierzyciela i zaskarzenie pod tegoż imieniem przeciw sobie pretensyi, oraz po uzyskaniu tytułu egzekucyjnego, wykazaniu braku zaspokojenia zaczepić może więc strona wyrok symulowany, może zatem drogą pośrednią osiągnąć to, czego wprost uzyskać nie może. Zdaniem naszym może przeciwnik strony zaczepiającej, jeżeli idzie o zaczepienie aktu, którego strony same zaczepić nie mogą, podnieść skutecznie zarzut koluzyi. Tak też przyjmuje Mendelsohn-Bar-

b) Możliwość zaczepienia orzeczenia sądowego daje ordynacja egzekucyjna, która znaczne poczyniła zmiany w prawie prywatnem. Wedle ustawy cywilnej nie zachodzi między wierzycielami hipotecznymi żadna łączność. Wierzyciel późniejszy nie może się domagać, by poprzedni wierzyciel, któremu nie przysługuje pretensya lub którego pretensya zgasła, zezwolił na wykreślenie uzyskanego prawa zastawu, a tem samem późniejszemu wierzycielowi umożliwił uzyskanie lepszego pierwszeństwa ¹⁾).

Inaczej ma się rzecz wedle ordynacji egzekucyjnej. W toku postępowania egzekucyjnego ma wierzyciel możność zaczepienia pretensyi poprzedniej z powodu, że nie istniała lub zgasła (art. 28 ustawy wprowad. do ord. egz.), może domagać się wykreślenia tej pretensyi, ale o tyle, o ile jego pretensya jest wykonalną ²⁾. W toku postępowania działowego może wierzyciel późniejszy zgłosić opozycję przeciw pretensyi poprzedniej i może dla wykazania słusznej swej opozycji wytoczyć skargę (§ 231 o. e.).

W wypadku, w którym wierzyciel późniejszy występuje ze skargą przeciw pretensyi poprzedniej, opartej na wyroku sądowym, zaczepia on nie tylko pretensyę, ale także i wyrok sądowy, który daje tytuł egzekucyjny. Wierzyciel poprzedni nie może się powołać na swój

tholdy l. c. str. 357 i n.; Hellwig, Wesen und subj. Begr. der Rechtskraft str. 90 i n.

¹⁾ Fischer-Colbrie, Die Anfechtung von Hypotheken durch Nachhypothekare nach oesterr. Rechte 1902 str. 1—39. („Vom Standpunkte des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, abgesehen von dem Eingreifen executionsrechtlicher Normen, gilt der Satz als ein ausnahmsloser, dass ein Hypothekargläubiger kein Recht hat, auf Löschung einer Vorhypothek zu klagen“, str. 37). Wierzyciel późniejszy nie ma więc prawa uzyskania lepszego pierwszeństwa (Vorrückungsrecht), uzyskanie w razie wykreślenia poprzedniego prawa zastawu jest wpływem faktycznego stanu rzeczy. (Inaczej Till, Der Entwurf einer oester. Zivilgesetznovelle 1908 str. 21).

²⁾ Por. Fischer-Colbrie l. c. str. 50 i n.

wyrok i na jego prawomocność, i wyrok więc podlega zaczepieniu ¹⁾).

Zaczepienie na podstawie ordynacyi egzekucyjnej jest odmienne od zaczepienia wedle ustawy o zaczepieniu aktów prawnych, tak co do warunków, jak i co do sposobu ²⁾).

3) Jeżeli nie idzie o wierzytelność pieniężną, nie ma zastosowania ustawa z roku 1884 o zaczepieniu aktów prawnych.

¹⁾ Jeżeli proces był symulowany, może wierzyciel późniejszy podnieść zarzut przeciw wyrokowi. Kohler (w Archiv f. z. Pr. T. 80 str. 161, 162 i 171), jest zdania, że symulacya obowiązuje do niekorzystania z prawa prowadzenia egzekucyi, zarzut symulacyi może więc podnieść tylko dłużnik, nie zaś wierzyciel, temu przysługuje tylko skarga zaczepna przeciw wierzycielowi poprzedniemu. Przy aktach wykonalnych nadaje Kohler późniejszemu wierzycielowi prawo podniesienia zarzutu symulacyi. Narazić wierzyciela na szkodę można nietylko przez wcześniejszy, lecz i przez późniejszy wpis. Zdarza się, że tam, gdzie cena kupna wystarcza na pokrycie więcej jak trzech-letnich odsetek, a więc po myśli § 217 o. e. z ceny kupna do zapłaty przypadających, intabuluje właściciel za porozumieniem z trzecią podstawioną osobą prawo zastawu dla wyczerpania całej zwyczajnej ceny kupna i w ten sposób pozbawia wierzyciela odsetek. Poprzedni wierzyciel może wpis zaczepić, co do odsetek ponad 3 lata jest on wierzycielem późniejszym.

²⁾ O § 231 o. e. por. Walker, Grundriss des Executions-rechtes 1905 str. 94; Fischer-Colbric l. c. str. 77 i nast. Petschek l. c. str. 72 uważa skargę z § 231 o. e. jako: „Abwehr fremden Teilnahme Anspruches, sei es schlechthin, sei es seiner Durchschlagskraft (Bestreitung der Höhe des Anspruches, oder der Rangordnung) oder sie ist falls es an einer Anmeldung, d. h. der Eigenausübung des Theilnahmeanspruches fehlt, Abwehr der Officialberücksichtigung des fremden Anspruches“.

Skargę może wnieść wierzyciel tylko, gdy zgłosił opozycję w toku postępowania działowego. Prawo nadaje wierzycielowi możność wniesienia skargi i po terminie w uchwałę działowej zakreślonym. W tym wypadku skarga może być wniesioną tylko przez wierzyciela, który zgłosił opozycję, kto jej nie zgłosił, nie może więcej wystąpić przeciw wierzycielowi poprzedniemu (Kohler w Archiv für die zivilistische Praxis T. 80 str. 173 i n., który podnosi słusznie, że nie można pozostawić stanu

Wypadek, który tu zaliczyć należy, zdarza się codziennie. Właściciel przedmiotu sprzedaje go pewnej osobie, a po dokonaniu sprzedaży sprzedaje go innej, oraz oddaje w posiadanie lub zezwala na intabulację; w myśl przepisu § 440 u. c. przyznaje się prawo własności temu, kto pierwiej objął przedmiot w posiadanie, względnie przy nieruchomościach został zaintabulowany, chociaż o poprzód zawartej umowie miał nawet wiadomość. Często obiera się formę sądową, by pierwszego nabywcę narazić na szkodę. Drugi nabywca skarży sprzedawcę, uzyskuje w porozumieniu z nim wyrok sądowy i na podstawie tegoż obejmuje przedmiot. Rozumie się, że we formę procesu ubiera się drugą sprzedaż, względnie pozorny akt przeniesienia, celem wyrządzenia szkody temu, kto pierwszy kupił nieruchomość. Czy jednak pierwszy nabywca nie ma możliwości wystąpić przeciw działaniu na jego szkodę obliczonemu?

Wedle zdania powszechnie obowiązującego nie może pierwszy kupujący wystąpić przeciw drugiemu. W nowszych czasach zmieniło się to zapatrywanie. Sprzedawca, nie dopełniając wobec pierwszego kupującego umowy i sprzedając przedmiot innemu, wyrządza mu szkodę, kto zaś, wiedząc o dokonanej sprzedaży, nabywa przedmiot, współdziała przy dokonaniu deliktu i dlatego razem ze sprzedawcą odpowiada. Gdy szkoda ma być wynagrodzoną w pierwszym rzędzie przez przywrócenie naturalne do pierwotnego stanu, przeto drugi nabywca winien oddać przedmiot pierwszemu kupującemu ¹⁾).

Zdanie to uważamy za całkiem słuszne, każdy akt obliczony na szkodę innych osób interesowanych albo jest nieważny, albo też czyni działającego odpowiedzialnym za szkodę.

Sprawa nie zmienia się w niczem, jeżeli drugi kupujący lub podstawiona osoba prowadzi proces symulowany ze sprzedającym, który po dokonanej sprzedaży nie chce

niepewnego przez czas dłuższy, a takiby istniał w razie dopuszczalności zaczepienia przez czas dłuższy).

dopełnić umowy względem kupującego i następnie na podstawie korzystnego wyroku uzyskać wpis prawa własności. Pierwszy nabywca może wystąpić przeciw drugiemu, a na zarzut, iż tenże przedmiot nabył wskutek wyroku, może zarzucić, że proces był symulowany, obliczony na wyrządzenie szkody. Wskutek tego zarzutu drugi nabywca odpowiada tak, jakby odpowiadał, gdyby nabycie odbyło się bez użycia formy wyroku.

C) Osiągnięcie pewnych korzyści prawnych zapomocą symulacji.

Ustawa nadaje w niektórych wypadkach wierzycielowi prawo dochodzenia zaspokojenia przeciw współkontrahentowi dłużnika mimo, że dłużnik prawa takiego nie posiada. To postanowienie ustawy prowadzi do aktów symulowanych, kontrahent zmyśla pretensję trzeciego, który występuje jako wierzyciel i jako taki osiąga dla swego wrzekomego dłużnika korzyści, jakich ten osiągnąć nie może. Rozumie się, że akcja wierzyciela obliczoną jest na działanie in fraudem legis.

1) Wierzyciel spółnika jawnego i komandytowego może, gdy egzekucya na jego majątek prywatny pozostała bez skutku, zająć pretensję spółnika, jaka mu po rozwiązaniu spółki przypadnie, a następnie może wypowiedzieć stosunek spółki przed umówionym czasem i żądać rozwiązania (art. 126 i 170 u. h.) ¹⁾; wierzyciel członka stowarzyszenia zarobkowego i gospodarczego z nieograniczoną poręką może po bezskutecznie przeprowadzone egzekucyi zająć udział na wypadek wystąpienia, a następnie po wypowiedzeniu domagać się wystąpienia członka ze stowarzyszenia (§ 59 ust. z dnia 9. kwietnia

¹⁾ Już zajęcie praw spółnika na wypadek rozwiązania spółki, a nie tylko wypowiedzenie jest zawisłem od bezskuteczności egzekucyi na prywatny majątek spółnika. Por. Randa, Das oest. Handelsrecht 1905 II str 23 Nr. 17.

1873 Nr. 70 Dz. u. p.) ¹⁾; wedle ustawy z dnia 6. marca 1906 Nr. 58 Dz. u. p. może być przez sąd dokonaną egzekucyjna sprzedaż udziału w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, jakkolwiek sprzedaż dobrowolna może nastąpić tylko za zezwoleniem spółki (§ 76).

We wszystkich wymienionych wypadkach sam uprawniony nie może rozwiązać spółki, nie może wycofać udziału, nie może go pozbyć, ale prawa te są przyznane wierzycielom.

Gdy więc spółnik chce przed ustanowionym czasem rozwiązać spółkę, a w drodze dobrowolnej celu dopiąć nie może, prowadzi przez podstawioną osobę przeciw sobie egzekucję, która wypada bezskutecznie, wierzyciel bowiem niczego u dłużnika nie znachodzi, a protokół egzekucyjny okoliczność tę stwierdza, poczem zajmuje prawa spółnika na wypadek rozwiązania i dokonuje wypowiedzenia i rozwiązania spółki ²⁾.

¹⁾ I przy stow. zarob. i gosp. z ograniczoną poręką przyjmuje to Randa l. c. str. 24 i 168—169, Polltzer, Das oest. Handelsrecht str. 310 Nr. 1.

²⁾ Prawo wypowiedzenia przyznane wierzycielowi jest samoistnem a nie jest wykonaniem prawa, które przysługuje egzekutowi, wierzyciel może bowiem wypowiedzieć spółkę i przed czasem, na który zawartą została, a które to prawo dłużnikowi nie przysługuje (Stross, Das oest. Genossenschaftsrecht 1887 str. 190). Wobec tego, że prawo wierzyciela jest samoistnem, nie jest potrzebnem do wypowiedzenia z jego strony upoważnienie sądu egzekucyjnego, jakie w razie, gdy idzie o wykonanie praw dłużnika po myśli § 333 ord. egz., jest wymaganiem. (Por. Tilsch, Der Einfluss der Civilprocessgesetze auf das materielle Recht, 2 wyd. 1901 str. 281 i 282). Po upływie czasu wypowiedzenia mają być dokonane czynności, jakich się dokonuje w razie rozwiązania spółki, ma więc być przeprowadzoną likwidacya spółki. Do tego jest uprawniony spółnik, a więc dłużnik, wierzyciel sam nie może czynności dokonać, chyba, że wprzód uzyska przekaz praw spółnikowi przysługujących. Jeżeli więc po upływie czasu wypowiedzenia w miejsce spółnika ma wkroczyć wierzyciel, jest potrzebną ingerencya sądu egzekucyjnego.

W ten sposób przez obranie pozornej egzekucyi spółnik ma osiągnąć korzyść, jakiejby zresztą nie osiągnął, a drugi spółnik (wzg. stowarz. zarobk. i gosp.) ma być na szkodę narażony.

Zdaniem naszym przeciwnik wrzekomego egzekuta nie może być przez akt procesowy na szkodę narażony. Spółnik może podnieść zarzut, że nie zachodzą wymogi wypowiedzenia spółki, może odesłać wierzyciela do majątku prywatnego i wykazać, że wrzekomy egzekut posiada majątek, n. p. nieruchomości lub depozyt, na który egzekucyi nie prowadzono ¹⁾. W ten sposób może spółnik wykazać brak wymogu rozwiązania spółki, akt wobec dłużnika dokonany nie jest na rzecz wierzyciela przeciw spółnikowi dłużnika ważnym.

Przeciw żądaniu rozwiązania spółki względnie przeciw żądaniu wypłaty udziału może spółnik podnieść i inny zarzut, a mianowicie zarzut pozorności aktu obliczonego na obejście ustawy, może zarzucić, że wierzyciel działał w porozumieniu z dłużnikiem i na jego korzyść, a więc domagać się dalszej kontynuacyi spółki.

Przy spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością może spółka w toku postępowania egzekucyjnego zarzucić symulację, sąd egzekucyjny ma wówczas badać, czy ta zachodzi, a w razie stwierdzenia winien sąd postępowanie egzekucyjne zastanowić ²⁾.

2) Wierzyciel może w razie zajęcia pretensyi domagać się od wrzekomego dłużnika zobowiązanego, aby się oświadczył, czy pretensyę uznaje i udzielił informacji co do innych stanowczych okoliczności (§ 301 o. e.).

Takie prawo nie przysługuje osobie, która rości sobie pretensyę. Dłużnik nie ma obowiązku uznania

¹⁾ Wedle kod. handl. niem. uprawnia bezskuteczność egzekucyi mobilarniej do zajęcia praw spółnikowi przysługujących na wypadek rozwiązania.

²⁾ Spółnik nie ponosi szkody z powodu odmówienia, odstąpienie bowiem udziału może się odbyć za zezwoleniem sądu handlowego po myśli § 77 cyt. ust., mimo że wedle umowy do przeniesienia potrzebnem jest zezwolenie spółki.

pretensyi, prawa prywatnego na uznanie nie ma, to też nie ma sankcyi na to, gdy dłużnik samemu pretendentowi odmówi odpowiedzi ¹⁾.

Obowiązek oświadczenia się na wezwanie wierzyciela osoby uprawnionej daje sposobność do wyzyskania tej formy, by od osoby zobowiązanego uzyskać oświadczenie. Wystarcza, by osoba zaufana prowadziła egzekucję przez zajęcie pretensyi i żądała od wrzekomego dłużnika zobowiązanego oświadczenia, w ten sposób może roszczący sobie pretensyę osiągnąć to, czego by bez pozornej egzekucyi nie mógł uzyskać.

Cel jednak tylko częściowo może być osiągnięty, dłużnika zobowiązanego nie można wprost zniewolić do oświadczenia się, w razie nieoświadczenia się lub zapodania fałszywych okoliczności odpowiada dłużnik zobowiązanego wierzycielowi tylko za szkodę.

Jeżeli egzekucya jest pozorną i ma na celu tylko uzyskanie informacji dla wrzekomego zobowiązanego, o szkodzie po stronie wierzyciela mowy niema; gdyby więc wierzyciel ze skargą odszkodowawczą wystąpił, może trzeci dłużnik zarzucić, że akt zajęcia był pozorny, zaczem nie ma mowy o odpowiedzialności za szkodę.

D) Wpływ dowodów przeprowadzonych w procesie symulowanym na procesy inne.

1) Dowody przeprowadzone w procesie symulowanym nie mogą być zużytkowane w procesie innym, w którym działają osoby inne albo nawet i te same.

¹⁾ Obowiązek udzielenia informacji jest obowiązkiem czysto procesowym, z czego wynika, że uznanie pretensyi ze strony trzeciego dłużnika wobec wierzyciela nie jest jeszcze uznaniem wobec zobowiązanego, ani też przyznaniem pozasądowym (Petschek, Die Zwangsvollstr. in Ford. n. oest. R. 1901 I str. 339 i 340); że obowiązek nie jest obowiązkiem materialno-prawnym, w szczególności wpływem obowiązku świadczenia, to wynika z tego, że obowiązek udzielenia informacji zachodzi i tam, gdzie pretensyi niema, sankcya ustawowa na nieoświadczenie ma być i w tym wypadku stosowaną.

O ile w procesie nowym występuje osoba inna, dowód z procesu poprzedniego jest pozbawiony znaczenia, strona nie brała udziału przy przeprowadzeniu dowodu i nie mogła korzystać z przysługującego jej prawa stawiania pytań (§ 289 p. c.), a tego doniosłego dla strony prawa nie można jej pozbawić. To też w procesie ponownym dowód należy przeprowadzić tak, jak gdyby wcale go jeszcze nie przeprowadzono, a nie można dowodu przeprowadzić przez odczytanie protokołów przeprowadzonych poprzód dowodów ¹⁾.

2) Kwestyę dowodów w procesie symulowanym przeprowadzonych, a która wyłącznie w stosunku do władz skarbowych jest doniosłą ²⁾, należy i z innego

¹⁾ Stronom idzie nie tyle o dowody, ile o stwierdzenie faktu w procesie symulowanym, by go następnie zużytkować. Takiego stwierdzenia jednak strony nie mogą osiągnąć, wyrok sądowy może ustalić tylko stosunek prawny, a nie prawdziwość lub nieprawdziwość faktów, ustalenia ich w wyroku nie mają prawomocności nawet między stronami (Unger, System des oest. Privatr. II (1876, 4 wyd.) str. 621 i n.; inaczej Burekhard, System des oest. Privatr. II (1884) str. 628 do 630); ustawa zezwala tylko na ustalenie jednego faktu, a mianowicie autentyczności lub nieautentyczności dokumentu (niektórzy przyjmują, że i tu skarga dotyczy ustalenia stosunku prawnego, że więc jest dopuszczalną tylko tam, gdzie dokument ucieleśnia stosunek prawny, przeciw temu Hellwig, Anspruch und Klagrecht 1900 str. 399 uw. 3). Ze względu na to, że ustalenie faktów w sposób niezbity jest potrzebne, oświadczają się niektórzy za dopuszczeniem de lege ferenda osobnego procesu o ustalenie faktu, tak Beling, Informativprocesse 1907 str. 21 i n.; taki proces miałby być wdrożonym na żądanie każdego, kto ma interes osobisty w ustaleniu (str. 36), a ustaleniu faktu należałoby przyznać moc skuteczności wobec każdego, chyba żeby nowe środki dowodowe zostały naprowadzone (str. 32 i n.).

²⁾ Jeżeli w punktacyach zawartych co do nieruchomości jest wymienioną jako kupująca osoba x, a następnie kontrakt opiewa na rzecz osoby y jako kupującej, przypadają od interesu dwie należitości, chyba że się wykaże pełnomocnictwem legalizowanym opiewającym na rzecz osoby x przez osobę y ze-znanem, że istnieje upoważnienie do zawarcia umowy z czasu przed podpisaniem punktacyi. Ponieważ takiego dowodu nie można dostarczyć, strony prowadzą proces mający na celu

jeszcze punktu widzenia ocenić. Proces symulowany jest nieważny, stosunek procesowy nie mógł wcale powstać. Wszystko, co zostało dokonane w procesie nieważnym, jest pozbawione znaczenia, zaczem też i z dowodów użytku robić nie można.

Za tem, że dowody w procesie nieważnym przeprowadzone są pozbawione znaczenia, przemawiają przepisy procedury cywilnej. W myśl § 412 ustęp 2 p. c. dowody w procesie przeprowadzone mają być w razie zmiany senatu zużytkowane, a to samo ma być stosowane, gdy sąd odwoławczy znosi wyrok pierwszej instancji z powodu niewłaściwości i sprawę przekazuje sądowi właściwemu (§ 476 p. c.)¹⁾.

Jeżeli jednak sąd odwoławczy z powodu zachodzącej nieważności znosi wyrok pierwszej instancji (§ 478 p. c.), wówczas nie można korzystać z materiału w procesie nieważnym zebranego przy rozprawie ponownej (Odpow. ministr. do § 478 punkt 3).

§ 8.

De lege ferenda.

1) Proces symulowany ma wielką doniosłość w rozwoju prawa, przyczynił się bowiem do tego, że milcząco zniesiono z biegiem czasu niejedno ograniczenie prawne, które ogół już dawno uważał za uciążliwe, które

stwierdzenie faktu umocowania, by władzy skarbowej dostarczyć dowód, że punktacye zostały zawarte na rzecz tej osoby, która jest w kontrakcie wymienioną, że więc zaszła pomyłka we wymienieniu osoby. Skarga mająca proces wywołać opiewa na ustalenie, kto był kontrahentem właściwym przy punktacyach.

¹⁾ W tym wypadku proces jest poniekąd dalszym ciągiem procesu przed sądem niewłaściwym przeprowadzonego, to też przepis § 138 p. c. ma być stosowany. Wyjątek w § 476 p. c. wymieniony, a mianowicie dopuszczalność nowych twierdzeń i dowodów, jak niemniej dokonanie zaniedbanych czynności, wynika z tego, że rozprawa odbywa się przed sądem właściwym, zaczem wszelkie czynności powinny być dopuszczalne.

formalnie wedle litery ustawy nadal obowiązywało, które jednak obchodzono z konieczności, nie mogąc prawa dawnego, uważanego za święte i niezmiennie, wyraźnie zmienić ¹⁾.

Tego znaczenia obecnie procesowi symulowanemu przyznać nie możemy nawet tam, gdzie zachodzi konieczna potrzeba zmiany przepisów prawnych.

Stanowisko naszych czasów wobec prawa jest inne, niż w czasach dawniejszych ²⁾. Nie uważamy prawa jako niezmiennie, przeciwnie pojmujemy, że prawo nie jest czymś nam nadanem i wrodzonym, uważamy je za wpływ stosunków życiowych, krystalizację tego, co z istniejących stosunków jako norma wypływa. Prawo ulega więc zmianie ze zmianą stosunków ekonomicznych i społecznych, a zmiany tej dokonuje się otwarcie i nie używa fikcyi, że prawo dawne nadal obowiązuje, jeżeli stosujemy odmienne postanowienia. To też dążnością naszą powinno być, gdy prawo jest nieodpowiedniem, starać się o jego zmianę. Jak długo jednak obowiązuje pewien przepis prawny, nie wolno nam dopuszczać do tego, by formy nadużywano dla odmiennej treści. Przeciw symulowanemu procesowi należy więc wystąpić, chociażby cel, dla którego ma on służyć, nie był nieetycznym.

¹⁾ Badania nad prawami rozmaitych ludów wykazują posługiwanie się formą procesu symulowanego dla obejścia, a właściwie zmiany prawa. Por. Hazeltine, *Die Geschichte des englischen Pfandrechtes* 1907 str. 162, który podnosi, że w Anglii przeprowadzano proces symulowany, by umożliwić przeniesienie własności nieruchomości, a ponadto dzierżawcy nadać ochronę rzeczową w miejsce obligatoryjnej.

²⁾ I u nas są zakorzenione poglądy prawne, pochodzące z czasów dawniejszych. Por. Mauczka, *Altes Recht im Volksbewusstsein* 1907 (odnośnie do procesu str. 8 i n.). Poglądem prawnym procesowym, który nie odpowiada ustawie, jest powszechne zdanie, że sędzia może zmusić wierzyciela do tego, aby przyjął zapłatę w ratach, a nie na raz. O tym poglądzie M. nie wspomina.

2) W tem, by procesu symulowanego nie prowadzono, ma ogół interes. Mamy tu jeden z wielu wypadków, w których na polu prawa prywatnego, a względnie tam, gdzie interesy prywatno-prawne mają być rozpatrywane, zachodzi interes publiczny¹⁾. Wypadki tego rodzaju nie są rzadkie. Gdzie idzie o ważność lub rozwiązanie małżeństwa, gdzie idzie o ślubność pochodzenia, zachodzi interes publiczny obok prywatnego i dlatego baczny jest na to, aby strony dowolnie nie doprowadziły do orzeczenia nieodpowiedniego. Taki interes publiczny zachodzi i przy każdym procesie symulowanym, skutki jego mogą być zgubne dla samych stron; cóż dopiero mówić o osobach trzecich, gdy proces bywa prowadzony, aby trzeciego na szkodę narazić! Trzeciego, który o procesie nie ma wiadomości, należy od szkody ochronić, to też powinien istnieć środek ochronny przeciw skutkom symulacyi procesu.

3) Przestrzeganie interesu publicznego w prawie prywatnem odbywa się w rozmaity sposób. Albo dopuszcza się postępowanie z urzędu, albo nadaje się każdemu prawo wystąpienia (*quavis ex populo*), albo też wreszcie ustanawia się osobny organ dla strzeżenia praw. Organ ten powołuje się w poszczególnych wypadkach, jak przy ustanowieniu kuratora ślubności pochodzenia (§ 158 u. c.)²⁾ lub obrońcy węzła małżeńskiego, albo też zezwala się organowi dla strzeżenia praw państwowych ustanowionemu na wystąpienie przeciw czynności, która ogół na

¹⁾ Por. Steinbach, *Vertretung der öffentlichen Interessen auf dem Gebiete des Privatrechtes* 1902 str. 6 i n.; Hirsch, *Grenzfragen des öffentlichen und privaten Rechts* 1907 str. 41 i nast.

²⁾ Charakter publiczny kuratora ślubności pochodzenia okazuje się, jeżeli w toku procesu o nieślubność pochodzenia dziecko umiera. Spadkobiercy nie mogą wstąpić w proces o uznanie nieślubności pochodzenia, kurator ma go nadal popierać, nie jest on bowiem kuratorem z § 271 u. c., którego ustanawia się w razie kolizyi majątkowej między rodzicami a dziećmi, lecz organem publicznym, który w interesie publicznym, a nie tylko w interesie samego dziecka ma współdziałać

szkodę naraża. Organem tym jest prokuratorya państwa (w Niemczech) ¹⁾, u nas prokuratorya skarbu jest powołaną nie tylko do zastępowania państwa w sprawach prywatnych, lecz ma wystąpić tam, gdzie interes publiczny jest zagrożony, chociaż prawa państwa, o ile są majątkowe, nie są dotknięte.

To wynika obecnie niewątpliwie z instrukcyi dla prokuratoryi skarbu ²⁾, ale i przed jej wydaniem uznawały sądy legitymację prokuratoryi skarbu do występowania w interesie publicznym, np. do wnoszenia rekursu od bezprawnego wpisu do rejestru stowarzyszenia zarobkowego i gospodarczego, gdzie więc interes publiczny jest przez wpis zagrożony.

a) Prokuratoryi skarbu należy przyznać prawo wystąpienia przeciw temu, by proces pozorny prowadzono. Tam, gdzie interes państwa jest na szwank narażony, a więc gdzie proces symuluje się w celach ukrócenia należytości, już obecnie prokuratorya skarbu ma prawo przystąpienia do procesu. Od kwestyi, czy umowa co do nieruchomości przyszła do skutku, czy nie, zależy rozstrzygnięcie kwestyi, czy należytość przypada, zachodziłby więc interes prawny w przystąpieniu ³⁾ i prokuratorya skarbu mogłaby do procesu przystąpić w charakterze interwenienta.

Interwencya prokuratoryi skarbu jest doniosłą także i tam, gdzie symuluje się proces w celu uzyskania wyroku co do stanu osobowego. W tej kwestyi jest ogół interesowany, nie idzie bowiem o prawa majątkowe stron, które dla ogółu są obojętne, lecz o prawa fami-

¹⁾ Hirsch l. c. str. 42 zaznacza, że prok. państwa w procesach małżeńskich prawie nie działa.

²⁾ Ustę p III § 2 rozp. min. z d. 9. marca 1898 Nr. 41 Dz. u. p. Prokuratorya skarbu jest ograniczoną o tyle, że władza interesowana winna jej interwencji zażądać, by wystąpienie w drodze sądowej było dopuszczalnym.

³⁾ Interes prawny, który uprawnia do interwencji, nie musi być interesem prywatno-prawnym, lecz może być publiczno-prawnym. Por. Fierich, Nauka o sądach cywilnych i procedura cywilna T. II (1905), str. 72.

linnej natury, które najrozmaitsze konsekwencje za sobą pociągają. Niewątpliwie prokuratorowi skarbu przyznać należy ingerencję tam, gdzie powstaje kwestya, czy szlachectwo przeszło na inne osoby, gdzie więc kwestya pochodzenia jest prejudycjalną dla kwestyi uprawnień publiczno-prawnej natury ¹⁾).

Kwestya, czy prokuratorowi skarbu może działać w procesie, gdzie rozchodzi się o stan osobowy, była aktualną. Pewien hrabia spłodził z kobietą zamężną dzieci, następnie zawarł z nią po śmierci męża ślub, by zaś dzieciom nadać swoje imię i szlachectwo, postarał się o przeprowadzenie dwu procesów symulowanych.

Najpierw wniosły dzieci przeciw spadkobiercom pierwszego męża swej matki i swego domniemanego ślubnego ojca skargę o uznanie, że powodowie nie są jego potomkami, a w procesie uznali spadkobiercy żądanie, skutkiem czego przychyłono się do żądania skargi i dzieci uznano nieślubnymi.

Po przeprowadzeniu pierwszego procesu zaskarżyły dzieci drugiego męża matki o uznanie ojcostwa, ten żądanie uznał, poczem zapadł wyrok uznający ojcostwo. Na podstawie tego wyroku i świadectwa zaślubin używały dzieci legitymację per subsequens matrimonium i wpis tego faktu do ksiąg metrykalnych. Gdy jednak sprawa wyszła na jaw, prokuratorowi skarbu wniosła do sądu, w którym toczył się proces o uznanie nieślubnego pochodzenia, prośbę, by ustanowiono kuratora ślubnego pochodzenia i temu doręczono wyrok z powodu, że należyte zastępstwo nie miało miejsca ²⁾). Po wielu przeje-

¹⁾ Dekr. nadw. z d. 2. listopada 1827 l. 27344 zb. u. pol. IX 448 stanowi, że prokuratorowi skarbu ma czuwać nad tem, aby nikt nie przywłaszczał sobie bezprawnie szlachectwa (Drdacki, Lexikon der polit. Gesetze 1842 T. I str. 12 i n.).

²⁾ Ustanowienie kuratora ślubnego pochodzenia winno nastąpić nie tylko, gdy ojciec zaczyna ślubne pochodzenie, lecz gdy dziecko z takim żądaniem występuje. Tylko kurator jest t. z. legitimus contradictor. Jeżeliby wyrok wydano nie przeciw kuratorowi, lecz przeciw innym osobom, n. p. tylko ojcu lub spadkobiercom jego, można go zacząć skargą nieważności z ust.

ściach żądaniu prokuratoryi skarbu dano miejsce, kurator ślubnego pochodzenia został ustanowiony, doręczono mu następnie wyrok uznający nieślubność pochodzenia, ten wyrok zaczępiono i to ze skutkiem, poczem ponownie prowadzono proces. W wypadku dopiero co omówionym interwencja prokuratoryi skarbu miała interes publiczny na celu i dlatego nawet po prawomocności wyroku dopuszczono ją do działania.

Wedle obecnie obowiązującego ustawodawstwa prokuratoria skarbu może więc wkroczyć w toku procesu, by zapobiedz dalszemu jego prowadzeniu w celach symulacji li tylko wtedy, gdy idzie o interes państwa, i to przez przystąpienie w zastępstwie skarbu państwa jako interwenienta. Po ukończeniu procesu tylko całkiem wyjątkowo może prokuratoria skarbu wpłynąć na uchylenie skutków symulowanego procesu. We wszystkich innych wypadkach nie jest dla prokuratoryi skarbu możliwem wystąpić, nie może ona do sporu przystąpić, gdzie interes skarbu państwa nie jest zagrożony, nie może też zacząć procesu symulowanego już przeprowadzonego. Prokuratoria skarbu może tylko, tak jak każdy inny, donieść sądowi o symulacji procesu i może to uczynić w interesie publicznym, ale nie może wziąć udziału w procesie i nie ma wpływu na to, by procesu symulowanego nie prowadzono.

b) Tam, gdzie ustanawia się kuratora lub obrońcę węzła małżeńskiego, tam tegoż rzeczą jest zapobiedz koluzji stron, a więc prowadzeniu procesu symulowanego. Symulacja zachodzi tam, gdzie ma być osiągnięty skutek prawny, który osiągniętym być nie powinien.

c) W tych wypadkach, w których nie ma organu osobnego, sędzia może z urzędu działać, by zapobiedz symulacji procesu, ale tylko tak długo, jak długo proces nie jest ukończony. Po ukończeniu strony muszą

2 § 529 p. c., zachodzi bowiem brak zastępstwa. By jednak do zaczępienia wyroku doprowadzić, musi istnieć osoba do tego legitymowana, musi więc być kurator ustanowiony.

same wystąpić, sędzia, chociażby nawet wiedział, że strona uzyskała korzyści nieuzasadnione, nie może ich po ukończeniu procesu uchylić.

Często jest dla sędziego trudnem z urzędu wykazać symulacye, nie ma on środków ku temu, nie może zbadać, czy symulacya, której istnienie przypuszcza, zachodzi. By tę stwierdzić, jest koniecznem nadać sędziemu daleko idące prawa; sędzia winien badać sprawę nie tylko dla wydania orzeczenia w rzeczy samej, winien poświęcić się i dalszemu badaniu, a mianowicie, czy strony oświadczenia na seryo składają, sędzia musi mieć możliwość zamiast z obłoków badać sprawę i z podziemia ¹⁾, winien badać wszelkie drogi tajne do obejścia prawa zmierzające. Że to jest trudnem dla sędziego, nie ulega kwestyi, łatwiej może takie zadanie przeprowadzić organ, który nie musi, jak sędzia, zajmować się przeprowadzeniem bezstronnem procesu.

4) Wywody dotychczasowe wskazują nam drogę, jaką powinno się obrać, by zapobiedz symulacyi procesu. Sąd powinien działać z urzędu i do symulacyi nie dopuścić; gdzie nie ma dowodu na symulacyę, ale uzasadnione podejrzenie, winien ustanowić kuratora, o ile ustanowienie leży w interesie trzecich osób; gdzie zaś interes państwa jest naruszony, rozumie się interes materialny, winien dopuścić prokuratoryę skarbu do działania. Idziemy jednak dalej i oświadczamy się za tem, że należy prokuratoryę skarbu uwiadomić o procesie tam, gdzie zachodzi podejrzenie, iż skarb państwa lub interes publiczny jest na szkodę narażony, że należy trzeciemu, którego prawa mogą być narażone, udzielić wiadomości o toczącym się sporze. Nie byłoby to czemś niezwykłym; jeżeli o skardze przeciw urzędnikowi lub członkowi armii należy władzę przełożoną uwiadomić ²⁾,

¹⁾ Wyrazy Jheringa, Geist d. röm. R. T. III str. 256.

²⁾ Art. VI ust. wpraw. do proc. cyw. utrzymuje w mocy odnośne postanowienia, wspomina tylko o urzędnikach nadwornych, nie o państwowych, mimo, że według dawniejszych prze-

jeżeli w razie zachodzącego podejrzenia czynu karygodnego należy uwiadomić prokuraturę państwa, dlaczego nie należy uwiadomić prokuratury skarbu, gdy dochody skarbowe są narażone? Nierozumiąłem jest też, dlaczego by trzeci mógł być tylko przez stronę uwiadomiony o procesie, a nie wprost przez sąd; jeżeli trzeci może przystąpić do sporu, należy mu dać możliwość przystąpienia; gdy strony trzeciego o sporze nie uwiadamiają, należy uwiadomić go z urzędu o tem, że spór, który jego prawa narusza, znajduje się w toku ¹⁾.

De lege ferenda jesteśmy też za tem, by w każdym razie było możliwem unieważnienie wyroku na podstawie pozornego procesu wydanego, by taki wyrok uznano wyraźnie za absolutnie nieważny, który i po upływie dłuższego czasokresu może być obalonym.

pisów należy o skargach przeciw urzędnikom pewnej kategorii wniesionych przełożoną władzę uwiadomić.

¹⁾ Ustawa w wielu wypadkach nakłada na stronę obowiązek zawiadomienia o procesie tak wedle § 930 u. c., § 310 o. e. i art. 28 u. wpraw. do ord. egz. Zaniechanie zawiadomienia czyni stronę odpowiedzialną za szkodę, sąd sam jednak nie może dokonać zawiadomienia nawet, gdzie ono jest koniecznem: tak, gdy wierzyciel, który przekaz uzyskał, prowadzi proces a dłużnik o procesie przeciw trzeciemu nie ma wiadomości. Charakterystycznem jest, że istnieją jeszcze przepisy prawne, które mają być przestrzegane, że istnieje nawet sankcyja na nieprzestrzeganie, że sąd baczy na to, by do przepisu się zastosowano, jednak pozostawia stronom dopełnienie przepisu, a sam nie wkracza; tak n. p. przy wpisie do rejestru sąd zmusza strony grzywnami do zgłoszenia firmy, zamiast wprost dokonać wpisu, co by było odpowiedniejszem. Tak ma się rzecz i przy zapowiedzeniu sporu: zamiast stronę narazić na odpowiedzialność za zaniechanie zapowiedzenia, które przez sąd ma być dokonane, byłoby odpowiedniejszem, aby sąd w wypadku § 310 o. e. sam zawiadomił dłużnika o procesie. Że ustawa do tego nie doszła, to ma powód w tem, że pozostajemy jeszcze pod wpływem dawniejszego stanu, wedle którego zawsze miała wyjść inicjatywa od stron; mimo zarzucenia tej zasady mamy jeszcze pozostałości, co jest dowodem, że zasada nie zawsze znajduje odpowiedni wyraz w ustawie.

5) Czy na prowadzenie procesu symulowanego i korzystanie z wyroku w takim procesie wydanego ma być sankcja karna unormowana?

a) Wedle obowiązującej ustawy karnej korzystanie z wyroku symulowanego nie zawsze jest karygodnem.

W odniesieniu do trzeciego prowadzenie egzekucyi pozornej lub też inne korzystanie z wyroku symulowanego stanowi zbrodnię oszustwa, a czynu tego dopuszcza się tak jedna jak i druga strona, która do wydania wyroku choćby nawet biernem zachowaniem się w procesie dopuściła, zawsze jednak jest koniecznem poprzednie porozumienie się co do celu, jaki przez uzyskanie wyroku symulowanego ma być osiągnięty ¹⁾.

O ile idzie o stosunek uprawnionego z wyroku do zobowiązanego, w samym uzyskaniu wyroku nie można dopatrzeć się czynu karygodnego, zobowiązany zgodził się na to, by proces symulowany prowadzono, zbrodni majątkowej nie można popełnić tam, gdzie poszkodowany zgodził się na dokonanie zmiany w stosunkach majątkowych.

Możliwem jest, że wyrok zostaje uzyskany za zgodą wrzekomo zobowiązanego, że jednak wierzyciel korzysta z niego wbrew woli dłużnika, a więc nadużywa zaufania. W tym wypadku o oszustwie mowy nie ma, wierzyciel, który uzyskał pozorny wpis hipoteczny za zgodą dłużnika, w następstwie jednak tem prawem rozporządza wbrew umowie, naraża go na szkodę, ale w rozporządzeniu nie ma korzystania z błędu, co jest niezbędnym wymogiem zbrodni oszustwa z § 197 u. k. Akt został dokonany całkiem prawidłowo i dopiero po jego dokonaniu powzięła strona zły zamiar, to nie powinno zaś wpływać na ocenienie, czy przy dokonaniu aktu po-

¹⁾ Samo bierne zachowanie się, a więc takie, gdzie nawet z konkludentnych okoliczności nie można wnosić na podstępne działanie, nie wystarcza do przyjęcia karygodnego oszustwa. Por. Lammasch, Grundriss des Strafrechtes 1899 str. 63; Finger, Das Strafrecht 1895 T. 2 str. 258—259; Herbst, Handbuch des allg. oest. Strafrechtes 1882 (7 wyd. 8) T. I str. 412.

przedniego podstępnie działano ¹⁾). W czynie wierzyciela mieści się naruszenie zaufania, takie jednak podlega karze tylko wtedy, gdy zachodzą znamiona zbrodni sprzeniewierzenia. O sprzeniewierzeniu tylko wtedy mówić można, gdy wierzyciel w myśl umowy z dłużnikiem ma przeprowadzić egzekucję, ściągnąć kwotę pozornie mu należną i wydać dłużnikowi, tylko wtedy więc, gdy wierzyciel kwotę odnośną zatrzymuje, popełnia zbrodnię sprzeniewierzenia ²⁾), w każdym innym wypadku zatrzymanie korzyści nie jest czynem karygodnym.

Samego prowadzenia procesu symulowanego wedle obecnych ustaw nie zawsze można uważać za czyn karygodny, jakkolwiek ma na celu narażenie osoby trzeciej na szkodę. Tylko wtedy, gdy prowadzenie procesu można uważać za czyn prowadzący do rzeczywistego popełnienia zbrodni (§ 8 ust. kar.), zachodzi usiłowanie oszustwa, tak n. p., gdy proces pozorny zdąża do wydania wyroku ustalającego ojcostwo osoby, która z matką w czasie krytycznym nie spółkowała, i ma na celu ojca rzeczywistego zwolnić od obowiązku opłacania alimentów. W każdym innym wypadku, a więc gdy prowadzi się proces symulowany, by na podstawie wyroku wdroyć pozorne kroki egzekucyjne, zachodzi czynność przygotowawcza, która po myśli § 11 u. k. nie podpada karze ³⁾).

b) Proces symulowany powinien, jak i każdy akt mający na celu obejście ustawy, podpadać karze. Ustawa

¹⁾ Por. Gryziecki, Studien über den strafbaren Betrug 1870 str. 122 i n.

²⁾ Że dłużnik w porozumieniu z wierzycielem popełnił czyn karygodny ze szkodą dla trzeciego, nie zwalnia jeszcze wierzyciela od odpowiedzialności karnej za czyn popełniony na szkodę dłużnika. Inaczej na tę kwestyę zapatruje się Kohler, Treue und Glauben im Verkehr 1893 str. 44 i n. („Es ist ganz unrichtig, dass der eine Mitthäter des Verbrechens gegen den andern sich auf den Schutz des Rechtes berufen könnte“).

³⁾ Kohler (Archiv f. die c. P. 80 str. 151 uw. 2) podaje, że niektórzy uważali jako oszustwo przez wprowadzenie w błąd sędziego ustanowienie prawa zastawu zapomocą wyroku, jeżeli to miało zastąpić umowę.

każda istnieje na to, aby jej przestrzegano, obejście ustawy jest bezprawiem, a przeciw bezprawiu należy wystąpić. Bezprawie samo przez się jeszcze nie podlega karze, kara dopiero wtedy winna być stosowana, gdy w interesie ogółu leży, aby stosowano nie tylko środki represyjne cywilne, lecz ponadto i środki karne ¹⁾. Obejście ustawy ma na celu poniżyć jej znaczenie, ma narazić trzeciego na szkodę, to też nie wystarcza pozostawić interesowanemu poczynienie kroków potrzebnych do uchylenia skutków obejścia prawa. Ponieważ środki prewentywne nie wystarczają, należy stosować i środek represywny, a takim środkiem jest kara. Samymi środkami prewentywnymi nie można się zadowolnić, obejście ukrywa się i doprowadza do stanu, który nie powinien istnieć, zdanie Tacyta o obejściu, „*quae toties repressae miras per fontes rursum oriebantur*“ jest słuszne, to też należy i po dokonaniu obejścia przeciw niemu wystąpić.

¹⁾ Przeciw bezprawiu występowało dawne prawo karne w ten sposób, że stanowiło na bezprawie karę; późniejsze prawo w miejsce kary wprowadziło obowiązek odszkodowania, co Jhering, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* (w *Vermischte Schriften* 1879 str. 154 i n., str. 219 i n.,) uważa za postęp, podnosząc, że z rozwojem idei prawa ustają kary. Tak nie jest, bezprawie jest zawsze jednolite, a tylko represya odbywa się w sposób rozmaity. I na wyższym stopniu kultury kara jest potrzebną, ta kara jednak istnieje jako kara publiczna, a nie prywatna, wobec czego i odszkodowania z powodu bezprawia karze podlegającego można żądać (Sam Jhering w dodatku str. 239. i n. zmienił swoje poglądy, oświadczając się za wprowadzeniem kar wobec bezprawia). Jhering, *Der Zweck im Recht* (3 wyd. 1893) T. I str. 490 i n., podnosi: „*Die Frage von der legislativen Verwendung der Strafe ist eine reine Frage der sozialen Politik ... sie fasst sich in die Maxime zusammen: Strafe überall da, wo die Gesellschaft ohne sie nicht auskommen kann*“.

Część druga.

Nadużywanie poszczególnych aktów procesowych.

§ 1.

Rodzaje nadużywania aktów procesowych.

1) Strony nie tylko prowadzą proces symulowany w celach nieprocesowych, w celach zupełnie procesowi, a tem samem ochronie prawa obcych, lecz często dopuszczają się w procesie rzeczywistym nadużycia formy procesowej. Nadużycie to albo jest przygotowane poza procesem i w procesie ma objawiać swoje skutki, albo też występuje dopiero w procesie. Jeden i drugi wypadek jednakowo winny być traktowane, nie o to bowiem idzie, co strony poza procesem działają, lecz o czynność procesową, ta zaś istnieje dopiero z chwilą jej dokonania, obojętnem jest więc, gdzie i w jaki sposób ją przygotowano.

Podstępne działanie strony w procesie, a więc podstępne dokonanie czynności procesowej może się rozmaicie objawić:

a) Działanie strony może mieć na celu osiągnięcie korzyści procesowych, którychby nie mogła uzyskać bez podstępu.

Prawo procesowe nie jest pozostawione dyspozycji stron, skutki prawne zachodzą tylko wtedy, gdy pewien stan faktyczny zachodzi, strony nie mogą więc same spowodować skutków procesowych, tem mniej może je wywołać jedna z nich bez współudziału drugiej; by je jednak osiągnąć, stara się strona dokonać pewnego aktu, któryby spowodował zamierzony skutek

Korzyści procesowe, jakie strona ma osiągnąć, mogą być najrozmaitsze, mogą dotyczyć stosunku procesowego albo też samego postępowania.

a) Zawiazanie stosunku procesowego jest zawisłem od istnienia wymogów procesowych, gdzie ich niema,

strona nie może procesu prowadzić. Strona stwarza więc sztucznie stan faktyczny, który powoduje istnienie wymogu procesowego i w ten sposób umożliwia sobie albo prowadzenie procesu, albo też prowadzenie go w pewien zamierzony sposób.

W ten sposób stwarza strona w sposób podstępny właściwość sądu, któryby zresztą do rozpatrywania sprawy nie był miejscowo lub też rzeczowo powołany, usuwa braki, jakie zachodzą po stronie zastępcy, uchyla się od obowiązku ubezpieczenia kosztów procesowych, usuwa przeszkody stojące na zawadzie prowadzeniu procesu lub wstrzymuje jego rozwój.

β) Przez zmyślenie stanu rzeczy strona stara się o wdrożenie postępowania, którego wdrożyć nie należy, a które uważa za korzystne dla siebie, dla przeciwnika zaś za nieodpowiednie.

γ) Ponieważ ustawa nie dopuszcza do tego, aby strona była świadkiem, stara się strona doprowadzić do tego, z drugiej strony stara się ukryć rzeczywiste swoje imię tak, by na zewnątrz nie było wiadomem, że proces w jej imieniu się prowadzi.

b) Działanie strony może być obliczone nie tylko na osiągnięcie korzyści w procesie, lecz na wyrządzenie szkody przeciwnikowi lub też osobie trzeciej.

a) Działanie na szkodę przeciwnika może polegać w dokonaniu pewnej czynności niekorzystnej albo też w spowodowaniu przeciwnika do dokonania czynności n. p. cofnięcia skargi, albo też do jej zaniechania, n. p. niejawienia się na terminie.

β) Na szkodę osoby trzeciej może działać strona, jeżeli czynność procesowa ma wpływ na sferę prawną tej osoby, w szczególności, gdy wyrok może być i wobec niej prawomocny lub nawet wykonalny.

c) Działanie strony może być dokonane na podstawie prawa, możliwie nie ma wyrządzenia szkody materialnej na celu, a mimo to okazać się może jako niemoralne.

2) Każda czynność strony, która zmierza do osiągnięcia tego, co by bez tej czynności nie mogło być

osiągnięte, jest czynnością mającą na celu obejście prawa. Obejście prawa jest niedopuszczalne, przeciwnie należy wystąpić i to dopóki jeszcze skutki nie wystąpiły. Po spowodowaniu skutków należy przywrócić stan pierwotny. Z tej zasady należy wychodzić i w procesie i nią powinien się sędzia kierować. Jedną tylko zachodzi trudność. Prawo procesowe jest formalne, zezwala ono na represję w pewnym tylko stadium, po osiągnięciu tego stadium nie można przywrócić stanu pierwotnego. Gdy wyrok stał się już prawomocnym, tylko wyjątkowo można go uchylić, jeżeli wymogi obalenia nie zachodzą, wyrok musi być utrzymany, a skutków podstępnej czynności procesowej nie można odwrócić, ta osiągnęła już cel zamierzony. W prawomocności więc wyroku znajduje represja swoje granice.

Zasada, że obejście prawa nie powinno być dopuszczalne, jest wpływem zasad prawnych, które mają podkład etyczny, a które powoli dopiero znajdują wyraz w ustawie. Procedura cywilna w niejednym punkcie to, co było dotychczas tylko obowiązkiem moralnym, zmieniła na obowiązek prawny, w szczególności obowiązek przytaczania prawdziwego stanu rzeczy (§ 178 p. c.), zrobiła więc postęp, podnosząc normę etyczną do charakteru normy prawnej¹⁾. Tylko duchowi

¹⁾ Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm 1877 str. 42 i n., uznaje obowiązek prawdomowności za wpływ ogólnego obowiązku prawnego, także Trutter, Bona fides im Zivilprozeß 1892 str. 81, uznaje obowiązek prawdomowności za obowiązek prawny. Ustawa przyjmując obowiązek prawdomowności nie zdawała sobie sprawy z doniosłości przepisu prawnego, to też w procedurze niema sankcyi na naruszenie obowiązku prawdomowności, stronę naruszającą obowiązek trafiają tylko skutki z § 48 p. c. co do kosztów procesowych. To tylko jest pewnem, że ustawa chciała doprowadzić do tego, aby strony nie rozporządzały dowolnie materiałem procesowym, zamiast jednak nadać sędziemu prawo dokładnego badania, nałożono na strony obowiązek. Co jednak, gdy strona nie zastosuje się do obowiązku a sąd to stwierdzi, tak n. p. gdy w toku przesłuchania świadka wyjdzie na jaw nowy materiał faktyczny? Sędzia nie może go zdaniem naszym uwzględnić; to czego strony nie przytoczyły,

procedury cywilnej odpowiada, jeżeli się wystąpi przeciw obejściu prawa, chociażby ono było jak najmisterniej skonstruowane. Stronom nie wolno zmieniać zgodnie postanowień procesowych, nie mogą obrać procesu konwencyonalnego, nie wolno więc dopuścić do tego, aby jedna z nich mogła urągać przepisowi prawnemu i była uprawnioną zmyślać stan rzeczy rzeczywistości nieodpowiadający, a więc wywołać skutki prawne niedopuszczalne.

3) Tak, jak proces może być symulowanym, tak może być symulowaną i poszczególna czynność procesowa. Podczas gdy skutki symulowanego procesu mogą być uwzględnione i po jego ukończeniu, symulacja poszczególnych czynności procesowych może być uwzględniana tak długo, dopóki nie zaszły już skutki prawne. Jeżeli symulowany akt stworzył już pewną sytuację procesową, nie można jej więcej uchylić i dlatego na symulację względu brać nie można.

Symulacja poszczególnych aktów procesowych, tylko w dwu wypadkach może być doniosłą, a mianowicie przy przyznaniu sądowem i pełnomocnictwie procesowem. Co do ostatniego, to zająć może symulacja tam, gdzie proces prowadzi się w interesie pełnomocnika i na jego rzecz, a nie na rzecz mocodawcy, ten jednak dozwala na użycie swego imienia i podpisuje pełnomocnictwo. Często zezwala wierzyciel, który został zaspokojony przez jednego z współdłużników, aby w jego imieniu prowadzono proces przeciw zobowiązanemu, proces ten prowadzi dłużnik, który należną kwotę złożył i który w drodze regresu mógłby wystąpić przeciw współdłużnikowi, nie chce jednak na zewnątrz jako powód wystąpić i chce fakt wypłaty zataić przed właściwym zobowiązanym. Tam, gdzie osoba odstępuje

nie istnieje dla sędziego. (Inaczej Pollak, Zur Lehre von der Stoffsammlung im Erkenntnisverfahren des Zivilprozesses 1901 str. 19, a dla prawa niemieckiego Stein, Das private Wissen des Richters 1893 str. 89).

pretensyę innej, nie sporządza się niejednokrotnie cesyi, cesyonaryusz chce zaoszczędzić sobie koszta połączone z jej spisaniem, w szczególności należytość stemplową i dlatego przyjmuje pełnomocnictwo cedenta opiewające na jego imię, pod tem pełnomocnictwem prowadzi proces, w którym cedent występuje jako strona i ściąga kwotę od dłużnika na rzecz swoją. Rozumie się, że pełnomocnictwo jest symulowane i materialnie za takie nie może być uważane, nie jest ono niczem innem, jak tylko cesyą (§ 916 u. c.)¹⁾.

Symulacyę pełnomocnictwa winien sąd uwzględnić w każdym stadyum; gdy dojdzie do tego, że ona zachodzi, nie może dopuścić pełnomocnika do zastępstwa, sprawę należy traktować na równi z brakiem pełnomocnictwa (§ 37 k. c.). Symulacyę może zarzucić przeciwnik i może żądać, by pełnomocnictwo uważano za nieistniejące. Skutek uznania pełnomocnictwa za nieistniejące jest taki, że sama strona zostaje wezwaną i albo sama musi dokonać czynności procesowych, albo też przez rzeczywistego zastępcę, jeżeli pełnomocnictwo było tylko formą cesyi, może pozwany podnieść brak legitymacyi po stronie skarżącego z powodu dokonanej już przez niego cesyi pretensyi²⁾.

¹⁾ Symulacya pełnomocnictwa procesowego zachodzi nie tylko, gdy przeciwnik mocodawcy posiada wiadomości o symulacyi, lecz i wtedy, gdy o tem wiadomości nie ma. Wobec przeciwnika jednak symulacya jest bezskuteczną, jeżeli o niej nie posiadał wiadomości, a pełnomocnik dokonał aktów procesowych, z których przeciwnik nabył prawa. Pełnomocnictwo w procesie jest aktem procesowym i pociąga za sobą skutki dokonanej czynności procesowej.

²⁾ Rosenberg, *Stellvertretung im Prozess* 1908 str. 752, przyjmuje, że symulacya pełnomocnictwa procesowego zająć może tylko wtedy, gdyby i sąd współdziałał w akcie symulacyi („Nur in dem bei einem deutschen Richter ganz undenkbaren, bisher auch nicht eingetretenen Falle, dass der Gegner und das Gericht mit der Simulationsabsicht der Partei einverstanden sein sollten, würde die Vollmacht und der Prozess nichtig sein“).

Co do stosunku mocodawcy do pełnomocnika, to pierwszy może pełnomocnictwo odwołać w każdym stadium procesowym, a pełnomocnik, jakkolwiek jest materalnie uprawniony, nie może nalegać na to, aby pełnomocnictwo uważano nadal jako istniejące. Stosunek materalny ma być oceniony podług uprawnionego a więc wrzekomego pełnomocnika, wszelkie akty znoszące pretensye są ważne o tyle, o ile wobec niego zostały dokonane, procesowo jest jednak tylko mocodawca stroną ¹⁾). Przez odwołanie pełnomocnictwa może być uprawniony narażony na szkodę, ale tylko o tyle, że procesu dalej sam nie może prowadzić, pełnomocnik może jednak po ukończeniu sporu jako uprawniony ze skargą wystąpić i swego prawa we własnem imieniu dochodzić. Jeżeliby więc mocodawca proces dalej prowadził i wskutek aktów niekorzystnych naraził cesyonariusza na szkodę, to nie może to szkodzić cesyonariuszowi, który przez zaskarżenie pozwanego może zapobiedz aktom niekorzystnym, pozwany godząc się na akty powoda, które powodują przegraną procesu, nie chroni się jeszcze przed cesyonariuszem, który może wystąpić z osobnym procesem bez względu na wynik procesu przez cedenta prowadzonego ²⁾).

Dalszą kwestyą jest, co ma po ukończeniu procesu uczynić pełnomocnik, który już po dokonaniu cesyi imieniem cedenta ale na swoją rzecz prowadził proces? Odróżnić należy dwa wypadki: proces, w którym zapadł wyrok odmowny i w którym wydano wyrok korzystny. Jeżeli cedenta oddalono z żądaniem skargi, z powodów

¹⁾ Rosenberg, *ibid.* str. 915: „Ein Bevollmächtigter, dem der praktische Erfolg des Rechtsstreites unmittelbar zu eigen werden soll und unter der Maske eines Vertreters in Wahrheit Eigenberechtigter ist, muss die Klage auf den Namen des Machtgebers stellen“.

²⁾ Wobec podstępu cedenta po wypowiedzeniu pełnomocnictwa nie jest ograniczony cesyonariusz li tylko do skargi odszkodowawczej przeciw cedentowi, który dokonał aktów niekorzystnych w procesie, (jak to Rosenberg l. c. str. 915 i n. przyjmuje).

merytorycznych załatwiono spór co do roszczenia ochronnego cedenta, nie zaś co do roszczenia cesjonariusza, który tylko jako pełnomocnik występował. Cesjonariusz może więc z nowym procesem na swoją rzecz wystąpić przeciw dłużnikowi, a ten nie może się powołać na prawomocność wyroku i stan przez nią stworzony. W poprzednim procesie nie był jeszcze pozwany o cesyi zawiadomiony, mógł więc dokonać skutecznie czynności mających na celu uchylenie roszczenia wobec cedenta, nie mógł jednak dokonać czynności procesowych ze skutkiem dla cesjonariusza. Okoliczność, że dłużnika o cesyi nie zawiadomiono, nic nie znaczy, zawiadomienie nie jest wymogiem przeniesienia praw na cesjonariusza, ma tylko zapobiedz działaniu cedenta na niekorzyść cesjonariusza, zaniechanie jej nie zmienia więc stanu sprawy¹⁾. Nie można podnieść przeciw uprawnieniu cesjonariusza do wytoczenia we własnym imieniu procesu, że nastąpiła sukcesja praw, wyrok zaś i wobec prawonabywcy jest prawomocny. Argument ten byłby tylko wtedy słusznym, gdyby nabycie nastąpiło po wydaniu wyroku, tylko wtedy nabywca obejmuje prawa wyrokiem załatwione, nie można jednak tej zasady stosować tam, gdzie przed wydaniem wyroku, a więc przed czasem, gdy stworzono stan prawomocny, prawo przeszło na inną osobę²⁾.

Jeżeli wyrok zapadły w procesie prowadzonym przez pełnomocnika na jego rzecz był korzystnym dla powoda, wówczas cesjonariusz-pełnomocnik nie potrzebuje wnosić nowej skargi. W jaki jednak sposób ma korzystać z wyroku, jeżeli mu wrzekomy mocodawca pełnomocnictwo cofa? Nowej skargi wnieść nie może, dłużnik jest bowiem już zasądzony na zapłatę i nie

¹⁾ Krainz, System 4. wyd. (1907) T. II str. 111 Nr. 2.

²⁾ W ten sposób może pełnomocnik przez wdrożenie pod własnym imieniem nowego procesu przytoczyć fakta i korzystać ze środków dowodowych, których do poprzedniego procesu w drodze procesu o wznowienie nie może wprowadzić.

może być ponownie zobowiązany¹⁾, dokumentem zaś stwierdzającym przeniesienie nie może się wykazać. Zdaniem naszym cesyonaryusz winien zaskarżyć cedenta o przeniesienie na niego praw z wyroku, do tego jest cedent zobowiązany, przenoszący prawo na innego winien wszystko uczynić, aby nabywcy dochodzenie umożliwić. Cedent nie może ograniczyć przeniesienia do pretensyi, lecz musi złożyć oświadczenie przeniesienia praw z wyroku; przedmiotem cesyi była wprawdzie pretensya jeszcze wyrokiem nieustalona, wyrok nie stwarza jednak nowej pretensyi, lecz ją stwierdza, to też przeszły na cesyonaryusza i prawa z wyroku.

Cesyonaryusz nie może wystąpić przeciw cedentowi ze skargą o uznanie, że własność pretensyi z wyroku przysługuje tylko jemu, a nie cedentowi. Roszczenie ochronne nadano bowiem wyrokiem tylko cedentowi i ten ma być jako uprawniony uważany, mimo, że właścicielem pretensyi był już cesyonaryusz, symulacyi pełnomocnictwa i prowadzenia procesu na rzecz cedenta nie można uwzględnić po wydaniu wyroku, to też tylko obligatoryjny obowiązek cedenta do przeniesienia pretensyi i wyroku na cesyonaryusza przyjąć możemy.

§ 2.

Podstępne osiągnięcie korzyści procesowych.

A) Spowodowanie wymogów procesowych.

a) Obejście przepisów o jurysdykcji i właściwości sądu.

Właściwość sądu jest unormowaną w ten sposób, że tylko przed pewnym sądem miejscowo lub też rze-

¹⁾ Nie można przyjąć, by dłużnika można ponownie zasądzić na zapłatę i że on ma wnieść w procesie pierwszym skargę o wznowienie z powodu faktu nowego, a mianowicie przeniesienia pretensyi na cesyonaryusza. Brak notyfikacyi jest doniosłym o tyle, że na niekorzyść dłużnika cesyonaryusz nie może się powołać na cesyę, wyrok na korzyść cedenta wydany stoi na równi z „innem ułożeniem się z cedentem“ w § 1395 u. c. wymienionem.

czowo właściwym może być skarga wniesiona. Ustawodawstwo może zezwolić, by sprawa przed kilkoma sądami wedle wyboru powoda mogła być wdrożona, zawsze jednak stanowi, które sądy są do rozpatrywania sprawy powołane. Powód nie może więc dowolnie obrać sądu, przed którymby mógł sprawę wytoczyć, przepisy o właściwości sądów są przepisami prawa publicznego, które muszą być zachowane. Mimo tego charakteru norm o właściwości sądu zezwala ustawodawstwo na to, by w miejsce sądu dla sprawy bądź rzeczowo bądź miejscowo właściwego poddały się strony orzecznictwu sądu innego tak, by w miejsce sądu do rozpatrywania sprawy powołanego wstąpił inny, albo też by powód mógł wedle swego uznania wytoczyć spór przed sądem w ustawie oznaczonym, albo przed sądem z umowy wypływającym. Umowa co do właściwości sądu może być zawartą wprost albo też pośrednio w ten sposób, że strony ustanawiają pewien moment np. płatność pretensyi, który powoduje zmianę właściwości sądu. Umowa o właściwość sądu jest wyjątkową, ma ona na celu nadać pewnym wymogom prawa procesowego charakter dyspozytywny, wobec czego przepisy o prorogacyi zawierają ograniczenia, pod którymi takie przesunięcie właściwości jest dopuszczalne (§§ 88 i 104 n j.).

Ze względu na to, że powód nie może dowolnie przed pewnym sądem wytoczyć procesu, że umowa o prorogację podlega ograniczeniu, strony w przypadkach, gdzie umowy niema, albo też gdzie istnieje, ale jest bezskuteczną, starają się o to, aby sprawę wytoczyć przed sądem, który wedle ustawy do jej rozpatrywania nie jest powołany. W ten sposób starają się strony przesunąć właściwość miejscową lub też rzeczową.

Przesunięcie właściwości miejscowej ma głównie na celu umożliwienie powodowi wytoczenia sporu przed sądem, w obrębie którego znajduje się jego własna siedziba. Jest to łatwo zrozumiałe z powodu, że skarga może być z reguły wytoczona przed sądem, w obrębie którego

mieszka pozwany (§ 65 n. j.), a tylko wyjątkowo rozstrzyga dla właściwości inna okoliczność, n. p. miejsce położenia rzeczy (§ 81 n. j.) albo miejsce zamieszkania powoda (art. 315 u. h. i art. VI u. 5 u. zapr. n. j.)¹⁾.

Ze względu na postanowienie ustawy, która utrudnia wierzycielowi zaskarżenie dłużnika w miejscu innem, jak miejscu jego zamieszkania, stara się wierzyciel w sposób podstępny uzyskać właściwość sądu, w obrębie którego on sam mieszka, albo sądu, którego praktyka jest dla niego korzystniejszą. W ten sposób stara się powód także sprawę usunąć z pod jurysdykcji sądów naszych i ustanowić jurysdykcję zagraniczną albo też sprawę, któraby zagranicą miała być sądzoną, przekazać sądom naszym, usuwa dalej sprawę z pod orzecznictwa sądów nadzwyczajnych i doprowadza do sądenia jej przed sądem zwykłym.

Nie tylko właściwość miejscową, lecz i rzeczową stara się częstokroć wierzyciel przesunąć tak, by w miejsce właściwości sądu kolegialnego uzyskać właściwość sądu powiatowego, a więc szybkie załatwienie sprawy albo

¹⁾ Wypływem dążności powoda do osiągnięcia tego, aby sprawa była rozpatrywana przez sąd jego zamieszkania, było wprowadzenie przez ustawodawstwo *forum contractus*, wedle którego już sama umowa o miejsce dopełnienia umowy ma powodować właściwość tego sądu, w obrębie którego miejsce dopełnienia jest położone. Taka właściwość istniała podług § 43 n. j. z r. 1852, a praktyka starała się ją rozszerzyć nadając wierzycielowi, który przesłał fakturę z dopiskiem płatności w pewnym miejscu, prawo zaskarżenia tamże dłużnika, jeżeli ten fakturę bez zarzutu przyjął. Praktyka poszła poza ustawę, wedle której przesłanie i przyjęcie faktury właściwości sądu nie uzasadniała, praktyka nadała wierzycielowi prawa, które dla dłużnika były szkodliwe. (Hanausek, *Fakturen und Fakturaclauseln nach oest. Recht* 1891 str. 89 i n., który był zdania, że wedle prawa dawnego przyjęcie faktury bez zarzutu nie uzasadnia *forum contractus* (str. 97, 118)).

Przy uchwalaniu ustaw procesowych z r. 1895 uznano praktykę co do faktury, ograniczono jednak przepis prawny do pewnej klasy osób, a ponadto ustanowiono wymóg klauzuli zaskarżalności (§ 88 n. j.).

też w miejsce ostatniego sądu właściwość sądu kolegiального. Przesunięcie właściwości rzeczowej może mieć na celu uzyskanie właściwości miejscowej. Jeżeliby dłużnika należało skarżyć przed sądem powiatowym, w obrębie którego wierzyciel nie mieszka (n. p. Sokalu), wnosi wierzyciel skargę przed sądem kolegialnym (n. p. we Lwowie), lub też odwrotnie przed sądem powiatowym swego miejsca zamieszkania (n. p. w Sokalu) skarży roszczenie, którego przed sądem kolegialnym (we Lwowie), dochodzić należy i w ten sposób powoduje zmianę właściwości rzeczowej a pośrednio zyskuje to, że w miejscu dla siebie dogodnym prowadzi proces i nie potrzebuje wyjeżdżać na terminy, ani oddawać zastępstwa adwokatowi w miejscu innem. Każde działanie strony, które ma na celu przez zmyślenie faktu spowodować właściwość sądu dla sprawy zresztą niepowołanego, skierowane jest na obejście ustawy. Ponieważ istnieje zasada, że każde działanie, które zmierza do obejścia przepisu ustawy jest bezskuteczne, należy nie dopuścić do naruszenia prawa, chociażby strony użyły jak najdalej idącego podstępu.

α) Przesunięcie jurysdykcji.

1) Czynność powoda może mieć na celu albo spowodowanie właściwości sądu zagranicznego albo też naszego. Wskutek tego zmienia się nie tylko właściwość sądu ale i jurysdykcję, w miejsce jednego państwa ma inną sprawę sądzić. Jeżeli sprawa ma być rozpatrywana przez nasze sądy, wówczas usunięcie jej z pod jurysdykcji nie jest dopuszczalne. Umowa prorogacyjna na sąd obcy może być zawartą, nie uchyla jednak właściwości sądu tutejszego, prorogacja stwarza tylko sąd elektywny obok ustawowego.

Stanowisko odmienne doprowadziłoby do tego, że sprawę możnaby usunąć z pod orzecznictwa sądów naszych, a więc orzecznictwa wogóle tak, że wykluczenie

drogi procesu byłoby możliwem. Tego rodzaju zaś umowa nie jest skuteczną¹⁾.

Sprawa obca może być naszym sądom przekazana, ale nie bezwarunkowo. Jeżeli idzie o małżeństwo za granicą zawarte między cudzoziemcami za granicą mieszkającymi, wówczas sąd nasz nie jest powołany do sądzenia, tak samo nie może rozstrzygać sporu co do prawa rzeczowego odnośnie do nieruchomości za granicą położonej. Tylko wtedy sądy nasze mogą sprawę obcą rozpatrywać, gdy wyrok może być u nas wykonany, sprawa musi więc dotyczyć roszczenia majątkowego, za czem przemawia treść § 99 n. j., który wspomina o właściwości przeciw cudzoziemcom²⁾.

2) Spowodowanie jurysdykcji sądu zagranicznego ma na celu obejście przepisów ustawowych dla powoda niekorzystnych, a bezwzględnie obowiązujących. W szczególności przy interesach ratalnych starają się sprzedawcy usunąć sprawę z pod orzecznictwa naszych sądów, a czynią to tak z powodu ograniczeń co do prorogacji, jak i z powodu postanowień materyjalno-prawnych.

Niedopuszczalną jest prorogacja sądu w sprawach ratalnych tak, że tylko przed sądem miejsca zamieszkania można kupującego skarżyć (§ 6 ust. z d. 27. kwietnia 1896 Nr. 70 dz. u. p. o interesach na raty). Wymóg procesowy właściwości sądu jest przy interesach na raty wymogiem bezwzględnym, w toku całego postępowania pierwszej i wyższej instancji ma być uwzględniony, we wyższej instancji należy baczyć na właściwość nawet, gdy braku wymogu nie wytknięto w odwołaniu. Co więcej nawet po ukończeniu sporu ma być niewłaściwość uwzględnioną, przepis bez-

¹⁾ Walker, Streitfragen aus dem internationalen Civil-processrechte 1897 str. 120, uznaje prorogację na sąd obcy za dopuszczalną a to z powodu braku zakazu w ustawie.

²⁾ Za dopuszczalnością prorogacji naszego sądu w miejsce obcego Godlewski: O pierwszej audyencji 1899 str. 173 uw. 9., Pollak, System I str. 287 Nr 26, Sperl, Vereinbarung der Zuständigkeit str. 79 Nr 21.

względny nie staje się dyspozytywnym. W każdym innym wypadku niewłaściwość albo wcale nie powoduje nieważności albo też czyni zawiązanie stosunku procesowego niemożliwem z tem jednak ograniczeniem, że po prawomocności postępowania nie można więcej zarzutu uwzględnić. Przy interesach na raty ma się sprawa inaczej, tu jest nieważność tak dalece absolutną, że i po prawomocności postępowania może być uwzględniona, stoi więc na równi z nieważnościami, które uzasadniają skargę nieważności (§ 529 p. c.).

Brak wymogu procesowego dotyczącego właściwości sądu, ma być uwzględniony aż do czasu prowadzenia egzekucyjnej sprzedaży, po tym czasie zaczepienie jest niemożliwem i następuje konwalidacja nieważnego stosunku procesowego.

Wierzyciel nie może więc uzyskać prorogacyi sądu, umowa jest bezskuteczną, a nawet wyrok sądowy nie chroni przed zaczepieniem stosunku procesowego. To też sprzedawca nie chętnie zgodzi się na zaskarżenie przed sądem niewłaściwym i nie zechce narazić się na zaczepienie nawet i prawomocnego wyroku. W interesie sprzedawcy leży jednak, aby sprawy nie rozpatrywał sąd zamieszkania kupującego, lecz inny, przed którym kupujący nie może się bronić i podnieść zarzutów często bardzo słusznych. Ten cel ma być osiągnięty przez przesunięcie jurysdykcji.

By uzyskać właściwość sądu, przed którym kupujący nie może się bronić, zakłada sprzedający filię za granicą (z reguły w Budapeszcie) prawdziwą lub fikcyjną¹⁾ albo zawiera interesa pod firmą kupca na Węgrzech zamieszkałego i w liście ratalnym umieszcza postanowienie co do prorogacyi na sąd węgierski a następnie przed tym sądem skarży pretensyę i prowadzi egzekucyę na podstawie uzyskanego wyroku. Wedle naszej ustawy prorogacja jest ze względu na charakter interesu bezskuteczna, ustawa nie zezwala na nią, jeżeli

¹⁾ Bloch. Zur Anwendung des Ratengesetzes 1899 str. 19.

tylko kupujący u nas mieszka¹⁾. Czy zaś sprzedający mieszka u nas, czy za granicą, jest obojętne, obojętnem jest także, czy kupujący jest obywatelem austriackim czy obcym, prorogacya na sąd zagraniczny nie może więc nawet stworzyć sądu elektywnego obok naszego.

Przepisy naszej ustawy nie wiążą sądu obcego, to też ten mimo, że wedle przepisów o właściwości sądu u nas obowiązujących zachodzi niewłaściwość, może wydać wyrok przeciw kupującemu. Zachodzi więc pytanie, w jaki sposób należy uwzględnić niewłaściwość sądu, jeżeli sąd za granicą położony wydał wyrok w sprawie, gdzie idzie o interes na raty.

Jeżeli idzie o wyrok u nas wydany, postępowanie winien unieważnić ten sąd, który wydał wyrok. Unieważnienie postępowania nie następuje na skutek skargi nieważności, ta bowiem tylko w dwu wypadkach braku wymogu procesowego jest dopuszczalną, lecz we formie uchwały ewentualnie po przeprowadzeniu badania i przesłuchaniu stron. Wniosek strony nie jest wymagany i z urzędu może unieważnienie nastąpić (arg. v. „von amtswegen“, które odnosi się nie tylko do czasu przed prawomocnem ukończeniem postępowania).

Jeżeli tytuł egzekucyjny pochodzi z zagranicy, wówczas nie można uzyskać za granicą unieważnienia postępowania, sąd egzekucyjny zaś nie może sam orzec, że się postępowanie zastanawia. To mógłby wtedy tylko uczynić, gdyby postępowanie egzekucyjne cierpiało na brak wymogów procesowych, co jednak nie zachodzi. Jak długo nie uzyskano unieważnienia wyroku, tak długo egzekucya może być prowadzoną, a brak właściwości można uwzględnić w chwili zezwolenia egzekucyi tylko przy wyrokach zagranicznych, o ile nie pochodzą z krajów korony św. Szczepana (§§ 80 i 86 ord. egzek.). O ile wyrok pochodzi z Węgier, niewłaściwość według naszych ustaw zachodząca nie jest powodem odmówienia

¹⁾ Jeżeli kupujący mieszka za granicą, prorogacya sądu jest dopuszczalną (§ 6 cyt. ust.).

egzekucyi. Nie można jednak przyjąć, by i przy interesach ratalnych nie należało uwzględnić niewłaściwości sądu, a więc okoliczności, że sąd zamieszkania kupującego nie wydał wyroku. Przepis o właściwości sądu w sprawach ratalnych jest absolutny i winien być także w stosunku do Węgier stosowany. Jakkolwiek żądaniu o przeprowadzenie egzekucyi sąd nie może odmówić¹⁾, to jednak kupujący może w drodze procesu obalić wyrok obcy, bez względu na obowiązujące u nas przepisy o właściwości sądu wydany. Do tego jest konieczną skarga, tylko wyrokiem można bowiem orzec, że zachodzi brak wymogu procesowego dla tytułu egzekucyjnego. Dopiero po wydaniu wyroku może sędzia egzekucyjny egzekucyę zastanowić, dopóki to nie nastąpiło, egzekucya winna być prowadzona.

Co do właściwości sądu dla skargi mającej na celu uznanie za niedopuszczalną egzekucyi na podstawie wyroku zagranicznego wydanego w sprawie ratalnej przeciw kupującemu u nas mieszkającemu, to przyjąć należy, że zachodzi właściwość sądu egzekucyjnego. Jeżeli idzie o tytuł obcy, ma być tylko orzeczonem, że egzekucya jest niedopuszczalną, a do tego jest powołany sąd egzekucyjny (§ 17 o. e.)²⁾.

¹⁾ Bloch l. c. str. 19 jest zdania, że po myśli § 81 ust. 2 ord. egzek. należy odmówić żądaniu przeprowadzenia egzekucyi, przyczem podnosi, że pretensya jest niezaskarżalną przed forum contractus. Zdanie to jest mylne, ustawa ma na myśli roszczenie niezaskarżalne, a nie idzie jej o przepis formalno-prawny. Tak jak Bloch, argumentują orzeczn. najw. tryb. z d. 16. maja 1904 l. 6776 i z dnia 27. września 1904 l. 11550 (przeciw nim Petschek, *Einiges über die Vollstreckung ungarischer Executionstitel in Oesterreich* w *Juristische Blätter* 1904 Nr. 31 i *Ungarische Exekutionstitel in Ratensachen* w *Jurist. Blätter* 1904 Nr. 32).

²⁾ Trammer, *Norma jurysdykcyjna z komentarzem* 1906 str. 382 przyjmuje, że sądy nasze muszą wykonać egzekucyę na podstawie wyroków węgierskich, kroackich i bośniackich. Tak też orz. n. tryb. z d. 13. paźdz. 1903 l. 13719 Gl. U., N. F. Nr. 2461.

3) Spowodowanie jurysdykcji sądu naszego często leży w interesie powoda. Osoby mieszkające za granicą nie mogą być u nas skarżone, chociażby się nawet chwilowo tu zatrzymywały i gdyby nawet zobowiązanie zostało w kraju zaciągnięte¹⁾. Wynika to z przepisu § 67 n. j., który w przeciwieństwie do dawniej obowiązujących przepisów stanowi, że w miejscu chwilowego pobytu skarżyć można tylko te osoby, które ani u nas ani za granicą nie mają miejsca zamieszkania. Skutek tego postanowienia byłby ten, że mieszkający za granicą chociażby u nas posiadał majątek, nie mógłby być do odpowiedzialności pociągnięty, gdy zaś dochodzenie za granicą jest połączone z trudnościami, majątek jego byłby w rezultacie wolny od egzekucji.

By temu zapobiedz, stanowi § 99 n. j. za przykładem procedury niemieckiej, że skargi przeciw osobie mieszkającej za granicą mogą być wniesione do sądu, w obrębie którego ta osoba posiada majątek²⁾.

To postanowienie ma na celu ułatwienie zajęcia majątku w kraju się znajdującego, a do osoby zagranicą mieszkającej należącego³⁾.

Pod „majątkiem“ rozumieć należy wszelkie przedmioty majątkowe: rzeczy, pretensye, prawa spadkowe

¹⁾ Ustawodawstwa starały się ułatwić dochodzenie pretensji przeciw obcym chwilowo przebywającym w miejscu. Por. Rudorff, *Zur Rechtstellung der Gäste im mittelalterlichen städtischen Process* 1907 str. 37 i n. Istniały nawet osobne sądy przeciw obcym, t. z. *Gastgerichte* (Rudorff l. c. str. 147 i n.)

²⁾ Obojętnem jest, czy osoba za granicą mieszkająca jest obywatelem austriackim, i taki bowiem może być zaskarżonym przed sądem majątku. Por. Walker l. c. str. 118. (Inaczej ma się rzecz przy właściwości z § 101 n. j., która tylko przeciw obywatelom obcego państwa, a nie przeciw tam mieszkającym obywatelom austriackim jest skierowaną. Por. Grünberg, *Der Gerichtsstand der Gegenseitigkeit* 1903 str. 19 i n.).

³⁾ To też właściwość ustanowioną jest tylko dla roszezeń majątkowych („*vermögensrechtliche Ansprüche*“).

i t. p.¹⁾. W szczególności dla uzasadnienia właściwości wystarcza także pretensya pozwanego do powoda. Ponieważ dla pretensyi przyjmuje się, że jest ona tam położona, gdzie mieszka dłużnik, przeto może powód zaskarżyć osobę za granicą mieszkającą tam, gdzie jego dłużnik a więc sam powód mieszka, wskutek czego forum powoda istnieje i dla pozwanego.

Tę możliwość zaskarżenia osoby za granicą mieszkającej wyzyskuje się celem wywołania jurysdykcji naszej, a tem samem i właściwości sądu. Do tego jest potrzebny majątek, taki trzeba stworzyć, a czyni się to w ten sposób, że się skarży osobę mieszkającą za granicą przed sądem naszym, zmyślając pretensyę do osoby trzeciej lub też majątek w kraju położony. Na skargę musi sąd wdrożyć postępowanie, przy dekretacyi skargi bowiem nie ma badać, czy twierdzenia faktyczne właściwość uzasadniające są prawdziwe²⁾. Strona pozwana za granicą mieszkająca podnosi w procesie zarzut niewłaściwości sądu, z tym zarzutem utrzymuje się, na co powód już z góry jest przygotowanym, a w następstwie zostają jej wobec powoda koszta przyznane. Istnieje więc pretensya pozwanego do powoda, a to wyzyskuje powód i wnosi nową skargę w miejscu swego zamieszkania,

¹⁾ Wach, Handbuch des deutschen Civilprocessrechtes 1885 T. I str. 419 „alle geldwerte Habe der Person“. Spornem jest, czy przedmioty pozwanego muszą podlegać egzekucyi, by uzasadnić właściwość w kraju (Wach str. 420 przyjmuje, że i przedmioty niepodlegające egzekucyi uzasadniają właściwość, inaczej Walker l. c. str. 119). Obojętnem jest, czy majątek pozwanego pozostaje w pewnym stosunku do przedmiotu sporu i czy wystarczy na zaspokojenie kosztów procesowych, bez znaczenia jest dalej, czy majątek polega w przedmiotach, które pozwany ma przy sobie; suknie, które pozwany nosi ze sobą, nie uzasadniają jednak właściwości (Inaczej Demelius, Der neue Civilprocess 1893 str. 112, który przyjmuje, że i przedmiot nieznacznej wartości uzasadnia właściwość sądu, tak samo Last, Der Gerichtsstand des Vermögens in Richter-Zeitung Nr 1 (1904) str. 6 (rozprawa str. 4 i n.).

²⁾ Neumaun, Commentar zu den Civilprocessgesetzen 1907 II wyd str. 250.

powołując się na istnienie pretensyi pozwanego z tytułu kosztów sporu w procesie poprzednim¹⁾.

Takie stworzenie własności uważać należy za niedopuszczalne²⁾. Skargę pierwszą wniesiono in fraudem legis i celem obejścia ustawy, przez podstępne działanie przysporzono dłużnikowi majątek w kraju położony. To, czego dokonano w celu obejścia ustawy, nie może pociągać za sobą skutków prawnych, przez ustawę niedopuszczalnych i dlatego własność sądu nie istnieje³⁾.

¹⁾ Frankel, *Competenzfragen des neuen Civilprocesses* w *Juristische Blätter* Nr. 6 z r. 1899, podniósł pierwszy wyżej omówiony sposób uzyskania własności przeciw obcokrajowcowi. Z orzeczeń sądów niemieckich wynika, że i tam w sposób podstępny stwarza się zasadę kompetencyjną przeciw cudzoziemcom.

²⁾ Por. Neumann l. c. str. 249, Pollak, *System des oest. Civilprocessrechtes* 1904 T. I str. 308 (dla prawa niemieckiego przyjmują Wilmsky-Lewy, *Civilprocessordnung* 1895 (7 wyd.), T. I str. 58, że wobec tego, iż przepis o własności jest przepisem prawa publicznego, zarzut podstępu nie jest dopuszczalny).

³⁾ Eckstein, *Die Grundsätze der Zwangsvollstreckung ausländischer Exekutionstitel* 1897 str. 39—43 przyjmuje, że stworzenie własności w sposób podstępny jest skuteczne, oświadcza się jednak za tem, by sądy państwa, w którem mieszka pozwany, nie wykonywały wyroków obcych. W orzeczeniu z d. 22. marca 1904 l. 3978 cytowanem przez Schwalb, *Ein Beitrag zur Auslegung des § 99 J. N.* w *Juristische Blätter* Nr. 40 z 1905 T. 34 str. 473—474, podniósł najwyższy trybunał, że stworzenie kompetencji „zur missbräuchlichen vom Gesetze nicht gewollten Anwendung des § 99 J. N. und daher zur Umgehung des Gesetzes und des früheren rechtskräftigen Inkompetenzbeschlusses führen würde“. (Inaczej Schwalb, l. c. który podnosi, że pretensya pozwanego z tytułu kosztów sporu nie jest pozorną, przeciwnie jest wykonalną. Zapomina jednak S., że nie o to idzie, czy pretensya jest pozorna, lecz o to, czy ją stworzono in fraudem legis. Trammer l. c. str. 346 jest tego samego zdania co Schwalb). Własność sądu naszego przeciw cudzoziemcowi stwarza się i w inny jeszcze sposób. Z namowy osoby, która cudzoziemca chce zaskarżyć, zamawia osoba zaufana u cudzoziemca towary za nieznaczną cenę kupną, nie płaci jej natychmiast, poczem wpływa przeciw cudzoziemcowi skarga; własność uzasadnia się przez powołanie na istnienie

Powód może z pretensją pozwanego o kosztu sporu pretensję swoją skompensować i w ten sposób pretensję tę uchylić, okoliczność, że kompensaty nie dokonuje, świadczy najlepiej o tem, że mu idzie tylko o stworzenie właściwości sądu ¹⁾).

Kwestyą jest, w jaki sposób ma sąd wydać uchwałę co do tego, że o pretensyi wobec osoby za granicą mieszkającej nie może orzec. Jeżeli sprawa jest wogóle wyjęta z pod jurysdykcji sądów naszych, wówczas zachodzi nie brak właściwości, lecz jurysdykcji, a taki brak ma być każdej chwili uwzględniony, chociażby nawet zaszedł w toku postępowania (§ 29 n.j.). Jeżeliby więc strony prowadziły proces o nieruchomość za granicą leżącą przez zamilczenie tego faktu, a sąd dowiedział się o tem chociaż po upływie pierwszej audyencji, z urzędu ma postępowanie zastanowić. Jeżeli jednak sprawa nadaje się do rozpatrywania przez nasze sądy, jest więc sprawą majątkową i nie dotyczy nieruchomości, wówczas istnienie majątku jest powodem kompetencji. Sąd orzeka więc o kwestyi właściwości sądu a nie o kwestyi jurysdykcji, może zatem z powodu braku majątku odmówić wdrożenia postępowania, jeżeli jednak je wdrożył, tylko na zarzut pozwanego na czas wniesiony (§ 29 p. c.) może uwzględnić niewłaściwość; jeżeli zaś pozwany zarzutu nie podniesie, nie może orzec z urzędu swej niewłaściwości.

pretensyi cudzoziemca z tytułu ceny kupna (Por. wypadek omówiony w orz. najw. tryb. z d. 10 września 1907 l. 11946 w Gellera Zentralblatt f. d. jur. Praxis T. 25 (1907) str. 954). Zdaniem naszym zachodzi działanie in fraudem, wobec czego sąd nasz nie jest właściwy (inaczej powołane orzeczenie).

¹⁾ Istnienie pretensyi pozwanego do powoda nadającej się do kompensaty nie uchyla jeszcze właściwości sądu majątku chyba, że kompensata nastąpiła przez oświadczenie pozwanego przed skargą złożone (Wach l. c. str. 422, Neumann l. c. str. 249, Trammer l. c. str. 345, inaczej Pollak l. c. str. 308).

β) Uchylenie sądownictwa nadzwyczajnego.

Spory z przemysłowego stosunku pracy poddane są orzecznictwu sądów przemysłowych, jeżeli przedmiot sporu powstał ze stosunku pracy i jeżeli strony spór wiodące należą do kategorii osób w ustawie wymienionych (§ 5 ust. o sąd. przem.). Uchylenie właściwości sądu przemysłowego jest często korzystne dla stron i dlatego starają się one spowodować właściwość sądu zwyczajnego, do którego to celu w drodze umowy dojść nie mogą (§ 23 ust. o sądach przemysł.). Dzieje się to w ten sposób, że robotnik odstępuje pozornie pretensję osobie trzeciej, a ponieważ ta nie jest robotnikiem i nie może z tego powodu skarżyć przed sądem przemysłowym, może i musi wystąpić przed sądem zwyczajnym¹⁾.

¹⁾ W konkursie pracodawcy stara się często zarządca masy uchylić właściwość sądu przemysłowego. Jeżeli robotnik zgłasza pretensję z tytułu najmu usług, a pretensji tej nie uznano, musi wytoczyć skargę o uznanie płynności pretensji. Skarga ma być wniesioną do sądu przemysłowego, właściwość sądu konkursowego nie zachodzi, ten sąd jest wyłącznie właściwym o ile sprawa ma być wytoczona przed sądem zwyczajnym. § 127 ust. konk. wspomina wprowadzić tylko o drodze administracyjnej i do tej drogi odsyła sprawy do drogi prawa nie należące, nie uwzględnia zaś wcale wypadku, w którym sprawa należy do sądownictwa nadzwyczajnego, przyjmując jednak musimy, że powołany przepis odnosi się w ogóle do wypadku, gdzie sąd zwyczajny sprawy rozpatrywać nie może, a więc ona nie należy do drogi prawa. O ile władza administracyjna ma sprawę rozpatrywać, ma ona orzec o płynności pretensji, o ile zaś sprawa należy do sądownictwa nadzwyczajnego, pozostaje ono utrzymane mimo otwarcia konkursu (nie całkiem jasno Pollak, Das Concursrecht 1896 T. I str. 91). By uchylić orzecznictwo sądu przemysłowego, nie zaprzecza płynności pretensji zarządca masy, lecz tylko wierzyciel, wobec czego proces ma być wytoczony wierzycielowi (§ 124 ust. konk.) W tym przypadku przyjmuje się, że sąd konkursowy, a nie przemysłowy jest właściwym, sprawy nie prowadzi się bowiem przeciw zarządcy masy, a więc zastępcy pracodawcy, lecz przeciw wierzycielowi. Zdanie to jest myłne. Wierzyciel, który zaprzecza płynności pretensji nie zastępuje siebie w procesie likwidacyjnym, jest on zastępcą masy kon-

Zdaniem naszym cesya pozorna nie może przesunąć właściwości sądu i dlatego nie należy jej uwzględnić. Cesya pozorna powoduje brak legitymacji czynnej i dlatego badanie sprawy jest zbędnem, sąd więc zwyczajny nie może orzekać o roszczeniu robotnika¹⁾.

γ) Przesunięcie właściwości sądu.

1) Z pod orzecznictwa właściwego sądu miejscowego uchyla powód sprawę w sposób najrozmaitszy²⁾:

kursowej, na której rzecz zapada wyrok, zastępstwo przyznaje się wierzycielowi z powodu, że pretensyi zaprzeczył. Wobec tego, że stroną nie jest wierzyciel zaprzeczający, nie można przyjąć, by spór nie toczył się z pracodawcą i dlatego pozostaje nadal utrzymana właściwość sądu przemysłowego.

¹⁾ Uchylenie właściwości sądu przemysłowego powoduje nie tylko zmianę w obsadzie sądu, lecz i zmianę postępowania oraz toku instancyi. W sprawach przed sądem przemysłowym istnieje pełne odwołanie, a trzeciej instancyi niema.

²⁾ W sposób podstępny doprowadza się do zmiany właściwości sądu także i w sprawach niespornych. Do pewnego sądu kolegiального, który po myśli § 110 n. j. był sądem nadzór sprawującym nad nieletnim pod władzą ojcowską pozostającym, weszła prośba o upełnoletnienie nieletniego w myśl § 174 ust. cyw. Prośbie sąd odmówił dla braku przyczyn, także i dalszej prośby, by pewną kwotę z przechowanych w depozycie na rzecz nieletniego papierów wartościowych wydano, nie uwzględniono. Ojciec nieletniego zmienił w następstwie swoje mieszkanie (jak się zdaje tylko pozornie, bo następnie mieszkał w obrębie sądu kolegiального, który zarządzał majątkiem jego syna) i do sądu powiatowego w miejscu nowego zamieszkania wniósł prośbę o wypuszczenie syna z pod władzy ojcowskiej. Prośbie dano miejsce, sąd bowiem nie wiedział nic o majątku syna. Na podstawie dekretu pełnoletności wniósł następnie upełnoletniony prośbę do sądu kolegiального o wydanie majątku. Zdaniem naszym wypuszczenie z pod władzy ojcowskiej stało się prawomocne. Sąd nowego zamieszkania mógł odmówić prośbie o wypuszczenie z pod władzy ojcowskiej z powodu, że dla obejścia prawa zmieniono mieszkanie i mógł uznać się miejscowo niewłaściwym, mógł orzec swoją rzeczową niewłaściwość z powodu, że ze względu na to, iż nieletni posiada majątek tabularny, sąd kolegialny jest powołany do wypuszczenia z pod władzy ojcowskiej, gdy jednak tego nie uczynił, uchwała stała się prawomocną. Sąd kolegialny, który

a) Przy interesach na raty jest ustanowienie właściwości sądu dopełnienia umowy niedopuszczalnym. Mimo to sprzedający doprowadza do wyroku przed tym sądem. W skardze zataja sprzedający, że idzie o interes ratalny, licząc na to, iż kupujący nie zjawi się na terminie i w ten sposób doprowadza do wyroku przed sądem niewłaściwym. Że dokument, z którego wynika prorogacja, ma być przedłożony w skardze, to nie stoi wcale na przeszkodzie uzyskaniu wyroku przed sądem niewłaściwym. Z dokumentu nie jest widocznem, czy się rozchodzi o interes ratalny¹⁾. Handlarz na raty spisuje dokument w ten sposób, że górna część nie zawiera wzmianki o ratach, o tem wspomina część dolna dokumentu, którą łatwo można odciąć, do skargi dołącza się tylko część górną dokumentu. Kupujący może wprawdzie zaczepić wyrok z powodu niewłaściwości, tego jednak często nie czyni z nieświadomości²⁾.

b) Skarga, o ile nie zachodzi właściwość szczególna, może być wniesioną przed sądem powszechnym a więc sądem zamieszkania pozwanego. Powód zmyśla miejsce zamieszkania pozwanego i podaje mylnie jako takie miejscowość w obrębie sądu położoną. Wskutek tego sąd wdraża postępowanie i wyznacza rozprawę, skargi

poprzód sprawował nadzór, nie mógł odmówić prośbie o wydanie majątku, musiał do uchwały przez inny sąd wydanej się zastosować. Podnieść należy, że w razie, gdyby zmiana miejsca zamieszkania była rzeczywistą, miejscowo właściwym nie byłby więcej sąd, który poprzód sprawował nadzór, po myśli § 266 ces. pat. z d. 9. sierpnia 1854 Nr. 208 dz. u. p. właściwym do wypuszczenia z pod władzy ojcowskiej jest bowiem sąd, którego jurysdykcji ojciec podlega, a więc sąd każdorazowego miejsca zamieszkania. Norma jurysdykcyjna nie zawiera przepisu, wedle któregoby sąd, sprawujący nadzór nad majątkiem nieletniego pod władzą ojcowską pozostającego, miał ten nadzór nadal sprawować w razie zmiany miejsca zamieszkania ojca

¹⁾ Horten, Jurisdiktionsnorm str. 288 i Pollak l. c. str. 303, są zdania, że do skargi nie potrzeba dołączać dokumentu, by wykazać forum contractus. Inaczej Sperl l. c. str. 158.

²⁾ Sądy powinny w chwili otrzymania skargi wniesionej przez znanego handlarza na raty badać z urzędu właściwość po myśli § 41 ust. 2 n. j. (Bloch l. c. str. 20 i 21).

nie można doręczyć w miejscu w skardze wymienionem, o czym się powoda zawiadamia. Wtedy powód wnosi na doręczenie skargi w miejscu właściwym położonem poza obrębem sądu twierdząc, że pozwany wyprowadził się po wniesieniu skargi, albo też żadnej okoliczności nie podając. Sąd doręcza skargę, a powód może uzyskać wyrok kontumacyjny przed sądem niewłaściwym.

Zdaniem naszym sąd ma w niektórych wypadkach orzec swoją niewłaściwość, jeżeli stwierdzi, że pozwany w chwili wniesienia nie miał wymienionego w skardze miejsca zamieszkania. Czas wniesienia skargi¹⁾ rozstrzyga o właściwości po myśli § 29 n. j., zawsze więc badać należy, czy w chwili jej wniesienia właściwość zachodziła, badanie przeprowadza sąd na podstawie twierdzeń skargi, te rozstrzygają, o ile sądowi przeciwieństwo nie jest znanem (§ 41 n. j.). Po wyznaczeniu terminu badanie jest wykluczone, chociażby więc twierdzenia skargi były nieprawdziwe, postępowanie raz wdrożone ma być dalej prowadzone, po wyznaczeniu terminu nie można niewłaściwości z urzędu uwzględnić, a wyjątek zachodzi tylko wtedy, gdy prorogacja nie jest dopuszczalna, uwzględnienie miejscowej niewłaściwości nie jest więc możliwe. Pozwany może jednak podnieść na czas zarzut niewłaściwości sądu i tylko wtedy, gdy to w należyтым czasie nastąpi, sąd może orzec swoją niewłaściwość (§ 42 n. j.), jeżeli pozwany zarzutu nie podniesie, albo też wcale na pierwszej audyencji się nie jawi, nie można więcej uwzględnić niewłaściwości sądu²⁾.

¹⁾ A nie doręczenia. Por. Pollak l. c I, str. 344, który podnosi, że ustawa odróżnia „Anhängigkeit einer Sache“ od „Streithängigkeit“.

²⁾ W drodze odwołania nie może zacząć pozwany wyroku, jeżeli sąd mimo usuwalnej niewłaściwości wdrożył postępowanie, a następnie wydał przeciw pozwanemu wyrok zaoczny. W literaturze niemieckiej jest spornem, czy w razie zaoczności pozwany może wyrok zacząć z powodu niewłaściwości. Dla procesu austriackiego przyjmują Schuster, Österr. Civilprocessrecht 1893 str. 71 i Trutter, Das oest. Civilprocessrecht 1897 str. 316 i n., że w razie zaoczności nie zachodzi jeszcze wła-

Jeżeli doręczenie skargi nie jest możliwe i sąd ma je ponownie zarządzić, postępowanie jest już wdrożone, sąd ma jednak ponownie wydać zarządzenie. Wedle zasady z § 43 n. j. nie mógłby sąd orzec niewłaściwości swojej, skoro raz już wdrożył postępowanie. Tego jednak przyjąć nie możemy. Odróżniamy, jak już podnieśliśmy, kilka stadyów: wdrożenie postępowania i zawiązanie stosunku, pierwsze może się odbyć, chociaż nie zachodzi właściwość sądu. Jeżeli sąd przekona się, że niesłusznie wdrożył postępowanie, a ma dokonać jeszcze czynność do zawiązania stosunku procesowego potrzebną, może orzec swoją niewłaściwość. Rzecz ma się tak samo jak w przypadku, gdy sąd zwraca skargę do uzupełnienia, po ponownem jej przedłożeniu sąd chociaż przeoczył pierwotnie, że zachodzi niewłaściwość, może uznać się niewłaściwym i skargę odrzucić, poprzednia czynność sądu nie stoi temu na przeszkodzie.

c) Przepis ustępu 2 § 41 n. j. stanowiący, że w procesach badanie właściwości sądu ma się odbyć na podstawie faktów skargi, daje sposobność do obejścia przepisów o właściwości sądu. Strona powodowa przekręca prawdziwy stan tak, by sąd przyjął swoją właściwość. Jeżeli dłużnika należy skarżyć w miejscu położonem poza obrębem sądu zamieszkania wierzyciela, zmyśla wierzyciel, że obok dłużnika inna osoba zamieszkała w miejscu siedziby sądu dla powoda miejscowo właściwego zaciągnęła solidarnie z dłużnikiem zobowiązanie, zaczem można obydwu skarżyć przed sądem dla osoby niezobowiązanej właściwym (po myśli § 93 n. j.). W ten sposób chce powód osiągnąć właściwość sądu niewłaściwego, a pozwany ma być pozbawiony prawa rozprawiania się przed sądem dla niego właściwym.

Czy takie zmyślenie faktów jest dopuszczalne? Czy sędzia może celem rozstrzygnięcia kwestyi właści-

ściwość sądu, i powołują się na brzmienie ost. ust. § 104 n. j. Przeciw temu zapatrywaniu Sperl l. c. str. 143 i n. (Por. Stefko, O omieszkaniu 1907 str. 107 i n.).

wości sądu badać rzecz samą, a więc, czy osoba zamieszkała w miejscu siedziby sądu jest zobowiązana, a w razie stwierdzenia tej okoliczności uznać, że sąd jest niewłaściwym co do właściwego dłużnika?

Zdaniem naszym tak. Istota stosunku procesowego i istota norm o właściwości przemawiają za słuszością tego zdania.

Proces ma być tylko wtedy prowadzony, jeżeli stosunek procesowy zostaje prawnie zawiązany. Do zawiązania stosunku procesowego potrzeba istnienia wymogów procesowych. Te wymogi ocenia się nie podług tego, co twierdzi powód, lecz podług rzeczy samej.

Powód wnosi do sądu skargę, która stanowi podstawę procesu, skarga nie nadaje prawa ani do wyroku ani też do wdrożenia procesu, takie prawo wogóle nie istnieje. Sąd ma każdą skargę przyjąć, chociażby całkiem była bezpodstawna. Przez przyjęcie skargi nie zawiązuje się jeszcze stosunek, powód przez wniesienie skargi może żądać tymczasowego wdrożenia postępowania, nie ma zaś prawa do tego, by stosunek procesowy zawiązano, ten ostatni powstaje, gdy wszelkie wymogi procesowe zachodzą. Jeżeli skarga nie nadaje powodowi prawa do zawiązania procesu, to i twierdzenia w niej zawarte nie nadają praw procesowych. Twierdzenia powoda muszą odpowiadać rzeczywistości, by mogły służyć za podstawę do zawiązania stosunku procesowego.

W ten sposób wkraczamy w badanie stanu faktycznego i od jego stwierdzenia czynimy zawisłą kwestię istnienia stosunku procesowego. Nie ma w tem nic niezwykłego, ustawa normuje właściwość sądu wedle przedmiotu sporu: gdy pewnego rodzaju stosunek prawny zachodzi, sąd jest właściwy; gdy stosunek przedstawia się inaczej, zachodzi niewłaściwość sądu. Jeżeli więc powód twierdzi, że zachodzi stosunek spółki lub kontrakt bezimienny, pozwany zaś twierdzi, że zachodzi kontrakt dzierżawy, nie rozstrzyga o właściwości sądu twierdzenie powoda, sąd dochodząc do stwierdzenia, że kontrakt jest dzierżawą, nie może odmówić w rzeczy

samej żądaniu, lecz musi orzec, że zachodzi brak wymogu procesowego, winien więc postępowanie zastanowić, o ile jest jako kolegialny po myśli § 49 l. 5 n. j. niewłaściwym.

Przy badaniu kwestyi właściwości sądu winien więc sąd badać często i meritum i dopiero po tegoż zbadaniu może orzec o tem, czy wymóg procesowy zachodzi. Nie można nam zarzucić, że wskutek tego dochodzimy do wyniku, iż tam, gdzie niema stosunku pewną specjalną właściwość uzasadniającego nie należy odmówić żądaniu skargi, lecz uznać sąd jako niewłaściwy¹⁾. To zdanie byłoby mylnem. Tam, gdzie ktoś twierdzi, że stosunek prawny zachodzi, tam sędzia ma zbadać, czy on istnieje; gdy dojdzie do tego, że zachodzi stosunek odmienny, ma orzec, iż wymóg procesowy nie istnieje; gdy dojdzie do tego, że stosunku niema, ma roszczeniu ochronnemu odmówić. W pierwszym wypadku zachodzi przekreślenie sprawy, sędzia stwierdza, że sprawa ma się odmienne, w drugim tego nie stwierdza, więc o odmiennym stosunku mowy niema, lecz zawsze o tym samym. Badanie meritum, by ocenić, czy sąd jest właściwym, nie jest niczem niezwykłym. By ocenić, czy sąd jest właściwym w sprawach o odszkodowanie z powodu wypadku ruchu kolei, należy badać, czy taki wypadek zaszedł, należy więc dotknąć meritum sprawy. Tylko wtedy, gdy wypadek zaszedł podczas ruchu w przedsiębiorstwie, jest sąd handlowy do rozpatrywania sprawy właściwy, by zaś do tego dojść, należy niejednokrotnie cały szereg dowodów do wypadku się odnoszących przeprowadzić. Badanie stanu rzeczy jest więc nieodzownem, by dojść do rozstrzygnięcia kwestyi właściwości sądu.

¹⁾ To podnosi Pollak, System I str. 343 uw. 1 („Wäre dieser Grund richtig, so könnte man sich eine Abweisung des Begehrens kaum mehr denken: erweist sich ein Anspruch als unbegründet, dann wäre ja das Gericht für ihn nicht zuständig gewesen und müsste sich also nun als unzuständig erklären; wenigstens dann müsste das zutreffen, wenn der Beklagte die Unzuständigkeit rechtzeitig geltend machte“).

Przy uczestnictwie sporu, które ma wedle podań skargi istnieć, rzeczą jest sądu wdrożyć postępowanie, jeżeli przedstawiony w skardze stan faktyczny przemawia za istnieniem uczestnictwa. Gdy rozprawa stwierdzi przeciwieństwo, należy odmówić żądaniu skierowanemu przeciw osobie, co do której sąd jest właściwym, a co do innych należy uznać sąd niewłaściwym (o ile prekluzja zarzutu niewłaściwości po myśli ust. 3 § 104 n. j. nie zaszła). O ileby osoba podstawiona uznała żądanie, należy badać mimo to słuszność jego ze względu na osobę, która powołuje się na niewłaściwość sądu¹⁾;

d) By zaskarżyć dłużnika przed sądem innym, niż przed sądem powszechnym, korzysta wierzyciel z postanowienia ust. 2 § 88 n. j., wedle którego, właściwość sądu powoduje „przyjęcie bez zarzutu faktury przesłanej równocześnie z towarem albo przed nadejściem tegoż, a zaopatrzonej uwagą, że zapłata nastąpić ma w pewnym oznaczonym miejscu i że w tem samym miejscu skargi

¹⁾ W jaki sposób przez zmyślenie faktów stara się strona doprowadzić do tego, by sąd pewien dla sprawy zresztą niewłaściwy o niej rozstrzygał, o tem świadczy następujący wypadek: A. i B. złożyli razem pewną kwotę w banku, kwit depozytowy znajdował się w posiadaniu B. A. twierdził, że B. miał mu wydać kwit i umożliwić podjęcie depozytu, B. należałoby skarżyć o wydanie kwitu przed sądem zamieszkania; by jednak umożliwić C. zaskarzenie przed sądem zamieszkania A., postarał się ostatni, by zaskarżyć pozornie przeciw niemu pretensję, a następnie zajął pretensję, jaka A. do banku przysługuje. W myśl § 306 o. e. zaskarżył następnie C., działający w porozumieniu z A. osobę B. o wydanie kwitu przed sądem egzekucyjnym, którym był sąd zamieszkania A. Najwyższy trybunał w orzeczeniu z dnia 3. maja 1905 l. 7263 przyjął zgodnie z orzeczeniem rekursowem sądu kraj. we Lwowie z dnia 25. marca 1905 l. cz. R. V 173/5 (1), a odmiennie od orzeczenia sądu pow. S. I we Lwowie z dnia 10. lutego 1905 l. cz. C. XX 6/5 (3), że sąd egzekucyjny jest właściwym. Zdaniem naszym okoliczność, że czynność dokonana została pozornie, pociąga za sobą to, że sąd egzekucyjny nie jest dla sprawy właściwym, ponadto zachodzi niewłaściwość sądu i dlatego, że nie idzie o wydobywanie dokumentu egzekuta u trzeciego się znajdującego, lecz o wydobywanie dokumentu od osoby, która rości sobie prawo do pretensyi.

z tego interesu można wnosić". Kupiec otrzymując fakturę nie zważa często na jej treść, nie podnosi więc zarzutu. Licząc na to umieszcza sprzedawca dowolne miejsce płatności, i tak pewien handlarz drzewa w Oświęcimie przesłał kupcowi niemieckiemu lichego towaru i fakturę zaopatrzoną klauzulą: „zahlbar und klagbar in Żydaczów". Kupiec niemiecki postawił towar do dyspozycji, faktury jednak ani nie oglądał, ani przeciw klauzuli, na którą nie zważał, nie remonstrował. Sprzedawca zaskarżył następnie kupca niemieckiego przed sąd pow. w Żydaczowie li tylko w tym celu, by mu obronę utrudnić.

Zdaniem naszym mamy do czynienia z obejściem ustawy na szkodę kontrahenta, z obejściem, które nie powoduje skutków zamierzonych. By przyjęcie faktury powodowało właściwość sądu, winna faktura zawierać klauzulę płatności, miejsce płatności musi być ustawowe albo też przez wierzyciela w pewnym celu obrane tak n. p. jeśli wierzyciel przekazuje pretensję bankowi do ściągnięcia i dlatego umieszcza miejsce siedziby banku jako miejsce płatności. Dowolnie nie może wierzyciel obrać miejsca płatności, nie może oznaczyć miejscowości, z którą materialny stosunek nie ma łączności, jako miejsca zapłaty; gdyby to uczynił, wskazanie miejsca zapłaty jest pozbawione znaczenia. Ponieważ zaś właściwość sądu zająć może li tylko wtedy, gdy ważnie oznaczono miejsce płatności, przeto i przyjęcie faktury zawierającej dowolne miejsce płatności nie powoduje właściwości.

2) Przepisy o właściwości rzeczowej obchodzą strony w dwojaki sposób, przez zmyślenie faktów i fałszywe oszacowanie.

a) O ile właściwość rzeczowa nie jest unormowaną podług przedmiotów, lecz podług wartości przedmiotu sporu, rozstrzyga wartość o tem, czy sprawę ma rozpatrywać sąd powiatowy, czy też kolegialny. Gdzie przedmiot sporu nie polega w pieniądzu, ma go powód w skardze ocenić, ocenienie to wiąże sędziego i przeciwnika o tyle, że rozstrzyga bezwarunkowo o właściwości sądu i pozwany nie może się z powołaniem

się na większą lub mniejszą wartość podnieść zarzutu niewłaściwości sądu. Tylko wtedy, gdyby powód zbyt wysoko ocenił przedmiot sporu, sąd kolegiálny może po przeprowadzeniu dochodzeń przekazać sprawę sądowi powiatowemu (§ 60 n. j.); postanowienie to ma na celu zapobieżenie, aby sprawy zbyt drobne dowolnie nie były przekazane trybunałowi do rozstrzygnięcia ¹⁾.

Przeciw zbyt niskiemu ocenieniu przedmiotu sporu pozwany jest bezbronny²⁾, przedmiot wartości jak największej może być przez sąd powiatowy rozpatrywany. Jest to luka w ustawie, pozwany jest wskutek dowolnego działania powoda narażony na to, że sprawa wielkiej wartości będzie sądzona przez sąd powiatowy, wobec czego odpadną te gwarancye, jakie daje rozpatrywanie przedmiotu przez trybunał. Obowiązująca ustawa daje jednak powodowi możność i spór o przedmiot niskiej wartości wytoczyć przed trybunałem bez narażenia się na odrzucenie skargi z powodu niewłaściwości sądu. Jeżeli powód oświadcza w skardze, że gotów jest przyjąć w miejsce przedmiotu pewną oznaczoną kwotę pieniężną, to ta kwota rozstrzyga bezwzględnie o właściwości sądu, chociażby podano ją dowolnie jak najwyżej. Racyą tego przepisu ustawy jest, że sędzia nie zasądza pozwanego na zapłacenie tej kwoty, którą powód gotów jest w miejsce przedmiotu sporu przyjąć, podanie kwoty ma dać pozwanemu możność uchylenia się od świadczenia, powód może w skardze ocenić przedmiot nie tylko w celach właściwości sądu, lecz zarazem, aby pozwanemu zakomunikować, jakim

¹⁾ Tylko sąd kolegiálny może przeprowadzić badanie, czy wartość jest zbyt wysoko podaną, pozwany nie może z tego powodu podnieść zarzutu niewłaściwości sądu, a racją tego jest, że przez przeprowadzenie sprawy przed trybunałem ma pozwany większe gwarancye niż przed sądem powiatowym, zaczem żalić się z tego powodu nie może (Inaczej Demelius, *Der neue Civilprocess* 1898 str. 65).

²⁾ Neumann, *Komm. zur Civilprozessordn.* 1907 (II wyd.) str. 166, 173.

ekwiwalentem pieniężnym chce się zadowolnić. Ze względu na ten charakter kwoty w skardze podanej sędzią nie ma prawa badać wartości przedmiotu sporu, nie może zatem zniżyć jej do prawdziwej wartości

Powód może więc wyzyskać przepis ustawowy na niekorzyść pozwanego i przez oświadczenie, że pozwany może się uwolnić od obowiązku przez złożenie kwoty ponad 1000 K. wynoszącej, może o przedmiot niskiej wartości wytoczyć spór przed trybunałem, pozwany nie może podnieść zarzutu niewłaściwości sądu, sąd nie może z urzędu postąpić tak, jak to może uczynić po myśli § 60 n. j., jeżeli przedmiot za wysoko oceniono¹⁾. Dojść więc może do tego, że wskutek samowoli powoda pozwany zostanie narażony na wysokie koszty procesu trybunalskiego, powód może przez oświadczenie swoje uzyskać zapomocą świadectwa ubóstwa zastępstwo adwokackie, jakie mu nie przysługuje, jeżeli spór toczy się przed sądem powiatowym²⁾.

By spowodować właściwość sądu powiatowego w miejsce sądu kolegiального, rzeka się często powód części pretensyi, o ile ona kwotę 1000 K. przekracza. Takie zrzeczenie się nie jest dopuszczalne³⁾ i dlatego może pozwany powołać się na to, że zrzeczenia nie przyjmuje i żąda rozpatrywania sprawy przez trybunał.

¹⁾ Petschek, Die Abfindung des materiellen Klagsanspruches nach oest. Civilprocessrechte 1903 str. 18 i n.

²⁾ Oświadczenie powoda, że gotów jest przyjąć w miejsce przedmiotu sporu pewną kwotę, tylko o tyle jest skutecznem, o ile ono jest wymaganem celem uzasadnienia właściwości sądu. Jeżeli w sporach, które bez względu na wartość przedmiotu sporu są przekazane sądowi powiatowemu lub też kolegialnemu, powódłoży oświadczenie, że w miejsce przedmiotu sporu gotów jest przyjąć pewną kwotę, dłużnik nie może przez jej złożenie zwolnić się od obowiązku zapłaty, w wyroku bowiem w tym wypadku nie należy o tej kwocie wspominać (§ 410 p. c.).

³⁾ Do ważności zrzeczenia się jest wymaganem przyjęcie ze strony dłużnika. Unger, System II str. 183, Hasenöhr, Obl. II str. 574.

Niedopuszczalnym jest także inny sposób, jakim się posługuje często wierzyciel, by spowodować właściwość sądu powiatowego. Część pretensyi kwotę 1000 K. przewyższającej odstępuje wierzyciel w drodze cesyi osobie zaufanej, w ten sposób powstają dwie lub kilka pretensyi niżej 1000 K. rozmaitym osobom przysługujące. Dla każdej z tych pretensyi jest właściwym trybunał, po myśli przepisu § 55 n. j. rozstrzyga wysokość pretensyi całej, o ile jeszcze nie jest zaspokojoną, a nie jej część, chociaż należy do rozmaitych osób¹⁾.

b) Właściwość sądu kolegiального może uzyskać powód przez zmyślenie, że mu pozwany winien jest kwotę ponad 1000 Kor. wynoszącą. Przy rozprawie ogranicza powód swoje żądanie do kwoty niższej i z powołaniem się na przepis § 29 n. j. twierdzi, iż sąd kolegialny pozostaje nadal właściwym; często nie ogranicza powód żądania, lecz dopuszcza do dowodów i pozostawia sądowi przyznanie kwoty niższej. Tam, gdzie powód ogranicza żądanie skargi do kwoty poniżej 1000 kor. i podnosi, że nigdy innej kwoty nie mógł żądać, sąd kolegialny niewątpliwie nie był dla sprawy właściwy i o niewłaściwości jego orzec należy nawet z urzędu (§ 104 n. j.). Ale i tam, gdzie powód żądania skargi nie ogranicza, należy w chwili, gdy zostaje stwierdzonem, że powód dla obejścia przepisów o właściwości sądu, zaskarzył kwotę wyższą, orzec niewłaściwość trybunału²⁾.

¹⁾ Neumann, l. c. str. 172 Orz. najw. tryb. Gl. U., N. F. Nr. 1527.

²⁾ Innego zdania Pollak, System I str. 343 Nr. 1 i Neumann, Kom. zur Civilpr. 1907 (2 wyd.) str. 106 i 130. Najwyższy trybunał orzeka rozmaicie. Inaczej należy kwestyę właściwości tam rozstrzygnąć, gdzie powodowi przysługiwała do pozwanego pretensya przewyższająca kwotę 1000 kor., gdzie jednak wskutek zapłaty, kompenzaty i t. d. zgasła. W tych wypadkach może powód przez zatajenie faktu zgaśnięcia pretensyi spowodować właściwość trybunału, ten pozostaje nadal właściwym, fakta uchylające częściowo pretensyę nie powodują jeszcze niewłaściwości.

c) Przepisy mające na celu zapobiedz sporom kompetencyjnym dają sposobność do obejścia ustawy. Wedle przepisu § 46 n. j. orzeczenie sądu powiatowego co do jego niewłaściwości wiąże sąd kolegiálny, przed którym w następstwie sprawa zostaje wdrożoną. Powód, by doprowadzić do zastosowania tego postanowienia, zaskarża przedmiot wartości nizkiej przed sądem powiatowym, podaje jednak jego wartość na kwotę przeszło 1000 kor., wskutek czego sąd powiatowy skargę z powodu niewłaściwości odrzuca. Uznając uchwałę jako prawomocną, wnosi następnie powód skargę do sądu kolegiálnego, który ma być uchwałą sądu powiatowego związany.

Zdaniem naszym powołanego przepisu § 46 n. j. stosować nie należy. Przepis ten tylko tam ma zastosowanie, gdzie sąd orzekł swą niewłaściwość po rozprawie, nie można go natomiast tam stosować, gdzie tylko na skutek skargi nastąpiło orzeczenie niewłaściwości sądu. Pozwany nie mógł w poprzednim postępowaniu oświadczyć się co do sprawy, nie mógł podnieść faktów uzasadniających właściwość tego sądu, który orzekł poprzód swoją niewłaściwość, nie mógł dalej zaczepić uchwały rekuresem, a tych wszystkich praw nie powinien być pozbawiony.

Przykład pouczy nas o słuszności naszego zapatrywania. Fabrykant maszyn skarży kupca protokołowanego przed senatem cywilnym o zapłatę ceny kupna za dostarczony do gorzelni aparat i twierdzi w skardze, że go dostarczył do gorzelni przez pozwanego dzierżawioną. Sąd odrzuca skargę z powodu niewłaściwości, skarga bowiem należy po myśli § 51 l. 1 n. j. do sądu handlowego. Fabrykant uznaje uchwałę za prawomocną i wnosi skargę do senatu handlowego. Przed tym podnosi pozwany, że nie jest dzierżawcą lecz właścicielem dóbr i że do gorzelni, która znajduje się w jego dobach, zakupił aparat, zatem czynność nie jest handlową, domniemanie z art. 274 u. h. nie ma być uwzględnione. Gdyby te fakta były znane senatowi cywilnemu, nie orzekłby tenże swojej niewłaściwości; należy więc

przed sądem handlowym okoliczność tę uwzględnić, a w razie stwierdzenia orzec niewłaściwość ¹⁾).

I w przypadku, o którym wspomnieliśmy, wolno trybunałowi badać wartość przedmiotu sporu, a gdy dojdzie do tego, że go zbyt wysoko oszacowano, może trybunał postąpić po myśli § 60 n. j. i sprawę odesłać do sądu powiatowego.

3) I właściwość sądu drugiej instancji mogą strony w sposób podstępny przesunąć. W drugiej instancji orzeka sąd handlowy lub senat handlowy, jeżeli wyrok I instancji został wydany przez powiatowy sąd handlowy, albo gdy wyrok sądu zwykłego zawiera dodatek, że wydano go we wykonaniu sądownictwa handlowego (senat górniczy rozstrzyga w II instancji, gdy wyrok I instancji zawiera dodatek, że wydano go we wykonaniu sądownictwa górniczego).

Dodatek we wyroku umieszcza się nie z urzędu, lecz na wniosek. Jeżeli jedna ze stron stawia wniosek, ma sąd orzec, czy jest uzasadniony, czy więc zachodzą wymogi sądownictwa szczególnego, jeżeli strony zgodnie żądają umieszczenia dodatku, ma być on umieszczony bez względu na to, czy jest uzasadniony (§ 446 p. c.) ²⁾.

W razie umieszczenia przez sąd pierwszy dodatku akta muszą być przedłożone senatowi handlowemu, ten ma sprawę cywilną rozstrzygać i nie może uznać się

¹⁾ W tym wypadku zajdzie negatywny konflikt kompetencyjny, który sąd wyższy ma rozstrzygnąć (§ 47 n. j.).

²⁾ Tak Sperl str. 72 i Horten str. 107; inaczej Pollak, *Unzuständigkeit des Berufungsgerichtes* w *Grünhuta Zeits. für das Privat- und öffentl. Recht* XXV str. 619 (rozprawa od str. 609 i n.). Ze zgoda stron rozstrzyga o umieszczeniu dodatku, a tem samem o właściwości sądu odwoławczego, przyjąć należy mimo sprzeczności w treści ustawy, która wspominając o wydaniu wyroku we wykonywaniu specjalnego sądownictwa zezwala na umieszczenie dodatku, gdy obie strony na to się zgodzą, wykonywanie specjalnego sądownictwa jest więc obok zgody stron wymogiem umieszczenia dodatku. Słusznie podnosi jednak Pollak, *System I* str. 331, że gdyby sędzia wbrew zgodnemu wnioskowi stron mógł odmówić umieszczenia dodatku, to zgoda stałaby na równi z wnioskiem i byłoby niezrozumiałem, dlaczego o niej ustawa osobno wspomina.

niewłaściwym z powodu zachodzącej nieusuwalnej niewłaściwości sądu tak, jakby to mógł uczynić, gdyby sprawę sądził w pierwszej instancji, postanowienia o niewłaściwości trybunału handlowego nie odnoszą się do postępowania odwoławczego.

Strony mogą więc zgodnie spowodować właściwość sądu handlowego w drugiej instancji mimo braku wymogów; gdyby mimo ich oświadczenia w pierwszej instancji złożonego sąd cywilny miał się zająć sprawą, mogą podnieść zarzut niewłaściwości senatu odwoławczego (§ 487 p. c.).

b) *Podstępne uzyskanie innych wymogów procesowych.*

1) Obcokrajowiec ma złożyć na żądanie pozwanego kaucję aktoryczną pod rygorem, że się uważa skargę za cofniętą (§ 60 p. c.). By tego nie uczynić, sporządza obcokrajowiec przed wniesieniem skargi cesę na osobę obywatela austriackiego i wnosi ją pod jego imieniem. Obywatel austriacki nie ma obowiązku złożenia kaucyi aktorycznej i w ten sposób obcokrajowiec uchyla się od ustawowego obowiązku¹⁾.

2) By osiągnąć zastępstwo, do którego osoba pewna nie jest upoważnioną, sporządza się cesę.

a) Przed sądem przemysłowym jest wedle praktyki zastępstwo adwokata wykluczone²⁾. By je umożliwić, sporządził adwokat pozornie cesę na swoją rzecz i nabył od robotnika jego pretensję.

¹⁾ Ustawa konkursowa stanowi co do cudzoziemców, że w postępowaniu konkursowem należy co do nich stosować zasadę retorsyi (§ 51). W § 52 wspomina ustawa konk. o przeniesieniu pretensyi przez cudzoziemców na rzecz obywateli austriackich i stanowi, że jeżeli je zdziałano po otwarciu konkursu, to pretensję należy traktować na równi z pretensją cudzoziemców. W ten sposób chce ustawa zapobiedz obejściu.

²⁾ Zwolennicy zapatrywania, że adwokatowi wolno i przed sądem przemysłowym zastępować, powołują się na przepis § 8 ord. adw., wedle którego adwokat ma prawo zastępować strony przed każdą władzą (Ingwer, Die Rechtstreitigkeiten vor dem Gewerbegerichte 1899 str 27—28 i 265—266). Przeciw temu zdaniu przemawia brzmienie § 25 ust o sąd. przemysł.

b) Pisarze pokątni, których do zastępstwa przed sądem nie należy dopuścić (§ 29 ust. 2 p. c.), starają się zastępstwo osiągnąć przez sporządzenie fikcyjnej cesyi, którą na swoją rzecz nabywają pretensyę. W ten sposób chcą pisarze pokątni wystąpić jako strony i zapobiedz usunięciu od zastępstwa¹⁾.

3) Cesya pozorna nie może nigdy spowodować istnienia wymogów procesowych.

Cesya taka powoduje brak właściwości sądu, gdy tylko odnośnie do osoby cedenta jest sąd właściwym (tak gdy chodzi o właściwość sądu przemysłowego, który może sprawę robotnika, a nie adwokata, rozpatrywać) albo też jako pozorna powoduje odmówienie żądaniu skargi z powodu braku potrzeby ochrony. Celu zamierzonego więc osiągnąć nie można przez akt pozorny²⁾.

¹⁾ Rozporządź. minist z dnia 8. czerwca 1857 Nr. 114 dz. u. p. traktujące o pisarzach pokątnych, uważa za takich i tych, którzy występują przed sądem przez „Beibringung verstellter Cessionen“.

²⁾ Kwestya doniosłości cesyi pozornej może powstać i odnośnie do właściwości sądu. Przy właściwości sądu na podstawie prorogacyi powstała kwestya, czy umowa wiąże także sukcesorów syngularnych. Niektórzy są zdania, że umowa wiąże tylko strony, że więc następca nie jest prorogacją związany, chyba, żeby prawa z umowy prorogacyjnej były mu odstąpione. Inni są zdania, i to jest słusznem, że powodem właściwości jest stosunek prawny, identyczny z przedmiotem więc powoduje, że w procesie odnośnym pewien sąd jest właściwym, chociażby strony się zmieniły. Sperl, l. c str. 105—108. Strona więc nie może przez cesyę pozorną zapobiedz temu, by sprawę rozstrzygał sąd prorogowany. Jeżelibyśmy przyjęli zdanie przeciwne za słuszne, to cesyi pozornej należy odmówić wszelkiego znaczenia ze względu na to, że sąd prorogowany pozostaje mimo zmiany osoby właściwym.

Gdzie o właściwości sądu decyduje nie tyle stosunek ile osoba, przez cesyę pozorną nie można zmienić właściwości. Sędzia, który musi skarżyć przed trybunałem (§ 79 n. j.), nie może uchylić właściwości trybunału przez dokonanie pozornej cesyi.

B) Zmiana rodzaju postępowania.

1) Postępowanie sądowe było przed wejściem w życie procedury cywilnej¹⁾ z r. 1895 w ten sposób unormowane, że w trybunałach obowiązywało postępowanie pisemne, przed sądem powiatowym zaś ustne, w sprawach do 200 zł. (następnie do 500 zł. w. a.) przed każdym sądem sumaryczne. Ustawa zezwalała stronom na zmianę postępowania ustnego na pisemne, pisemnego na ustne, jednego lub drugiego na sumaryczne¹⁾.

Po wprowadzeniu postępowania bagatelarnego zezwolono na to, aby w sprawach do 500 fl. w. a. a więc ponad 50 fl. w. a. zawierały strony umowę na postępowanie bagatelarne, praktyka przyjmowała, że przesłanie i przyjęcie faktury zaopatrzonej klauzulą, że strony poddają się postępowaniu bagatelarnemu, zastępuje umowę.

2) Procedura cywilna zna obok postępowania przed sądami kolegialnymi także i postępowanie przed sądami powiatowymi, które w stosunku do pierwszego jest uproszczone. Dla postępowania bagatelarnego istnieją odrębne normy, te jednak nie powodują jeszcze zmiany kwalifikacji postępowania²⁾.

Odrębnymi rodzajami postępowania są: postępowanie mandatowe (łącznie z weksłowem), w sprawach awizacyjnych, dalej postępowanie w sprawach o naruszenie w posiadaniu.

Stronom jest odebrana obecnie możność dysponowania postępowaniem, nie mogą one zawrzeć umowy, którą się zrzekają postępowania uprzywilejowanego n. p. mandatowego lub też awizacyjnego, nie mogą też tego rodzaju postępowania ustanowić dla spraw, które wedle

¹⁾ Por. Canstein, Die öst. Civilprocess-Novelle von 16. Mai 1874 (1875) str. 14 i n

²⁾ Jest to ważnem tam, gdzie idzie o kumulację objętywną. Wedle § 227 p. c. jest ona dopuszczalną tylko tam, gdzie sprawy mają być w tem samym postępowaniu przeprowadzone. Ponieważ postępowanie bagatelarne nie jest odrębnem, można kumulować skargę o przedmiot wartości ponad 100 K. ze skargą o przedmiot, który jest wart niżej 100 K.

ustawy nie podlegają uprzywilejowanej formie. Mimo zrzeczenia się może powód żądać wydania nakazu zapłaty, sąd nie może odmówić jego wydaniu, chociaż z dokumentu wynika zrzeczenie się.

Strona nie musi jednak korzystać z uprzywilejowanego postępowania, może wdrażając postępowanie nie korzystać z niego i w skardze mandatowej lub wekslowej zamiast o wydanie nakazu zapłaty prosić o wdrożenie zwykłego postępowania, a sąd nie może wbrew woli strony wydać nakazu zapłaty (wynika to z przepisu § 554 p. c., który wymaga wniosku na wydanie nakazu zapłaty)¹⁾.

Wskutek prośby o wdrożenie zwykłego postępowania może być pozwany narażony na niepotrzebne koszty, oprócz kosztów skargi musi bowiem opłacać i koszty audyencyi. Sąd winien, gdy powód może prosić o wydanie nakazu zapłaty, a tego nie czyni, przy oznaczeniu kosztów pominąć kosztu pierwszej audyencyi jako niepotrzebne dla dochodzenia roszczenia, może to uczynić nie tylko na żądanie pozwanego, lecz i z urzędu (§ 41 p. c.)²⁾.

¹⁾ Od kwestyi, czy powód może żądać wdrożenia zwykłego postępowania w miejsce wekslowego, odróżnić należy kwestyę, czy wierzyciel w miejsce pretensyi wekslowej może dochodzić pretensyi cywilnej. Przyjęcie weksla nie powoduje jeszcze zgaśnięcia pretensyi cywilnej, weksel wręcza się z reguły *solvendi causa*, a nie *in solutum* (Canstein: *Check, Wechsel und deren Deckung* 1890 str. 135), wierzyciel może więc zrzec się dochodzenia pretensyi wekslowej i dochodzić cywilnej jeszcze niezgasłej. (Tak też Grünhut, *Wechselrecht* (1897) T. II str. 296 i n., zwłaszcza str. 305). W tym przypadku zwykły sąd jest właściwy, nie idzie bowiem o pretensyę wekslową, lecz o pretensyę, dla której ubezpieczenia wręczono weksel. Zarzut pozwanego, że istnieje weksel, tylko wtedy może być uwzględniony, gdy weksel był wręczony celem zaspokojenia. To samo, co do weksla, podnieść należy i co do czeku. Ustawa czekowa w § 19 wyraźnie zezwala posiadaczowi czeku dochodzić albo pretensyi cywilnej albo wekslowej (Canstein, *Der Schek nach dem österr. Gesetze vom 3. April 1906*, str. 69, 72, 178).

²⁾ W miejsce postępowania o naruszenie w posiadaniu nie może strona obrać postępowania zwykłego, kwestya, czy posia-

3) Postępowanie bagatelarne nie jest odrębnym rodzajem postępowania, kognicya w niem jest jednak uproszczona¹⁾, w szczególności jest ograniczone odwołanie do pewnych tylko powodów nieważności.

Powód dąży często do osiągnięcia postępowania bagatelarnego, by uniemożliwić pozwanemu odwołanie, często stara się je ominąć, by sobie w razie, gdy kwestya jest wątpliwa, umożliwić odwołanie.

Ustawa daje powodowi możność wedle woli spowodować wdrożenie postępowania bagatelarnego lub zwykłego.

Przepis § 448 p. c. stanowi, że postępowanie bagatelarne ma być wdrożone, jeżeli żądana w skardze kwota lub też wartość przedmiotu sporu nie przewyższa 100 K., dalej, gdy powód oświadcza, że gotów jest przyjąć w miejsce przedmiotu skargą dochodzonego kwotę 100 K. nie przewyższającą.

Ustawa nie zawiera postanowienia, czy oszacowanie podane przez powoda wiąże sąd i przeciwnika,

danie zachodzi i czy je naruszono, nie może być w ten sposób ustalona, jak to następuje w każdej innej sprawie. Tego zdania jest Randa, *Der Besitz nach oest. Rechte*, wyd. 4 (1895) str. 351 i n. Kwestyą jest, czy można skarżyć li tylko o ustalenie, że posiadanie przysługuje powodowi, albo że go pozwany nie ma. Randa l. c. str. 253 i n. jest zdania, że skarga li tylko prejudycyalna jest dopuszczalna (to przyjmuje także Pfersche, *Oesterr. Sachenrecht T. I*, (1893) str. 91, ale jest zdania, że tylko w drodze zwykłego procesu sprawa ma być załatwioną). Zdaniem naszym sama skarga prejudycyalna nie jest dopuszczalną, § 457 p. c. dopuszcza proces o stwierdzenie stanu posiadania i naruszenia (v. „und“), co w postępowaniu odrębnem ma nastąpić. Że w postępowaniu zwykłym nie można się domagać ustalenia, iż powód był lub jest posiadaczem, to wynika z tego, że posiadanie jest faktem a nie prawem, ustalenie zaś faktu nie jest dopuszczalne (§ 328 p. c.). Większość uważa posiadanie za fakt, a nie za prawo. tak Randa l. c. str. 97 i n.; Savigny, *Das Recht des Besitzes* 1865 wyd. 7 str. 43 i n. dopatruje się w posiadaniu faktu i zarazem prawa. Pfersche, str. 66 występuje przeciw S., ale wypowiada właściwie to samo co on zdanie.

¹⁾ Podług pojęcia Menger'a *System des oest. Civilprocessrechtes T. I* str. 32 i n.

takie postanowienie znajdujemy tylko odnośnie do właściwości sądu. Ustawa nie zawiera jednak i postanowienia, że przeciwnik nie może przeciw oszacowaniu przez powoda dokonaniem podnieść zarzutów. Nie możemy więc przyjąć, by oszacowanie powoda było bezwarunkowo wiążącym. Tu jednak należy uczynić pewne ograniczenie. Jeżeli powód zbyt wysoko wartość przedmiotu sporu szacuje, strony nie są narażone na szkodę, wdrożenie postępowania zwykłego w miejsce bagatelarnego nie naraża pozwanego na utratę jakichkolwiek korzyści procesowych; wprowadzie powód zyska na wysokiem oszacowaniu, zamiast postępowania uproszczonego wdraża się zwykle, a ponadto i wyższe instancje zajmują się sprawą, ale korektura nie jest bardzo konieczną. Sędzia nie może więc przy zbyt wysokiem ocenieniu dokonać oszacowania i nie może postępowania bagatelarnego wdrożyć zamiast zwykłego. Przepisu § 60 n. j., nadającego sędziemu przy zbyt wysokiem oszacowaniu prawo przeprowadzenia badania co do wartości, nie można analogicznie tam stosować, gdzie idzie o rodzaj wdrożyć się mającego postępowania.

Inaczej ma się rzecz tam, gdzie powód zbyt nisko oszacował wartość przedmiotu sporu. Tu nie możemy przyjąć, by pozwanemu można było odebrać możność dokładnej obrony i by go można było pozbawić środków prawnych. Pozwanemu przyznać musimy prawo podniesienia zarzutu przeciw niskiemu oszacowaniu ze strony powoda dokonaniem, pozwany może żądać wdrożenia postępowania zwykłego, a sąd winien temu żądaniu zadość uczynić. Co więcej, przyjąć należy, że sąd i z urzędu może przeprowadzić korekturę oszacowania powoda i może wdrożyć w miejsce żadanego postępowania bagatelarnego postępowanie zwykłe¹⁾.

¹⁾ Postępowanie bagatelarne ma być wdrożone przed trybunałem, jeżeli tamże wniesiono skargę przeciw sędziemu po myśli postanowienia § 79 n. j. Jeżeli w innych wypadkach ma trybunał rozpatrywać sprawę, w której przedmiot sporu nie przewyższa kwoty 100 K., ma być przeprowadzone zwykłe postępowanie

Powód może zamiast podania wartości przedmiotu sporu złożyć oświadczenie, że w miejsce przedmiotu sporu gotów jest przyjąć pewną kwotę pieniężną. I takie oświadczenie może doprowadzić do tego, że pozwany narażony zostaje na postępowanie bagatelarne. Oświadczenie przyjęcia kwoty mniej niż 100 K. wynoszącej w miejsce zaskarzonego przedmiotu wiąże sąd i pozwanego (§ 448 p. c.), pozwany nie może przeciw niemu podnieść zarzutu, na świadczenie bowiem nie zostaje zasądzony, powód może zatem o przedmiot jak największej doniosłości n. p. o realność wartości kilkuset tysięcy koron lub o słuszność wytoczyć spór w postępowaniu drobiazgowem. Pozwany jest w tym wypadku narażony na to, że od wyroku nie ma odwołania, chyba tylko

trybunalskie a nie bagatelarne, tak n. p. gdy adwokat, opierając się na przepisie § 94 n. j. skarży klienta o honorarium przed trybunałem. Często sądy kolegialne wbrew ustawie wdrażają postępowanie bagatelarne w sprawach niżej 100 K. W tym wypadku rekursu od wyznaczenia terminu nie może wnieść ani powód ani pozwany, mogą oni tylko po myśli przepisu § 196 p. c. wytknąć sądowi brak w postępowaniu (Por. Horten, Oest. Zivilprozessordnung 1908 str. 774); przepis § 517 u. 1. p. c. nie przemawia za dopuszczalnością rekursu, odnosi się bowiem do wypadku odmówienia wdrożenia postępowania sądowego lub jego zastanowienia (słowa „des gesetzmässigen Verfahrens“ oznaczają postępowanie, a nie rodzaj lub formę postępowania). Gdyby sąd I braku wytkniętego nie uwzględnił, nie zachodzi z tego powodu nieważność, zachowanie przepisów o postępowaniu nie jest wymogiem bezwzględny, który ma być z urzędu uwzględniony (inaczej stanowiło dawne postępowanie bagatelarne), strona, która czuje się pokrzywdzoną wdrożeniem postępowania bagatelarnego, nie może się więc żalić, gdyż rekurs osobny nie jest dopuszczalny a powód nieważności z § 477 l. 1—7 p. c. nie zachodzi. Z innego jednak powodu jest zaczepienie dopuszczalne, a mianowicie z powodu wstępie 2 § 477 p. c.; sąd nie jest bowiem należycie obsadzony, jeżeli jeden sędzia w trybunale wydaje wyrok tam, gdzie ma cały trybunał sędzić. Nieważność zachodzi jednak tam, gdzie trybunał miał sędzić, nie gdzie przez jednego sędziego wyrok mógł być wydany, zaczepienie wyroku zaocznego przy pierwszej rozprawie wydanego, nie jest więc możliwem.

jeżeli zachodzi nieważność, wyrok więc pierwszego sędziego rozstrzyga stanowczo o sprawie. Jedyną gwarancją dla pozwanego jest, że może się kwotą 100 K. uwolnić od obowiązku wyrokiem nałożonego.

Przeciw tego rodzaju działaniu powoda jest pozwany bezbronny¹⁾.

Także i odwrotny wypadek jest możliwy. Powód może oświadczyć w skardze, że za przedmiot zbyt niskiej wartości gotów jest przyjąć kwotę ponad 100 K., by tylko uniknąć postępowania bagatelarnego. Takie postępowanie nie podlega korekturze sądu i pozwany nie może podnieść zarzutu.

4) Strony starają się nawet i w instancjach wyższych zmienić postępowanie.

a) Po myśli § 55 p. c. orzeczenie co do kosztów sporu zawarte we wyroku może być zaczepione tylko rekuresem²⁾, wskutek czego załatwienie następuje w instancyi drugiej na posiedzeniu niejawnem. Przepis § 55 p. c. odnosi się tak do przypadku, gdy się zaczepia wysokość przyznanych kosztów, jak i do przypadku, gdy się zaczepia obowiązek ich płacenia. W ostatnim wypadku zależy często stronie na tem, aby sprawę załatwiono w instancyi wyższej po przeprowadzonej rozprawie, w którymto razie możliwem jest zaczepienie orzeczenia rewizya, podczas gdy w razie załatwienia orzeczenia uchwałą i zatwierdzenia orzeczenia pierwszej instancyi rekurs rewizyjny jest wykluczony (§ 528 p. c.). Cel ten może łatwo osiągnąć strona przez zaczepienie orzeczenia w rzeczy samej, po badaniu sprawy orzeka się i o obowiązku płacenia kosztów, od orzeczenia co do meritum jest zawisłe orzeczenie co do kosztów. Czasem nie

¹⁾ Por. Blumenfeld, das Bagatellverfahren nach der neuen oest. C. P. O. 1897 str. 73.

²⁾ Wedle orzeczeń najw. tryb. należy odwołanie bez wyznaczenia rozprawy odrzucić. Jest to zbyt daleko idąca formalistyka, nie stoi na przeszkodzie, by odwołanie załatwiono jako rekurs.

można jednak zacząć orzeczenia co do rzeczy samej tak, gdy po wytoczeniu sporu zapłata nastąpiła, a pozwany twierdzi, że skargę wniesiono przedwcześnie, powód zaś obstaje przy tem, że wystąpił na czas z żądaniem zapłaty. Powód albo ogranicza żądanie tylko do kosztów sporu, albo też nie może zacząć orzeczenia odmownego opierającego się na fakcie zapłaty, to też musiałby tylko zacząć wyrok w ustępie co do kosztów sporu rekursem. Sprawa, kiedy kwota należna jest płatną, może być jednak dla stron bardzo doniosłą, zwłaszcza, gdy pozostają ze sobą w stałym stosunku i od czasu do czasu zapłata winna nastąpić. Orzeczenia trzeciej instancyi nie mógłby nigdy powód uzyskać, po wniesieniu skargi płaci mu pozwany i zawsze orzeczenie sądowe ogranicza się do kosztów sporu. By jednak doprowadzić do tego, aby sprawę rozstrzygano w wyższych instancyach co do meritum, stawia powód w procesie o zapłatę wniosek wpadkowy o ustalenie po myśli § 236 p. c. i w ten sposób uzyskuje wyrok co do rzeczy, może więc orzeczenie co do kosztów zacząć apelacją.

b) Mnóstwo przepisów zawiera procedura, wedle których wniesienie odrębnego rekursu nie jest dopuszczalne. Stronie zależy jednak na tem, aby pewna uchwała nie była utrzymana w mocy i by bezwzględnie zapadło rozstrzygnięcie wyższej instancyi i dlatego stara się o stworzenie sytuacji, która jej to umożliwi. Sposobność daje przepis § 515 p. c., wedle którego tam, gdzie odrębny środek prawny nie jest dopuszczalny, można wnieść zażalenie równocześnie ze środkiem prawnym wniesionym przeciw najbliższej uchwale, jaką bezzwzględnie zacząć można. Należy więc tylko postarać się o to, aby wydano uchwałę, którą można zaraz zacząć, a cel może być osiągnięty. Weźmy przykład: uchwały odrzucającej uchylenie znawcy nie można zacząć osobnym środkiem prawnym (§ 366 ust. 1 p. c.), znawca może więc wydać orzeczenie niekorzystne, a dopiero po jego wydaniu możnaby wyrokiem zacząć odrzucenie uchylenia. By do orzeczenia znawcy nie do-

puścić (zwłaszcza, gdy dowód ma prowadzić sędzia wezwany lub też dla przeprowadzenia dowodu rozprawę odroczone), prosi strona o odroczenie terminu, jakkolwiek wymogów odroczenia niema. Temu wnioskowi sąd odmawia, od uchwały jednak odmawiającej prośbie o odroczenie można wnieść bezzwłoczny rekurs (§ 141 p. c.), a z tym można połączyć rekurs od uchwały nie uwzględniającej uchylecia znawcy.

C) Zmiana roli strony interesowanej.

1) Forma cesyi jest ulubionym sposobem dla osiągnięcia korzyści procesowych, którychby strona zresztą nie potrafiła osiągnąć. Nie tylko wymogi procesowe stara się strona w drodze cesyi osiągnąć, lecz i inne korzyści w toku procesu ¹⁾.

¹⁾ Podstawienie osoby jest powszechnym sposobem dla osiągnięcia korzyści, których zresztą nie można osiągnąć. Wedle prawa miasta Lubeki (statut z 1586 I, 2 ust. 5) obcy nie mogą nabywać nieruchomości w mieście, postanowienie to obchodzono w ten sposób, że nabywano nieruchomość na imię obywatela miasta, a w stanie biernym tejże intabulowano prawo zastawu dla wysokiej kwoty, przyczem umawiano się, że odsetki mają być skompenzowane z dochodami nieruchomości, co do których właściciel zrzekał się prawa o składanie rachunków. Zwyczaj ten był w miejscowościach, w których obowiązywało prawo lubeskie tak rozpowszechniony, że dla miast pomorskich wydano w Prusiech osobne rozporz. z dnia 26. września 1845 zb. u. str. 678, którem unormowano stosunek prawny osób posiadających nieruchomość, ale za właścicieli niewpisanych; edyktem z dnia 19. października 1807 zniesiono ograniczenia co do obcych, okazało się jednak, że na rzecz właścicieli było tylko wpisane prawo zastawu, umożliwiono więc intabulację prawa własności w miejsce prawa zastawu dla tych osób, na rzecz których przed 1. stycznia 1808 wpis uskutecznił (Wilmowski, Lübisches Recht in Pommern 1867 str. 20 i n.). I Żydzi, którzy w wiekach średnich nie mogli nabywać nieruchomości, obchodzili zakaz w ten sposób, iż na imię zaufanego chrześcijanina nabywali domy, w ten sposób wytworzyła się (zresztą ogólna, a nie tylko odnośnie do Żydów spotykana) instytucja t. zw. salmanów, na rzecz których przeniesienia dokonywano (Por. Kober, das Salmannenrecht und die Juden 1907 str. 5 i n., na str. 21 i n. są dołączone dokumenty z Norymbergii, odnoszące się do

By zapobiedz temu, aby przeciwnik był dopuszczony do złożenia przysięgi, ceduje uprawniony pozornie pre tensyę swoją trzeciemu, który występuje ze skargą i po wołuje cedenta na świadka. Proces wdraża z reguły sam cedent, on ponosi koszta i on informuje często adwokata, a osoba jako powód wymieniona jest tylko figurą podstawioną. W procesie składa cedent jako świadek przysięgę i rozstrzyga o wyniku swojej własnej sprawy. W ten sposób zapewnia sobie jedna ze stron, że tylko ona, a nie przeciwnik, zostaje do przysięgi do puszczona, sędzia może wprowadzić dopuścić dowód z przesłuchania stron, ze względu jednak na posiłkowość tego dowodu wrzekomy cedent ma prawie pewność o tem, że do przesłuchania nie dojdzie.

Tego rodzaju postępowania sąd nie powinien po pierać.

Gdzie przez zmianę roli procesowej strona chce doprowadzić do sytuacji dla siebie korzystnej ma sąd orzec, że zachodzi brak procesowy. Żaden akt pozorny nie może nadać praw materyalnych, nie może też do

nabywania przez Żydów domów przy pomocy osób podstawio nych). Także w Austrii istniały ograniczenia co do nabywania przez Żydów domów do chrześcijan należących, przepisy te jednak obchodzono (Por Stöger, Darstellung der gesetzlichen Verfassung der galizischen Judenschaft 1833 T. I str. 144 i n., 168 i Unger, System I str. 257), tak, że i obecnie jeszcze w nie których miastach domy od kilkudziesięciu lat do rodziny żydow skiej należące są na rzecz chrześcijanina intabulowane.

W prawie francuskiem spotykamy postanowienie, mające na celu zapobiedz obejściu prawa przez podstawienie osoby uprawnionej. Darowizna po nad pewną granicę dokonana na rzecz małżonka lub dziecka naturalnego jest nieważną, postano wienie to wydano w interesie dzieci ślubnych. Art. 911 kod Nap. stanowi, że darowizny na rzecz osób podstawionych, a wła ściwie mające na celu obdarowanie osoby wykluczonej, są nie ważne; ustawa idzie jednak dalej i uważa, że na rzecz osoby wykluczonej jest dokonana darowizna, jeżeli umowa opiewa na rzecz jego małżonka, dzieci lub rodziców (Por. Delsol, Zasady kodeksu Napoleona tłum. Godlewski 1874 T. II str. 186 i n., Okolski, Zasady prawa cywilnego obowiązującego w Król. Polskiem 1885 str. 379).

prorowadzić do uznania roszczenia ochronnego. Wobec tego osoba, która na podstawie cesyi pozornej występuje z żądaniem ochrony, nie może jej żądać, po jej stronie zachodzi brak potrzeby ochrony, brak, który sam sąd ma uwzględnić, winien zatem żądaniu ochronnemu odmówić. To należy przyjąć, jeżeli w drodze cesyi przeniesiono pretensyę, by się uchylić od obowiązku złożenia kaucyi aktorycznej, jeżeli pisarz pokątny w drodze cesyi chciał uzyskać możność zastępstwa przed sądem lub strona starała osiągnąć rolę świadka¹⁾. Mianowr powoda nie może więc doprowadzić do zamierzonego celu i dlatego do orzeczenia w rzeczy samej dojść nie może, właściwy uprawniony nie może jako świadek w sprawie zeznawać²⁾

Formy cesyi używa się także i wtedy, gdy prawo przysługuje kilku osobom, jeden z współuprawnionych odstępuje swoje prawa drugiemu i tylko ten występuje ze skargą; w ten sposób zdąża się do tego, by jeden z współuprawnionych występował jako świadek. Jakie skutki pociąga za sobą taka cesya?

Należy odróżnić, czy wedle prawa materialnego zachodzi jednolitość prawa czy nie. Jeżeli prawo materialne wymaga, by jednolicie wszyscy uprawnieni skarżyli, wówczas pozorna cesya nie nadaje praw i zachodzi brak legitymacyi czynnej, jeden bowiem z upra-

¹⁾ Cesyę pozorną sporządzono nawet, by uzyskać prawo ubogich, opiewała ona na osobę, która posiadała wymogi w § 63 p.c. wymienione. Sąd po stwierdzeniu pozorności cesyi winien uchylić uchwałę udzielającą prawo ubogich (§ 68 ust. 2 p. c), pokazuje się bowiem, że prawa dochodzi inna osoba, a nie wrzemy powód, nie zachodzą więc warunki przyznania beneficjów.

²⁾ Jeżeli proces prowadził cesyonaryusz i ten ściągnął od pozwanego całą kwotę, następnie jednak wyrok obalono, bądź to dlatego, że zatwierdzający wyrok sądu odwoławczego został zmieniony i powód ze żądaniem oddalony, bądź też z powodu wznowienia procesu, pozwany może domagać się zwrotu kwoty zapłaconej i od cedenta, jeżeli ten kwotę otrzymał od cesyonaryusza, cedent wzbogacił się bowiem kosztem pozwanego.

wnionych nie występuje; w każdym innym wypadku, ponieważ jeden z uprawnionych może odrębnie skarżyć, żądaniu skargi nie można odmówić i należy proces co do roszczenia przeprowadzić. Ponieważ sąd musi wdać się w badanie rzeczy, powołanie uczestnika na świadka jest możliwe i sąd musi go jako świadka przesłuchać.

2) By stroną przeciwną pozbawić środka dowodowego, a mianowicie świadka, powód podnosi tegoż do roli strony. Zamiast skarżyć pewną osobę, skarży powód ponadto i świadka zająścia i w ten sposób ten, który miał być świadkiem, staje się stroną i tylko w razie posiłkowym zostaje dopuszczony do zeznania i to w charakterze strony. Jaki środek przysługuje pozwanemu, o którego zobowiązanie właściwie idzie, jeżeli przeciwnik skarży obok niego i inną osobą li tylko w tym celu, by zapobiedz powołaniu jej na świadka?

Uwzględnić należy, że według twierdzenia w skarżdzie zawartego zachodzić ma uczestnictwo sporu, które uzasadnia łączność aktu zapozwania i pociąga za sobą to, że osoba staje się stroną. By stworzyć stosunek uczestnictwa, nie wystarcza jednak samo twierdzenie skargi. Uczestnictwo jest stosunkiem procesowym pewnego rodzaju, zachodzi tam tylko, gdzie istnieją ustawowe do tego wymogi, gdzie ich brak, uczestnictwo powstać nie może. Gdzie się okaże, że między osobami pozwanymi nie zachodzi stosunek uzasadniający łączne zapozwanie, uczestnictwa nie można przyjąć, a orzec to należy także i wtedy, gdy dopiero w toku procesu zostaje stwierdzonem, że między stronami brak stosunku prawnego, który uzasadnia uczestnictwo procesowe. Gdzie niema łączności między osobami, nie można zawiązać stosunku uczestnictwa procesowego, należy więc wstrzymać dalsze postępowanie. Rozumie się samo przez się, że sąd może dopiero po przeprowadzeniu postępowania orzec, czy zachodzą wymogi uczestnictwa sporu, może więc, by wypowiedzieć zapatrywanie w kwestyi istnienia wymogów procesowych, badać poprzód stan rzeczy.

Forma uchwały, jaką sąd ma wydać w razie stwierdzenia, że zachodzi brak wymogów uczestnictwa sporu, jest podobną do formy, jaką należy stosować tam, gdzie się orzeka, że zawiązanie stosunku procesowego nie następuje, jak n. p. przy uznaniu niewłaściwości sądu. Gdzie więc pozwano osobę, by uniemożliwić jej świadczenie, należy po stwierdzeniu braku uczestnictwa w sporze, zastanowić postępowanie i skargę odrzucić.

Orzeczenie, że zachodzi brak wymogów uczestnictwa sporu, ma sąd wydać nietylko na zarzut pozwanego, lecz i z urzędu. Gdzie nie ma uczestnictwa sporu, nie może być zawiązany jednolity stosunek procesowy, a na to ma sąd baczyć i nie może nawet za zgodą stron dopuścić do łącznego traktowania kilku odrębnych stosunków. Gdy więc okaże się, że zachodzi brak wymogów uczestnictwa sporu, należy zastanowić całe postępowanie, a nie tylko odnośnie do osoby, którą bezprawnie w proces wciągnięto. Powód twierdził, że zachodzi stosunek procesowy pewnego rodzaju, stosunek jeden, ale o kilku kierunkach, sąd zaś stwierdza, że tego stosunku niema, nie może zatem postępowania prowadzić. Sąd nie może orzec, że istnieje stosunek procesowy innego rodzaju, bo w ogóle zawiązanie stosunku w sposób żądany przez powoda nie może nastąpić. Sąd mógłby tylko wtedy wydać orzeczenie co do osoby, którą na seryo zapozwano, gdyby istniał stosunek procesowy, to jest wymogiem wydania orzeczenia. Rzeczą więc powoda jest w razie, gdy postępowanie zostaje zastanowione, wystąpić ze skargą osobną przeciw osobie, przeciw której właściwie chce roszczenia dochodzić¹⁾.

Inaczej ma się rzecz, gdy powód twierdzi, że zachodzi uczestnictwo niewłaściwe. Przy niewłaściwym uczestnictwie niema jednego stosunku, lecz kilka

¹⁾ Demelius, Der neue Civilprocess 1898 str. 177, jest zdania, że skarga wniesiona przeciw uczestnikowi sporu może być tylko z powodu niewłaściwości sądu, gdy się ta okaże odnośnie do osoby jednego z obowiązanych, odrzuconą i to tylko co do tego pozwanego, po którego stronie zachodzi niewłaściwość.

stosunków procesowych jednym aktem stworzonych. Wobec tego można kilka procesów, w których ogólna suma przewyższa kwotę 1000 K. przed sądem powiatowym razem połączyć¹⁾. Każdy stosunek procesowy jest odrębny, łączność jest tylko zewnętrzną. Wobec tego sędzia nie może odrzucić skargi, gdy w toku postępowania się okaże, że wymogi tego rodzaju uczestnictwa sporu nie zachodzą.

Tam, gdzie uczestnictwo jest niewłaściwe, nie jest strona narażoną na szkodę, jeden pozwany może być świadkiem w sprawie przeciw drugiemu.

Podnieść należy jeszcze i to, że gdzie uczestnictwo jest jednolite, a strona pozwana twierdzi, że bezprawnie zapozwano pewną osobę, by ona nie mogła być świadkiem, nie można wstrzymać procesu przeciw właściwemu pozwanemu aż do czasu, kiedy przeprowadzonym będzie proces przeciw osobie podstawionej, a tem samem stwierdzonem, że ta osoba nie jest zobowiązana. Przerwa postępowania jest możliwą li tylko w celu uzyskania orzeczenia prejudycjalnego dla rzeczy samej (§ 190 p. c.), nie zaś w tym celu, by uzyskać orzeczenie dla kwestyi procesowej. Tę ma sąd sam rozstrzygnąć, nie może wyczekiwać załatwienia innego procesu, który ma załatwić kwestyę, od której kwestya proceduralna jest zawisła. Tam, gdzie nie istnieje uczestnictwo sporu, tam nie można wydać wogóle orzeczenia, nie można go więc wydać co do każdego z pozwanych osobno²⁾.

¹⁾ Inaczej Demelius, l. c. str. 178.

²⁾ Powód często powołuje na świadka adwokata, który stale zastępuje pozwanego, w tym celu, by adwokat nie mógł w procesie pozwanego zastąpić. Cel nie może być osiągnięty, osoba powołana na świadka może zastępować w procesie stronę, postanowienia podobnego do przepisu § 50 pr. k. (o tem por. Ullmann, Lehrbuch des österr. Strafprocessrechts 2 wyd. 1882 str. 331) nie zna procedura cywilna. Trudność powstaje tylko, gdy najpierw mają być inne osoby przesłuchane jako świadkowie, a potem dopiero adwokat lub inny zastępca strony. Po myśli postanowienia ust. 2 § 339 p. c. świad-

3) Rolę strony zmienia się na rolę świadka z ła-
twością tam, gdzie kilku osobom przysługuje wspólne
prawo przeciw jednej osobie, gdzie jednak to prawo
jest podzielne, albo też przez jednego ze współpra-
wnionych może być dochodzone. Jeżeli pretensya przy-
sługuje kilku osobom i jest podzieloną po myśli § 889
u. c., albo też, gdzie pretensya przysługująca jednej
osobie następnie wskutek pozbycia n. p. przejścia w dro-
dze spadku między kilka osób podzieloną została, mogą
wszyscy współuprawnieni wnieść jedną skargę, każdy
z nich może jednak wnieść także osobną skargę i po-
wołać współuprawnionego na świadka. W ten sposób
każdy z powodów może być świadkiem w procesie
drugiego powoda, a przesłuchanie stron, przy którym
pozwany mógłby odeprzeć zeznania powodów i przy
którym przesłuchanie powodów odbyłoby się możliwie
bez przysięgi, odpada.

I przy niepodzielnej pretensyi jest zaskarżenie
przez jednego z współuprawnionych i powołanie innych
na świadków możliwe. Dotyczy to przypadku, w którym
kilku osobom ma być jeden przedmiot niepodzielny (n. p.
nieruchomość) oddany (§ 890 u. c.), każdy z nich może
w drodze procesu bez współudziału innych żądać od-
dania rzeczy, może więc i współuprawnionych powołać
na świadków¹⁾. Prawo wniesienia odrębnej skargi na-
leży przyznać także jednemu z korealnie uprawnionych

ków należy przesłuchać w nieobecności innych, później przesłu-
chać się mających, przy przesłuchaniu świadków nie może więc
być obecnym adwokat, który ma być dopiero słuchany. Prze-
wodniczący może wprawdzie zarządzić, by najpierw słuchano
adwokata, ale nie zawsze da się to osiągnąć. Jeżeli adwokat
ma się wydalić ze względu na to, iż ma być słuchany jako
świadek, należy polecić stronie, aby ustanowiła innego zastępcę.

¹⁾ Żądanie skargi tylko przez jednego z współuprawnionych
wniesionej opiewać winno na oddanie do rąk wszystkich upra-
wnionych albo wydanie za zabezpieczeniem lub też złożenie do
depozytu. Zabezpieczenie ma być dopiero przed wdrożeniem
egzekucyi udzielone, a nie przed wniesieniem skargi (inaczej
Mages, Die Gesamtschuldverhältnisse 1872 str. 49).

(§ 892 u. c.), wobec czego inni mogą być powołani na świadków.

Wniesienie odrębnej skargi przez kilku ze współuprawnionych albo też zaskarżenie przez jednego z nich jest dla pozwanego niekorzystne, osoba, któraby była stroną, staje się bowiem świadkiem.

Taki manewr jest możliwy i w innym przypadku.

Gdy jednym aktem kilka osób nabyło odrębne pretensye, jednolite zaskarżenie tych pretensyi jest po myśli § 11 l. 1 p. c. dopuszczalne. Jeżeli n. p. wobec kilku wierzycieli jedna i ta sama osoba przyjęła porękę za dług obcy, mogą wszyscy wierzyciele razem wystąpić ze skargą, mogą jednak rozdzielić role w ten sposób, że każdy z nich skarży ręczyciela z osobna i powołuje drugiego na świadka. Podział jednej skargi na kilka nie tylko przyczynia się do zmiany roli procesowej, lecz pociąga także i ten skutek za sobą, że pozwany w miejsce kosztów jednego procesu musi ponosić kosztą kilku procesów.

Pozwany wobec podziału procesów jest bezbronny. Ustawodawstwo nasze nie zna procesowej exceptio plurium litis consortium, pozwany nie może żądać, by kilka osób, które mogą być uczestnikami sporu, w tej roli wystąpiło¹⁾, tego rodzaju zarzut tylko wtedy jest dopuszczalny, gdy merytorycznie jeden z współuprawnionych bez współdziałania drugich nie może prawa wykonywać i dochodzić²⁾. Sędzia powinien jednak tam,

¹⁾ W prawie powszechnem istniał zarzut tego rodzaju, ale tylko w wyjątkowych przypadkach (Wetzel, System des ordentlichen Civilprocesses 3 wyd. 1878 str. 831 i n.). Dawniejsze prawo austriackie nie znało zarzutu pl. lit. cons. (§ 65 ogól. ord. sąd. i § 60 galic. ord. sąd.) nawet i tam, gdzie zachodzić mogło konieczne uczestnictwo sporu. Por. Canstein, Streitgenossenschaft und Nebenintervention 1876 str. 7 i Canstein, Lehrbuch der Geschichte und Theorie des oest. Civilprocessrechtes T. I 1880 str. 465—470.

²⁾ Zachodzi to n. p. we wypadku, gdy idzie o zniesienie wspólnej własności, tego można się domagać albo przeciw wszystkim współwłaścicielom, albo wszyscy muszą

gdzie jest widocznem, że wdrożono kilka procesów zamiast jednego tylko w tym celu, by jednego z współpowodów powołać na świadka, dopuścić do przesłuchania stron i na ten dowód kłaść większy nacisk, niż na dowód ze świadka. Że osoba, która jako powód w jednym procesie występuje, potwierdziła jako świadek pod przysięgą w procesie innym te fakta, które są przedmiotem dowodu z przesłuchania stron, to nie powinno być rozstrzygającym, dowód w innym procesie przeprowadzony nie rozstrzyga i nie powinien nawet stać na przeszkodzie ewentualnemu zaprzysiężeniu pozwanego. W procesie, o który chodzi, powód nie był słuchany jako strona, był on słuchany w innym procesie jako świadek, przepis § 377 u. z p. c. nie stoi zatem na przeszkodzie zaprzysiężeniu pozwanego. Przyjąć to należy nawet i wtedy, gdy po myśli § 187 p. c. połączono kilka procesów do jednej rozprawy, co jest nie tylko dopuszczalne, lecz nawet we wypadkach, o których wspominamy, wskazane. Połączenie kilku procesów nie stwarza jednolitego stosunku procesowego, stosunki poszczególne pozostają w mocy, a tylko sposób prowadzenia procesu zostaje wskutek połączenia uproszczony¹⁾.

wystąpić z żądaniem przeciw jednemu, wyeliminowanie niektórych czyni dochodzenie niemożliwym.

¹⁾ By krydataryusz mógł być w procesie likwidacyjnym świadkiem, zaprzecza na terminie likwidacyjnym pretensyi nie zarządca masy, lecz wierzyciele. Wskutek tego proces ma być wdrożony przeciw wierzycielom (§ 124 ust. konk.) i wskutek tego słucha się krydataryusza jako świadka, a nie jako stronę. Zdaniem naszym krydataryusz może być słuchany li tylko jako strona, a nie jako świadek. Jakkolwiek prowadzi się spór przeciw wierzycielom, to nie oni są stroną, lecz majątek krydatalny do krydataryusza należący, wierzyciele są zastępcami tego majątku w procesie i z tego powodu rola krydataryusza w niczem się nie zmienia. W myśl ust. 2 § 373 p. c. należy zatem krydataryusza jako stronę słuchać, jeżeliby sąd słuchał zarządcę masy jako stronę, to nie może być krydataryusz świadkiem, z § 373 p. c., który nadaje sądowi prawo słuchania zarządcy lub krydataryusza jako stronę, nie można

4) Z punktu widzenia dopiero co wyłuszczonego należy rozstrzygnąć kwestję doniosłości żyra pozornego. Na tę kwestję najrozmaiciej się zapatrywano¹⁾.

a) Jedni byli zdania, że żyro pozorne powoduje brak legitymacji po stronie indosataryusza i to albo wskutek tego, że prawo własności weksla jest ograniczone, albo też wskutek tego, że pozorny indos żadnych praw nie nadaje, inni przyjmowali, że zarzuty przeciw osobie indosanta przysługujące mogą być indosataryuszowi przeciwstawione, przyczem niektórzy uważali za stanowczą okoliczność, czy indosataryusz posiadał wiadomość o zarzutach.

b) Według innego zdania indos pozorny uzasadnia exceptio doli, dolus zaś nie zachodzi, gdy indosu dokonuje się, by akceptantowi odjąć możność podniesienia zarzutów wogółności a nie pewnego oznaczonego zarzutu, dalej, gdy indosant nie posiada wiadomości o zarzutach akceptanta i tylko z przeczności, by nieznanie mu bliżej zarzuty nie były podniesione, indosu dokonuje, wreszcie, gdy indosataryusz o zarzutach nie ma żadnych wiadomości.

Dolus wedle niektórych polega w tem, że indosataryusz nadużywa prawa formalnego, aby materyalnego bezprawia dokonać. Wobec tego nietylko nabycie, lecz i podstępne dochodzenie jest nadużyciem²⁾.

c) Według zdania innych indos jest prawem formalnem, wskutek czego nigdy nie zachodzi symulacja indosu, co więcej nie można jej przyjąć w stosunku

wnosić, by wtedy, gdy się krydataryusza jako stronę nie słucha, mógł on być świadkiem. Jeżeli sąd w procesie likwidacyjnym przesłuchiwał krydataryusza jako świadka, to zachodziłby brak w postępowaniu, ten brak nie musi być wytknięty po myśli § 196 p. c., strony nie mogą rozporządzać tem, czy ktoś ma być jako świadek, czy też jako strona słuchany.

¹⁾ Por. o tem rozprawę Werthauera, *Der fiduziarische Indossatar und die Einrede des dolus im deutschen Wechselrecht* w *Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* t. 13 (1886) str. 586—669.

²⁾ Werthauer, l. c. str. 598—615.

między indosantem a indosataryuszem, pomiędzy tymi zachodzi rzeczywiste przeniesienie, a zarazem obligatoryjny obowiązek indosataryusza wobec indosanta. Wobec tego akceptant nie może żadnych podnieść zarzutów, o nadużyciu prawa formalnego mowy nie ma, gdyż indosantowi wolno przenieść prawa wekslowe w ten sposób, by pozbawić akceptanta zarzutów.

d) Zapatrywanie, że akceptantowi nie przysługuje środek przeciw pozornemu indosowi, jest mylne. Indos jest dopuszczalny tylko w tym celu, by weksel przenieść na osobę inną, nie zaś, by go zaskarżyć i pozbawić akceptanta możliwości podniesienia zarzutów. W użyciu formy indosu nie dla cyrkulacji weksla, lecz dla wyrządzenia szkody, tkwi nieuczciwość a zarazem obejście prawa. Przy indosie pozornym zachowuje się wszelkie formy, obiera się je jednak, by akceptant nie mógł podnieść zarzutów z art. 82 u. w., wskutek czego dopuszczono się obejścia prawa. Już to powinno wystarczyć, by uznać indos pozorny jako niedopuszczalny.

Jeżeli uwzględnimy, że powód dochodzi każdą skargą roszczenia ochronnego i domaga się ochrony dla siebie, to dojdziemy do tego, że tam, gdzie zachodzi indos pozorny, roszczenie ochronne nie istnieje, zatem należy odmówić żądaniu skargi¹⁾. Każdy więc indos pozorny pociąga za sobą odmowny wyrok bez względu na to, czy powód zgadza się na to, by mu pozwany przeciwstawił zarzuty, jakie przeciw indosantowi mogą być podniesione²⁾.

¹⁾ Grünhut l. c. T. II str. 143 i n. uznaje fiducyjny indos za rzeczywisty, przyznaje jednak dłużnikowi prawo podniesienia przeciw indosataryuszowi zarzutów, które wobec indosanta przysługują (str. 146). Inaczej przyjmuje G. przy pozornym indosie (str. 148), tu pozostaje indosant właścicielem weksla i wierzycielem, przeciw indosataryuszowi można podnieść nie tylko *exceptio doli*, lecz i zarzut braku materialnego uprawnienia.

²⁾ Charakterystycznym jest, że w Rzymie pełnomocnictwo w procesie doprowadziło do wytworzenia instytucji cesyi, ta przyszła do skutku li tylko wskutek obejścia prawa. U nas

D) Czynności mające na celu wstrzymanie lub przyspieszenie postępowania.

1) Stosunek procesowy może być wstrzymany w rozwoju, ale tylko pod pewnymi warunkami, gdzie one nie zachodzą, istnieje wymóg dalszego rozwoju stosunku procesowego. Wstrzymanie rozwoju procesu może w szczególności nastąpić z powodu tego, że równocześnie toczy się spór, w którym ma być rozpatrywany stosunek prawny dla sporu prejudycjalny. Równoczesne prowadzenie sporu innego może uzasadnić przerwę procesu aż do czasu, kiedy spór prejudycjalny będzie ukończony (§ 190 p. c.).

Strona, której zależy na przewleczeniu procesu ¹⁾, wdrazając niejednokrotnie przeciw przeciwnikowi proces o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego, który w procesie przeciw niej wdrożonym ma być prejudycjalnym a w tym ostatnim stawia wniosek na przerwę postępowania aż do ukończenia procesu o ustalenie. W ten sposób ma być wstrzymany proces o świadczenie, czegoby strona nie uzyskała, gdyby w tym procesie postawiła wniosek wypadkowy na ustalenie, co do tego samego prowadzi celu, do jakiego zdąża proces o ustalenie.

Zdaniem naszym wytoczenie procesu o ustalenie w toku sporu o świadczenie nie powinno wstrzymać postępowania. Gdzie idzie o kwestię prejudycjalną, idzie o zbadanie istnienia wymogu przerwy postępowania, o zbadanie, czy rozstrzygnięcie w innym sporze można w procesie zużytkować. W tym celu może sąd wstrzymać postępowanie, aby daremnie nie zużywać siły proce-

obiera się formę cesyi, by obejść przepisy prawa i wywołać skutki niedozwolone.

¹⁾ W postępowaniu egzekucyjnym używa się najrozmaitszych środków dla przewleczenia egzekucyi. Ulubionym środkiem jest wnoszenie skargi opozycyjnej lub o wznowienie procesu opartej na faktach zmyślonych i równoczesnego wniosku o wstrzymanie egzekucyi po myśli § 42 l. 1 i 2 o. e., co po największej części prowadzi do celu.

sowej i nie badać kwestyi, która już jest przedmiotem badania. Jeżeli procesu jeszcze nie wdrożono, nie może sąd zarządzić przerwy w procesie z tem, że powód ma poprzód proces prejudycyalny wdrożyć (arg. v. „anhängig“ w § 190 p. c.). Sędzia winien w procesie badać każdą kwestyę wpadkową i nie może żądać od strony, by co do niej osobny prowadziła proces. Jeżeli w chwili wytoczenia procesu nie istniał jeszcze proces prejudycyalny, nie istniał wymóg dla przerwy i sąd nie mógł jej zarządzić. Okoliczność, że w toku procesu wymóg przerwy postępowania zaistniał, nie uzasadnia jej jeszcze, proces, który miał się należycie rozwijać, nie może być w rozwoju wstrzymany. Wobec tego nie możemy przyjąć, by strona pozwana mogła przez wdrożenie osobnego procesu prejudycyalnego uzyskać przerwę procesu zawisłego¹⁾.

¹⁾ Przez wytoczenie procesu starano się nawet uzyskać wstrzymanie postępowania odwoławczego. W procesie A przeciw B o znaczną kwotę sąd odwoławczy postanowił na korzyść powoda, którego ze żądaniem skargi oddalono, przeprowadzić ponownie dowody, i w tym celu odroczył rozprawę. Po pierwszej rozprawie odwoławczej wniósł B przeciw A skargę, w której twierdził, że B uznał ogłoszony a niedoręczony wyrok I instancji za prawomocny i na tej podstawie żądał, aby ustalono, że zrzeczenie się roszczeń A do B nastąpiło, że A uznał wyrok za prawomocny i że mu żadne prawa do B nie przysługują, a ponadto żądał, by A zasądzono na cofnięcie wniesionego odwołania do dni 14 pod rygorem egzekucyi. Przy ponownej rozprawie odwoławczej postawił B na podstawie wniesionej skargi przeciw A wniosek, aby zarządzono przerwę postępowania odwoławczego aż do rozstrzygnięcia sporu. Tylko ten cel miała skarga, jak się bowiem okazało, wszystkie fakta były zmyślane. Sąd krajowy wyższy we Lwowie uchwałą z dnia 13. listopada 1907 l. cz. Bc. IV 190/7 zarządził przerwę, a najwyższy trybunał zatwierdził tę uchwałę orzeczeniem z dnia 21. stycznia 1908 l. cz. Rv. 13/8. Zdaniem naszym zarządzenie przerwy było nieuzasadnione, spór o uznanie wyroku prawomocnym nie jest prejudycyalnym dla wyroku odwoławczego, ten ma zapać tylko na podstawie materiału I instancji (§§ 462 i 498 p. c.), okoliczności później zasze nie mogą być w toku postępowania odwoławczego uwzględnione, można je badać w pro-

2) Proces raz wdrożony musi być należycie kontynuowany, odroczenie terminów lub czasokresów nie jest pozostawione woli stron (§ 134 p. c.). Przepis ten jest bardzo niedogodny i dlatego strony rozmaitych używają sposobów, by go obejść

a) Ustawa zna instytucję, która powoduje zastój w procesie, a tą instytucją jest spoczywanie postępowania bądź wskutek umowy stron (§ 168 p. c.), bądź wskutek niestawiennictwa (§ 170 p. c.). Instytucja spoczywania postępowania jest wyjątkową, ustawa wprowadziła ją, by nie zmuszać stron do zaniechania procesu tam, gdzie tylko czasowo chcą postępowanie wstrzymać. By tej instytucji nie używano do odraczań przez ustawę zakazanych, stanowi procedura, że tam, gdzie strony doprowadzają do spoczywania postępowania, dalszy rozwój procesu może dopiero po upływie umówionego czasu lub w razie braku umowy po upływie trzech miesięcy nastąpić (§ 168 p. c.). Jest to dla stron często uciążliwe i dlatego starają się one przepis ustawowy ominąć. Gdy między stronami toczą się pertraktacje ugodowe i powód godzi się na zwłokę, nie chce jednak, by przez przeciąg trzech miesięcy było postępowanie wstrzymane, cofa za zgodą pozwanego skargę¹⁾ i w ten sposób umożliwia sobie prowadzenie procesu przed upływem trzech miesięcy, co przez wniesienie nowej skargi staje się możliwym.

cesie opozycyjnym po myśli § 35 o. e. wytoczonym, a spór taki nawet korzystny nie ma wpływu na wyrok sądu odwoławczego. Jeżeliby więc nawet B uzyskał wyrok korzystny przeciw A i wyrokiem stwierdzono, że po wydaniu wyroku zaszedł fakt uchylający moc wyroku, to dla sądu odwoławczego jest to obojętnem i ten może przyznać pretensję, chociaż orzeczono, że ona zgasła. Co do samego zarządzenia przerwy w postępowaniu odwoławczem należy zauważyć, że jest ono wprawdzie dopuszczalne, powinno jednak tylko wyjątkowo nastąpić (Por. Klein, Vorlesungen, str. 75), co sąd apelacyjny winien mieć na oku.

¹⁾ Spornem jest, czy cofnięcie skargi za zgodą przeciwnika jest po pierwszej audyencji dopuszczalne.

Takie działanie musimy uznać za niedopuszczalne. Strony nie mogą obejść przepisu ustawy, która nie zezwala na to, by wstrzymany proces przed upływem pewnego czasu był kontynuowany. To też musimy dojść do tego, że na ponownie wniesioną skargę nie należy wdrożyć postępowania, nie zachodzi wymóg procesowy i dlatego skargę należy odrzucić¹⁾.

b) Trudność uzyskania odroczenia terminu sądowego i zakaz wydany sędziemu udzielania odroczenia w wypadkach, o których ustawa wyraźnie nie wspomina (§§ 128 i 134 p. c.)²⁾, prowadzi do tego, że sąd, działając w porozumieniu ze stronami, umożliwia im odroczenie³⁾. Często nawet spoczywanie procesu, na któreby się strony zgodziły, nie może nastąpić, to też odroczenie jest koniecznem dla stron, jeżeli prowadzą

¹⁾ Tak też orzeczenie Gl. U., N. F. Nr. 166. Przeciwnemu orzeczeniu Pollak, System T. I. str. 383 N. 8.

²⁾ Por. o wymogach odroczenia Godlewski, Ograniczenie zwłoki w procesie 1895 str. 85 i n.

³⁾ Niejednokrotnie sędzia, by umożliwić stronom odroczenie, przekreśla w protokole rozprawy termin już wyznaczony i wpisuje inny późniejszy. By rozprawę kontrydiktoryjną odroczyć, odsyła się świadków jawiących się w sądzie do domu, a w protokole zaznacza się, że się świadkowie nie jawili. Strony nie dopuszczają często świadków do sali rozpraw i w ten sposób osiągają odroczenie rozprawy, grzywnę, jaką sąd na świadków nakłada, obowiązują się strony same ponieść, o ileby sąd jej nie opuścił. Z powodu trudności uzyskania odroczenia czasokresu do wniesienia odpowiedzi na skargę wnosi pozwany tam, gdzie odpowiedzi w zakreślonym czasokresie wnieść nie może, krótkie pismo zawierające wniosek na odmówienie żądaniu skargi i zaprzeczenie faktów w skardze naprowadzonych. Wniesienie tego pisma ma jedynie na celu zapobieżenie zaoczności, wniesienie jakiegokolwiek pisma jest bowiem wystarczające. Przed rozprawą kontrydiktoryjną wnosi pozwany obszernie pismo przygotowawcze, które jest właściwą odpowiedzią na skargę i przytacza w niem prawdziwy stan rzeczy. Jest to dopuszczalne, odpowiedź na skargę nie musi wyczerpywać wszystkiego, aż do ukończenia rozprawy można przytaczać fakta i środki dowodowe; tylko wtedy gdy przytoczenie ich następuje dla przewleczenia, sąd może pominąć fakta i nowe środki dowodowe (§ 128 ust. 2 p. c.).

pertraktacje ugodowe. W szczególności tam nie jest spoczywanie możliwem, gdzie grozi przedawnienie pre-tensyi. Wytoczenie sporu przerywa przedawnienie, pod warunkiem jednak, że się proces należycie popiera (§ 1497 u. c.). Zaniechanie popierania sporu powoduje dalszy bieg przedawnienia, wobec czego spoczywanie pociąga za sobą ten skutek, że czasokres przedawnienia liczy się bez względu na wniesioną skargę¹⁾. Temu starają się strony zapobiedz i obierają instytucję pokrewną spoczywaniu, ale odmienną, a mianowicie przerwę postępowania.

Przerwę postępowania sąd może zarządzić, gdy zachodzą wymogi, w szczególności, gdy toczy się spór prejudycjalny (§ 190 p. c.) i zachodzi potrzeba przerwy, wola stron jednak o niej nie decyduje, to też przerwa procesu nie powoduje dalszego biegu przedawnienia. W procesie więc, w którym grozi przedawnienie, strony chcąc wdroić pertraktacje ugodowe, do czego potrzebują nieco czasu, a nie mogąc uzyskać odroczenia, w porozumieniu ze sędzią w miejsce spoczywania sporu uzyskują uchwałę na przerwę, chociaż wymogi prawne nie zachodzą, np. w sporze. innym kwestye te same, co w toczącym się, mają być rozpatrywane, ale nie są prejudycjalne. Tak ma się rzecz, gdy sprzedający skarży kupującego o zapłatę ceny kupna, oświadczając gotowość świadczenia, kupujący zaś skarży o zapłatę sumy wekslowej na podstawie weksli złożonych przez sprzedającego na zabezpieczenie dotrzymania umowy twierdząc, że poniósł szkodę. Ka-

¹⁾ Inaczej przyjmuje Krainz, System (4 wyd. przez Ehrenzweiga 1905) T. I str. 435 uw. 19, i Horten, Oest. Civilpr. str. 643—644, który każdy wypadek chce odrębnie traktować, tak n. p. jeżeli z powodu toczących się rokowań ugodowych następuje spoczywanie, przedawnienie zdaniem jego nie zachodzi. Jak wyżej Neumann, Kommentar (1. wyd.) str. 435, Unger, System T. II str. 431 uw. 36 przyjmuje dla prawa dawnego, że wtedy należy przyjąć przedawnienie za dalej bieżące, jeżeli ze zachowania się powoda wnosić można na to, że procesu nie chce więcej prowadzić.

żda ze stron twierdzi, że druga umowy nie dopełniła, w szczególności kupujący, że przedmiot kupna nie odpowiada umowie, zaczem go nie przyjął. W obydwu procesach ma sąd badać, czy towar, który sprzedający dostarczył, jest dobry, mimo to żaden z procesów nie jest dla drugiego preiudycjalnym, w żadnym nie ma się badać stosunku prawnego w ten sposób, by tenor wyroku o nim orzekał, przerwa postępowania jest więc niedopuszczalną. Kupujący nie może zgodzić się na spoczywanie z powodu wad towaru, może bowiem tylko w pewnym czasie wystąpić ze skargą (§ 933 u. c., art. 349 u. h.).

Jeżeli sąd zarządzi w porozumieniu ze stronami przerwę procesu i uchwała urośnie w moc prawa, zacząć jej nie można, chociaż wydana jest tylko dlatego, by osiągnąć cel inny, a mianowicie by ominiąć spoczywanie sporu. Strona może jednak żądać od sądu uchylenia uchwały nawet po jej prawomocności po myśli § 192 p. c., w razie odmowy może wnieść rekurs i w nim wykazać brak wymogów przerwy postępowania, może więc odwrócić skutki zarządzonej przerwy.

Co do kwestyi przedawnienia, to ta zdaniem naszym zachodzi, uchwała, jaką sąd w porozumieniu ze stroną wydał, miała osiągnąć inne cele, a nie przerwę, nie jest więc skuteczną¹⁾.

¹⁾ Tak jak stronom czasem zależy na przewleczeniu, tak z drugiej strony zależy im na przyspieszeniu sprawy, w szczególności zachodzi to tam, gdzie grozi przedawnienie pretensyi i gdzie jak przy pretensyi wekslowej przerwa przedawnienia następuje dopiero przez doręczenie skargi (względnie nakazu zapłaty) a nie już przez jej wniesienie, które do przerwy pretensyi cywilnej w zupełności wystarcza. Ze względu na to starają się strony o jak najrychlejsze doręczenie nakazów zapłaty, a sądy wydają je spieszenie tam, gdzie grozi zadawnienie pretensyi, gdzie więc skargę wnosi się bezpośrednio przed upływem czasokresu przedawnienia, a zarazem zarządzają natychmiastowe doręczenie nakazu zapłaty. Z tego pospiechu korzy-

c) Postępowanie egzekucyjne powinno być bez przerwy prowadzone, to też, wierzyciel który odstąpi od wniosku na sprzedaż, nie może uzyskać licytacji przed upływem 6 miesięcy (§ 200 l. 3 i 282 ord. egz.). Ponieważ postanowienie to jest dla stron niewygodne, starają się je obejść, a czynią to w ten sposób, że dłużnik składa na ręce wierzyciela weksel, z weksla tego może wierzyciel zrobić użytek w razie, gdyby dłużnik terminu zapłaty na czas krótszy niż 6 miesięcy ustanowionego nie dotrzymał. Wierzyciel może weksel zaskarżyć, zająć ruchomości dłużnika i dokonać ich sprzedaży, osiąga więc cel zamierzony. Przeciw temu nie może dłużnik podnieść zarzutów, jeżeli zachodzi nowacya, wierzyciel po zajęciu otrzymuje nowe prawo zastawu i pierwszeństwo nowe, dawne prawo zastawu gaśnie i wierzyciel nie otrzymuje na podstawie tegoż zaspokojenia (§ 1378

stały strony przed wejściem w życie procedury cywilnej, kiedy tylko raz na tydzień odbywały się posiedzenia sądowe, gdy chciały uzyskać szybkie doręczenie nakazu zapłaty. Wierzyciel żyrował pozornie weksel na osobę zaufaną, przyczem przy indosie umieszczał dodatek, że pozostaje w obliżu tylko do pewnego oznaczonego dnia, zazwyczaj dnia wniesienia skargi, lub też dnia następnego, następnie pod imieniem żyratarysza skarżył i dłużników wekslowych i siebie. W ten sposób skracano lub też przedłużano czasokres przedawnienia (Czy ostatnie jest dopuszczalne dla zobowiązań wekslowych, jest wobec przepisu § 1502 u. c. sporne). Na taką skargę wydawał sąd bezzwłocznie nakaz zapłaty, by tylko w dniu, w którym upływa czasokres przedawnienia, doręczyć nakaz zapłaty, gdy zaś doręczenie dokonywano do rąk wszystkich pozwanych równocześnie, przeto uzyskano przez zmyśloną żyro i zmyśloną datę, z którą gaśnie zobowiązanie wekslowe, bezzwłoczne doręczenie skargi, podczas gdy inni wierzyciele musieli czekać do najbliższego dnia sesyjnego. Iobienie używa się tego rodzaju, chociaż rzadko, z reguły bowiem już w dniu wniesienia sądy załatwiają skargi wekslowe. By zapobiedz podstępemu uzyskaniu wcześniejszego doręczenia nakazu zapłaty, zarządzali czasem sędziowie, że nakaz przeciw żyrantowi ze względu na grożące przedawnienie ma być bezzwłocznie doręczony, przeciw innym zaś po dniu sesyjnym równocześnie z innymi nakazami zapłaty; w ten sposób nie mógł wierzyciel osiągnąć celu zamierzonego.

u. c.). Jeżeli jednak nie zachodzi nowacya, co z reguły ma miejsce, Wechsel bowiem wręcza się *solvendi causa*, a nie *in solutum*, wówczas dawne prawo zastawu pozostaje w mocy, ustanowienie więc nowego jest zbędne. Wierzyciel nie może więc przez nowe zajęcie uzyskać ponownego prawa zastawu i nie może osiągnąć sprzedaży; gdyby je uzyskał, może dłużnik postawić wniosek na zastanowienie ponownej egzekucyi.

Tylko wtedy, gdyby wierzyciel poprzednią egzekucyę zastanowił, mógłby uzyskać prawo zastawu i sprzedaż. I w tym jednak wypadku nie możemy przyjąć, by obejście prawa było dopuszczalne, sąd winien wstrzymać egzekucyę (§ 36 l. 2 o. e.), wierzyciel dąży bowiem do osiągnięcia celu niedopuszczalnego dla tej samej pretensyi i przez egzekucyę na te same przedmioty, chociaż obiera formę odmienną.

3) Roszczenie ochronne istnieje dopiero wtedy, gdy naruszenie prawa nastąpiło. Ze względu na to należałoby przyjąć, że skarga może być wniesioną dopiero wtedy, gdy pretensya stała się płatną, gdyby ją wcześniej wniesiono, należy żądaniu jako przedwczesnemu odmówić.

Ustawa wymaga jednak tylko, by roszczenie istniało w chwili wydania wyroku (§ 406 p. c.), obojętnem jest, czy już istniało w chwili wniesienia skargi. Z tego korzysta wierzyciel i wnosi skargę przed płatnością pretensyi. Gdyby skargę wniósł dopiero po płatności pretensyi, doszłoby do tego, że wyrok zapadłby znacznie po upływie płatności, wierzycielowi zależy na tem, by jak najprędzej uzyskał tytuł egzekucyjny, to też wnosi skargę tak, aby w chwili rozprawy kontradyktoryjnej już termin płatności minał, a wtedy osiąga swój cel.

Przeciw takiemu działaniu niema środka, sąd nie może odmówić żądaniu.

Inaczej ma się rzecz w postępowaniu wekslowem. Wierzyciel wypełnia Wechsel wcześniejszą datą płatności

i skarży go, aby uzyskać prawo zastawu na podstawie doręczonego nakazu zapłaty. Dłużnik wnosi zarzuty z powodu przedwczesności skargi, w chwili rozprawy jest już weksel płatny i sąd utrzymuje nakaz zapłaty w mocy, a tem samem i prawo zastawu, które wierzyciel uzyskał bezprawnie wskutek przedwczesnego zażalenia wekslu.

Zdaniem naszym z istoty postępowania wekslowego jako egzekucyjnego należy dojść do odmiennego wyniku. Nakaz zapłaty jest pierwszym krokiem egzekucyjnym, zarzuty zaczepiają egzekucję jako niedopuszczalną, jeżeli więc sąd dojdzie do tego, że o egzekucję prosić nie było można, ma nakaz zapłaty uchylić. Proces dotyczy tylko kwestyi, czy nakaz słusznie wydano, nie zaś płatności, przepisu § 406 p. c. nie można więc w postępowaniu wekslowem stosować.

4) Strona musi w toku postępowania wnioski swoje postawić, po upływie pewnego stadyum następuje prekluzya i to, czego strona nie dokonała, nie da się więcej skutecznie. Zwłaszcza w postępowaniu egzekucyjnym winien egzekwent wnioski na czas poczynić, inaczej traci w zupełności swoje uprawnienia. Jest to tem donioślejsze, że ponownie nie można zawiązać poprzedniego stadyum, w któremby wniosek mógł być postawiony (§ 58 o. e.). Strony starają się jednak często osiągnąć to, czego poprzód nie żądały, zwłaszcza przy egzekucyi mobilarnej.

Wedle ustępu 5. § 259 ord. egz. ma organ wykonawczy uczynić zadość wnioskowi wierzyciela popierającego na przeniesienie ruchomości egzekuta do depozytu lub zakładu przechowaniem się zajmującego bez zaciągnięcia uchwały sądowej, o ile ten wniosek przy przeprowadzeniu egzekucyi został postawiony. Po przeprowadzeniu egzekucyi zezwolenie na przeniesienie zajętych ruchomości może udzielić sąd, który winien, o ile nie zachodzi niebezpieczeństwo w zwłoce, przesłuchać zobowiązanego i innych wierzycieli egzekucję popierających (ustęp 6 § 259 ord. egz.). Wniosek na przenie-

sienie ruchomości ma być uwzględniony bezwarunkowo, a nie tylko wtedy, gdy wyszedł od wierzyciela, który pierwszy uzyskał zajęcie. Przechowanie ma na celu zapobiedz zniszczeniu przedmiotów przez dłużnika a ochronę w tym kierunku przyznaje się każdemu wierzycielowi. Czy przechowanie jest potrzebnem, jest obojętne¹⁾, sąd musi na nie zezwolić, przesłuchanie stron ma na celu nie orzeczenie co do przechowania, lecz orzeczenie co do sposobu wykonania tego aktu²⁾.

Jeżeli więc egzekucję mobilarną już przeprowadzono a przeniesienia przy tem zaniechano, późniejsze uzyskanie przeniesienia jest utrudnione zwłaszcza, gdy wskutek wdrożonego tymczasem procesu o wyłączenie i wstrzymanie kroków egzekucyjnych sąd na przeniesienie nie zezwoli. Wstrzymanie egzekucyi pociąga za sobą także i wstrzymanie przeniesienia, chociaż ono nie jest osobnym krokiem egzekucyjnym, lecz środkiem ubezpieczającym.

By jednak uzyskać przeniesienie i obejść postanowienia ustawy, wierzyciel stawia wniosek na zastanowienie egzekucyi, następnie zaś po zastanowieniu jej prosi o ponowne zajęcie ruchomości. Przy przeprowadzeniu ponownego zajęcia żąda wierzyciel przeniesienia, a to musi być przeprowadzone. Spór o wyłączenie nie stoi przeniesieniu na przeszkodzie, nie odnosi się on bowiem do egzekucyi, którą się dopiero przeprowadza.

W ten sposób wierzyciel może uzyskać przeniesienie ruchomości dłużnika bez poprzedniego przesłuchania.

¹⁾ Pollak, System des oest. Zivilprozessrechtes 1906 str. 794.

²⁾ Neumann, Die Exekutionsordnung 1900 str. 102, Pollak, l. c. str. 794. Dawniej sprawa miała się nieco inaczej. Wedle dekr. nadw. z d. 25. stycznia 1823 Nr. 1921 zb. u. s. sędzia mógł na przeniesienie zezwolić późniejszemu wierzycielowi, jeżeli złożył kaucyę na zabezpieczenie roszczeń poprzedniego wierzyciela.

E) Prowadzenie procesu pod fałszywym imieniem.

1) Do sądu wpływa często skarga, a po jej wniesieniu okazuje się, że nie pochodzi od osoby, która jako powód jest wymieniona. Trzecia osoba, która ma interes we wniesieniu skargi, wnosi ją, nawet udziela adwokatowi pełnomocnictwo jako ta, która w skardze jest wymieniona, adwokat nie znając osoby przyjmuje pełnomocnictwo i prowadzi proces, a nawet i egzekucję.

Przypadki tego rodzaju, jak wymienione, zdarzają się tam, gdzie interes robi się na imię osoby podstawionej bez porozumienia się z nią, a tak postępują lichwiarze, którzy, aby zarobić obok odsetek także i prowizję za pośrednictwo, przedstawiają się jako faktorzy, a trzecią osobę jako uprawnioną. Jeżeli proces wypada niekorzystnie dla powoda ma tenże płacić kosztu mimo, że do wytoczenia procesu nie dał powodu. Możliwe jest, że do użycia swego imienia przy zawarciu interesu trzeci zezwolił, nie zezwolił jednak do zaskarżenia, co się także zdarza. Właściwy wierzyciel obchodzi to w ten sposób, że skargę sam pod imieniem osoby podstawionej wnosi¹⁾2).

¹⁾ W roku 1907 wpłynęły do sądu powiatowego S. I we Lwowie skargi przeciw posłowi o zwrot wydatków wyłożonych na zakupno głosów i o zapłatę kwoty przyrzeczonej za oddanie na niego głosu przy wyborach. Osoba w procesie wymieniona jako skarżąca dopiero po doręczeniu wezwania na termin dowiedziała się o tem, że proces wytoczono. Skargę wniesli, jak się pokazało, przeciwnicy polityczni.

We Wiedniu weszło do sądu handlowego w roku 1906 podanie o otwarcie konkursu podpisane przez pewnego krawca, sąd otworzył też na skutek tego podania konkurs. Pokazało się, że krawiec podania nie wniósł, podpisała je i wniosła osoba trzecia. Konkurs zastanowiono dla braku majątku, zdaniem naszem należało zastanowić postępowanie dla braku wniosku.

²⁾ Wbrew woli wierzyciela dokonuje dłużnik intabulacji prawa zastawu dla pretensyi wierzyciela w stanie biernym swoich nieruchomości. Dłużnik, który popada w niewypłacalność, a nie chce zgłosić konkursu, z drugiej strony nie chce dopuścić do tego, aby jedni wierzyciele ubiegli drugich, zeznaje

Zdarzały się wypadki, że lichwiarze używali w skargach nazwisk osób nieistniejących, występowali w ich zastępstwie w procesach lub podpisywali adwokatowi pełnomocnictwo. Zwłaszcza w procesie wekslowym jest to możliwem, dłużnik nie zna osoby wierzyciela, który weksel w drodze eskontu nabywa, można więc jako takiego wymienić dowolną osobę. Podstawie-

jednostronnie na rzecz wszystkich swoich wierzycieli, których imiennie wykazuje prawo zastawu dla każdej poszczególnej pretensyi i to z równem pierwszeństwem, a następnie wnosi prośbę o wpis tego prawa zastawu na podstawie zeznanego skryptu dłużnego. W ten sposób otwarcie konkursu ma być niedopuszczalne po myśli § 63 u. konk., skoro zabezpieczenie nastąpiło. (Zdarzyły się wypadki, że dłużnik na kilka lat przed niewypłacalnością uzyskał dobrowolne oszacowanie swoich dóbr na wysoką kwotę, a na wniosek konkursowy wykazał, że wierzyciele mają dostateczne bezpieczeństwo, chociaż ci twierdzili, że dobra nie przedstawiają połowy wartości przy dobrowolnem oszacowaniu przyjętej; oszacowanie to wierzycieli nie wiąże po myśli § 274 ces. pat. z dnia 9. sierpnia 1854 Nr. 208 dz. u. p.). Zdaniem naszym dłużnik nie może wnieść prośby o wpis prawa zastawu na rzecz wierzyciela, do tego jest tylko wierzyciel legitymowany, wbrew woli nikt nie może prawa nabyć. Wynika to z § 77 ust. hip., wedle którego do wniesienia prośby o wpis prawa na rzecz uprawnionego należy wykazać uprawnienie, do tego wystarcza ogólne pełnomocnictwo, z czego wynika, że tylko uprawniony albo osoba przez niego umocowana prośbę o wpis wnieść może; i inne osoby, które ustawa szczegółowo wymienia mogą wnieść prośbę o wpis, do tych nie zalicza jednak ustawa tego który ma być prawem tabularnem obciążony. I z drugiego z zdania ust. 3 § 85 ust. hip., wynika, że tylko uprawniony może wnieść prośbę o wpis, jeżeli on ma podać, czy chce nabyć prawo rzeczowe na owocach, to tylko on może stawiać wniosek. Wyjątkowo tylko może i zobowiązany wnieść prośbę o wpis na rzecz uprawnionego a mianowicie tam, gdzie na jego rzecz jest także prawo ustanowione i ono ma być równocześnie z prawem uprawnionego wpisane § 97 ust. 2 ust. hip. Kwestya jest o tyle praktyczną, że niektórzy wierzyciele nie zadawalniając się wpisem przez dłużnika spowodowanym wnoszą prośbę o wpis egzekucyjnego prawa zastawu na podstawie tytułu egzekucyjnego a rekurem zaczepiają wpis na rzecz wszystkich skuteczniejszy. W nowszych czasach wyższe instancye zmieniają uchwały za-

nie osoby nieistniejącej lub obcej dąży do tego tylko, aby zmylić dłużnika co do osoby wierzyciela, albo też rzeczywistemu wierzycielowi umożliwić wystąpienie w charakterze świadka¹⁾.

Często wnosi skargę rzeczywisty uprawniony, jednak przybiera nazwisko, z którego dłużnik nie może wnosić na to, kto jest skarżącym. I tak kobieta wnosi skargę pod swoim rodzimym nazwiskiem dłużnikowi nieznanemu, wobec czego wydaje mu się, iż obca osoba występuje ze skargą. Gdy wierzyciel pochodzi z żydowskiego małżeństwa rytualnego, które nie zostało zawarte we formie ustawą przepisanej, używa z reguły nazwiska swego ojca nieślubnego (n. p. Schwarz) i tylko pod tem jest znany, w dokumentach i wobec władz musi używać nazwiska swojej matki (n. p. Weiss)²⁾. Dłużnik zna wierzyciela tylko pod nazwiskiem, jakim się w życiu posługuje (n. p. Schwarz), w skardze jest wymieniona osoba inna, a mianowicie Weiss, więc przypuszcza, że ze skargą występuje osoba trzecia i w procesie wekslowym nie wnosi zarzutów jako bezcelowych zwłaszcza, gdy wierzyciel umieścił żyro na osobę w procesie wymienioną, a więc na siebie pod innym nazwiskiem, co się też zdarza.

2) I po stronie pozwanego może się zdarzyć procesowanie pod fałszywym nazwiskiem. Odróżnić należy

rzyszające wpis na rzecz wszystkich wierzycieli, chociaż niektórzy nie zaczepiają rekursu wpisu i to ze względu na to, iż wpis równocześnie się odbył. Motywem odmowy jest jednostronne zeznanie aktu i brak prośby po stronie wierzycieli. (Tak orzeczenie najw. tryb. z dnia 14. lutego 1907 l. 1682 (2) zatwierdzające uchwałę sądu wyższego kraj. we Lwowie z dnia 18. września 1905 l. c. R. I 268/6; sąd kraj. we Lwowie uchwałą z dnia 30. kwietnia 1906 l. cz. 34116 zezwolił na wpis

¹⁾ Najciekawszem jest, że w procesie wekslowym, w którym jako powód występowała osoba nieistniejąca, złożył pozwany przysięgę, że powodowi w skardze wymienionemu zapłacił całą sumę wekslową

²⁾ Artyści i literaci znani są często tylko pod używanym pseudonimem i pod tym występują przed sądem.

kilka przypadków, a to ze względu na odmienne skutki prawne, jakie w każdym zachodzą.

a) Możliwem jest, że osobę, o którą idzie nazywa się inaczej. Tak można zmienić imię osoby w skardze, doręczając ją jednak właściwemu pozwanemu, który mimo fałszywego oznaczenia imienia skargę bez zarzutu przyjmuje.

Możliwie przekręca się nazwisko mimowoli, albo też rozmyślnie¹⁾. Często skarży się osobę, która zmieniła nazwisko, czy to wskutek zamążpójścia, czy też udzielonego zezwolenia władzy pod nazwiskiem poprzedniem.

b) Jeżeli kilka osób posługuje się tem samem imieniem i nazwiskiem zaść może wypadek, że skarga skierowana przeciw pewnej osobie zostaje doręczona innej, której ona wcale nie dotyczy. Przeciw tej osobie może zapaść wyrok, jeżeli ona na skargę nie reaguje²⁾.

c) W porozumieniu z powodem może nastąpić doręczenie skargi do rąk osoby, która nie jest pozwana, która jednak przedstawia się jako osoba w pozwie jako pozwana wymieniona. Ta osoba może w procesie występować jako pozwana, przeciw niej może zapaść wyrok,

¹⁾ Na porządku dziennym są przypadki, w których zmienia się początkową literę nazwiska pozwanego na inną podobną celem spowodowania, aby sprawa dostała się do niewłaściwego oddziału procesowego. Tak pisze się L zamiast Ł, Ch zamiast H, B zamiast P, Ph zamiast F. Tego rodzaju manipulacya jest niedopuszczalną, należy w razie jej stwierdzenia stosować przepis § 28 ust. 2 instr. sąd i sprawę odstąpić właściwemu oddziałowi.

²⁾ Identyeczność imienia i nazwiska pociąga za sobą często złe skutki zwłaszcza w sprawach tabularnych, wierzyciel prowadzi egzekucyę przez wpis prawa zastawu w stanie biernym realności osoby, która posługuje się tem samem nazwiskiem co dłużnik. Por. Berger, Gleiche Namen w *Gerichtszeitung* Nr. 39 z roku 1902. W wielu krajach istnieje obowiązek umieszczania dodatku do nazwiska, by odróżnić osobę od innej tem samem imieniem i nazwiskiem się posługującej, w niektórych istnieje obowiązek nadania dziecku imienia własnego, różniącego się od imienia ojca lub innej osoby o tem samem nazwisku (Por. Levi, *Vornamen und Familiennamen im Recht* 1888 str. 13).

z którego powód następnie przeciw rzeczywistemu pozwanemu korzysta¹⁾).

3) Jakie znaczenie ma prowadzenie procesu pod fałszywym nazwiskiem?

a) Jeżeli proces prowadzi pewna osoba, a do tego posługuje się nazwiskiem innej bez jej wiedzy, może przeciwnik zarzucić, że stosunek procesowy nie został zawiązany, brak bowiem woli wdrożenia procesu po stronie tej, która jako powód jest wymieniona. Tu zachodzi nie tylko brak należytego zastępstwa z powodu, że osoba jako powód wymieniona nie udzieliła pełnomocnictwa adwokatowi, lecz brak stosunku procesowego.

I osoba, którą jako powód wymieniono, może wystąpić z twierdzeniem, że proces wdrożono bez jej wiedzy, może więc żądać zastanowienia postępowania. To winno bezzwłocznie nastąpić, skargę należy uważać za niewnieśioną, a przeciwnik nie może żądać kosztów od osoby jako powód wymienionej, ona bowiem procesu nie spowodowała. Trzeci, który wniósł skargę, jest zobowiązany do wynagrodzenia szkody pozwanemu, ale pretensyi tej winien pozwany dochodzić przeciw trzeciemu w drodze osobnej i przed jego forum osobistem.

Osoba, na której imię proces wdrożono może do procesu przystąpić i uznać wszelkie dokonane akta za ważne, a w tym wypadku unieważnienie postępowania nie może więcej nastąpić.

Gdyby już zapadł prawomocny wyrok na imię osoby, która nie miała wiadomości o wdrożonym procesie, może ona żądać unieważnienia postępowania (§ 529 u. 2 p. c.) i to bez względu na to, czy proces wypadł na jej korzyść, czy też niekorzyść, nikomu nie mo-

¹⁾ Porównaj wypadek omówiony przez Hellwiga w Deutsche Juristenzeitung T. XI (1906) str. 68—70: A. chciał się pozbyć żony i zawrzeć małżeństwo z konkubiną swoją X, wniósł więc skargę o rozwód przeciw swojej żonie, skargę doręczono X., która się przedstawiła jako żona i wdała jako taka w proces, który się zakończył orzeczeniem rozwodu.

zna narzucać korzyści, których on sobie nie życzy. Jak długo jednak wyroku nie unieważniono, istnieje on nadal, jeżeliby więc jakie akta dalsze dokonano, osoba wymieniona w pozwie i wyroku ma być za uprawnioną uważana. Tak w szczególności może być przeciw niej wniesiona skarga o wznowienie i w procesie jest ona stroną, dopóki nie uzyska unieważnienia poprzedniego wyroku; w procesie o wznowienie, który wymaga ważnego zawiązania stosunku procesowego, należy zarządzić przerwę aż do ukończenia procesu nieważności¹⁾.

Unieważnienia postępowania może żądać tylko ta strona, która w procesie nie była zastąpioną, przeciwnik, który mógł podnieść zarzut w procesie, po ukończeniu postępowania musi się do wyroku stosować.

W proces wdrożony pod obcym nazwiskiem nie może wstąpić ten, który właściwie pod obcym imieniem proces prowadzi, nie może też korzystać z wyroku na imię trzeciego zapadłego. Osoba kierująca procesem nie ma legitymacji do występowania, brak bowiem skargi z jej strony, zaczem też nie może być ona dopuszczoną.

b) Jeżeli proces wdrożono w imieniu osoby nieistniejącej lub przeciw nieistniejącemu, stosunek procesowy nie może być zawiązany, proces jest więc nieważnym, sędzia winien skargę odrzucić, gdyby zaś wdrożył już postępowanie w każdym stadium je zastanowić. Wynika to z § 7 p. c., jeżeli bowiem dla braku zdolności procesowej postępowanie ma być zastano-

¹⁾ Pewien lichwiarz wdrożył proces wekslowy pod imieniem swego szwagra i wręczył adwokatowi pełnomocnictwo twierdząc, że szwagier zleca mu oddanie weksla do zaskarżenia. W procesie złożył lichwiarz, który był właścicielem sfałszowanego weksla, przysięgę, że pozwany w jego obecności podpisał weksel, wobec czego zapadł wyrok na rzecz szwagra. Lichwiarza zasądzono następnie za zbrodnię oszustwa, popełnioną przez złożenie fałszywej przysięgi, pozwany wniosł wobec tego skargę o wznowienie i o zwrot kwoty w międzyczasie zapłaconej lichwiarzowi, który jako pełnomocnik powoda w toku postępowania egzekucyjnego występował. W procesie o wznowienie uznał powód z procesu wekslowego żądanie i co

wione, to tem bardziej należy to przyjąć tam, gdzie osoby niema wcale i gdzie ją tylko zmyślono.

Jeżeliby wydany został wyrok lub nakaz zapłaty na rzecz osoby nieistniejącej lub przeciw osobie nieistniejącej, wówczas wyrok jest orzeczeniem bez wszelkiego znaczenia, jest zdaniem sądu, które niema mocy prawnej. Wyrok sądowy o tyle tylko istnieje, o ile wydano go na rzecz i przeciw osobom prawnie uznanym, na podstawie wyroku wydanego na rzecz osoby nieistniejącej nie można więc prowadzić egzekucyi. Adwokat więc, na rzecz którego znachodzi się w aktach pełnomocnictwo, nie może żądać wydania kwoty z ceny kupna przy podziale na rzecz osoby nieistniejącej, a dla której uzyskano prawo zastawu, przypadającej. Osoba nieistniejąca niema żadnych praw, obojętnem jest, że imię obrał rzeczywisty uprawniony i dlatego przy rozdziale ceny kupna przy licytacji uzyskanej należy nieistniejącego pominąć¹⁾.

Jako nieistniejącą osobę należy uważać zmarłego. Jego nie można zaskarżyć, zaskarżenie może się odbyć

do wznowienia i co do uchylenia wyroku twierdząc, że nigdy procesu nie wdrożył i nigdy do wdrożenia nie dawał pełnomocnictwa; żądania o zwrot kwoty nie uznał, powołując się na to, że jej nie pobrał. Zdaniem naszym powinien być powód z procesu wekslowego wyrok zacząć skargą nieważności, skarga o wznowienie mogła być przeciw niemu skierowaną, mógł jednak i po dopuszczeniu wznowienia bronić się tem, że nie wdrożył procesu wekslowego, a tem samem mógł żądać unieważnienia procesu, toby wystarczyło. Co do połączenia skargi o wznowienie i skargi o zwrot, to było ono niedopuszczalne, po wznowieniu prowadzi się proces wekslowy, a więc osobne postępowanie, a z tem nie można kumulować procesu o zapłatę; także i właściwość sądu dla jednego i drugiego żądania może być rozmaita.

¹⁾ Takie przypadki zdarzyły się; wierzycielom, którzy uzyskali zajęcie płacy urzędnika miano wypłacić kwoty na nich przypadające, przy wypłacie okazało się, że osoba, która jako wierzycielka uzyskała zajęcie poborów nie istniała wcale, wierzyciel pod jej imieniem zaskarżył pretensyę i podpisał adwokatowi pełnomocnictwo.

do rąk spadkobiercy lub kuratora spadku. Tylko już w toku będący proces może być prowadzony przeciw zmarłemu, wyrok jest skuteczny przeciw spadkobiercy. Imieniem zmarłego wnosi się czasem skargę; jeżeli osoba udzieliła pełnomocnictwo, po jego podpisaniu zmarła, a adwokat wniósł po tym dopiero czasie skargę, zaskarżono pretensyę imieniem osoby nieistniejącej, wyrok jest więc pozbawiony znaczenia. Spadkobierca na ten wyrok nie może się powołać i nie może z niego korzystać, sąd winien wyrok uważać jako nieistniejący, chociaż jego unieważnienie nie nastąpi.

c) Jeżeli w oznaczeniu osoby zaszła pomyłka, a więc nadano jej inne imię lub nazwisko, np. nazwano ją Franciszek zamiast Fryderyk albo Weiss zamiast Weitz, albo też nazwisko przekreślono lub inaczej ortograficznie wypisano, np. Majer zamiast Meyer, Cukier zamiast Zucker, lub wreszcie wypisano pseudonim (np. u artysty), skargę jednak wniosła osoba, której prawo ma być dochodzone, albo też skarga jest skierowaną przeciw właściwemu pozwanemu, któremu ją też doręczono, wówczas sąd winien, jeżeli stosunki są mu znane, skargę zwrócić do sprostowania (§ 84. p. c.), gdyby zaś to w określonym terminie nie nastąpiło, winien skargę odrzucić jako skierowaną przeciw osobie nieistniejącej. Osoba o którą idzie, a którą fałszywie w pozwie oznaczono, może odmówić przyjęcia skargi na jej imię nieopiewającej, a to przyjąć należy także i wtedy, gdy jej imię tylko inaczej wypisano¹⁾. Gdyby pozwany nienależycie nazwany skargę przyjął, musi się już wdać w spór, może żądać tylko sprostowania nazwiska, sprostowania może dokonać także i z urzędu sąd w toku rozprawy, ewentualnie po przesłuchaniu stron. Gdyby jednak już rozprawa była ukończoną i zapadł wyrok, sprostowanie musi odnosić się do wyroku, sprostowanie ma zarządzić sąd po myśli § 419 p. c., jakkolwiek pomyłka zaszła nie tylko w wygotowaniu względnie wyroku, lecz

¹⁾ Inaczej Horten, Oest. Zivilproc. 1908 str. 336.

i w toku poprzedniego postępowania, powołany przepis odnosi się do omyłki wogóle, a nie tylko do tej, która zachodzi po stronie sądu. Rozumie się, że zawsze musi być stwierdzonem, iż osoba, której imię ma być sprostowane, jest identyczna z osobą, dla której i przeciw której wydano wyrok („si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, ‘nulla dubitatio est, quin valeat’” Ulp. fr. 9 § 1. D. de contr. empt. 18. 1), tylko wtedy bowiem o omyłce mówić można ¹⁾).

Jeżeli osoba w wyroku wymieniona zmieniła nazwisko, egzekucya jest możliwą bez poprzedniego sprostowania wyroku, omyłki bowiem niema. Na twierdzenie wierzyciela sąd ma przeprowadzić badanie i w razie, gdy dojdzie do tego, iż zmiana imienia zasła, ma się przychylić do wniosku egzekucyjnego, skierowanego przeciw osobie w wyroku niewymienionej, ale identy-

¹⁾ Te same zasady należy stosować tam, gdzie kupiec skarżył lub gdzie go skarżono nie pod jego imieniem, lecz pod używaną przez niego firmą. Firmę kupca należy uważać za nieistniejącą osobę, kupiec musi skarżyć i może być pozwany tylko pod swoim prawdziwym imieniem i nazwiskiem, firma lub fabryka nie jest osobą procesową (Por. Staub, Kommentar zum allg. d. Handelsgesetzbuch 5. wyd. 1897 str. 33 i n. ad. art. 15 u. h.), a tylko ta może występować na zewnątrz. Jeżeliby skarga pod firmą była dopuszczalną, nie możnaby należycie osoby określić, właściciel firmy zmienia się, nie byłoby zatem wiadomem, kto występuje i przeciw komu zapada wyrok, zwłaszcza, gdy w toku sporu zmieni się właściciel firmy. (Por. brzmienie § 417 l. 2 p. c., wedle którego w wyroku należy wymienić imię i nazwisko stron, za takie nie można uważać firmy). Pomimo to nie można przyjąć, by użycie li tylko samej firmy było powodem nieważności wyroku. Kto jest skarżącym i pozwany może być stwierdzonem, jeżeli się zważy, kto był właścicielem firmy w chwili wniesienia skargi, osoba jest więc znaną i tylko fałszywie ją określono. Sąd w toku sporu ma sprostować nazwisko, a i po wydaniu wyroku ma to nastąpić rozumie się po zbadaniu, czy osoba, przeciw której prowadzi się egzekucję, była właścicielką firmy w chwili związania sporu, a więc właściwym pozwany.

cznej z tą, która w wyroku jest zasądzoną na świadczenie¹⁾.

Wobec tego, że tylko sprostowanie wyroku ma się odbyć nawet po prawomocności wyroku, obojętnem jest, czy istnieje osoba posiadająca nazwisko w wyroku wymienione, czy nie, nie można bowiem twierdzić tam, gdzie zachodzi oczywista omyłka, aby pozwanym była nie osoba, której doręczono skargę i której spór dotyczy, lecz osoba inna, której nazwisko umieszczono w wyroku wskutek omyłki²⁾.

d) Dalszy przypadek zachodzi, gdy kilka osób posiada to samo imię lub nazwisko, lub gdy osobie, której imię oraz nazwisko jest w skardze wymienione doręcza się skargę, jakkolwiek wierzyciel miał na myśli nie tę osobę, lecz inną. Takie wypadki są na porządku dziennym, wierzyciel skarży Markusa Weissa w gminie N., w której mieszka kilka osób tego samego imienia oraz nazwiska, skargę doręcza się Markusowi Weissowi, ale nie temu, o którego idzie wierzycielowi; wierzyciel

¹⁾ Oertmann, *Namenverwechselung und Personenverwechselung im Zivilprozess* w *Deutsche Juristenzeitung* z roku 1906 (T. XI) s'r. 735 i n., jest zdania, że należy w razie, gdy nazwisko pozwanego w wyroku przekreślono żądać sprostowania wyroku, gdy zaś termin do sprostowania już upłynął (wedle proced. cyw. niem.) należy wystąpić przeciw pozwanemu z *actio iudicati*, ze skargą mającą na celu orzeczenie, że wyrok wydany przeciw X. jest wykonalny przeciw Y. jako z X. identycznym (taka skarga jest u nas unormowana w § 10 o. e. na wypadek, gdy prawo lub obowiązek przeszedł na inną osobę, niż wymienioną w tytule egzekucyjnym).

²⁾ Tak Oertmann l. c. str. 737. Słusznie jednak podnosi Oe., że tam, gdzie pomyłka zachodzi nie tylko w oznaczeniu, lecz w twierdzeniu w skardze zawartem, nie ma mowy o omyłce w określeniu osoby. Jeżeli więc wierzyciel twierdzi, że Fryderyk X. pożyczył u niego pieniądze i tego skarży, a następnie się okazuje, że miał na myśli Franciszka X., który był dłużnikiem, niema mowy o omyłce w oznaczeniu, lecz zachodzi brak legitymacji biernej. Por. także Nussbaum, *Die Process-handlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse* 1908 str. 96 i n.

chce skarżyć dłużnika, skarży jednak osobę o tem samem imieniu oraz nazwisku, ale w innem mieście zamieszkałą.

Odróżnić należy poszczególne stadya postępowania.

a) Jeżeli skargę doręczono pewnej osobie i ta staje na terminie, a powód twierdzi, że miał na myśli inną osobę o tem samem imieniu i nazwisku, należy zarządzić doręczenie skargi do rąk właściwego pozwanego. Osoba, której skargę przez pomyłkę doręczono, nie może żądać przeprowadzenia przeciw sobie procesu, nie może żądać nawet zwrotu kosztów procesowych, proces z nią się nie toczy i tylko z tytułu odszkodowania może wystąpić przeciw powodowi, który spowodował, że niewłaściwej osobie skargę doręczono. Ten, który skargę otrzymał, może przed terminem skargę zwrócić sądowi z wyjaśnieniem stanu sprawy, także i powód może żądać zarządzenia należytego doręczenia, a więc odebrania skargi od tego, komu ją doręczono i doręczenia właściwej osobie ¹⁾.

¹⁾ Wobec powyższych wywodów przyjmujemy, że wniesienie nowej skargi przeciw osobie, która jest materialnie zobowiązana nie jest konieczne, sprostowanie aktu doręczenia wystarcza. Kwestya jest nader doniosłą ze względu na przedawnienie. W pewnym przypadku skargę odszkodowawczą wniesioną na kilka dni przed upływem lat 3 odebrał imiennik pozwanego w porozumieniu z nim działający, sprawę wykryto już po upływie lat 3, właściwy zobowiązany bronił się tem, że nową należy wniesć skargę, względnie że wniosek na należyte doręczenie uważać należy za wniesienie przeciw niemu skargi. Obojętnem jest, czy pomyłka zaszła po stronie organu doręczającego skargę, czy też wywołał ją powód, który nie wiedząc o tem, iż istnieje kilka osób tego samego imienia i nazwiska, albo też wiedząc o tem, ale nie mogąc stwierdzić bliższych danych, spowodował doręczenie do rąk osoby, przeciw której nie chce wystąpić ze skargą. Inaczej przyjmuje Horten l. c. str. 336, który wtedy, gdy zajdzie pomyłka przez powoda wywołana, przyjmuje zawiązanie sporu, powód może za zgodą pozwanego cofnąć skargę i wniesć nową (§ 237 p. c.), a zarazem zapłacić kosztu pozwanemu, może także za zgodą pozwanego zmienić skargę po myśli § 235 p. c. w ten sposób, że wymienia właściwego pozwanego. Zdanie to jest mylne, zmiana skargi nie jest możliwą, o ile idzie o inną osobę.

Na terminie sądowym, wyznaczonym na skutek skargi doręczonej niewłaściwemu pozwanemu, może stanąć osoba, przeciw której skarga jest właściwie skierowaną i może sama wytknąć nieprawidłowość doręczenia oraz żądać usunięcia braku albo też może się wdać w proces; jeżeliby powód podniósł zarzuty, wówczas nie mógłby sąd rozprawy przeprowadzić z pozwanym, osoba, której skargę doręczono, mogłaby się merytorycznie bronić zarzutem braku legitymacji biernej, nie może zaś bez zezwolenia powoda ustąpić z procesu.

β) Jeżeliby ten, komu skargę doręczono milczał, a powód, nie wiedząc o nieprawidłowym doręczeniu, postawił wniosek na wydanie wyroku zaocznego i wyrok taki wydano, może być wyrok doręczony do rąk osoby, o którą właściwie idzie, albo też do rąk tego, komu przez pomyłkę skargę doręczono. Jeżeli właściwy pozwany otrzymał wyrok, może go zacząć odwołaniem z powodu nieważności (§ 477 l. 1—4 p. c.), nie dano mu bowiem możliwości rozprawiania się, skargę doręczono trzeciej osobie o tem samym imieniu i nazwisku, a więc nie pozwanemu. Jeżeliby zaczepienie wyroku odwołaniem nie nastąpiło, wyrok staje się prawomocnym i wykonalnym przeciw właściwemu pozwanemu i ten nie może żadnych więcej kroków poczynić.

Jeżeli doręczenie wyroku odbywa się do rąk tego, komu skargę niewłaściwie doręczono, a więc do rąk nienależytego pozwanego, wyrok tylko wobec niego jest prawomocny i wykonalny. Ten, komu wyrok doręczono, nie może go więcej zacząć, jemu skargę doręczono i on wdał się już w proces, z nim zawiązano stosunek procesowy, jego rzeczą było bronić się, gdy tego nie uczynił, wyrok jest wobec niego prawomocny, chociaż on merytorycznie nie odpowiada powodowi. Wobec tego mylnem jest zdanie, że mimo milczenia może niewłaściwy pozwany uchylić się od świadczenia przez żądanie sprostowania wyroku lub przez zaczepienie go odwołaniem.

Jeżeli doręczenie wyroku nastąpiło do rąk niewłaściwego pozwanego, nie można prowadzić egzekucji

przeciw właściwie zobowiązanemu, on nie otrzymał skargi, przeciw niemu nie zapadł wyrok, nie może zatem odpowiadać wierzycielowi. Wyroku zapadłego nie potrzebuje zobowiązany zaczepiać skargą nieważności po myśli § 529 l. 2 p. c, wyrok nie jest przeciw niemu wykonalny ani prawomocny, chociaż imię i nazwisko jego jest w wyroku wymienione i chociaż on merytorycznie odpowiada powodowi, skarga nieważności tam winna być wniesiona, gdzie wydano przeciw pewnej osobie wyrok, a ona w procesie nie była zastąpioną. Wierzyciel, który uzyskał wyrok przeciw niewłaściwej osobie, może więc wystąpić z nową skargą przeciw właściwie zobowiązanemu i może od niego żądać zapłaty. Pozwany w tym procesie nie może się powołać na wyrok poprzedni, ten nie jest prawomocnym wobec niego, zarzut sprawy osądzonej jest więc nieuzasadniony. Merytorycznie nie może się pozwany bronić tem, że wydano wyrok przeciw innej osobie, wierzyciel może mieć pretensję przeciw kilku osobom. Tylko wtedy może się bronić właściwy zobowiązany, gdy niewłaściwie pozwany zapłacił wierzycielowi kwotę należną.

Od właściwie zobowiązanego może żądać niewłaściwie pozwany zwrotu kwoty wyłożonej, dopóki zapłata nie nastąpiła, nie może żądać niewłaściwie zasądzonej, aby właściwy zobowiązany ze swoich funduszów zapłatę uskutecznił.

e) Całkiem inaczej przedstawia się rzecz, jeżeli osoba trzecia o całkiem innem nazwisku odebrała skargę, przedstawiając się jako osoba w skardze jako pozwana wymieniona. Jeżeli ta osoba przedstawia się jako pozwany, jeżeli dopuszcza do wyroku przeciw sobie bądźto zaoicznego, bądź też po rozprawie wydanego, wydaje się wyrok nie przeciw niej, lecz przeciw osobie jako pozwana wymienionej. Takiego wyroku nie można uważać za „ein Schlag in die Luft“ ¹⁾ wyrok wydano przeciw osobie, którą nazwano pozwanym. H. jest zdania, że

¹⁾ Jak to czyni Hellwig, *Prozessieren unter falschem Namen* w *Deutsche Jur. Zeitung* (1906) T. XI str. 69.

osoba, której skargę doręczono (X.) była stroną w procesie i że ona przedstawiła się jako ta, która jest pozwana, tylko wobec X. zapadł więc wyrok, osoba jako pozwana wymieniona może wystąpić w toku egzekucyi ze skargą o stwierdzenie, że wyrok przeciw niej nie jest wykonalny.

Tego zdania nie możemy podzielić, osoba jako pozwana wymieniona musi wystąpić ze skargą nieważności, może zaczepić wyrok z powodu, że nie była w procesie zastąpioną należycie, jak długo to nie nastąpi, wyrok istnieje i jest skuteczny ²⁾.

²⁾ Słusznie podnosi H. że sąd winien badać, czy zachodzi identyczność osoby w procesie występującej z osobą, która jest jako strona wymieniona (str. 70), z tego jednak nie wynika, aby z powodu zaniedbania sądu wyrok nie stał się prawomocnym (Przeciw H. występuje Lippmann w Deutsche Jur. Zeitung 1906 str. 422—423, Oertmann l. c. str. 739; za Hellwigem Michel, Absolute Nichtigkeit von Zivil. u. Strafurteilen 1906 str. 58 Nr. 93 a). Wypadek przez H. omówiony w którym wyrok orzekający rozwód małżeństwa zapadł na skutek skargi doręczonej umyślnie osobie trzeciej jako żonę przedstawionej, należy więc rozstrzygnąć w ten sposób, że wyrok jest skuteczny, a żona winna wnieść skargę nieważności z powodu braku ustawowego zastępstwa. Tak rozstrzyga kwestyę sam Hellwig, Wesen und subjekt Begrenzung der Rechtskraft 1901 str. 69 Nr. 26, inaczej w rozprawie wyżej powołanej. gdzie podnosi, że proces rozwodowy prowadzono przeciw osobie, której skargę doręczono, która jednak podszyła się pod obce nazwisko, należałoby więc właściwie uważać nie osobę wymienioną w skardze i wyroku, lecz tę, która występowała przed sądem, jako pozwaną przeciw tej zaś nie może zapasć wyrok orzekający rozwiązanie małżeństwa. (W związku z kwestyą, w jaki sposób wyrok ma być obalony, pozostaje kwestya dalsza, co ma się stać ze skutkami między wydaniem wyroku o jego obaleniem zaszłymi, a więc z małżeństwem zawartem przez jednego z małżonków z osobą trzecią, po dokonanym sądowym rozwodzie. Jedni przyjmują nieważność małżeństwa, Hellwig w rozprawie Grenzen der Rückwirkung 1907 str. 51 przyjmuje zaś ważność wychodząc z ogólnej zasady, że uchylenie orzeczenia sądowego, które pewien stan prawny stworzyło, ma moc wstecz działającą, ale nie narusza stosunku prawnego wobec trzeciego w międzyczasie zaszłego (str. 52).

§ 3.

Dokonanie i zaniechanie aktu procesowego na niekorzyść przeciwnika lub osoby trzeciej i spowodowanie przeciwnika do dokonania lub zaniechania czynności procesowej.

A) Dokonanie aktu na niekorzyść przeciwnika lub osoby trzeciej.

a) Działanie na szkodę przeciwnika.

1) Działanie podstępne na niekorzyść przeciwnika może polegać w tem, że strona dokonuje czynności, której zaniechanie przeciwnikowi przyrzekła.

Strony często zgadzają się na to, by nie wnieść środka prawnego od wyroku. Umowa taka, o ile po wydaniu wyroku została zawartą, jest ważną tylko o tyle, o ile zawiera umowę materalno-prawną i o ile nią pretensya zostaje umorzona lub zniesiona. W tym wypadku może każda ze stron wystąpić ze skargą opozycyjną, a więc nie tylko pozwany, ale i powód, wystąpić może i ten, który w pierwszej instancyi wygrał sprawę. Pozwany więc, gdy powoda z żądaniem skargi oddalono, może wystąpić ze skargą opozycyjną w toku postępowania apelacyjnego na tej podstawie, że z powodem po wydaniu wyroku zawarł ugodę, mocą której sprawa została materalnie załatwiona, o ile przyjmemy, że skarga opozycyjna jest przed prowadzeniem egzekucyi dopuszczalna, może pozwany wystąpić ze skargą o ustalenie, że wyrok stracił swoją doniosłość, względnie że stworzył nowy stan prawny między stronami.

Jeżeli strona mimo zobowiązania się wnosi środek prawny, wówczas nie może przeciwnik wystąpić przeciw niej z żądaniem, aby go cofnęła, do tego nie jest ona zobowiązana. Zobowiązanie się do dokonania czynności procesowej jest nieważne, tak samo i do jej zaniechania, skuteczność czynności procesowej nastaje dopiero z chwilą dokonania jej przed sądem. Umowa, wedle której strony

z góry, a więc przed wydaniem orzeczenia sądowego, umawiają się o zaniechanie środka prawnego, tak zaniechanie wniesienia apelacji lub rewizyi, jest nieważną, nieważnem jest też zobowiązanie się do zaniechania środka prawnego, o ile nie można uznać zobowiązania za ważną umowę materyjalno-prawną. Jest to o tyle ważnem, że do aktów procesowych jest wymagane jednostronne oświadczenie, umowa materyjalna jest ważną, gdy przyjęcie w czasie ustawowym ze strony przeciwnika nastąpiło ¹⁾).

Czy przeciwnik ma środek, by się uchylić od skutków wniesionego wbrew umowie środka prawnego?

Odróżnić należy przypadek, gdy strona z góry się zrzekła środka prawnego, od przypadku, gdy zrzeczenie się nastąpiło po wydaniu orzeczenia. W ostatnim wypadku zrzeczenie się jest ważnem, ale tylko gdy je już przed sądem złożono, przed tym czasem umowa jest bezskuteczną.

Umowa zawarta przed wydaniem wyroku nie jest skuteczną, strony nie mogą z góry zmienić przepisów postępowania, nie mogą ograniczyć instancyi w ten sposób, iż instancya wyższa ma być zniesioną. Mogą one zrzec się praw, które już nabyły, a więc prawa do zaczepienia wyroku, dopóki jednak wyroku nie wydano

¹⁾ W prawie powszechnem przyjmowano, że umowa tego rodzaju jest ważną, i powoływano się na fr. 1 § 3 D. a quibus appellari non licet 49 2: „si quis ante sententiam professus fuerit, se a iudice non provocaturum indubitate provocandi auxilium perdidit“. Niektórzy uważają za obowiązujące jednostronne oświadczenie, tak Wetzell: *System des ordentlichen Civilprocesses* l. c. str. 706. Dla prawa niemieckiego przyjmuje się również ważność umowy co do zaniechania środka prawnego, a tylko wtedy nie nadaje się mocy obowiązującej umowie tego rodzaju, gdy stosunek prawny wyjęty jest z pod dyspozycyi stron, w szczególności gdy idzie o stosunek osobowy. Por. Kohler: „Über processrechtliche Verträge und Creationen“ w Gruchots *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechte* 1887 T. XXXI str. 284—288, który zrzeczenie się restytucyi, sprzeciwu przeciw wyrokowi zaocznemu oraz skargi nieważności i wznowienia uważa za nieważne (str. 289 Nr. 22).

apelacya nie może być wniesioną, strona więc nie może zrzec się uprawnień, które jej jeszcze nie przysługują.

Gdyby strona, licząc na zapewnienie drugiej, również nie wniosła apelacyi, wówczas mamy do czynienia z zaniechaniem czynności spowodowanem podstępem przeciwnika. W tym wypadku ma strona środek prawny restytucyi, która może ją ochronić od niekorzystnych skutków, ma ponadto skargę odszkodowawczą, a tą może dochodzić szkody i w procesie wykazać, że odwołanie osiągnęłoby skutek korzystny.

2) Podstęp można dopuścić się wobec przeciwnika przez korzystanie z przepisów o postępowaniu.

a) Ustawa zezwala na to, aby w procesie o oddanie przedmiotu w razie, gdy pozwany wymieni swego przeciwnika, ten ostatni wstąpił w proces (§ 23 p. c.), do wstąpienia nie jest zezwolenie powoda potrzebne. Wskutek tego może pozwany w porozumieniu z trzecim wystąpić ze sporu, chociaż on sam jest posiadaczem, wyrok zapada wskutek tego przeciw trzeciemu i powód zostaje na szkodę narażony. Wyrok przeciw pozwanemu nie jest wykonalny, tylko przeciw auktorowi można prowadzić egzekucyę, gdy zaś ten przedmiotu nie posiada, powód osiąga wyrok przeciw temu, od kogo przedmiotu otrzymać nie może, nie zaś przeciw temu, od kogo wydobyć jest możliwem ¹⁾.

b) Weksłowy nakaz zapłaty zostaje wydany bez przesłuchania dłużnika, tylko na podstawie weksla przez powoda dołączonego. Czy podpis dłużnika jest autentyczny, to w chwili wydania nakazu zapłaty nie da się stwierdzić, wierzyciel może więc podsunąć weksel nieautentyczny i uzyskać na podstawie tegoż tytuł egzekucyjny, który staje się niewzruszalnym, jeżeli dłużnik nie wniesie zarzutów. Zdarzało się, że wierzyciel posiadający weksel nienależycie otemplowany, obawiając się kary należytościowej, która jest wysoka, dołączył do po-

¹⁾ Skedl l. c T. I str 268. Pollak, System T. I str. 188.

z wu umyślnie sfabrykowany weksel nieautentyczny podpis dłużnika zawierający, a zresztą co do treści zgodny z autentycznym. Dłużnik wie o tem, że weksel w pewnym czasie płatny i na pewną kwotę opiewający podpisał, nie wnosi więc zarzutów; w ten sposób wierzyciel może na podstawie fałsyfikatu uzyskać to, co powinien przy pomocy autentycznego weksla osiągnąć.

Zdarzyły się wypadki, że wierzyciel po prawomocności nakazu na podstawie nieautentycznego weksla uzyskanego wystąpił sam lub przez trzeciego ze żądaniem wykupienia weksla autentycznego. Temu musi dłużnik zadość uczynić i nie może się uwolnić od obowiązku zapłaty.

Weksel autentyczny nie był bowiem zaskarżony i nie zapłacono sumy, na którą opiewa, że zaś weksel nieautentyczny zaskarżono i że dłużnik ma zapłacić sumę wekslową, na którą fałsyfikat opiewa, nie może go zwolnić od obowiązku wykupienia weksla autentycznego. Tylko przeciw nakazowi zapłaty na podstawie weksla fałszywego uzyskanemu winien dłużnik wystąpić.

Jaki środek prowadzi do celu, jeżeli wierzyciel dopuścił się tego rodzaju nieuczciwej manipulacji? W razie sfałszowania weksla zachodzą wymogi skargi o wznowienie z § 530 l. 1 p. c., dłużnik może więc uzyskać wznowienie w razie, gdy zapadnie wyrok zasadzający, albo też gdy zajdą wymogi w ustępie 2 § 539 p. c. wymienione i o ile przepis § 556 p. c. nie stoi skardze o wznowienie na przeszkodzie¹⁾. W każdym innym wypadku dłużnik jest bezbronny, w szczególności nie może uzyskać restytucji do wniesienia zarzutów²⁾.

¹⁾ Skarga o wznowienie może być wniesioną i tam, gdzie wydano nakaz zapłaty, a nie tylko, gdzie wydano wyrok. Przyjść to należy mimo dosłownego brzmienia § 530 p. c., który wspomina tylko o wyrokach (innego zdania Trutter, *Das österr. Civilprocessrecht* 1897 str. 59).

²⁾ Do czego doprowadzić może przedłożenie weksla sfałszowanego, to wynika z następującego wypadku praktycznego. Wierzyciel skarży weksel przeciw nieobjętej masie spadkowej

c) By zapobiedz przymusowej rumacyi z mieszkania lokator kładzie się do łóżka i udaje chorego albo też poleca jednemu z członków rodziny, aby to uczynił. Taki manewr nie powinien wstrzymywać przymusowego usunięcia najemcy, organ wykonawczy powinien sam zbadać, czy ma do czynienia ze symulacją i gdy ją stwierdzi, powinien egzekucyę przeprowadzić. Co jednak,

osoby, która pozostawiła krociowy majątek w gotówce; kurator, nie znając rzeczywistego stanu rzeczy, podnosi zarzut nieautentyczności podpisu zmarłego na wekslu, powód udowodnił autentyczność świadkiem. Spadkobiercy dowiadują się dopiero w toku egzekucyi o nakazie zapłaty, podnoszą, że jest wykluczonem, by zmarły podpisał weksel i naprowadzają cały szereg faktów, który ich twierdzenia popiera, ponadto chcą nieautentyczność podpisu udowodnić porównaniem podpisu na wekslu z autentycznymi podpisami wobec notaryusza umieszczonymi. Wierzyciel twierdzi, że weksel zagubił wobec czego prokuratora państwa odstąpiła od ścigania o zbrodnię oszustwa. Także w drodze cywilnej nic nie można było osiągnąć, a wierzyciel, który w porozumieniu ze świadkiem weksel sfałszował, całkiem bezkarnie zagarnął znaczną kwotę.

W postępowaniu apelacyjnem może wierzyciel przez usunięcie weksla doprowadzić do tego, że ustalenie autentyczności podpisu pozwanego na wekslu nie może być zmienionem. Jeżeli w pierwszej instancji sąd przyjął na podstawie pewnych dowodów, np. dowodu ze znawców, że podpis na wekslu jest autentyczny i weksel wydał powodowi (co nie powinno przed prawomocnością nastąpić), a pozwany zaczyna ustalenie sędziego i podnosi rozmaite okoliczności przeciw autentyczności przemawiające, może sąd apelacyjny tylko po przeprowadzeniu dowodów (§ 488 p. c.) zmienić ustalenie i przyjąć nieautentyczność. Do tego potrzeba jednak weksla, by porównać pismo na niem z pismem autentycznym pozwanego, oraz by przeprowadzić dowód z przesłuchania stron i pod przysięgą przesłuchać pozwanego na fakt nieautentyczności jego podpisu. Jeżeli weksla niema, ustalenia sądu pierwszego muszą być utrzymane w mocy, nie można niczem uzasadnić, dlaczego się przyjmuje co innego, niż przyjął sąd pierwszy. Zdaniem naszym nie można nawet zniewolić powoda do złożenia przysięgi edycyjnej po myśli przepisu § 307 p. c. Autentyczność podpisu na wekslu ma w razie jej zaprzeczenia udowodnić ten, kto się na nią powołuje, a więc powód (§ 312 p. c.), pozwany nie prowadzi dowodu. Edycyi doku-

gdym nie da się stwierdzić, czy zachodzi oszukańcze działanie? Ustawa nie zawiera przepisu, że usunięcie najemcy z pomieszczenia nie jest dopuszczalne w razie choroby, to też nicby nie stało na przeszkodzie, aby chorego z mieszkania usunąć i do szpitala przewieźć. Jeżeliby jednak przewiezienie nie było możliwe ze względu na stan choroby, egzekucję ze względów publicznych należy uważać za niedopuszczalną, zczem też wstrzymanie jej winno nastąpić, najemca nie ma jednak prawa do zajmowania całego mieszkania, lecz tylko do części dla chorego potrzebnej. W razie wątpliwości co do stanu zdrowia winien organ wykonawczy powołać lekarza i stosownie do jego wskazówek postąpić, nie może jednak całkowicie zaniechać egzekucyi, lecz ograniczyć ją do niektórych ubikacyi¹⁾.

Wstrzymanie egzekucyi z powody choroby najemcy nie powoduje odnowienia najmu po myśli § 569 p. c., egzekucya bez dalszego wniosku winna być wykonaną po usunięciu przeszkody.

3) Od przypadku, w którym strona dokonała pewnego aktu procesowego, którego nie można nawet za zgodą przeciwnika, a w niektórych wypadkach tylko jednostronnie cofnąć, należy odróżnić wypadek, w którym akt na pozór został dokonany przez stronę, w rzeczywistości jednak przez przeciwnika.

mentu od przeciwnika żądać może tylko ten, kto prowadzi dowód z tego dokumentu w rękę przeciwnika się znajdujacego (§ 303 p. c.), tylko prowadzący dowód może też żądać złożenia przysięgi edycyjnej, jeżeli przeciwnik przeczy, by dokument posiadał. Posiadacz dokumentu, który się na tenże nie powołuje, nie może być zniewolony do jego przedłożenia, by przeciwnikowi umożliwić przeglądnięcie, tak n. p. jeżeli powód twierdzi, że posiadał dokument, jednak go zagubił, nie może pozwany, nie twierdząc pewnych okoliczności i nie dowodząc ich dokumentem, żądać edycyi. Konsekwentnie nie może żądać od posiadacza dokumentu, ten, kto dowodu nie prowadzi, złożenia przysięgi edycyjnej (arg. v. „der Beweisführer“ w § 307 p. c.).

¹⁾ Z powodu nienależytego prowadzenia egzekucyi można się żalić po myśli § 68 o. e. bez postawienia osobnego wniosku na ponowne jej przeprowadzenie.

Takie przypadki zachodzą często. Pozwany wnosi do sądu podanie z cofnięciem skargi i podpisuje na niem powoda, który nie wiedząc o niczem, staje na terminie i dowiaduje się o cofnięciu skargi. Cofnięcie takie nie jest ważnem, nie pochodzi bowiem od powoda, sam fakt istnienia oświadczenia sądowego jeszcze nie decyduje. Sędzia winien tedy, jeżeli powód twierdzi, że cofnięcie skargi nie nastąpiło, że podanie wniosła osoba inna bez wiedzy i woli powoda, sprawę zbadać, a po zbadaniu uznać wrzekome oświadczenie powoda za nieistniejące.

Wnoszenie podań przez osoby inne, niż na nich podpisane, praktykuje się zwłaszcza w sprawach najmu. Do sądu wpływa często wypowiedzenie mieszkania pochodzące od najemcy, w rzeczywistości jednak przez niego nie wniesione. Właściciel realności umawia się w chwili zawarcia umowy najmu z lokatorem, że w razie, gdyby tenże czynszu najmu w terminie nie zapłacił, kontrakt rozwiązuje się bezzwłocznie. Ponieważ rozwiązania można żądać w drodze sporu, a ta droga jest dla właściciela i uciążliwą i trwa dłużej, żąda właściciel od lokatora podpisania w chwili zawarcia umowy blankietów zawierających wypowiedzenie mieszkania właścicielowi realności, w blankietach tych dzień, z którym następuje wypowiedzenie, nie jest uwidoczniony, a właściciel umawia się z lokatorem, że w razie, gdyby tenże czynszu w terminie nie zapłacił, wolno właścicielowi umieścić najbliższy dzień płatności czynszu jako termin rozwiązania umowy i wnieść do sądu awizację. Tak też postępuje właściciel realności wnosząc awizację na blankietach przez lokatora podpisanych, a w których właścicielowi wymawia się mieszkanie. Zamierzony przez właściciela realności skutek może być przez wniesienie awizacyi osiągnięty, po myśli bowiem przepisu § 561 p. c. awizacya wniesiona przez jedną ze stron jest przeciw niej wykonalną, właściciel realności może więc wyrugować lokatora na podstawie awizacyi, która wobec sądu wygląda, jak gdyby przez tego ostatniego była wniesioną.

Zdaniem naszym awizacya tego rodzaju nie może być uważaną jako wniesiona przez lokatora i dlatego na zwykłą jego prośbę należy ją uważać za niestniejącą. Lokator nie może cofnąć awizacyi, to byłoby bezskutecznem i nie pozbawiłoby jej mocy egzekucyjnej przeciw niemu, może tylko żądać, by awizacya była uważana za niestniejącą. Strony nie mogą się umówić, że akt procesowy ma być przez jedną w zastępstwie drugiej dokonany, tego rodzaju umowa jest pozbawioną wszelkiego znaczenia prawnego. Lokator może więc żądać zwrotu blankietów, a akt przez przeciwnika dokonany jest tylko jego aktem, a nie aktem lokatora.

Jeżeli lokator występuje z twierdzeniem, że awizacya przez niego wniesioną nie została, ma być z urzędu dochodzenie prowadzone tak, jak w wypadku, gdy do sądu wpływa skarga, o której powód twierdzi, że od niego nie pochodzi. Po ustaleniu, że twierdzenie lokatora jest prawdziwe, ma sąd orzec, że awizacyę uważa się za niewniesioną. Rozumie się, że do postawienia wniosku o uznanie awizacyi za niewniesioną jako od awizanta nie pochodzącej nie jest zakreszony czasokres, w przeciągu którego wystąpić należy ¹⁾.

b) Wyrządzenie szkody osobie trzeciej.

1) Aktem procesowym można narazić na szkodę osobę trzecią jeżeli wyrok jest wobec niej prawomocny

¹⁾ Za czasów przed wejściem w życie procedury cywilnej wnosił awizant (lokator) przeciw swej własnej awizacyi zarzuty; postępowanie w sprawach najmu (§ 12 ces. rozp. z dnia 16. listopada 1858 Nr. 213 dz. u. p.) uważało zarzuty jako skargę, to też sądy wdrażały na zarzuty nawet pochodzące od awizanta postępowanie i orzekały merytorycznie, czy awizacya ma być w mocy utrzymaną (Por. Chorzemski, Wypowiedzenie umowy najmu w Przeglądzie pr. i adm. (1893) t. 18, str. 24 i n., który uważa wypowiedzenie przez właściciela realności wniesione za akt pozorny i po myśli § 916 u. c. nadaje lokatorowi prawo wniesienia zarzutów, str. 27).

i wykonalny, albo też gdy proces powoduje na jej rzecz pewne prawa. Przez uznanie pretensyi, przez przyznanie faktu, przez zawarcie ugody, zrzeczenie się pretensyi może strona narazić trzeciego na szkodę, a ten aktem tym zapobiedz nie może; jedynym środkiem dla trzeciego jest skarga odszkodowawcza wobec tego, kto go na szkodę przez czynność procesową naraził.

Takie niekorzystne działanie strony procesowej ze szkodą dla trzeciego zachodzi często tam, gdzie jako strona występuje cesyonaryusz, który jest osobą podstawioną, a który właściwie na rzecz cedenta proces prowadzi. Cesyonaryusz podstawiony ma proces prowadzić na rzecz cedenta, ma mu wydać kwotę uzyskaną, w toku procesu ma się zastosować do jego zleceń, mimo to jednak często zawiera ugodę z przeciwnikiem nie oglądając się na cedenta, a nawet wbrew jego poleceniu, opuszcza pretensyę lub odstępuje od skargi tak, jak gdyby pretensya jemu przysługiwała.

Czy cedent nie ma środka, by wystąpić przeciw aktowi takiego cesyonaryusza, czy nie może zapobiedz prowadzeniu procesu i ewentualnemu zawarciu ugody przez cesyonaryusza? Czy przeciwnik cesyonaryusza ma uwzględnić oświadczenie cedenta, że on na ugodę nie zezwala, względnie nie zezwala na inny akt procesowy?

Aby pytanie to rozstrzygnąć, należy się zastanowić nad tem, jakie stanowisko przysługuje cesyonaryuszowi, który prowadzić ma proces na rzecz osoby innej. Cesyonaryusz taki może być albo cesyonaryuszem pozornym, albo też rzeczywistym, to ostatnie zachodzi, jeżeli rzeczywistą wolą stron było obrać formę cesyi zamiast pełnomocnictwa i jeżeli cesyonaryusz miał się zająć ściągnięciem pretensyi. Strony obierają formę cesyi, jeżeli uprawniony nie chce sam wystąpić ze skargą przeciw dłużnikowi, z którym w zażyłych pozostaje stosunkach, dalej, jeżeli cesya jest formą dla oddania pretensyi w zastaw, w którym to wypadku cesyonaryusz ma ściągnąć

pretensję od zobowiązanego, zaspokoić swoją pretensję i dopiero resztę wydać cedentowi. Pozorną jest cesya, jeżeli dokonuje się ją in fraudem legis, w szczególności, by zmienić rolę strony na świadka lub inne korzyści osiągnąć.

Cesya fiducyarna jako cesya rzeczywista nadaje cesyonaryuszowi rolę strony, cesyonaryusz jest rzeczywiście uprawniony i może wystąpić jako strona, a tego stanowiska nie traci przez to, że wobec cedenta jest obligatoryjnie do zwrotu zobowiązany¹⁾. Przy cesyi fiducyarnej, którą strony obrały na seryo, a nie in fraudem legis, należy odróżnić stosunek zewnętrzny i wewnętrzny, na zewnątrz cesya jest prawdziwą, na wewnątrz zaś zachodzi między cedentem a cesyonaryuszem stosunek zobowiązujący do zwrotu po upływie pewnego czasu i po zająsci pewnych warunków. Inaczej ma się rzecz z cesją pozorną, taka cesya nie pociąga za sobą skutków prawnych, uprawnionym jest nadal cedent, wobec czego dłużnik może podnieść zarzut braku legitymacyi czynnej²⁾.

¹⁾ Przeniesienie praw na inną osobę wymaga tytułu prawnego (causa), bez tego przeniesienie nie jest ważne. (Por. Strohal, die Giltigkeit des Titels als Erforderniss wirksamer Eigenthumsübertragung 1891 str. 16 i n.; wywody jego odnośnie do przeniesienia własności rzeczy odnieść należy i do cesyi). Czy w cesyi może być jako tytuł wymienione sprawowanie obcych interesów, jest sporne. Schey, Die Obligationsverh. des österr. allg. Privatr. I. 3. (1907) str. 575, przyjmuje, że jest to możliwe, gdy strony są zdania, iż cel może być jedynie osiągnięty, jeżeli osoba „des Geschäftsherrn für die Aussenwelt völlig verschwinde“, uważa zaś za niedopuszczalne, jeżeli zachodzi fraudatio legis (str. 576 uw. 58).

²⁾ Kwestya, jaki charakter prawny należy przyznać fiducyarnemu cesyonaryuszowi, była rozpatrywaną. Hellwig, Wesen und subj. Begr. der Rechtskraft str. 39 i n., nadaje cesyonaryuszowi prawo strony i to odnośnie do stosunku materalnego jak i procesowego. Tak też Rosenberg, Stellvertretung im Process 1908 str. 917 i n. („wird . . . dem nach innen nur Beauftragten nach aussen die Rechtstellung des Eigenberechtigten gegeben“). Niektórzy nadają fiducyarnemu cesyonaryuszowi prawa

Wobec cesjonariusza pozornego nie można przyjąć, by on był pełnomocnikiem, by mu więc jako takiemu przysługiwało prawo występowania ze skargą. Strony nie chciały, by cesjonariusz jako pełnomocnik występywał i dlatego za takiego uważać go nie można, przeciwnik nie może też twierdzić, że ma do czynienia z pełnomocnikiem. Jeżeli cesjonariusza pozornego nie możemy uważać za pełnomocnika procesowego, to akty przez niego dokonane nie mogą stać na równi z aktami pełnomocnika. Akty pełnomocnika są ważne, chociaż naruszono pełnomocnictwo procesowe, pełnomocnik odpowiada za swoje czynności mandantowi, ale przeciwnik nie może odpowiadać za to, że wiedząc o ograniczeniu pełnomocnika procesowego, zdziałał z nim akt procesowy. Inaczej ma się rzecz z aktami pozornego cesjonariusza, jeżeli cesja jest nieważną, to nie jest uprawnionym on lecz cedent, przeciwnik procesowy winien tę okoliczność uwzględnić i dlatego od chwili, gdy się dowie o pozorności cesyi, nie może uiścić zapłaty do rąk cesjonariusza ani też nie może korzystać z aktów procesowych przez niego dokonanych. Gdyby przeciwnik bez względu na to, że cesja jest pozorną, dokonał aktu z cesjonariuszem, może cedent wystąpić po unieważnieniu cesyi przeciw przeciwnikowi z nowym procesem, a dłużnik nie może się powołać na proces z cesjonariuszem i akty z nim w tym procesie dokonane, nie może zarzucić, że sprawa została załatwiona, załatwienie nastąpiło bowiem z osobą do sprawy nielegitymowaną.

Jeżeli to przyjąć należy już w przypadku, gdy pozwany posiada wiadomość o tem, że cesja jest pozorną, to tem bardziej do tego wyniku należy dojść, jeżeli w procesie orzeczono nieważność cesyi. Po wydaniu tego rodzaju orzeczenia nie może cesjonariusz kontynuować procesu, co do niego zachodzi brak legitymacji czyn-

strony procesowej, nie uznają go zaś za podmiot stosunku materalnego. To jest zdaniem naszym słuszne, o ile idzie o cesję pozorną.

nej i pozwany winien ten zarzut podnieść, jeżeli zaś tego nie uczyni, naraża się na odpowiedzialność wobec cedenta ¹⁾).

Jeżeli w toku procesu cesyonaryusza przeciw zobowiązanemu wdrożył cedent proces przeciw cesyonaryuszowi o unieważnienie cesyi, zarządzoną być może przerwa procesu cesyonaryusza przeciw dłużnikowi aż do rozstrzygnięcia sporu prejudycjalnego, w którym kwestya legitymacyi ma być stwierdzoną (§ 190 p. c.). Na zarządzenie przerwy nie ma jednak wpływu cedent, lecz tylko zobowiązany i cesyonaryusz, wobec czego cedent może być bezbronny.

Czy cedent nie może poczynić kroków, aby proces cesyonaryusza nie był nadal prowadzony? Na tem może mu zależeć, może mieć interes w tem, aby pozorny cesyonaryusz żadnego nie posiadający majątku nie ściągnął pretensyi od dłużnika.

Zdaniem naszym cedent jest wobec cesyonaryusza i dłużnika bezbronny, nie może wstrzymać procesu. Dla ochrony swego roszczenia wobec cesyonaryusza może cedent przeciw cesyonaryuszowi uzyskać w drodze tymczasowego zarządzenia zakaz wdrożenia procesu. Gdy

¹⁾ Najw. tryb. zajął w orzeczeniu z dnia 29. października 1907 l. 9252 stanowisko, że cesya pozorna nie uprawnia pozwanego do podniesienia zarzutu braku legitymacyi czynnej. W sprawie, która była przedmiotem sporu, cedent zeznał na rzecz cesyonaryusza cesyę, w toku sporu jednak oświadczył, że nie zezwala na dalsze prowadzenie procesu, z czego skorzystał pozwany i podniósł zarzut, że powodowi brak uprawnienia do żądania zapłaty. Sąd obwodowy w Tarnowie (wyrok z dnia 3. listopada 1906 l. cz. Cg. I. 103/6[12]) i sąd wyższy w Krakowie (wyrok z dnia 23. stycznia 1907 l. cz. Bc. III. 5/7[5]) odmówiły żądaniu skargi dla braku legitymacyi, najwyższy trybunał podniósł w motywach, że „rozstrzygnięcie ewentualnego sporu między cedentem a powodem było w tym procesie niedopuszczalne“, „oświadczenia cedenta niebędącego wcale stroną procesową, że wprawdzie wdrożenie procesu nastąpiło za jego zezwoleniem, że jednak on na dalsze prowadzenie sporu się nie zgadza, nie należało brać pod rozwagę“.

jednak już proces wdrożono, zakaz dalszego popierania procesu nie może być wydany, od woli samego cesjonariusza nie jest bowiem zawisłem, czy spór ma być nadal prowadzony, przeciwnik może nalegać na prowadzenie sporu i dlatego nie można wydać zakazu cesjonariuszowi.

Wydanie zakazu cesjonariuszowi, aby procesu nie wytoczył, nie czyni wdrożenia procesu bezskutecznym, spór wbrew zakazowi przez cesjonariusza wdrożony będzie ważny, a tylko cesjonariusz odpowiada za naruszenie zakazu sądowego ¹⁾.

¹⁾ Jeżeli na imię fiducyjnego cesjonariusza zapadł już wyrok, może cedent jako materyalnie uprawniony żądać wydania korzyści osiągniętych przez cesjonariusza (mandatariusza) od dłużnika, cesjonariusz może żądać zwrotu wydatków na proces i ewentualnie wynagrodzenia. Cedent może jednak żądać od cesjonariusza, by wrazie, gdy do zaspokojenia jeszcze nie doszło, mandataryusz przeniósł na niego prawa z wyroku i do tego jest cesjonariusz zobowiązany. Z innym żądaniem cedent nie może wystąpić, nie może żądać, aby uznano go za właściciela pretensji fiducyjnemu cesjonariuszowi wyrokiem przyznanej, proces prowadzono na imię fiducyjnego cesjonariusza, na jego rzecz istnieje roszczenie ochronne i dlatego nie można przyjąć, by prawo przeniesienia na rzecz innej osoby istniało. Cedent nie może też żądać, aby uznano wyrok i proces z powodu pozorności cesji za nieważny, proces był ważny, jakkolwiek przez symulację spowodowano, że jako uprawniona występowała inna osoba.

Wypowiedziane tu zapatrywanie odnosi się do wszelkich przypadków, w których pod obcem imieniem prowadzono proces, nie jednak do przypadku, gdzie bez woli osoby użyto jej firmy do procesu. Osoba ta nie ma obowiązku zeznać cesję na rzecz uprawnionego, nie działała bowiem jako mandataryusz, od niej można tylko żądać, by nie dochodziła praw wobec dłużnika; rzeczywiście uprawniony może domagać się zaniechania czynności do zaspokojenia zmierzających, a to wobec jego własnego prawa. Roszczenie materyalne istnieje tylko jedno i to ma być chronione przeciw wszelkiej uzurpacji ze strony osób nieuprawnionych, to też uprawniony, który prowadził proces pod fałszywym nazwiskiem, może żądać od osoby podstawionej, by na swoją rzecz korzyści nie zagarnęła.

2) Cesya pretensyi w toku procesu zaszła może dać sposobność do dokonania aktu podstępnego przez cedenta.

W myśl przepisu § 234 p. c. pozbycie rzeczy lub pretensyi spornej nie ma wpływu na toczący się proces. Znaczenie tego postanowienia, podobnego do postanowienia zawartego w procedurze niemieckiej, jest bardzo sporne. Po pozbyciu pretensyi może zająć fakt zapłaty do rąk cedenta i powoda, albo do rąk cesyonaryusza, albo też innego rodzaju zgaśnięcie materyalne pretensyi, powstaje więc pytanie, czy ta okoliczność ma być uwzględniona w toczącym się sporze. Ponadto cedent i powód jako strona procesowa może w procesie dokonać aktów, które narażają cesyonaryusza na szkodę, może zawrzeć ugode, zrzec się pretensyi i t. p.

W literaturze procesu niemieckiego wypowiedziano trzy zdania ²⁾).

Jedni przyjmują, że pozbywający jest nadal stroną, ma jednak prowadzić proces jako zastępca nabywcy tak, że wyrok może opiewać na imię tego ostatniego.

Inni są zdania, że pozbywający jest nie tylko formalnie stroną, lecz i materyalnie tak, że stosunek nabywcy do przeciwnika nie ma być uwzględniony.

Trzecie zdanie dochodzi do tego, że przeciwnik może się powołać na stosunek swój do cesyonaryusza.

Oдноśnie do prawa austriackiego rozmaite objawiono zdania.

Ehrenzweig przyjmuje, że pozbycie pretensyi spornej pozbawia cedenta legitymacyi, wobec czego ma on być ze skargą oddalony ¹⁾. Zdania tego nie możemy po-
dzielić. Jeżeli ustawa do faktu pozbycia wagi nie przywiązuje, nie może cedenta pozbawiać roszczenia ochronnego, należy więc je nadal uwzględnić.

²⁾ Por. Petschek, Die Zwangsvollstreckung in Forderungen 1901 str. 238 i n.

¹⁾ Einfluss des Rechtstreites auf das materielle Recht w czasopiśmie Grünhuta t. XXV. (str. 281 i n.), str. 312 Nr. 86.

Canstein jest zdania, że cedent może żądać wydania wyroku na imię cesjonariusza, przyjmuje więc, że i fakta jego dotyczące mają być uwzględnione. Ze zdaniem tem nie możemy się pogodzić z tych samych powodów, dla których przyjmujemy legitymację cedenta jako nadal istniejącą.

By kwestyę rozstrzygnąć, przyjąć należy, że cedent pozostaje wobec wyraźnego przepisu ustawy nadal stroną i że wyrok na jego imię winien opiewać. Zastanowić się jednak należy nad tem, czy wyrok zapadły na rzecz cedenta jest skuteczny wobec cesjonariusza. Historia kodyfikacji przemawia przeciw temu, wobec czego wyrok nie wiąże wcale cesjonariusza¹⁾. Cesjonariusz nie może nawet po myśli § 9 o. e. korzystać z wyroku, chociaż korzystnego. Fakt zaszły w toku procesu nie nadaje jeszcze legitymacji w postępowaniu egzekucyjnem²⁾. Jeżeli wyrok nie wiąże cesjonariusza, może on mimo przeprowadzonego przez cedenta procesu, wytoczyć skargę przeciw dłużnikowi, ten więc może być narażony na przeprowadzenie procesu ponownego; zarzutu sprawy

¹⁾ Tak też Pollak: System str. 185; Krainz System des österreich. Rechtes 1905 (wyd IV) t. I str 460 Nr. 19. Za skutecznością wyroku wobec cesjonariusza oświadcza się Petschek l c str. 237 i nast.; Tilsch, Der Einfluss der Civil-processgesetze auf das materielle Recht (wyd. II.) 1901 str. 108.

²⁾ To przyjąć należy, chociaż powołany § 9 o. e. wspomina o roszczeniu i obowiązku uznanym w tytule egzekucyjnym („im Executionstitel anerkannte Anspruch“), sukcesya musi być dokonana po wydaniu tytułu, tylko wtedy dopiero roszczenie egzekucyjne przechodzi na innego. Z tego powodu nie można też, jeżeli wyrok wydano przeciw spadkobiercy, a w toku procesu nastąpiła sprzedaż spadku, prowadzić egzekucji przeciw nabywcy spadku, na podstawie wyroku i cesji; nabywcę trzeba odrębnie skarżyć. Podnieść należy, że po myśli § 1282 u. c. wierzyciel może wystąpić i przeciw dziedzicowi i przeciw nabywcy spadku, tytuły jednak są odrębne tak, że nawet o sukcesji w zobowiązaniu mowy nie ma. I z tego więc powodu egzekucya wprost przeciw nabywcy spadku nie jest dopuszczalną tak, jak przeciw rękodzielnemu nie można na podstawie wyroku zapadłego przeciw głównemu dłużnikowi egzekucję prowadzić.

osądzonej wobec tego, że z żądaniem występuje inna osoba, pozwany podnieść nie może.

Inna rzecz jest, czy w procesie cesyonariusza należy uwzględnić wyniki procesu cedenta przeciw pozwanemu. By tę kwestyę rozstrzygnąć, należy zastanowić się nad tem, czy w procesie cedenta należy uwzględnić zapłatę do rąk jego, względnie zapłatę do rąk cesyonariusza?

Zdaniem naszym mimo, że faktu dokonania cesyi w procesie uwzględnić nie należy i że proces toczy się dalej między temi samemi stronami ¹⁾), zajścia w stosunku materalno-prawnym winny być uwzględnione. Zapłata lub kompensacya z pretensyą cesyonariusza może więc być podniesioną przez pozwanego wobec cedenta, inaczej ma się rzecz z aktami działanymi wobec cedenta, jak zapłata do jego rąk, ta wobec tego, że materalnie uprawnionym jest już cesyonariusz, jest bezskuteczną i dlatego nie należy jej uwzględnić ²⁾

¹⁾ Na zmianę skargi nie można zezwolić, § 235 p. c. zezwala na zmianę li tylko co do przedmiotu, nie co do osób. W procesie pewnym wystąpił wierzyciel, który uzyskał zajęcie i przekaz do ściągnięcia pretensyi dłużnika do skarbu państwa, z pozwem o zapłatę prokuratora skarbu zarzuciła, że od uchwały zezwalającej na egzekucyę wniosła rekurs (ust. 2 § 295 o. e.), który odniósł skutek, żądała więc odmówienia żądaniu. Wierzyciel przedłożył na to cesyę zobowiązanego na swoją rzecz i żądał dopuszczenia zmiany skargi. Zdaniem naszym nie należało dopuścić do zmiany, proces prowadzono w zastępstwie dłużnika i tylko ten mógł wystąpić ze skargą, cesyi dokonanej w toku sporu nie można uwzględnić.

²⁾ Petschek l. c. str. 240 i nast. jest zdania, że wedle prawa austriackiego pozbycie powoduje tylko: „vorläufige processuelle Unbeachtlichkeit“, wobec czego wyrok opiewa na powoda, a fakt zgaśnięcia pretensyi wskutek okoliczności dotyczących cesyonariusza, np. zapłata do jego rąk, nie ma być uwzględniony w procesie cedenta. Dłużnik, który zapłacił do rąk cedenta, ma wedle P. wystąpić ze skargą opozycyjną przeciw cesyonariuszowi po myśli § 35 o. e., cesyonariusz zaś może, jeżeli zapłata nastąpiła do rąk cedenta i wskutek tego odmówiono żądaniu skargi, wytoczyć skargę o wznowienie po myśli § 530

Co do stosunku w procesie, to rozporządzać nim może jedynie cedent, on jest stroną, on może zawrzeć ugody, może zrzec się pretensyi nawet wbrew protestowi cesyonaryusza, może go więc narazić na szkodę. Cesyonaryusz przeciw temu nie może wystąpić; w proces może bowiem wstąpić tylko za zgodą stron¹⁾.

Cesyonaryusz nie może wprawdzie wpłynąć na załatwienie toczącego się procesu cedenta, jeżeliby jednak cedent nie zastosował się do jego polecenia i naraził go przez dokonanie aktu procesowego na szkodę, odpowiada cesyonaryuszowi za szkodę²⁾.

Nie tylko jednak cedent, lecz i przeciwnik może odpowiadać cesyonaryuszowi. Jakkolwiek akt cesyi nie ma być w procesie uwzględniony, to jednak pozwany nie może dowolnie w porozumieniu z cedentem narazić cesyonaryusza na szkodę, stosunek materalno-prawny zachodzi bowiem nie z cedentem, lecz z cesyonaryuszem i wobec tego pozwany odpowiada cesyonaryuszowi, jeżeli wiedział o cesyi i mimo to ze szkodą dla nabywcy porozumiał się z cedentem. Samej ugody lub innego aktu procesowego zdziałanego w procesie cedenta, cesyonaryusz zaczepić nie może, z ewentualnością działania na niekorzyść mógł się bowiem liczyć w chwili, gdy nabywał pretensyę sporną, akta te są wobec niego

l. 7 p. c. Zdanie to jest mylne, skargi opozycyjnej nie może dłużnik opierać na fałsz, który mógł być w procesie podniesiony, którego jednak nie należało uwzględnić. Ustawa zezwala na uwzględnienie w procesie opozycyjnym tylko tych faktów zaszłych przed wydaniem wyroku, których z powodu stanu sprawy nie można było uwzględnić, np. które zaszły po zamknięciu rozprawy, a przed wydaniem wyroku, nie zaś tych, których prawnie podnieść nie można.

¹⁾ Zgoda przeciwnika i pozbywającego jest potrzebną; to należy przyjąć, chociaż drugi ust. § 234 p. c. wspomina tylko o przeciwniku. Tak Skedl l. c. str. 132 i nast.; Petschek l. c. str. 242 i nast.; Trutter, Das österreichische Civilprocessrecht str. 93. Inaczej Pollak l. c. str. 187, który podnosi, że prawowlewa nie ma prawa do tego, by przedstawiał stronę.

²⁾ Petschek l. c. str. 242, który podnosi, że i w drodze karnej może cedent odpowiadać.

bezsukteczne. Jeżeliby więc cesyonaryusz wystąpił z pozwem przeciw dłużnikowi, ten nie może się powołać na akty w procesie z cedentem dokonane, jeżeli dotyczą one pretensyi, która stała się częścią majątku cesyonaryusza i dlatego dyspozycyi cedenta więcej nie podlega¹⁾).

¹⁾ Postanowienie zawarte w § 234 p. c., wedle którego mimo przejścia prawa materialnego na inną osobę strony procesowe pozostają te same i spór tylko między niemi ma być rozstrzygnięty, jest wypływem ogólnej zasady, która znalazła także wyraz w przepisie § 135 o. e., wedle którego wdrożone postępowanie licytacyjne może być wobec prawonabywcy nieruchomości kontynuowane. Zdaniem naszym i cesya dokonana po ukończeniu postępowania ma tylko doniosłość materialno prawną, nie zaś procesową. Wobec tego w procesach, które powstają odnośnie do procesu, jak w procesie o wznowienie lub też nieważności pozwu należy wystosować przeciw cedentowi, a nie przeciw cesyonaryuszowi, tylko z pierwszym bowiem zawiązano poprzód stosunek procesowy, o którego odnowienie względnie obalenie idzie. Tylko ten, kto był stroną w stosunku procesowym, powinien tam, gdzie idzie o jego unieważnienie lub ponowienie jako strona występować. Cesyonaryusz może przystąpić do procesu o wznowienie lub nieważności tylko jako interwenient uboczny, stroną być nie może. Zdanie odmienne doprowadziłoby w procesie o wznowienie do tego, że cesyonaryusz byłby w tym ostatnim legitymowanym, w procesie głównym wobec tego, że rola procesowa stron nie może być zmienioną (§ 234 p. c.), miałby legitymację cedent, co byłoby niezrozumiałem, zwłaszcza, gdy natychmiast po dopuszczeniu wznowienia rozprawa ma być przeprowadzona (§ 540 i 542 p. c.). Także i skarga, którą zobowiązany wytacza o unieważnienie wyroku symulowanego, winna być skierowaną przeciw cedentowi, a nie przeciw cesyonaryuszowi, tylko pierwszy ma legitymację tam, gdzie idzie o stwierdzenie, że niema stosunku procesowego.

Jakkolwiek pozew ma być skierowany przeciw cedentowi, wyrok przeciw niemu zapadły jest skuteczny i przeciw cesyonaryuszowi, z chwilą gdy wyrok traci moc, nie może być wykonany bez względu na to, w jaki sposób i przeciw komu to nastąpiło (§ 39 l. 1 o. e.). Cedent może więc w porozumieniu z przeciwnikiem narazić cesyonaryusza na szkodę, ten ostatni może regresować się wobec cedenta i to nie tylko do wysokości waluty cesyjnej, lecz może w razie szkodliwego działania po dokonaniu cesyi żądać pełnego odszkodowania.

3) a) Na szkodę narazić można przez akt procesowy adwokata, który został zamianowanym zastępcą ubogiej strony.

Po myśli § 70 p. c. adwokat ustanowiony dla ubogiej strony może wprost od przeciwnika ściągnąć koszty i wydatki, na których ponoszenie tenże został zasądzony, a przeciwnik nie może się powołać na zarzuty, które mu przeciw ubogiej stronie przysługują, chyba że idzie o koszty przyznane w tym samym sporze. Racją tego przepisu jest, że adwokat ubogiej strony musi ją zastąpić bez wynagrodzenia, jeżeli więc za jego trudy przyznano pewną kwotę, to ta powinna jemu, a nie stronie przypaść.

Mimo, że koszty powinny przypaść adwokatowi, nie można w wyroku sądowym przyznać ich wprost adwokatowi, przyznaje się je stronie (inaczej w Niemczech). Koszta są przynależnością pretensyi i przypadają tylko temu, komu pretensya zostaje przyznana, a przyjąć to należy i tam, gdzie koszty przyznane zostają nie jako przynależność pretensyi, lecz odrębnie, a więc pozwanemu.

Ze względu na to, że wyrok ma przyznać koszty stronie, a nie adwokatowi, przyjmują niektórzy, że strona może od przeciwnika ściągnąć koszty, dopóki adwokat nie zażądał od przeciwnika ich zapłaty. Zapatrywanie to jest mylne, adwokat ma bowiem do kosztów prawo już od chwili, gdy tylko koszty urosły. Prawo to nie jest asygnacją ustawową, nie jest cesją ustawową, nie jest prawem zastawu na pretensyi strony ubogiej. Adwokat nie dochodzi pretensyi własnej, lecz pretensyi strony ubogiej, strona sama nie może jednak jej dochodzić. Rzecz ma się tak samo, jak tam, gdzie wierzycielowi udzielono przekazu do ściągnięcia, wierzyciel ściąga

Inaczej ma się rzecz, gdy idzie o pozwy egzekucyjne, np. pozew opozycyjny z § 35 o. e. Taki pozew nie jest skierowany na obalenie stosunku procesowego, lecz zaczyna roszczenie egzekucyjne, którego dochodzi cesjonariusz. ten ma więc legitymację w procesie.

pretensyę obcą i używa jej dla swego zaspokojenia ¹⁾ Jeżeli nastąpi zaspokojenie adwokata przez stronę, nie potrzebuje adwokat kosztów stronie cedować, wystarczy oświadczenie, że jego prawo ściągnięcia nie istnieje ²⁾).

Jakkolwiek ustawa chroni adwokata tak wobec strony ubogiej jak i wobec jej wierzycieli, to jednak może być adwokat narażony na szkodę. W toku procesu przed jego ukończeniem strona może zawrzeć ugodę z przeciwnikiem, a następnie żądać od adwokata, by procesu nie popierał, chociaż ten musiałby być wygranym, a tem samem koszta przyznane, strona uboga może koszta przeciwnikowi opuścić, może żądać od adwokata, by kosztów nie likwidował, czemu adwokat musi zadość uczynić ³⁾. Adwokat nie może tam, gdzie strony pogodziły się na spoczywanie, postępowanie procesu dalej popierać w celu uzyskania kosztów, pretensyi sam na być nie może, jest ona częścią zaskarżonego roszczenia i bez tego do przyznania kosztów dojść nie można. Tylko gdyby pretensya adwokata co do kosztów była odrębną, dalsze prowadzenie procesu byłoby dopuszczalnem. Strona uboga może więc dojść do pieniędzy, a wskutek koluzji jej z przeciwnikiem adwokat może być narażony na utratę swych kosztów. Nawet przy ugodzie sądowej mogą strony pogodzić się na sumę z opuszczeniem kosztów, mogą nawet dodać do kapitału tę kwotę, którą przeciwnik chce płacić tytułem kosztów, mogą więc koszta nazwać kapitałem tak, że adwokat kosztów od przeciwnika ściągnąć nie może.

¹⁾ Petschek, Der Entlohnungsanspruch des Armenanwalts nach österr. Recht 1906 str. 34 i n.

²⁾ Petschek l. c. str. 41.

³⁾ Petschek l. c. str. 60. Strona uboga może i w inny jeszcze sposób narazić adwokata na to, że kosztów nie otrzyma, a mianowicie, że w procesie nie udziela mu informacyi celem odparcia twierdzeń przeciwnika, nie wspomina o środkach dowodowych, np. zataja, iż istnieje dokument, że przy umowie był obecny świadek, wskutek czego powoduje przegranie sporu.

Wobec tych wszystkich środków adwokat nie jest bezbronny. Od strony swojej może żądać adwokat wtedy zapłaty, gdy ona dojdzie do pieniędzy (§ 71 p. c.). Jak jednak ma się rzecz, gdy strona uboga, by adwokata narazić na szkodę, w porozumieniu z przeciwnikiem procesu nie popiera, a czyni to ze względu na korzyści, które jej później dopiero zapewniają zapłatę?

Adwokat zdaniem naszym może żądać zapłaty *ex delicto* i od strony, którą zastępował, i od przeciwnika. Ten ostatni porozumiał się ze stroną zastąpioną przez adwokata i naraził go wspólnie z nią na szkodę, za to działanie więc odpowiada. Odszkodowania może jednak adwokat żądać dopiero wtedy, gdy szkodę poniósł. Sama wypłata kapitału do rąk ubogiej strony nie jest jeszcze wyrządzeniem szkody adwokatowi, do odbioru nie jest adwokat upoważniony, przez taką wypłatę więc nie wyrządza się szkody. Dopiero gdyby koszta wypłacił przeciwnik stronie ubogiej, chociażby nawet pod płaszczykiem kapitału, gdyby sporu zaniechał w zamiarze wyrządzenia adwokatowi szkody, dopiero wtedy zachodzi czyn niedozwolony. I tu jednak możnaby podnieść, że adwokat nie jest narażony na szkodę, dopiero z chwilą wygrania procesu otrzymałby bowiem adwokat koszta, należałoby więc poprzód stwierdzić, że spór wypadłby dla strony ubogiej korzystnie, że więc koszta zostałyby adwokatowi przyznane, w razie przegrania procesu adwokat nie mógłby żądać kosztów. Wynik sporu nie da się z góry przewidzieć, ugoda przez strony zawarta nie przemawia jeszcze za tem, że strona uboga proces by wygrała.

W procesie odszkodowawczym adwokata wytoczonym przeciwnikowi strony ubogiej należałoby kwestyę wyniku sporu, w którym adwokat jako zastępca występował, badać. Rozumie się, że wynik ostateczny może decydować, a więc orzeczenie trzeciej instancji. Cały spór odszkodowawczy w instancji pierwszej i drugiej będzie więc bezcelowy, trzecia dopiero instancja może orzec stanowczo o tem, czy spór strony ubogiej był do

wygrania. Dopiero po tem orzeczeniu będzie możliwem wydać orzeczenie co do kwestyi odszkodowawczej. W razie, gdy zachodzi spoczywanie sporu, adwokat może ze żądaniem wystąpić dopiero wtedy, gdy strona, mogąc proces podjąć, tego nie czyni, gdy więc widocznym jest zamiar narażenia adwokata na szkodę.

Dochodzimy więc do wyniku, że zastępca strony ubogiej może żądać kosztów nie tylko przyznanych, ale w razie, gdy do korzystnego wyniku nie dojdzie z powodu zachowania się strony i przeciwnika, i przed ich przyznaniem ¹⁾).

b) Zdarzają się i przypadki odwrotne. Adwokat, który przyjmuje sprawę z tem, że klient nie ma mu płacić honorarium na wypadek przegrania, w razie zaś wygrania honorarium ma polegać w kosztach, które od przeciwnika będą uzyskane, zawiera ugodę w ten sposób, że pewną kwotę (czasami za wysoką) odlicza na koszt, resztę na pretensję. Takie postępowanie jest w wysokim stopniu niewłaściwe, jeżeli koszt przekraczają kwotę zwyczajnie przez sąd przyznawaną i dlatego musimy przyznać klientowi prawo domagania się, by w drodze sądowej rektyfikacyę przeprowadzono ²⁾).

4) W toku postępowania egzekucyjnego dokonują strony, a zwłaszcza egzekut rozmaitych czynności, by narazić innych na szkodę.

a) Jeżeli ruchomości stanowiące własność egzekuta znajdują się w posiadaniu trzeciej osoby, można je zająć,

¹⁾ O tyle jest mylne twierdzenie Scheya. Die Obligationsverhältnisse des österr. allg. Privatrechts I. 3 1907 str. 651, 662 i 663. że pretensya zastępcy strony ubogiej jest skredytowaną aż do czasu, gdy wobec przeciwnika kosztą zostaną przyznane i że termin jest incertus an et quando. To ostatnie jest mylne i dlatego, że logicznie biorąc, już z góry powinno być pewnem, czy proces strona uboga wygra, czy też go przegra, dies jest więc certus an.

²⁾ Najpierw w drodze likwidacyi po myśli Art. V. ust. wprov. do proc. cyw. i dekr. nadw. z dnia 4. października 1833 Nr. 2633 zb. u. s.; bezwzględne wystąpienie z procesem jest niedopuszczalne.

jeżeli trzeci gotów jest je wydać (§ 262 o. e.). Jeżeliby trzeci rzeczy nie chciał wydać, przeprowadzenie egzekucyi jest niemożliwem ¹⁾, a wierzycielowi nie wypada nic innego, jak przeprowadzenie egzekucyi przez zajęcie pretensyi egzekuta do trzeciego o wydanie rzeczy oraz uzyskanie przekazu do ściągnięcia, poczem dopiero może w drodze procesu wydobyć ruchomości od trzeciego i użyć na zaspokojenie swojej pretensyi (§§ 325 i 327 o. e.).

Trzeci posiadacz rzeczy może jednemu wierzycielowi odmówić zezwolenia na zajęcie ruchomości dłużnika, innemu może zaś na to zezwolić, wskutek czego wierzyciel, który pierwszy się zgłosił, jest na szkodę narażony. Wierzyciel nie ma środka, by przeciw trzeciemu detentorowi wystąpić, nie ma bowiem prawa do zajęcia ruchomości. Zajęcie pretensyi dłużnika do trzeciego nie przeszkadza wcale w tem, by inny wierzyciel uzyskał zajęcie ruchomości za zezwoleniem trzeciego, zawiadomienie o zajęciu pretensyi dłużnika o wydanie ruchomości nie czyni zajęcia, które na rzecz innego nastąpiło, nieważnem, zajęcie nadaje prawo absolutne na ruchomościach, którego się na niej nie nabywa przez zajęcie pretensyi o wydanie. Wskutek takiej manipulacji trzeciego może więc wierzyciel, który uzyskał zajęcie roszczenia o wydanie ruchomości, być narażony na szkodę, ruchomość może otrzymać, ale już obciążoną prawem zastawu w drodze egzekucyi uzyskanem.

Wierzyciel, który uzyskał zajęcie roszczenia o wydanie rzeczy, ma ją jednak od trzeciego otrzymać w sta-

¹⁾ Jeżeli trzeci na zajęcie zezwolił, nie może więcej odmówić wydania ich celem przeprowadzenia licytacyjnej sprzedaży, do tejsze mają być ruchomości przez organ wykonawczy odebrane (por. Rintelen, Exekution auf Sachen in fremder Gewahrsame und auf Leistungsansprüche 1903 str. 8 i n.). Jeżeli zajęcie nastąpiło na rzecz jednego wierzyciela, późniejsi wierzyciele egzekuta nie potrzebują więcej zezwolenia trzeciego, by uzyskać prawo zastawu, zezwolenie raz udzielone wystarcza (Rintelen l. c. str. 21).

nie takim, w jakim się znajdowała w chwili, gdy trzeciego o zajęciu roszczenia zawiadomiono. Gdyby zatem trzeci po zawiadomieniu o zajęciu roszczenia zezwolił na zajęcie ruchomości przez innego wierzyciela, doprowadziłby do tego, że wierzyciel nie otrzymałby ruchomości w stanie, w jakim ją oddać należy. Za to odpowiada więc wierzycielowi, ten może wystąpić z pretensją odszkodowawczą przeciw trzeciemu, co jednak prawa zastawu przez innego wierzyciela uzyskanego już po zajęciu roszczenia o oddanie ruchomości w niczem nie narusza ¹⁾.

b) Jeżeli pretensja jest ubezpieczona prawem zastawu na kilku nieruchomościach, może wierzyciel domagać się zaspokojenia jej w całości z jednej realności, może jednak i żądać, by stosunkowo rozdzielono cenę kupna kilku nieruchomości tak, by z każdej pewna kwota na zaspokojenie przypadła. Stosunkowe zaspokojenie z ceny kupna każdej realności, na których ciąży prawo zastawu na rzecz wierzyciela, leży w interesie późniejszych wierzycieli, jeżeli bowiem realności są rozmaicie obciążone, a wierzyciel poprzedni tylko część ceny kupna pobierze na zaspokojenie swojej pretensyi, mogą wierzyciele późniejsi, otrzymać resztę na swoje zaspokojenie, czego nie otrzymują, jeżeli wierzyciel poprzedni całą kwotę na swoją rzecz pobiera.

Ustawa nie ogranicza wierzyciela, którego pretensja jest łącznie ubezpieczoną na kilku nieruchomościach tak, że może on żądać zaspokojenia równomiernego z każdej realności, albo też pełnego z ceny kupna jednej realności. By jednak wierzycieli późniejszych nie narażać na szkodę, stanowi § 222 o. e., że w razie, gdy kilka realności naraz zostaje sprzedanych, wierzyciele późniejsi mogą żądać, by im wypłacono z ceny kupna realności, która nie ma być użytą na zaspokojenie pretensyi łącznie ubezpieczonej, taką kwotę, jakaby przypadła na pretensję łącznie ubezpieczoną, gdyby wierzyciel żądał równomiernego zaspokojenia ze wszystkich nieruchomości.

¹⁾ Rintelen l. c. str. 36 i n.

W razie, gdy niektóre tylko nieruchomości zostają sprzedane, a wierzyciel żąda zaspokojenia z ceny kupna w pełnej kwocie, należy przeprowadzić obliczenie wartości i niesprzedanych nieruchomości oraz rozdział pretensyi stosunkowy, a na żądanie późniejszych wierzycieli należy zaintabulować na ich rzecz prawo zastawu w stanie biernym niesprzedanych nieruchomości w miejsce prawa zastawu dla pretensyi łącznie wpisanej i zaspokojonej z ceny kupna realności sprzedanych, a więc i z pierwszeństwem tego prawa zastawu (§ 222 o. e.)¹⁾.

Wskutek tego ostatniego postanowienia ponoszą szkodę wierzyciele późniejsi, na rzecz których w stanie biernym realności niesprzedanej jest wpisane prawo zastawu. Jeżeliby pretensya łącznie wpisana została w zupełności zaspokojoną z licytacyjnej ceny kupna, należałoby wykreślić prawo zastawu ciężące w stanie biernym niesprzedanej realności, a wierzyciele późniejsi uzyskaliby pierwszeństwo wskutek tego wykreślenia. Jeżeli jednak późniejsi wierzyciele realności sprzedanej mogą wstąpić w miejsce poprzedniej zaspokojonej pretensyi, sytuacja staje się dla wierzycieli późniejszych tylko częściowo korzystniejszą, a mianowicie o tyle tylko, ile wynosi część pretensyi na realności niesprzedanej z obliczenia po myśli ust. 4 § 222 o. e. dokonanego.

By uzyskać bezwarunkowe pierwszeństwo, porozumiewają się późniejsi wierzyciele realności niesprzedanej z wierzycielem, którego pretensya jest łącznie wpisana, a wskutek tego porozumienia wierzyciel, któremu przysługuje pretensya łącznie wpisana, zezwala po dokonaniu licytacyjnej sprzedaży a przed terminem działowym (albo nawet i po tymże, jednak przed postawieniem wniosku na wpis prawa zastawu dla roszczenia zwrotnego, który to wniosek dopiero po prawomocności uchwały działowej może być postawiony) na wykreślenie prawa zastawu ze stanu biernego realności niesprzedanej. Sku-

¹⁾ Podobne postanowienie zawierał § 37 ust. konk., a przepis ten stosowano i przy licytacyjnej sprzedaży. Por. Exner, Das österr. Hypothekenrecht str. 315 i n.

tkiem tego wykreślenia będzie, że pretensya, która poprzedzająca była łącznie wpisana, zostaje w zupełności zaspokojoną z ceny kupna przy licytacji uzyskanej, w uchwale działowej zaś nie można już orzec, że na rzecz późniejszych wierzycieli hipotecznych realności sprzedanej ma być wpisane prawo zastawu w miejsce prawa zastawu łącznie intabulowanego, ze stanu biernego realności niesprzedanej wykreślono bowiem już prawo zastawu i dlatego nie istnieje więcej miejsce hipoteczne dla innej pretensyi ¹⁾.

Wierzyciele późniejsi nie są jednak bezbronni ²⁾. Wprawdzie bezpieczeństwa hipotecznego nie mogą uzyskać, nie mogą zacząć wykreślenia prawa zastawu, ale przysługuje im pretensya odszkodowawcza wobec osób, które ich na szkodę naraziły, a więc wobec poprzedniego wierzyciela i wierzycieli późniejszych realności niesprzedanej. Wierzyciele późniejsi i poprzedni nie pozostają w spółności prawnej, nie mogą się domagać, by w pewnych warunkach wstąpili w tabularne miejsce wierzycieli poprzednich, by ci, jeżeli zaspokojenie pretensyi nastąpiło, postarali się o wykreślenie prawa zastawu, mimo to z pewną chwilą stosunek prawny zostaje zawiązany. Tą chwilą jest wdrożenie postępowania egzekucyjnego, to postępowanie powoduje łączność między wierzycielami tej samej nieruchomości, a dowodem tego jest przepis art. 28 ust. wpraw. do ord. egz. i przepisy o prawie

¹⁾ Por. Neumann, Kommentar zur E. O. str. 636. Lehmann, Die Zwangsversteigerung 1906 str. 430 jest zdania, że wierzyciel późniejszy może w drodze tymczasowego zarządzenia po myśli §§ 381 l. 1 i 382 l. 6 o. e. zapobiedz niekorzystnemu działaniu poprzedniego wierzyciela; tymczasowe zarządzenie można uzyskać, gdy istnieje roszczenie, a takie nabywa się dopiero, gdy wierzyciel poprzedni żąda zaspokojenia nieproporcjonalnego, a więc w terminie działowym, przed tym terminem niema roszczenia i wobec niekorzystnego działania jest późniejszy wierzyciel bezbronny.

²⁾ Podobnie jak wierzyciele późniejsi mogą być i właściciele obciążonych nieruchomości narażeni na szkodę przez zwolnienie innych z pod łącznego prawa zastawu.

podniesienia opozycji przy rozdziale ceny kupna. Jeżeli w toku postępowania egzekucyjnego zachodzi między wierzycielami łączność prawna, to zachodzą i obowiązki i żaden z wierzycieli nie może innego narazić na szkodę gdy zaś to uczynił, odpowiada za szkodę. Wymogiem pretensyi odszkodowawczej jest, aby wierzyciel późniejszy nie mógł ściągnąć pretensyi swojej od dłużnika, wtedy dopiero pokaże się szkoda, a więc najważniejszy wymóg pretensyi odszkodowawczej.

B) Wyrządzenie szkody przez zaniechanie.

1) Po zajęciu pretensyi przez wierzyciela zobowiązany nie może jej dochodzić, dochodzenie jej jest tylko dopuszczalne, jeżeli wierzyciel i zobowiązany razem występują w charakterze uczestników sporu ¹⁾). Sam wierzyciel nie jest uprawniony do dochodzenia pretensyi, zajęcie nie nadaje mu jeszcze legitymacyi, do tego jest potrzebny przekaz do ściągnięcia, który upoważnia wierzyciela do wystąpienia w zastępstwie zobowiązanego. Ale i zobowiązany nie ma prawa dochodzić pretensyi bez współudziału wierzyciela, który uzyskał zajęcie, wskutek zajęcia wszelkie rozporządzanie pretensyą jest niedopuszczalne, a do rozporządzania należy i zaskarżenie oraz jej ściągnięcie. Nawet i z żądaniem, aby dłużnik złożył należną kwotę do depozytu, nie może wystąpić zobowiązany, w procesie może zobowiązany porozumieć się z dłużnikiem na niekorzyść wierzyciela i dlatego nie można mu przyznać prawa wystąpienia ze skargą ²⁾).

¹⁾ Petschek, Zwangsvollstreckung str. 213 i n.

²⁾ Hellwig, Anspruch str. 219. Zapatrywanie, że można skarżyć dłużnika o złożenie do depozytu, jest mylne, złożenie jest prawem, a nie obowiązkiem dłużnika. I po uzyskanym przekazie do ściągnięcia zobowiązany nie może ze skargą przeciw trzeciemu wystąpić. Jeżeliby zobowiązany skargę wytoczył, nie można żądaniu odmówić dla braku legitymacyi czynnej, pretensya przysługuje bowiem zobowiązanemu i on jest legitymowany, nie może tylko jej zaskarżyć, brak stoi poniekąd na równi z brakiem uprawnienia do zastępstwa. W miejsce zobowiąza-

Wierzyciel może zobowiązanego przez to, że zadowolnia się zajęciem, narażać na szkodę, pretensya nie może być bowiem dochodzoną przez zobowiązanego, wierzyciel zaś nie stara się o przekaz sądowy. Jeżeli odsetki od pretensyi, dla której zajęto pretensyę zobowiązanego, mają być opłacone, od pretensyi zaś zajętej odsetki albo wcale nie przypadają, albo też w niższej kwocie, jest zobowiązany na szkodę narażony, wierzyciel może przez ściągnięcie pretensyi od dłużnika po uzyskaniu przekazu doprowadzić do zaspokojenia i w ten sposób ochronić zobowiązanego od obowiązku opłacania wysokich procentów.

Szkoda powstaje dla zobowiązanego zwłaszcza tam, gdzie wierzyciel zajmuje pretensyę, która przysługuje zobowiązanemu do wierzyciela i gdzie na rzecz wierzyciela mają być odsetki opłacane. Egzekucyę na pretensyę wzajemną prowadzi się przez zajęcie i praktyka na ten sposób egzekucyi zezwala, wierzyciel może zatem przez zajęcie i pozostanie przy tym kroku narażać zobowiązanego na szkodę ¹⁾).

Jaki środek przysługuje zobowiązanemu, by wierzyciel po zajęciu nie narażał go na szkodę?

a) Jeżeli wierzyciel po uzyskaniu przekazu pretensyi nie ściąga, odpowiada zobowiązanemu i innym wie-

nego ma inna osoba wystąpić ze skargą, a mianowicie wierzyciel, który zajął pretensyę i uzyskał przekaz, ten tylko ma prawo prowadzenia procesu. Sędzia winien postępowanie przez zobowiązanego wdrożone zastanowić uchwałą (anal. § 7 p. c.), a nie może wydać wyroku, który załatwia kwestyę, czy roszczenie ochronne istnieje.

¹⁾ Zajęcie pretensyi zobowiązanego do wierzyciela jest wedle powszechnego zdania dopuszczalne (Neumann, Exek. Ordn. str. 134—135), podnosi się, że wymogiem zajęcia pretensyi nie jest, aby osoba dłużnika zobowiązanego była inną, niż wierzyciel. Egzekucyę prowadzi się przez zakaz zapłaty, co nazywają „Zweitverbot“, (Rintelen, Die einstw. Verf. 1905 str. 259 uw. 3 używa słowa „Selbstverbot“). Wydanie zakazu przyjmują za konieczne, sam wniosek nie wystarczy, należy bowiem stwierdzić czas, w którym zajęcie uważa się za dokonane (tak Neumann l. c. str. 138; inaczej Petschek, Zwangsvoll. str. 83 uw. 86).

rzycielom za szkodę (§ 310 ust. 3 o. e.); do dokonania kroków ściąganie na celu mających nie można go zmusić, tylko wierzyciele inni mogą się domagać uchylecia przekazu i ustanowienia kuratora do ściągania (ust. 4 § 310 o. e.). Sam zobowiązany nie może wedle treści ustawy wniosku postawić, musimy jednak analogicznie stosować cytowane postanowienie i musimy także i zobowiązanemu przyznać prawo żądania, by ustanowiono kuratora, któryby w miejsce wierzyciela zajął się ściąganiem pretensyi.

Postanowienie ustawy odnoszące się do przypadku, gdy przekaz udzielono, a wierzyciel mimo to zwleka ze ściąganiem, odnieść należy i do przypadku, gdy wierzyciel nie stara się o przekaz do ściągania. Z ustępu 3 § 297 o. e. należy wnosić, że sąd ma ustanowić kuratora, jeżeli zachodzi potrzeba tego dla uchylecia złych skutków; powołany przepis odnosi się wprawdzie tylko do pretensyi przywiązanych do dokumentów w § 296 o. e. wymienionych, należy go jednak analogicznie stosować. Co do pojęcia „odwrócenia niekorzyści“, to odnoszą się wymienione słowa nie tylko do pretensyi, lecz i stosunków zobowiązanego, a więc i do przypadku, gdy z powodu zaniechania ściągania zobowiązany jest na szkodę narażony.

b) Jeżeli idzie o pretensyę, która przysługuje zobowiązanemu do wierzyciela, może powstać kwestya, czy zajęcie pretensyi jest konieczne. Wzajemne pretensye mogą być skompenzowane, ten krok może więc prowadzić do celu i nie potrzeba obierać drogi egzekucyi, by doprowadzić do zaspokojenia pretensyi. Jeżeli uznamy egzekucyę na pretensyę dłużnika do wierzyciela za dopuszczalną, to dojdziemy do dziwnych wyników. Jeżeli obydwie pretensye, główna i wzajemna, polegają na tytułach wykonalnych, może każdy prowadzić egzekucyę przeciw drugiemu i zająć pretensyę swego dłużnika, kto drugiego uprzedzi uzyskuje zajęcie, jeżeli zaś dwa rozmaite sądy mają zezwolić na egzekucyę równocześnie można uzyskać zajęcie, ponieważ zaś zajęcie zawiera za-

kaz zapłaty cel, a mianowicie umorzenie pretensyi nie zostaje jeszcze osiągnięte. Ponieważ zajęcie nie jest zrealizowaniem pretensyi byłby i przekaz do ściągnięcia potrzebny, wierzyciel, który zajmuje pretensyę swego dłużnika opierającą się na tytule wykonalnym, miałby więc prowadzić egzekucyę przeciw sobie i kwotę użyć na zaspokojenie swojej pretensyi. Są to konsekwencye wprost niezrozumiałe, zajęcie pretensyi dłużnikowi do wierzyciela przysługującej jest krokiem sztucznym, bezcelowym i dlatego nie możemy przyjąć, by było dopuszczalne. Wzajemne pretensye mogą być tylko ze sobą skompenzowane, że zaś opierają się obydwie na tytułach egzekucyjnych, nic nie stanowi i tu należy stosować zasadę: „*dolo facit, qui petit, quod redditurus est*“. Zasadę, że zajęcie pretensyi zobowiązanego do wierzyciela nie jest dopuszczalne, stosować należy i tam, gdzie pretensya zobowiązanego do wierzyciela nie jest jeszcze wyrokiem ustaloną, i tu może wierzyciel przeprowadzić kompenzację i to tak, gdy pretensya wzajemna jest płatną, jak i wtedy, gdy jej płatność nie nastąpiła. Jeżeli wierzycielowi zależy na tem, aby inni wierzyciele pretensyi zobowiązanego do niego nie zajęli, może złożyć oświadczenie, że kompenzuje pretensyę swoją z pretensyą wzajemną, jeżeli zaś pretensyi wzajemnej nie uznaje, nie powinien jej zajmować ¹⁾.

W jaki jednak sposób ma być złożone oświadczenie kompenzaty?

a) Jeżeli dwie pretensye wzajemne istnieją i nadają się do kompenzaty, następuje ona sama przez się, jeżeli tylko wymogi kompenzaty zachodzą; oświadczenie

¹⁾ Z przepisu § 319 l. 2 o. e. nie wynika jasno, czy zajęcie pretensyi wzajemnej jest dopuszczalne. Powołany przepis stanowi tylko, że sprzedaż pretensyi wzajemnej nie jest dopuszczalną, jeżeli kompenzacja jest możliwą, z czegoby wynikało, że tam, gdzie kompenzacja nie jest możliwą, sprzedaż ta a więc i zajęcie pretensyi jest dopuszczalne (por. Petschek, Zwangsvollstr. str. 30—31).

strony, że chce, by kompensacyę przeprowadzono, nie jest potrzebne.

Powszechnie przyjmuje się, że kompensata następuje przez oświadczenie jednej ze stron, czyto pozasądowe, czy też sądowe, i że oświadczenie powoduje zniesienie pretensyi już od czasu, gdy wymogi kompensaty zachodziły. Zdania tego nie można podzielać, oświadczenie pozasądowe jest pozbawione doniosłości, przeciwnik, nie zważając na oświadczenie, może zaskarżyć swoją pretensyę w pełnej kwocie i dopiero sędzia ma orzec, czy kompensata nastąpiła, z drugiej strony może pozwany dopiero w procesie zarzucić, że kompensacya obydwu wzajemnych pretensyi już nastąpiła wobec zachodzących wymogów, a sędzia winien zarzut uwzględnić, chociaż poza sądem pozwany nie złożył oświadczenia, iż chce przepr ować kompensacyę pretensyi swojej z pretensyą przez powoda zaskarżoną, co więcej, sędzia ma uznać, że kompensacya zaszła już w czasie gdy wymogi wszelkie kompensaty istniały, a nie dopiero w czasie, gdy pozwany w sądzie domaga się orzeczenia kompensaty¹⁾.

Wobec zarzutu kompensaty sędzia winien badać jedynie, czy wymogi jej zachodzą względnie zachodziły w czasie poprzednim, kwestya, czy pozwany przed procesem domagał się, aby kompensacya nastąpiła, jest zupełnie obojętną.

Jednym z wymogów kompensacyi jest płynność pretensyi, przez nią rozumieć należy stwierdzenie jej istnienia w chwili, gdy pretensya przeciwnika jest ustalona. Jeżeliby więc pretensya zaskarżona była stwierdzoną, pretensya zaś pozwanego nie była ustalona, wówczas nie ma płynności i należałoby żądaniu skargi dać miejsce pozwany mógłby wystąpić ze skargą osobną przeciw powodowi i mógłby w drodze sporu wykazać

¹⁾ Do oświadczenia przywiązuje wagę Exner, Oest. Hypothekenrecht str. 609 i n., Hasenöhr, Oester. Oblig. II str. 570 i n.; Schrutka, Die Richtigkeit der Forderungen als Voraussetzung der Compensation 1900 str. 7 uw. 1.

należność swojej pretensyi, nie mógłby jej jednak więcej kompenzować tak, aby już w czasie, gdy obydwie pretensye były już płatne, uznano je za zniesione.

Tak też miała się rzecz przed wejściem w życie procedury cywilnej; pozwany, gdyby nawet wygrał osobnym procesem pretensyę, nie mógł jej więcej kompenzować z pretensyą powoda w poprzednim procesie przyznana i nie mógł już podnieść, że pretensya zgasała w czasie dawniejszym, co ze względu na odsetki mogłoby być doniosłe. Ze względu na to, że pretensya nie była płynną, kompensacya materyalnie nie była w czasie ubiegłym możliwą.

Obecnie obowiązuje przepis §. 391 ust. 3 p. c. Przepis ustawy cywilnej, że płynność pretensyi jest wymogiem kompensaty, wyraźnie nie jest uchylony, pytanie zachodzi jednak, czy nadal obowiązuje. Wedle powołanego przepisu proc. cyw. w każdym wypadku, gdzie pozwany podnosi do kompensaty pretensyę wzajemną, ma sędzia badać jej płynność, a po jej stwierdzeniu ma być orzeczonem że kompensata nastąpiła.

Zarzut kompensaty nie wstrzymuje wydania wyroku co do pretensyi zaskarżonej, sędzia winien co do niej, gdy stwierdzi jej należność, wydać wyrok częściowy¹⁾, może się jednak wstrzymać z wydaniem wyroku aż do czasu, gdy należność pretensyi wzajemnej i wymogi kompensaty będą stwierdzone, i dopiero po tym czasie wydać wyrok stanowczy. Od woli sędziego jest więc zawieść tylko, kiedy ma być o kompensacie orzeczone, orzeczenie jednak sędzia zawsze wydać musi, gdy istnienie pretensyi wzajemnej jest stwierdzone i pretensya wzajemna nadaje się do kompensaty. Jeżeli sędzia wydaje wyrok częściowy z powodu, że pretensya wzajemna nie jest stwierdzoną, a więc płynną, winien przeprowadzić co do niej (a właściwie co do zarzutu kompensaty)

¹⁾ Nie może jednak tego uczynić, gdy pretensya główna i wzajemna pozostają w związku prawnym ze sobą. To przyjmuje i dla prawa dawnego Schrutka l. c. str. 13—14.

osobną rozprawę i gdy przyjmie pretensję wzajemną za istniejącą a kompensatę za dopuszczalną, ma wyrok poprzedni częściowy uchylić ¹⁾). Z powodu więc braku płynności nie może sędzia odmówić przeprowadzenia kompensaty i nie może odesłać pozwanego do osobnego procesu przeciw powodowi.

Procedura cywilna normuje tylko formę postępowania w razie, gdy zarzut kompensaty zostanie podniesiony, nie stanowi zaś, z którą chwilą należy uważać kompensatę jako zaszłą. Jeżeli przepis ust. cyw. o wymogu płynności został w mocy utrzymany, to kompensata zachodzi dopiero z chwilą, gdy pretensya jest płynna. Chwilą tą jest wyrok sądowy, może być jednak i chwila dawniejsza, w pierwszym przypadku miałby sędzia orzec, że się kompensatę przeprowadza, w drugim miałby stwierdzić, że kompensata zaszła już w dawniejszym czasie. Zdaniem naszym przepis ustawy cywilnej obowiązuje nadal, wobec czego wyrok, orzekając o kompensacie, stwierdza jej istnienie dopiero w chwili, gdy wymóg płynności zaszedł, a nie w chwili, gdy już zapadła pretensye wzajemna.

Procedura cywilna poczyniła tę tylko zmianę, że gdzie podniesiono zarzut kompensaty ma być badana płynność pretensyi wzajemnej, by następnie orzec kompensatę. Pytanie jest jednak, kiedy należy przyjąć, że pretensya wzajemna jest płynna, względnie kiedy pretensya wzajemna posiada tę kwalifikacyę, możliwem jest bowiem, że pozwany nie uznaje pretensyi zaskarżonej, a na wypadek jej stwierdzenia podnosi pretensję wzajemną do kompensaty. O chwili, kiedy płynność zachodzi, orzeka sędzia, przyjąć zaś może pretensję za płynną, gdy nie ulegało wątpliwości, iż w pewnym czasie jednej ze stron do drugiej przysługiwała. Rozumie się, że do tego wyniku dochodzi sędzia na podstawie przeprowadzonych dowodów i wtedy orzeka, w którym czasie kompensata nastąpiła.

¹⁾ Schrutka l. c. str. 14 i n.

Ponieważ sędzia ma w procesie ustalić, czy pretensye wzajemne są należne, dalej kiedy były płynne i czy zachodzą wymogi kompensaty, a po stwierdzeniu tych wymogów orzeka, że kompensata zaszła, orzeczenie sędziego nie ma mocy konstytutywnej¹⁾, lecz deklaratywną, sędzia sam nie przeprowadza kompensaty.

β) Jeżeli pozwany podniósł zarzut kompensaty, jednak sąd go nie uwzględnił z powodu braku innych wymogów kompensaty, jak płynność, a więc n. p. płatności, nie może sąd wydać wyroku częściowego, rzeczą pożądanego jest wystąpić ze skargą przeciw powodowi po płatności pretensyi. Pozwany może w chwili, gdy zajdzie płatność, złożyć oświadczenie, że kompensuje pretensyę swoją z pretensyą wzajemną, oświadczenie takie powoduje zniesienie pretensyi, ale tylko o ile zachodzi płynność. Brak uznania pretensyi ze strony przeciwnika odbiera pretensyi charakter płynności i dlatego pozwany nie może wystąpić ze skargą opozycyjną, która się opiera na tem, że zaszedł fakt uchylający moc egzekucyjną pretensyi, a do takich należy i zniesienie pretensyi. Jeżeli wzajemna pretensya jest niepłynna, nie zachodzi kompensata, jest więc brak faktu znoszącego wyrok.

γ) Jeżeli pozwanemu przysługuje pretensya do powoda i ta pretensya nadawała się do kompensaty już w toku procesu poprzedniego, pozwany jednak nie podniósł zarzutu kompensaty, może wystąpić ze skargą przeciw powodowi, ale tylko o zapłatę. Pozwany nie może podnieść, że pretensya przeciwnika zgasa skutek istnienia pretensyi wzajemnej już w czasie poprzedzającym wydanie poprzedniego wyroku, to mógł pozwany w procesie podnieść, gdy tego nie uczynił nastąpiła prekluzya. Pozwany nie może podnieść zarzutu kompensaty, zarzut ten jest bowiem materyalnym i w poprzednim procesie miał być przeciwstawiony. Ale pozwany nie może też wystąpić ze skargą opozycyjną przeciw powodowi, istnienie pre-

¹⁾ O wyrokach konstytutywnych por. Hellwig, Anspruch und Klagrecht str. 481 i in.

tensyi, która przed wydaniem wyroku mogła być skompenzowana, nie jest faktem zaszytym po wydaniu wyroku, a nie zmienia się w niczem rzecz, że pozwany złożył po wydaniu wyroku oświadczenie kompensaty, które zresztą jest obojętne.

δ) Jeżeli pozwany zaskarzy powoda o zapłatę wzajemnej pretensyi i ta zostanie mu przyznana, istnieją dwie pretensye wzajemne, rozumie się, o ileby powód nie przeciwstawił w procesie o zapłatę pretensyi wzajemnej swoją własną pretensyę do kompensaty. Istnienie dwu pretensyi płynnych uprawnia do kompensaty, uprawnienie to przyznać należy, chociażby nawet zarzut kompensaty w procesie nie został podniesiony, lub też podniesiono go bezskutecznie. Kompensata pretensyi płynnych wyrokiem ustalonych zachodzi w chwili, gdy jeden z uprawnionych i zarazem zobowiązanych oświadcza, że zyczy sobie przeprowadzenia kompensacyi. Oświadczenie to powoduje zniesienie pretensyi od chwili, gdy wszystkie wymogi kompensaty zachodziły, a więc nie tylko pretensye ustalono wyrokiem, lecz i minął termin świadczenia.

Co ma jednak zrobić zobowiązany, jeżeli jego wierzyciel i dłużnik kompensaty nie chce uznać i prowadzi egzekucyę? Zobowiązany może wnieść skargę opozycyjną, oświadczenie kompensaty wobec wszystkich wymogów materyjalno-prawnych w § 1438 u. c. wymienionych pociąga za sobą zgaśnięcie pretensyi, a więc czyni egzekucyę niedopuszczalną¹⁾. O ile przyjmiemy, że i przed prowadzeniem egzekucyi skarga o ustalenie, że zaszedł fakt uchylający moc egzekucyjną wyroku, jest dopuszczalną, może zobowiązany wystąpić ze skargą ustalającą kompensatę pretensyi wzajemnych.

ε) Wobec tego, cośmy naprowadzili, płynność pretensyi jest wymogiem kompensaty, brak jej w toku procesu nie może być jednak powodem stanowczego odmówienia

¹⁾ Oświadczenie co do kompensaty ma więc znaczenie, o ile pretensye wzajemne są ustalone tytułem egzekucyjnym.

orzeczenia co do kompensacyi, sędzia ma doprowadzić do płynności pretensyi wzajemnej i orzec, kiedy płynność zaszła. Po wydaniu wyroku końcowego, zasądzającego pozwanego na zapłatę kwoty należnej powodowi, pretensya wzajemna materyalnie nie nadaje się do kompensaty, jak długo nie jest ustalona, a więc jej płynność nie jest stwierdzoną, zobowiązany nie może więc wnieść pozwu opozycyjnego z powołaniem się na pretensyę wzajemną i nie może twierdzić, że z tą pretensyą pretensya przeciwnika zostaje skompensowana. By kompensacyę przeprowadzić, należy zaskarżyć pretensyę wzajemną, z ustaleniem można kompensacyę przeprowadzić, wobec czego należy uznać płynność za wymóg przeprowadzenia kompensaty, bez niej kompensaty po ukończeniu jednego z obydwu procesów nie można dokonać. Gdy płynność obydwu pretensyi zachodzi, kompensata zaszła *ex tunc*, nigdy jednak za czas przed upływem terminu dopełnienia wyroku.

2) Często się zdarza, że strony, by interwenientowi uniemożliwić uczestnictwo w sporze godzą się na spoczywanie postępowania. Prawo popierania sporu nie przysługuje interwenientowi, jeżeli strona inny stawia wniosek (§ 19 p. c.), to też interwenient może być wskutek oświadczenia strony na szkodę narażony. Spór jest do wygrania po stronie tego, kogo interwenient popiera, wskutek czego mógłby interwenient otrzymać kosztą sporu (§ 41 p. c.), wobec porozumienia stron i zaniechania procesu jest na szkodę narażony.

Zdaniem naszym interwenientowi, jeżeli wykaże, że strony zaniechały popierania sporu li tylko w tym celu, by go na szkodę narazić, przysługuje przeciw nim pretensya odszkodowawcza.

C) Postępne spowodowanie przeciwnika do działania lub zaniechania.

a) Spowodowanie przeciwnika do dokonania aktu niekorzystnego.

Każdy akt procesowy, jeżeli został już dokonany, pociąga za sobą skutki prawne tak dla działającego, jak

i dla przeciwnika. Akty już dokonane nie mogą więc być zaczepione z powodu niezgodności woli z oświadczeniem, omyłki lub przymusu i tylko całkiem wyjątkowo możliwem jest cofnięcie aktu niekorzystnego, a mianowicie cofnięcie przyznania, cofnięcie to winno nastąpić przed ukończeniem postępowania pierwszej instancji, a więc zanim wydano orzeczenie, w drugiej instancji lub po ukończeniu procesu cofnięcie nie jest więcej możliwem. Wobec tego, że akty procesowe nie mogą być uchylone, jest obojętnem, czy strona z własnej woli akt dokonała, czy też do tego przez przeciwnika lub trzecią osobę została podstępnie spowodowana i jeżeli wskutek aktu procesowego poniosła szkodę. Jeżeli zatem powód odstąpił od skargi, spowodowany do tego przez pozwanego oświadczeniem, że co do zaskarżonej kwoty z nim się porozumie, nie może uzyskać orzeczenia, że odstąpienie uważa się za nieistniejące, może tylko wnieść skargę nową, a więc może wdrożyć nowy proces w związku z poprzednim nie pozostający. Ma to o tyle doniosłość, że pretensya mogła uleść przedawnieniu, skarga poprzód wniesiona a cofnięta pozostaje bez wpływu na przedawnienie, jeżeli więc pozwany w drugim procesie ten zarzut podniesie, nie ma powód środka, by się od skutków cofnięcia skargi pierwszej uchronić.

To samo przyjąć należy i co do cofnięcia zarzutów wekslowych, apelacji, rewizyi lub rekursu, powoduje ono prawomocność nakazu zapłaty, wyroku lub uchwały, a strona nie ma środka, by uzyskać przedłożenie środka prawnego wyższej instancji¹⁾. W szczególności nie

¹⁾ Por. Pollak: Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 1898 str. 5 i nast.

Przed wejściem w życie procedury cywilnej można było mimo cofnięcia odwołania osiągnąć dalsze prowadzenie postępowania. Dekret nadworny z dnia 13. lutego 1798 Nr. 401 Zb. ust. sąd. stanowi, że w wypadku, gdy strona po cofnięciu apelacji żąda kontynuacji postępowania, odrzucić należy wniosek na persekwowanie tylko wtedy, jeżeli upłynął termin apelacji, a przeciwnik prosił już o egzekucję, w każdym innym wypadku należy przesłuchać przeciwnika; jeśli ten nie sprzeciwia

może strona narażona na szkodę domagać się od strony przeciwnej w drodze sporu, aby uznała akt procesowy za niedokonany, nawet uznanie strony przeciwnej nie może być podstawą do wydania wyroku i sąd nie może uważać skargi lub innego aktu prawnego za niecofnięte, strony nie mogą rozporządzać sytuacją procesową, która stworzoną została za ich wolą, chociaż zachodziły pewne braki woli.

Czy strona nie ma środka przeciw przeciwnikowi, który w sposób podstępny spowodował ją do dokonania aktu niekorzystnego, w szczególności, czy nie może wnieść skargi odszkodowawczej?

Jeżeliby stronie przysługiwało roszczenie odszkodowawcze, wówczas mogłaby przede wszystkim żądać restytucji w naturze, odszkodowania w ekwiwalencie pieniężnym dopiero wówczas może się poszkodowany domagać, gdy przywrócenie do pierwotnego stanu jest niemożliwe (§ 1323 u. c.). Restytucji w naturze nie może poszkodowany się domagać, nie może żądać, by apelację uważano za wniesioną, skargę za dalej istniejącą, wobec tego mógłby tylko wystąpić z żądaniem odszkodowania w pieniądzu. Okoliczność, że zachodzi niemożność restytucji w naturze, nie uzasadnia wykluczenia skargi odszkodowawczej, ustawa nadaje prawo do odszkodowania w wartości nie tylko wtedy, gdy zaszła niemożność faktyczna, lecz i wówczas, gdy restytucja z powodów ustawowych nie jest możliwą. Wobec tego więc może poszkodowany, którego przeciwnik wskutek podstępnego zachowania się spowodował do aktu niekorzystnego, domagać się odszkodowania w ekwiwalencie pieniężnym, a w procesie odszkodowawczym zajdzie potrzeba badania, jaki byłby wynik procesu w razie, gdyby czynności niekorzystnej nie dokonano.

się kontynuacji, załatwia się apelację wedle zwykłego porządku, w razie sprzeciwienia się winien apelant przytoczyć okoliczności zasługujące na uwzględnienie, a sąd ma po ich zbadań orzec, czy postępowanie apelacyjne ma być dalej prowadzone.

Jakkolwiek poszkodowanemu przyznajemy pretensję odszkodowawczą, to jednak jedno musimy uczynić ograniczenie. Jeżeli między stronami zapadł na skutek podstępного działania jednej z nich wyrok, wówczas ma on moc prawomocności i stwarza stosunek prawny, który obowiązuje, jak długo nie nastąpi uchylenie. Ten wyrokiem stworzony stosunek prawny ma być uwzględniony i dlatego odszkodowania nie można żądać, jeżeli skarga jest skierowaną na odwołanie korzyści materialnych wyrokiem przyznanych. Wyrok ma moc materialnej prawomocności, nadaje pewne korzyści, a tych nie można uchylić skargą odszkodowawczą. Skutki niekorzystnego wyroku, wywołanego niekorzystnem działaniem, a podstępem przeciwnika, można uchylić przez wniesienie próśby restytucyjnej, dalej przez wniesienie skargi o wznowienie, opartej na zbrodniczem działaniu i dopiero, gdy wznowienie się uzyska, można stworzyć sytuację procesową rzeczywistemu stanowi rzeczy odpowiadającą. Jeżeli jednak nie można wyroku nadzwyczajnymi środkami uchylić, jeżeli sam wyrok nie jest symulowany i tem samem w myśl umowy stron nieobowiązujący, należy go uważać za istniejący i dlatego wszelkie zasze skutki materialnej prawomocności nie mogą być odwołane.

Wobec tego, że skutków wyroku nie można odwrócić skargą odszkodowawczą, nie będzie ona możliwą tam, gdzie np. zapadł wyrok na skutek cofnięcia skargi ze zrzeczeniem się pretensyi, tu istnieje wyrok, a ten ma być szanowany.

Inaczej ma się rzecz, gdzie czyn podstępny został dokonany już po wydaniu wyroku. W tym wypadku nie odwraca się skutków wyroku spowodowanych działaniem przeciwnika, lecz występuje z żądaniem odszkodowania z powodu, że pozostawiono wyrok nietkniętym, a więc nie wniesiono apelacji, która musiała odnieść skutek. Przez wniesienie takiej skargi nie narusza się w niczem samej prawomocności wyroku, owszem twierdzi się, że tej materialnej prawomocności nie mógł wyrok

osiągnąć i dlatego skarga odszkodowawcza jest dopuszczalną ¹⁾).

b) Podstępne spowodowanie zaniechania czynności procesowej.

1) Najzwyczajszym i codziennie powtarzającym się wypadkiem spowodowania strony przeciwnej do zaniechania czynności procesowej jest spowodowanie jej niestawieństwa lub zaniechania wniesienia środka obronnego lub prawnego, skutkiem czego albo zapada niekorzystny wyrok zaoczny, albo też niekorzystny wyrok urasta w moc prawa. Dzieje się to rozmaicie. Powód umawia się z przeciwnikiem, że na pierwszej audyencji nie stanie, mimo to jawi się i zaskarża przeciw pozwanemu zaoczność; powód zawiera po pierwszej audyencji ugodę z pozwanym, wskutek czego tenże nie wnosi odpowiedzi na skargę, powód nie zważając na ugodę, stawia wnioski na wyznaczenie rozprawy po myśli § 398 p. c., a następnie na rozprawie, przy której pozwany żadnych nie może w rzeczy samej podnieść zarzutów, osiąga wyrok korzystny przeciw pozwanemu.

Czy strona, która przez drugą spowodowana została do zaniechania, nie ma sposobu ochronić się przed skutkiem zaniechania?

Ustawa nadaje rozmaite środki mające na celu odwrócenie skutków zaniechania. Zaniechanie czynności naprawo do restytucji, uzyskanie wyroku przez działanie oszukańcze nadaje przeciwnikowi prawo do wznowienia procesu. Obydwa środki mają na celu zapadły wyrok uczynić bezskutecznym; który jednak środek ma być stosowany tam, gdzie strona spowodowała wyrok niekorzystny?

Wznovienie idzie dalej, niż restytucja, dopuszczalne jest ono dopiero, gdy stwierdzono czyn karygodny, i to

¹⁾ Tak samo jest dopuszczalną skarga odszkodowawcza przeciw adwokatowi, który nie zaczępił wyroku odwołaniem lub rewizją. W procesie należy badać, jaką byłaby decyzja najw. trybunału, gdy zaś tego pierwsza instancja nie może wypowiedzieć, należy proces w trzech przeprowadzić instancjach.

tylko oszustwo (w „Betrugshandlung“ w § 530 l. 3 p. c.) ¹⁾, gdzie taki czyn nie zachodzi, tam o wznowieniu niema mowy. By więc wznowienie uzyskać, musiałaby strona, która czynności zaniechała, oczekiwać zasądzenia przeciwnika, który spowodował podstępnie zaniechanie, w razie zaś, gdyby do zasądzenia nie doszło, nie miałyby środka do uzyskania wznowienia (§ 539 p. c.).

Do uzyskania restytucji zasądzenie w drodze karnej nie jest potrzebne, wystarcza, gdy zachodzi nieprzewidziana lub nieochronna przeszkoda (§ 146 p. c.), z drugiej strony jest konieczne wcześniejsze wniesienie prośby restytucyjnej, niż skargi o wznowienie (§§ 148 i 534 p. c.).

Między skargą o wznowienie a prośbą restytucyjną nie zachodzi konkurencja, strona nie może obrać jednego lub drugiego środka dla uchylenia skutków zaniechania. Skarga o wznowienie tam tylko ma być wniesioną, gdzie merytorycznie, a więc co do treści czynności procesowych popełnionym został błąd; gdzie tylko zachodzi zaniechanie czynności, tam należy wnieść prośbę restytucyjną. Jeżeli więc strona przeciwna dopuściła się czynu karygodnego nie tylko co do zaniechania czynności, lecz co do jej treści, jak przez przedłożenie fałszywego dokumentu, fałszywe zeznanie i t. d., tam jest tylko skarga o wznowienie możliwą; gdzie natomiast czyn karygodny polega li tylko w spowodowaniu zaniechania czynności procesowej, tam nie jest dopuszczalne wznowienie, tam należy wnieść prośbę restytucyjną.

By wnieść prośbę restytucyjną, muszą zachodzić wymogi w § 146 p. c. wymienione. Czy wywołanie błędu u przeciwnika i spowodowanie go do niestawienia lub zaniechania innej czynności procesowej stanowi nieuchronną lub nieprzewidzianą przeszkodę ¹⁾?

¹⁾ Por. Stefko l. c. str. 449 i n.; Bühn, O restytucji podług obecnej procedury cywilnej 1905 str. 28 i n.

¹⁾ Por. Pollak: Die Wiedereinsetzung str. 22 i nast., o znaczeniu słów: „unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis“. Pollak podnosi, że słowo „unvorhergesehenes“ użyto w miejsce „unvorhersehbar“. Powód restytucji zachodzi wedle

Zdaje się nam, że istnienie wymogów restytucji w naszym przypadku przyjąć należy. Zaoczność jest wpływem nieczynności, karą za zaniechanie działania w procesie, gdy więc kto wykaże, że winy nie ponosi, kara nie powinna go trafić. Do uzyskania restytucji nie jest potrzebną *vis maior*, każda okoliczność uniewinniająca stronę nadaje prawo do restytucji i podstępny czyn przeciwnika uzasadnia więc żądanie restytucji ¹⁾.

Środek próby restytucyjnej jest jedynym środkiem, jaki stronie przysługuje, gdy popada w zaoczność z powodu wprowadzenia w błąd przez przeciwnika. Gdyby strona nie wniosła takiej próby na czas, wyrok staje się prawomocnym i nie ulega dalszemu zaczepieniu ²⁾.

Środek restytucji ma być stosowany i tam, gdzie strona nie dokonała czynności procesowej, jaka jest konieczną dla strzeżenia praw, np. nie wniosła zarzutów lub nie wniosła odpowiedzi na skargę, a przeciwnik skorzystał ze zaniedbania i uzyskał wyrok zaoczny z § 398 p. c. Zwłaszcza w ostatnim wypadku pokazuje się, jak niesłusznem jest zdanie, że w razie podstępnego spowodowania

Pollaka wtedy: „wenn die Processpartei trotz gesteigerter Aufmerksamkeit das nicht alltägliche Hindernis nicht vorhersehen oder doch nicht abwenden, z. B. umgehen konnte“ (str. 26). To idzie za daleko (tak też Stefko l. c. str. 382 i n.). Ustawa niemiecka wyraża się: „Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle“. Niektórzy nadają prawo do restytucji tylko w razie, gdy zachodzi *vis maior*. Przeciw temu Canstein: Grundlagen des Kontumazialrechts w Zeitschrift für deut. Civilpr. t. XVI. str. 68 i nast., który podnosi, że od strony można żądać tylko: „Anwendung des höchsten Grades der Sorgfalt, welche von einer Partei gefordert werden kann, der Sorgfalt einer ordentlichen Partei“.

¹⁾ Także ograniczenie osobistej wolności przeciwnika, pogroźki i t. p. Por. Bühn l. c. str. 30.

²⁾ Balasits, O przywróceniu do stanu pierwotnego 1900 str. 42 i 43 Nr. 56, omawia przypadek, w którym powód mimo zapewnienia pozwanego o niestawiennictwie na audyencji stanął. B. przyznaje, że zaszło zdarzenie nieprzewidziane, nie przyznaje jednak prawa restytucji, a to z powodu, że fakt zdarzył się z wolą i zamiarem strony, a taki nie uzasadnia restytucji.

wania strony przez przeciwnika do zaniechania działania, a więc wniesienia odpowiedzi na skargę, należy wnieść skargę o wznowienie. Przypuśćmy, że zasądzenie przeciwnika za oszustwo nastąpi, że więc wobec tego skarga o wznowienie z § 530 l. 3 p. c. będzie możliwą i że pozwany z nią się utrzyma. Wyrok będzie więc uchylony, sąd wyznaczy rozprawę kontradiktoryjną, czy jednak pozwany będzie mógł na niej przytoczyć fakta, środki dowodowe, zarzuty i t. p. Nie, a to dla braku odpowiedzi na skargę, skarga więc o wznowienie nie prowadzi do celu.

2) W przypadkach, w których pozwany wskutek ugody z powodem nie wniósł odpowiedzi na skargę, powód zaś mimo ugody postawił wniosek na wydania wyroku zaocznego, albo w których jedna ze stron mimo porozumienia się stanęła na terminie i żądała wydania wyroku zaocznego, szuka się za rozmaitymi sposobami, by odwrócić skutki podstępnego działania przeciwnika.

a) Pozwany, który nie wniósł odpowiedzi na skargę wskutek ugody z powodem, wnosił przeciw powodowi skargę zawierającą żądanie, że powód winien jest skargę cofnąć. Tego rodzaju skarga jest niedopuszczalną, nawet gdyby powód wyraźnie zgodził się na żądanie skargi, to zobowiązanie się jego jest nieobowiązujące i dlatego nie można go dochodzić¹⁾. Ze żądaniem skargi należy pozwanego oddalić, nie można też wskutek skargi pozwanego wstrzymać postępowania po myśli § 398 p. c., wdrożonego celem wydania wyroku zaocznego.

b) Nemethy²⁾ jest zdania, że strona, która jawi się na terminie mimo ugody z przeciwnikiem, popełnia karygodne oszustwo, a takie oszustwo uzasadnia skargę o wznowienie z § 530 l. 3 p. c., zapomocą której w ra-

¹⁾ Por. Hellwig, Anspruch und Klagerecht str. 162, podnosi, że dopełnienia przyrzeczenia nie można żądać, skoro nie dotyczy ono prywatno prawnego stosunku

²⁾ Beseitigung von fraudulos erwirkten Kontumazialerkenntnissen w Gerichtszeitung 1902 Nr. 44 i n.

zie zasądzenia przeciwnika skutki wyroku zaocznego mogą być odwrócone. W przypadku, w którym wyrok zasądający nie zostaje wydany, a więc gdy przeciwnika wprowadzono w błąd, ale wyraźnie nie umówiono się o niejawienie się w sądzie, przyznaje N. stronie niejawiającej się, przeciw której zapadł niekorzystny wyrok zaoczny, osobną skargę, za pomocą której wyrok prawomocny ma być uznany za bezskuteczny i niewykonalny, a postępowanie przywrócone do stanu, w jakim się znajdowało w czasie przed postawieniem bezprawnego wniosku. N. wywodzi skargę z przepisu § 919 u. c., przeciwnik winien dopełnić umowy, gdy zaś jej nie dopełnił, winien wynagrodzić szkodę, a więc przywrócić proces do pierwotnego stanu, co może nastąpić tylko przez uchylenie wyroku.

Zapatorywanie N. prowadzi do tego, że obok skarg procesowych, które mają na celu ponowne otwarcie procesu, a które są taksatywnie wymienione, istnieje i skarga dalsza, o której ustawa nie wspomina. Skarga ta stałaby na równi ze skargą o wznowienie, to ostatnie możnaby więc osiągnąć i tam, gdzie na to ustawa nie zezwala, a tego przyjąć nie możemy¹⁾.

c) Kohler²⁾ jest zdania, że korzystanie z wyroku uzyskanego wskutek wprowadzenia przeciwnika w błąd jest podstępem, a taki podstęp uprawnia pozwanego do wniesienia skargi opozycyjnej, powoda zaś, na niekorzyść którego zapadł wyrok, do wniesienia *actio doli*. Kohler przyjmuje, że w tym przypadku skarga restytucyjna (nasza skarga o wznowienie) jest dopuszczalna, ale tylko wtedy, gdy zachodzą wymogi wznowienia, gdyby zaś tych wymogów nie było, w szczególności czasokres do wniesienia skargi o wznowienie był spóźniony, tam tylko skarga opozycyjna ma miejsce³⁾. Tak

¹⁾ Por. Bursztyn, die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozeß 1906 str. 34 i n.

²⁾ Vollstreckungsgegenklage und *exceptio doli* w Archiv für die civil. Praxis. T. 80 str. 190 i n.

³⁾ Kohler czyni pewne ograniczenia, a mianowicie powiada: „... Wir geben nicht in allen Fällen die ausserordentlichen

samo ma się rzecz według K., gdy przeciwnik działa w porozumieniu z zastępcą strony, która popadła w zacończoność i skutkiem tego skargi restytucyjnej nie wniesiono.

Zdanie Kohlera uważać musimy jako błędne. Korzystanie z wyroku nie jest czynem karygodnym, jeżeli żadna umowa nie stoi temu na przeszkodzie. Jak długo wyrok istnieje, strona może z niego korzystać i z tego powodu nie można podnieść zarzutu. Ponadto należy podnieść, że wprowadzenie w błąd i uzyskanie wskutek tego wyroku nie jest faktem, który zaistniał po wydaniu wyroku, lecz przed tą chwilą, wskutek czego okoliczność ta nie uzasadnia skargi opozycyjnej, która może się opierać tylko na fakcie zaszłym po wyroku.

Jeżeli pozwany nie wniósł odpowiedzi na skargę wskutek tego, że z powodem prowadził pertraktacje ugodowe, albo też z powodu zawartej z nim ugody, nie może wnieść skargi opozycyjnej z powodu faktu zaszłego wprawdzie nie po wydaniu wyroku, ale w czasie, w którym nie mógł z niego korzystać (§. 35 o. e.). Powołany przepis § 35 o. e. zezwala na podniesienie w pozwie opozycyjnym okoliczności zaszłych i przed wydaniem wyroku, ale odnosi się on tylko do tych, których nie mógł podnieść skutecznie pozwany mimo, że był zastąpiony; nie odnosi się zaś do wypadków, gdzie zastąpionym nie był, gdzie więc zaszła prekluzja. Dopuszczalność skargi opozycyjnej zachodzi, gdy fakt zaszedł po zamknięciu rozprawy a przed wydaniem wyroku, który zastrzegł sobie sąd wydać na piśmie (§ 415 p. c.), i tylko ten przypadek miała ustawa na oku dopuszczając skargę opo-

Mittel, wir setzen voraus, dass der Gegner eben durch seine Arglist es verhindert hat, die processrechtlichen Mittel in Anwendung zu bringen“ (str. 192), a na str. 191 powiada: „Diese zivilistischen Mittel dann statthaft sind, wenn nicht nur ein Restitutionsfall vorliegt, sondern auch der Gegner durch arglistige Massregeln es verhindert hat, dass die Restitutionsklage erhoben wird“.

zycyjną odnośnie do faktów zaszłych przed wydaniem wyroku.

d) W praktyce wnosi pozwany, który wskutek podstępного działania powoda nie stanął na terminie lub nie wniósł odpowiedzi na skargę i popadł skutkiem tego w zaoczność, skargę o odszkodowanie w gotówce lub o zwrot uzyskanych korzyści, a więc, gdy powód na podstawie wyroku uzyskał wpis prawa własności nieruchomości, o przeniesienie jej napowrót na pozwanego.

Skarga odszkodowawcza nie jest zdaniem naszym dopuszczalną ¹⁾. Wyrok zaoczny, który urasta w moc prawną, nadaje prawa, skutki jego mogą być uchylone tylko środkiem procesowym, droga zwykłego procesu nie może uchylić skutków niedokonanej czynności procesowej. Wyrok stwarza stan prawny i strona nie może żądać, by te ekonomiczne korzyści, jakie przeciwnik wskutek wyroku uzyskał, uchylono. Czyn karygodny przeciwnika nadaje prawo do obalenia skutków wyroku ale nie nadaje prawa do odebrania tego, co strona uzyskała. Jeżeli w ustawie są przewidziane środki, które dają możliwość ponownego zawiązania stosunku procesowego, to do osiągnięcia tego aktu tylko te środki są dopuszczalne, każdy inny środek uważać należy jako niedopuszczalny ²⁾.

Rezultatem jest więc, że oprócz skargi o wznowie nie i prośby restytucyjnej nie ma innego środka, aby uchylić skutki podstępного działania i uzyskanego wskutek tego wyroku zaocznego. Jeżeliby zatem termin do wniesienia prośby restytucyjnej minął bezskutecznie

¹⁾ Ponieważ skarga odszkodowawcza może być wniesioną dopiero wtedy, gdy pozwany poniósł szkodę, uchylenia zaś wyroku zaocznego żądać nie można, przeto wymogiem skargi byłaby zapłata do rąk powoda. Tego przecież przyjąć nie można; najpierw miałby pozwany płacić, a potem żądać zwrotu. Gdzie wierzytel uzyskał na podstawie zaocznego wyroku prawo zastawu, żąda pozwany od niego drogą skargi, by zezwolił na wykreślenie.

²⁾ Tak też Bursztyn l. c. str. 37 uw. 94.

albo też strona mimo jej wniesienia zezwolenia na ponowne dokonanie czynności uzyskać nie zdołała, niemożliwym jest w drodze skargi odszkodowawczej wystąpić z żądaniem uchylenia skutków wyroku zaocznego i nie można w tym procesie przeprowadzić dowodu na to, że żądanie, któremu wskutek zaoczności dano miejsce, jest niesłuszne¹⁾; pod tym względem uzyskał wyrok materalną prawomocność, która nie może być więcej obaloną. Stanowisko przeciwne dopuszcza do dochodzenia w przeciagu lat 30 skargą odszkodowawczą roszczenia na tej podstawie, że pretensya powoda była materalnie niesłuszną, a tem samem do wykazania, że w razie procesu kontradyktoryjnego nie zapadłby wyrok taki, jaki zapadł z powodu zaoczności²⁾.

1) W pewnym przypadku zaskarżył A. osobę B. o uznanie prawa własności gruntu i równocześnie z B. udał się do sądu W budynku sądowym zatrzymał się A. przed salą niewłaściwą, w sali, w której się toczył proces, zastępował go adwokat. B. widząc, że A. czeka przed inną salą, zjawił się tamże i czekał na wywołanie sprawy, rozumie się daremnie; tymczasem zapadł wyrok zaoczny na korzyść A. B. wniósł prośbę restytucyjną ta nie odniosła skutku. Także doniesienia karnego nie uwzględniono. Skargę cywilną B. przeciw A. o oddanie gruntu uwzględniono jednak we wszystkich instancjach (wyrok sądu obwod. w Kołomyi z dnia 26. maja 1905 l. cz. Cg. I 253/4 (15), sądu wyższego we Lwowie z dnia 4. października 1905 l. cz. Bc. IV 226/5 (2) i najw. tryb. z dnia 28. lutego 1906 l. 18433/5.).

2) By uzyskać wyrok zaoczny, wierzyciel posiadający pretensję wątpliwą wnosi skargę w czasie, gdy dłużnik wyjeżdża z miejsca swego pobytu. Ponieważ skarga nie może być pozwanemu doręczoną, następuje doręczenie zastępcze (§ 106 p. c.). O tem nie posiada pozwany żadnej wiadomości, wskutek czego powód osiąga wyrok zaoczny, który znów nie zostaje doręczony do rąk nieobecnego pozwanego; dopiero z okazji prowadzenia egzekucyi dowiaduje się pozwany o tem, że go zaskarżono i wyrok przeciw niemu uzyskano

Niektórzy przyjmują że pozwany może w przypadku omówionym wnieść skargę nieważności. Zapatrywanie to jest mylnie Doręczenie skargi odbyło się nieprawidłowo, pozwany wogóle nie był obecnym w miejscu, w którym stale mieszka, doręczenie zastępcze zaś tylko wtedy jest dopuszczalnem, gdy

§ 4.

Niemoralne wykonanie praw procesowych.

1) Możliwym jest, że strony nie używają formy procesu w celach nieprocesowych, że w procesie nie używają środków podstępnych, mimo to jednak albo samo prowadzenie procesu albo też dokonanie pewnych czynności należy uznać za niemoralne.

pozwany jest obecnym w miejscowości doręczenia, ale niema go w miejscu doręczenia, a więc z reguły w mieszkaniu. Jeżeli pozwany jest nieobecny, doręczenie jest niewłaściwe i dlatego sędzia nie powinien wydać wyroku, a jeżeli go wyda, to wyrok jest nieważny, odebrano bowiem pozwanemu możliwość rozprawiania się (§ 477 l. 4 p. c.). Pozwany może taki wyrok zacząć odwołaniem, jeżeli tego nie uczyni, wyrok staje się prawomocnym i egzekucya jest na podstawie takiego wyroku dopuszczalną. Jeżeliby jednak i wyroku nie doręczono należyście, a mimo to sąd na egzekucyę zezwolił, winien pozwany wnieść przeciw uchwale zezwalającej na egzekucyę rekurs i w nim sprawie doręczenia przedstawić, sąd rekursowy ma zarządzić badanie co do prawidłowości doręczenia i wedle wyniku orzec, czy doręczenie było należyte. Gdyby egzekucyi jeszcze nie zezwolono, może pozwany żądać doręczenia wyroku, ale na inną drogę wstąpić nie może, w szczególności nie może obalić wyroku drogą skargi nieważności. Po prawomocności można wyrok zacząć tylko z pewnych powodów, normy obowiązujące przed prawomocnością stają się o tyle dyspozytywnymi, że wyrok z powodu ich nieprzestrzegania zacząć więcej nie można. Powody nieważności wyroku, które i po prawomocności mogą być podniesione, muszą odpowiadać powodom odwołania w § 477 p. c. wymienionym, nie każdy jednak powód odwołania, który pociąga za sobą nieważność wyroku, jest i powodem skargi nieważności. Powody z ust. 1 i 2 § 529 p. c.; odpowiadają powodom z ust. 1 i 5 § 477 p. c.; nieprawidłowe doręczenie i niemożność obrony jest wprawdzie powodem odwołania z ust. 4 § 477 p. c., nie jest jednak powodem skargi nieważności. Skarga nieważności odnosi się tylko do przypadku, gdzie w procesie działano, gdzie jednak występowała osoba nieuprawniona, nie odnosi się zaś do przypadku, gdzie wogóle nie działano, wobec czego wyrok na nieprawidłowym doręczeniu opartego skargą nieważności zacząć nie można. Podnieść także należy, że skarga nieważności tam tylko może być wniesioną, gdzie wyrok jest prawomocny, jeżeli doręczenie wyroku

O niemoralności wdrożenia procesu nie można mówić w tych wypadkach, gdzie sam stosunek prawny jest niemoralny lub gdzie wykonywanie prawa uważa się za niemoralne, tu bowiem tkwi niemoralność poza procesem, proces jest więc tylko konsekwencją aktów niemoralnych. Mimo, że ani umowa, ani też wykonanie prawa nie jest niemoralne, może być li tylko prowadzenie procesu niemoralne.

Niemoralnem jest prowadzenie procesu wtedy, gdy ktoś dochodzi pretensyi nieprzedstawiającej dla niego żadnej wartości, tak jeżeli ktoś skarży pretensyę kilka

jest nieprawidłowe, nie mógł on urosć w moc prawa i dlatego skarga nieważności nie jest dopuszczalną. (Tak przyjmuje uchwała sądu krajowego we Lwowie z dnia 5. kwietnia 1907 l. cz. Bc. V 154/7 (2) znosząca postępowanie i odrzucająca skargę nieważności, inaczej uchwała najwyższego trybunału z dnia 22. maja 1907 l. 6977, który uważa skargę nieważności jako dopuszczalną i tam gdzie strona nie była zastąpioną z powodu wadliwego doręczenia).

Uzyskanie wyroku zaocznego wskutek nieprawidłowego doręczenia skargi jest sposobem od wieków przez wierzycieli praktykowanym. W obecnem prawie francuskiem istnieją osobne postanowienia, mające na celu zapobiedz takim manewrom wierzycieli (Por. Kohler, *Processrechtliche Forschungen* 1889 str. 27—29).

Jak z jednej strony stara się powód o to, aby pozwanemu doręczono w sposób zastępczy skargę i by w ten sposób uzyskać wyrok zaoczny, tak z drugiej strony uchyla się często pozwany od doręczenia skargi. W szczególności dzieje się to tam, gdzie doręczenie ma przerwać zadawnienie, a więc w sprawach wekslowych; dłużnik przeczuwając, że skarga ma być doręczona, ukrywa się lub wyjeżdża. (Praktyka przyjmuje, że ustanowienie kuratora dla doręczenia nieobecnemu dłużnikowi skargi wekslowej jest dopuszczalne (Grünhut, *Wechselrecht* 1897 T. II str. 551 Nr. 2), zdaniem naszym przemawia za tem przepis § 276 ust. cyw. Od doręczenia uchyla się także często najemca; awizacya ma być w wypadkach § 560 l. 1 i 2 (nie 3) p. c. nie tylko wniesioną, lecz i doręczoną (§ 563 p. c.), aby była skuteczną. Aby dłużej pozostać przy najmie, ukrywa się awizat i w ten sposób udaremnia doręczenie awizacyi, wskutek czego najmu nie można w czasie zamierzonym rozwiązać.

halerzy wynoszącą. Podstawa prawna roszczenia może być moralną, upomnienie się o wzrost nie jest niemoralnem, dochodzenie jednak w drodze sądowej może być w wysokim stopniu nieetyczne, zwłaszcza, gdy idzie tylko o spowodowanie przeciwnikowi kosztów lub narażenie go na pośmiewisko.

Takie wypadki nie są rzadkie. Zdarza się, że pozwany po zaskarzeniu kwoty przesyła całą należność powodowi wraz z kosztami, jakieby sąd musiał przyznać, myli się o kilka halerzy, powód zaś popiera proces, ograniczając żądanie skargi do kwoty kilkumahlerzowej. Zaszły wypadki, że wierzyciel prosił o zezwolenie egzekucyi dla zaspokojenia resztującej kwoty 5 halerzy, a raz zaskarżył nawet adwokat klienta o zapłatę kwoty 35 halerzy, którą uiścił tytułem należności za doręczenie. We wszystkich tych wypadkach utrata kwoty, dla której prowadzono proces, nie mogła przypisać o szkodę i dlatego popieranie sprawy potępić należy.

Interes ekonomiczny uwzględnia ustawodawstwo o tyle, że w wypadkach, w których przedmiot przedstawia nieznaczną wartość, postępowanie jest uproszczone, a ochrona ograniczoną.

Z tej zasady wychodził ustawodawca, przekazując sądom kolegialnemu sprawy, w których przedmiot sporu ma wartość większą, sprawy zaś o wartości niższej jednemu tylko sędziemu; z tej też zasady wychodząc uprościł w sprawach bagatelarnych postępowanie I. instancyi, a w wyższej ograniczył je do instancyi drugiej, przyczem dopuścił zaczepienie wyroku sądowego li tylko z kilku powodów nieważności (§§ 501, 502 ust. 2, 517 p. c.). Z tych samych względów ograniczoną była w procesie powszechnym apelacya do spraw, w których wartość przedmiotu sporu przewyższała pewną kwotę, niedopuszczalną zaś była w sprawach mniejszej wartości.

Interes ekonomiczny uwzględnia się także o tyle, że tam, gdzie kroki sądowe nie prowadzą do celu, uznaje

się je za niedopuszczalne. Już nowela egzekucyjna z d. 10. czerwca 1887 stanowiła, że nie należy przeprowadzić sprzedaży ruchomości, jeżeli ta nie doprowadzi do pokrycia kosztów egzekucyi, a ordynacya egzekucyjna rozszerzyła ten przepis i stanowi w ustępie 8 § 39, że każda egzekucya, a więc nie tylko mobilarna, ma być zastanowioną, jeżeli nie należy się spodziewać, że z kontynuowania lub przeprowadzenia jej uzyska się kwotę przewyższającą kosztą egzekucyi. Wierzyciel, który nie może osiągnąć korzyści z kroków egzekucyjnych, nie powinien ich prowadzić, nękanie dłużnika nie jest celem postępowania sądowego.

Interes ekonomiczny, jaki przedmiot przedstawia dla powoda, powinien rozstrzygać i dlatego zaskarżenie kwot niskich nie powinno być dopuszczalne ¹⁾). Nie sama wysokość kwoty powinna jednak rozstrzygać, ale także wartość jej dla powoda; czasem niska kwota jest nader doniosłą dla skarżącego. Gdzie przedsiębiorca zakładu publicznego pobiera kwotę niską, dochód jego składa się z kwot niskich, skarga więc o taką kwotę nie jest niemoralną. Kto przewoźnikowi nie chce płacić kilku halerzy, które on pobiera, musi się narazić na proces, z tych kilku halerzy składa się dochód przewoźnika. Ten przewoźnik chce czasem dla zasady proces przeprowadzić, aby mieć rozstrzygniętą kwestyę, czy może pobierać pewną kwotę, tu proces jest dla niego interesem żywotnym. Tak samo skargę trafikanta o zapłatę ceny kupna za cygaro należy uznać za całkiem należytą. Inaczej jednak ma się rzecz, gdy ktoś skarży o zapłatę niskiej kwoty wypożyczonej drugiemu, lub o zwrot cygareta. Za dopuszczalnością tego rodzaju skargi oświadczy się chyba tylko ten, kto dopatruje się naruszenia godności człowieka w każdym wypadku, w którym nastąpi naruszenie prawa. Za tą bezwzględną

¹⁾ Pomiedzy ludnością spotykamy często zdanie, że można skarżyć tylko kwotę przewyższającą jedną koronę.

walką o prawo nie możemy się oświadczyć¹⁾, prawo nie jest żadną kategorią logiczną, prawo majątkowe ma normować stosunki ekonomiczne, a ochrona tylko tam powinna być dopuszczalna, gdzie jest potrzebą dla utrzymania równowagi gospodarczej.

Wychodząc z tego, że interes ekonomiczny powinien rozstrzygać o tem, czy proces ma być dopuszczalny, nie chcemy nakładać na powoda obowiązku podawania motywów, dla których ze skargą występuje. Żądamy, by tam, gdzie aż nadto widoczne, że powód nie ma interesu w prowadzeniu procesu, ochrona była odmówiona. Widocznem to jest tam, gdzie idzie o kwotę niską. Gdzie, jak to miało miejsce, skarży ktoś o zwrot częściowej ceny jazdy koleją z powodu, że nie znalazł miejsca do siedzenia i musiał stać na korytarzu, gdzie ktoś skarży o zwrot ceny za bilet teatralny kupiony na przedstawienie, które przerwano z powodu demonstracyi, ten albo urządza sobie zabawę, albo też z uporu prowadzi proces, a ani do jednego ani do drugiego nie powinno się przyczyniać państwo (*minima non curat praetor*).

De lege ferenda oświadczaemy się więc za tem, by prowadzenie procesu w każdym wypadku, w którym ono nie ma na celu zaspokojenie interesu ekonomicznego strony, było niedopuszczalne.

I obowiązujące prawo zezwala na to, aby sędzia odmówił pomocy w sprawach zbyt drobnych, zezwala na to, aby sędzia odmówił powodowi kosztów postępowania. Słusznie też sędziowie w sprawach niskich odmawiają kosztów, chociaż motywa są błędne. Jeżeli proces lub egzekucya są dopuszczalne, to koszta są potrzebne do prowadzenia procesu i nie można się dlatego powołać, jak to czynią niektórzy sędziowie, na przepis § 41 p. c., wedle którego potrzebne do popierania procesu koszta mają być zwrócone. Iść należy dalej, samo wdrożenie postępowania jest niedopuszczalne, jest ono

¹⁾ Inaczej Ihering, *Der Kampf ums Recht* 8. wyd. 1886 str. 15 i n., zwłaszcza str. 20 i n.

niemoralne, a co niemoralne, nie ma być dochodzone. To wynika z naturalnych zasad prawa, które nie muszą być wyrażone w ustawie, które jednak sędzia zawsze stosować winien. Nie potrzeba więc aż wyraźnego przepisu ustawy, który stanowi, że niemoralne dochodzenie prawa jest niedopuszczalne, by sędzia mógł o tem orzec, nie potrzeba też przepisu, że tam, gdzie prowadzenie procesu jest niemoralne, sędzia powinien swej pomocy odmówić, to wszystko wynika z natury rzeczy¹⁾.

2) Niemoralnem może być nie tylko wdrożenie procesu, lecz jego dalsze popieranie. Jeżeli pozwany zaspokoił wierzyciela po wniesieniu skargi, prowadzenie dalsze procesu jest zbędne, powód jednak nie ma obowiązku zrzeczenia się postępowania, może żądać dalszego popierania. Gdyby powód obstawał przy prowadzeniu sporu, to jest to w wysokim stopniu niemoralne, o ile tylko na spowodowanie kosztów jest obliczone. Jeżeli np. pozwany po wniesieniu skargi zaspokoił pretensyę powoda i pokrył kosztą, wierzyciel nie ma obowiązku odstąpić od skargi, nie ma też obowiązku nie jawić się na pierwszej audyencji, co więcej zjawienie się na niej jest jego obowiązkiem, musi bowiem zapobiedz temu, by pozwany uzyskał wyrok zaoczny. Pozwany winien kosztą pierwszej audyencji pokryć, ale na tem powinna sprawa być załatwioną. Jeżeli pozwany nie wniesie odpowiedzi na skargę, powód nie powinien żądać wyznaczenia rozprawy kontradyktoryjnej po myśli § 398 p. c., powód nie ma w tem interesu żadnego, jego pretensya jest zaspokojoną w zupełności. W takim wypadku prowadzenie dalszego procesu byłoby niemo-

¹⁾ Nowsze ustawodawstwo występuje przeciw niemoralnemu wykonywaniu prawa, tak kodeks niemiecki cywilny w § 226 i 426, § 152 proj. noweli do kodeksu cyw. austr. Za tym przepisem oświadczył się Mittels, *Der Entwurf einer Novelle zum allg. bürgerl. Gesetzbuch* 1908 str. 21, Krasnopolski, *Die Aenderung und Ergänzung einiger Bestimmungen der allg. bürgerl. Gesetzbuches* 1908 str. 26, przeciw niemu Till, *Der Entwurf etc.* str. 31. (O pojęciu moralności por. Lotmar, *der unmoralische Vertrag* 1896 str. 82 i n.).

ralnem i tylko na spowodowanie pozwanemu kosztów obliczonem, koszta zaś takie nie służą dla celów ochrony prawa i dlatego nie mają być przyznane powodowi.

Podobnie ma się rzecz tam, gdzie zaspokojono wierzyciela w toku postępowania egzekucyjnego. Wierzyciel ma obowiązek postawić wniosek na zastanowienie egzekucyi, odpowiada on bowiem za szkodę, jaka dla egzekuta może powstać, koszta zatem połączone z postawieniem wniosku na zastanowienie egzekucyi mają być wierzycielowi zwrócone. Jeżeli jednak dalszej egzekucyi nie prowadzi się z urzędu i z powodu zaniechania zastanowienia egzekucyi żadna nie grozi szkoda wierzycielowi, nie powinien on narażać egzekuta na szkodę. Tak gdy uzyskano prawo zastawu, a nie proszono o sprzedaż ruchomości, po zaspokojeniu niema niebezpieczeństwa dla egzekuta, wniosek jest więc zbędny, po upływie roku gaśnie prawo zastawu i dlatego narażenie dłużnika na koszta nie powinno nastąpić. Jeżeli więc popieranie procesu jest niepotrzebne, a mimo to następuje, koszta dalszych kroków sądowych nie mają być przyznane.

3) Niemoralnym może być pewien akt procesowy, dokonany na podstawie uprawnienia, może być niemoralny z powodu, że go dokonano w czasie nieodpowiednim lub w sposób nieodpowiedni.

a) Powszechnie znanem jest, że żydzi niechętnie składają przysięgę w sądzie, to też często jedna ze stron powołuje krewnych przeciwnika na świadka, tak żonę lub dzieci. Powołanie tych osób na świadków ma na celu zniewolenie przeciwnika do zawarcia ugody lub odstąpienia od skargi¹⁾. Zwłaszcza za czasów dawniej-

¹⁾ W pewnym procesie, toczącym się za dawnej procedury, powołał pozwany obcą kobietę na świadka. By nie świadczyć odkupiła ona pretensję i wykazała się jako cesyonaryuszka, wskutek czego stała się stroną, zaczęła też żądać zwolnienia od obowiązku składania świadectwa. Sąd przychylił się do żądania, uważając cesyonaryuszkę na stronę, a więc za osobę, która nie może być świadkiem. Obecnie wobec przepisu § 234 p. c.

szego postępowania, które nie znało uchylenia się od świadectwa, powszechnie praktykowano powoływanie krewnych na świadków. Obecnie niezawsze się udaje powołanie krewnego na świadka, procedura cywilna dopuszcza do uchylenia się od świadectwa i dlatego cel zostaje chybiony. Przez powołanie krewnego na świadka można tylko to osiągnąć, że ten krewny musi się zjawić w sądzie, ale i od tego może się uchylić, § 323 p. c. zezwala bowiem świadkowi, aby przed rozprawą wniósł do sądu prośbę o uwolnienie od obowiązku składania świadectwa ¹⁾).

Niemoralne ofiarowanie środka dowodowego zachodzi, gdy strona zdąży przez nie do denuncyacji drugiej. Często w procesie o zapłatę czynszu najmu zarzuca najemca, że czynsz z góry zapłacił za pewien przeciąg czasu, przyczem podaje, iż umówiony miesięczny czynsz wynosił pewną kwotę, on zaś płacił zawsze więcej, by już z góry raty późniejsze pokryć. Na dowód powołuje się najemca na fasyę podatku domowo-czynszowego, w której wysokość czynszu opłaconego jest podana. Rozumie się,

nabycie pretensyi w toku sporu nie nadaje charakteru strony, cesyonaryusz może być nadal świadkiem.

¹⁾ Proc. cyw. zezwala świadkowi na odmówienie zeznań na poszczególne pytania, a nie zeznań wogóle (§ 321 p. c.), wobec czego świadka należałoby w każdym razie najpierw zaprzysiąc (§ 337 p. c.), dopiero po zaprzysiężeniu może świadek odmówić odpowiedzi na poszczególne pytania, o czym się go uwiadamia bez podania pytań poszczególnych (§ 339 p. c.). Ustęp 3 § 337 p. c. stanowi jednak, że jeżeli świadek nie uchyli się od odpowiedzi na pytania, co do których miałby prawo odmówienia zeznania, może sąd zastrzedz sobie rozstrzygnięcie o zaprzysiężeniu aż do przeprowadzenia przesłuchania, z czego wynika, że najpierw należy zadać pytania, a potem dopiero, gdy świadek oświadczy, iż się od zeznania nie uchyli, można go zaprzysiąc. Powstaje jednak ta trudność, że po odpowiedzi na pewne pytania mogą powstać i inne, któreby spowodowały sąd do odłożenia postanowienia o zaprzysiężeniu, wskazanem jest więc, gdy idzie o świadka, który może się uchylić, zarządzić najpierw wypytanie po myśli § 337 p. c. jeszcze przed przesłuchaniem.

że czynsz umówiony jest wyższy, a mianowicie wynosi kwotę w rzeczywistości przez najemcę uiszczoną, właściciel zgłosił władzy podatkowej kwotę niższą i to chce podać do wiadomości władzy najemca. Dowodów z fasyi przez najemcę ofiarowanych nie należy dopuścić, są one obojętne ¹⁾).

b) Strona może uwolnić świadka od obowiązku składania przysięgi ²⁾), jest to pozostawione woli strony, obowiązku do tego nie ma. Zająć mogą jednak wypadki, że odmowa uwolnienia świadka od złożenia przysięgi może być aktem niemoralnym. Wiadomo, że Żydzi nie składają przysięgi w pewnym okresie roku, że Żydówka brzemienna odmawia złożenia przysięgi. Jeżeliby więc jedna ze stron nie poszanowała tego zwyczaju lub choćby powszechnego przesądu, nie postępuje moralnie, strona nie powinna naruszać poglądów świadka, czyto przeciwnika.

W wypadkach, w których świadek nie chce składać przysięgi z powołaniem się na poglądy religijne, sędzia może świadka słuchać bez przysięgi, może jednak także odroczyć rozprawę aż do czasu, kiedy przeszkoda ustaje ³⁾).

¹⁾ W procesach o odszkodowanie z powodu wypadku zarzuca często pozwany, iż policzona przez powoda tytułem utraty zarobku kwota jest wygórowana, a na dowód powołuje się na fasyę powoda co do podatku osobisto-dochodowego. Tego rodzaju zarzutów nie powinno się popierać, fasya podatkowa nie jest dowodem na wysokość dochodu, strona możliwie popełniła defraudacyę podatkową, z tego nie należy korzystać, a sądy nie powinny dopuszczać do stwarzania przymusowej sytuacji dla strony.

²⁾ Co jednak sędziego nie wiąże, może on mimo to przysięgę odebrać (§ 336 u. 2 p. c.).

³⁾ Kobieta ciężarna nie może być świadkiem u ludów zamieszkających na archipelagu malajskim; w Oldenburgu panuje zdanie, że kobieta ciężarna nie powinna przysięgać w sądzie (Ploss *Das Weib in der Natur und Völkerkunde*, 3. wyd., I. 1891 str. 508). Zwyczaj ten tłumaczą tem, że właściwości pewne przechodzą na dziecię, gdyby kobieta złożyła przysięgę, dziecię miałoby dużo do czynienia ze sądami. (Por.

c) Na podstawie dwóch równobrzmiących wyroków egzekucya może być prowadzoną przed załatwieniem rewizyi (§ 505 ost. zd. p. c.). Takie prowadzenie egzekucyi może być niemoralne, zwłaszcza, gdy kwestya prawna jest wątpliwą. Tak np. kwestya czy zobowiązany do złożenia rachunków ma je zaprzysiądz, jest wątpliwą i rozmaicie rozstrzyganą, jeżeliby sąd w procesie orzekł w dwóch instancjach po myśli żądania na zaprzysiężenie zobowiązanego, a wierzyciel żądał zaprzysiężenia przed wyczekiwaniem orzeczenia najw. trybunału żądanie byłoby na wskrós niemoralnem. Możliwem jest, że na skutek egzekucyi zobowiązany złoży przysięgę, następnie zaś okaże się, że do tego niemiał obowiązku, najw. trybunał może bowiem orzec, że przysięgi na rachunki wykonać nie potrzeba ¹⁾).

Kraus, Sitte und Brauch der Südslaven 1885 str. 534 i n., który podnosi, jak u Słowian południowych kobieta ciężarna musi się wystrzegać zajęć lub pokarmów, aby dziecię nie miało pewnych właściwości). U żydów brak postanowienia prawnego, któreby zakazywało przysięgi kobiecie brzemiennej, natomiast wedle zdania rabinów mogła kobieta brzemienna odmówić złożenia przysięgi tak, że jej do tego zmusić nie można (Por. Wessely, Kann eine jüdische Frau während ihrer Schwangerschaft nach Grundsätzen des jüdischen Kirchenrechtes zur Ablegung eines Eides zugelassen und im Weigerungsfalle dazur gehalten werden? w Themis 1837 str. 107 i n.). Najwyższa władza sprawiedliwości w Austrii (Oberste Justizstelle) wystosowała w r. 1836 do rabinów i władz krajowych zapytanie, czy można dopuścić kobietę brzemienną do przysięgi, większość oświadczyła się przeciw dopuszczeniu (Wolf, Geschichte der Juden in Wien 1876 str. 145 uw. 1).

W pewnym wypadku sąd krajowy jako handlowy we Lwowie uznał za nieuzasadnione odmówienie przysięgi przez kobietę ciężarną, którą jako stronę miano słuchać; w toku postępowania odwoławczego kobieta już po rozwiązaniu oświadczyła gotowość zeznawania, czego jednak mimo przepisu § 489 ust. 3 p. c. nie uwzględniono, dopiero najw. trybunał orzec. z dnia 18. październ. 1906 l. 10132 (akta I instancji Cw IV 323/6, drugiej inst. Bc I 84/6) uznał odmowę za usprawiedliwioną i polecił przesłuchanie kobiety.

¹⁾ Z drugiej strony mimo, że po dwu równobrzmiących wyrokach dopełnienie świadczenia winno nastąpić, skarb państwa

d) Wierzyciel może przez zaskarżenie narazić przeciwnika na niepotrzebne koszta.

a) Kilku pretensyi przeciw temu samemu dłużnikowi można dochodzić jedną skargą (§ 227 p. c.), tak samo można dochodzić i pretensyi przeciw więcej dłużnikom jedną skargą (§ 11 l. 1 i 2 p. c.). Często wierzyciel, by narazić przeciwnika na koszta, wnosi przeciw temu samemu dłużnikowi kilka skarg i każdą dochodzi z osobna pretensyi innej, często wierzyciel, który ma do żądania pretensyę przeciw kilkudziesięciu osobom, skarży każdą z osobna (takie wypadki zdarzają się w procesach wytaczanych przez przedsiębiorcę wiertniczego przeciw spółkom kopalnianym).

Wierzyciel skarżąc każdą pretensyę lub każdego dłużnika z osobna, wykonuje tylko swoje prawo, nie ma bowiem obowiązku zaskarżenia wszystkich pretensyi lub wszystkich dłużników jedną skargą. Jakkolwiek jednak wierzyciel korzysta ze swego prawa, nie można uważać kosztów przez niego spowodowanych jako do dochodzenia prawa potrzebnych i dlatego należy mu przyznać tylko takie koszta, jakieby powstały w razie, gdyby jedną wniósł skargę. Postępowania wierzyciela obliczonego na wyrządzenie przeciwnikowi szkody nie należy popierać¹⁾.

nie czyni zadość obowiązkowi swemu, korzystając z praktyki, że egzekucya przeciw państwu jest niedopuszczalna (p. Spr. Rep. Nr. 173). Za dopuszczalnością egzekucyi przeciw państwu Pollak, *Exekution civilgerichtlicher Befehle gegen den Staat* w *Grünhuta Zeitschrift* t. 30 str. 371—396; z tego, że istnieją przepisy kasowe, które wymagają asygnacyi dla kasyera, by wypłatę dokonano, nie wynika niedopuszczalność egzekucyi, te przepisy normują tylko stosunek poszczególnych organów do siebie, a nie do publiczności, wyrok sądowy zastępuje przekaz (str. 388), wobec czego egzekucya jest dopuszczalna i na pieniądze i na nieruchomości (str. 393 i n.).

¹⁾ Wierzyciel może tam, gdzie zaskarżenie jednej osoby procesowej wystarcza, zaskarżyć i inne razem z nią, tak obok jawnej spółki i spółników jawnych. Takie zaskarżenie jest dopuszczalne, jakkolwiek wyrok przeciw spółce jest u nas wykonałny i przeciw spółnikom (§ 11 o. e.), przez zaskarżenie

β) Niepotrzebnie wywołuje proces pozwany, który podnosi w procesie zarzut kompensaty, a następnie wnosi skargę wzajemną mimo, że wysokość pretensyi wzajemnej nie przewyższa pretensyi przeciw niemu zaskarżonej. Ponieważ obecnie po myśli § 391 ust. 3 p. c. sąd musi rozpatrywać kwestyę, czy pretensya wzajemna nadaje się do kompensaty, a więc i kwestyę należności, przeto wniesienie skargi wzajemnej jest z reguły zbędne. Czasem jest skarga wzajemna konieczną, w szczególności gdy pozwany nie uznaje pretensyi zaskarżonej i ewentualnie podnosi do kompensaty pretensyę. Jeżeli sąd odmówi żądaniu skargi, wówczas co do pretensyi wzajemnej nie ma prowadzić dalej procesu, wyrok w tym wypadku jest końcowym, to też skarga wzajemna konieczną²⁾).

W przypadku, gdzie pozwany uznaje pretensyę zaskarżoną, ale podnosi do kompensaty pretensyę, jest wniesienie skargi wzajemnej dopuszczalne, podniesienie pretensyi do kompensaty nie powoduje jeszcze zawisłości sporu, zarzut kompensaty stoi na równi z innym zarzutem, jak np. zarzutem zapłaty³⁾, to też można przedstawić do kompensaty pretensyę, co do której sąd, gdyby o niej miał orzekać, nie byłby właściwym, a więc w trybunale pretensyę niżej 1.000 kor. lub nawet pretensyę do dochodzenia w drodze prawa się nie nadająca. Pod-

daje wierzyciel spółnikowi możność obrony, którejby nie miał, gdy tylko spółkę zaskarżono i tę zastępował tylko spółnik do zastępstwa uprawniony. Zaskarżenie spółników jest dla wierzyciela wskazane, by nie spotkać się później z zarzutem pięcioletniego przedawnienia z art. 146 u. h., takiego zarzutu nie może podnieść spółnik po wystąpieniu, jeżeli istnieje już przeciw niemu wyrok, w tym wypadku zachodzi 30 letnie przedawnienie. W Niemczech jest sporne, czy obok spółki można i spółników zaskarżyć, tam jednak proces przeciw spółce nie jest procesem spółników. Jeżeli u nas zaskarżono spółników obok spółki, wierzyciel może żądać wyższych kosztów spowodowanych uczestnictwem sporu.

²⁾ Schrutka l. c. str. 29. Inaczej Klein, Vorles. str. 215.

³⁾ Schrutka l. c. str. 20 i n.

niesienie do kompensaty nie jest dochodzeniem pretensyi wzajemnej, jest tylko skierowane na to, aby pretensyę zaskarżoną uznano za umorzoną, nie ma zresztą żadnych skutków procesualnych zaskarżenia pretensyi. Roszczenie ochronne dochodzone przez podniesienie pretensyi do kompensaty ma jedynie na celu jej przeprowadzenie, a nie zapłatę, roszczenie zaś skargą wzajemną dochodzone jest skierowane na zapłatę ¹⁾.

Co ma jednak nastąpić, gdy i do kompensaty podniesiono pretensyę i zarazem ją zaskarżono? Sędzia może orzeczenie co do kompensaty wstrzymać aż do rozstrzygnięcia procesu o zapłatę, w tym wypadku po zasądzeniu powoda z procesu pierwszego na zapłatę pretensyi otwiera się postępowanie i orzeka kompensatę, a więc, że roszczenie zgasło wskutek kompensaty. Sąd może jednak bez względu na proces wzajemny prowadzić pierwszy proces dalej i orzec, że wskutek kompensaty pretensya zgasła. Orzeczenie to ma tylko do wysokości pretensyi zaskarżonej moc prawomocności (§ 441 p. c.), proces wzajemny ma być więc dalej prowadzony. Żądaniu należy jednak odmówić, jeżeli poprzód orzeczono kompensatę i o ile ją orzeczono.

W procesie pozwanego o zapłatę kwoty do kompensaty przeciwstawionej nie należy mu przyznać kosztów, nie są one bowiem do dochodzenia pretensyi potrzebne.

4) Z wyroku lub innego tytułu egzekucyjnego może korzystać strona w celu dokuczenia przeciwnikowi lub w celu ośmieszenia jego działalności ²⁾.

¹⁾ Klein, Vorles. str. 217; Truttermann, Oest. Civilpr. str. 481; Pollak, System des öst. Civilpr. 375, są zdania, że podniesienie zarzutu kompensaty powoduje zawisłość sprawy i to z chwilą podniesienia jej przy rozprawie ustnej (§ 232 ust. 2 p. c.).

²⁾ Jak się korzysta z pewnej instytucyi w celach z nią nie wspólnych nie mających, na to wskazuje historia powstania § 3 ust. z dn. 16. marca 1884 Nr 35 dz. u. p., którym wprowadzono przysięgę manifestacyjną. Wierzyciel, który nie mógł zająć niczego u dłużnika, wniósł prośbę o otwarcie konkursu

Do tej kategorii wykonywania prawa należy prowadzenie egzekucyi podczas wesela lub występu aktora w teatrze, dalej zajęcie pretensyi narzeczonego do narzeczonej celem zaspokojenia alimentów. W ostatnim wypadku zmyśla się istnienie pretensyi, gdy zaś sąd zezwala na egzekucyę nie badając, czy przedmiot istnieje, cel zostaje osiągnięty.

By narazić dłużnika, który był agentem i rozmaite firmy zastępował, wierzyciel zajął pretensye wrzeczko mu do rozmaitych fabrykantów przysługujące z tytułu prowizyi. Pretensye te nie istniały, o czym dobrze wierzyciel wiedział, a celem egzekucyi było tylko wyrządzenie dłużnikowi szkody przez wykazanie fabrykantom, iż posiada długi¹⁾.

W wypadkach, w których wierzyciel prosi o zajęcie pretensyi nieprzysługującej i w których jest wiadoczne, że egzekucya jest obliczona na szykanę, sąd powinien jej odmówić. Po zezwoleniu byłoby dopuszczalne zastanowienie egzekucyi, gdyby było wykazane, że pretensya nie istnieje, to jednak ma być dopiero badane w procesie wierzyciela przeciw trzeciemu, nie zaś

po myśli § 63 ust. konk. li tylko w tym celu, aby go zniewolono do złożenia przysięgi po myśli §§ 66, 96 i 97 ust. konk., celem postępowania było więc nie otwarcie konkursu, lecz manifestacya. (Por. Schwarz, Das oest. Concursrecht 1896 T. II. str. 64 i 65 Nr. 4). I obecnie, mimo, że istnieje przysięga manifestacyjna, wnosi się prośbę o otwarcie konkursu mimo, że powszechnie jest wiadomem, iż dłużnik nie posiada majątku. Celem prośby jest zniewolenie dłużnika do zapłaty lub ugody, w razie odmowy prośbie konkursowej musi być prokuratora państwa zawiadomioną, ta wdraża przeciw dłużnikowi postępowanie o krydę, podanie ma na celu wywarcie presyi na dłużniku, który wprowadznie na konkurs nie jest narażony, ale pozostaje pod grozą postępowania karnego.

¹⁾ Podczas walk koalicyi ze rządem hr. Fejervarego na Węgrzech zajęli wierzyciele pewnej osoby, która brała udział w instalacyi nadzupana prowizyę, jaka za tę czynność przyrzeczoną została przez ministra i nadzupana. Rozumie się, że egzekucya miała tylko na celu poniżenie dłużnika. (Por. „Neue Freie Presse“ z dnia 7. lutego 1906 Nr. 14.892).

w postępowaniu egzekucyjnym, z tego powodu § 39 o. e. nie wymienia braku pretensyi jako powód zastanowienia egzekucyi.

Dłużnik przez prowadzenie egzekucyi jest jednak na szkodę narażony. Szkoda ta możliwie jest niematerialną, dłużnik nie może wykazać szkody materialnej. Ustawa nasza stoi na stanowisku zasadniczem, że szkoda niematerialna ma być wynagrodzona, a wynika to ze słów w § 1323 u. c. użytych. „Tilgung der verursachten Beleidigung“¹⁾. Wyrządzający szkodę miałby przywrócić do pierwotnego stanu sprawę, miałby więc być zasądzony na odwołanie egzekucyi względnie na postawienie wniosku na jej zastanowienie. Do dokonania czynności procesowej nikt jednak nie może być zniewolony, nie można więc wierzyciela zniewolić do tego, by postawił wniosek na zastanowienie egzekucyi. Gdzie egzekucya jest niedopuszczalną bądź dlatego, że niema wymogów ochrony, lub też wymogów procesowych (a więc przedmiot nie podlega zajęciu), sąd ma zastanowić egzekucyę bądź z urzędu, bądź na wniosek (lub żądanie skargą dochodzone), ale w tym wypadku sąd sam zmienia stan prawny, a nie strony, chociaż od nich wychodzi inicjatywa. I wierzyciel może postawić wniosek na zastanowienie egzekucyi, ale czyni to dobrowolnie, zmusić go do tego nie można.

Czy jednak wierzyciel, który w celu szykany prowadzi egzekucyę nieuzasadnioną, nie odpowiada dłużnikowi? Jeżeli egzekucya dla zabezpieczenia jest nieuzasadnioną odpowiada wierzyciel za szkodę (§ 376 o. e.), jeżeli tymczasowe zarządzenie okazuje się bezpodstawnem

¹⁾ Pfaff w Drei Gutachten etc. str. 141 i n., zwraca uwagę na to, że wedle zdania redaktorów tam, gdzie szkoda nie była materialną, należy odszkodowanie przyznać nie w pieniądzu, lecz należy uszkodziciela zniewolić do odwrócenia skutków działania w inny sposób, jak przez oświadczenie, odwołanie, przeproszenie (str. 19 i 20). Por. Pavliček, Über die Haftung für den unverschuldeten Schaden 1907 str. 73 i n.

ma wnioskodawca szkodę wynagrodzić (§ 394 o. e.)¹⁾, ustawa wypowiada więc zasadę, że odszkodowanie ma być płacone za prowadzenie bezpodstawnej egzekucyi. I w naszym wypadku należy przyznać dłużnikowi odszkodowanie, wierzyciel działał dołose, jeżeli zajął pretenzje nieistniejące li tylko w tym celu, aby dłużnika swego oczernić przed osobami, z którymi pozostaje w stosunkach. Ponieważ często nie da się wysokość szkody stwierdzić, należy stosować przepis § 273 p. c.

¹⁾ Rintelen, Die einstw. Verfügung 1905 str. 67 i n., dochodzi do wniosku, że wierzyciel, chociaż nawet optima fide użył tymczasowe zarządzenie, winien pełną szkodę wynagrodzić, jeżeli zarządzenie następnie uchylono (dla prawa dawnego Pfaff l. c. str. 21 i n.).



SPIS RZECZY.

Wstęp	str. 3
-----------------	-----------

Część pierwsza.

Proces symulowany.

§ 1. Pojęcie i rodzaje procesu symulowanego	6
§ 2. Proces pozorny a symulowany	19
§ 3. Niedopuszczalność procesu symulowanego	31
§ 4. Uchylenie skutków symulowanego procesu	42
A) Symulacja w toku postępowania pierwszej instancyi	44
a) Symulacja skargi	44
b) Symulacja zaszła w toku procesu	55
B) Symulacja w toku instancyi wyższej	64
a) Badanie symulacyi postępowania pierwszej instancyi w instancyach wyższych	65
b) Symulacja postępowania odwoławczego	69
c) Symulacja postępowania rewizyjnego	75
C) Po ukończeniu procesu	75
D) Zarzut sprawy osądzonej i wiszącej wobec symulacyi	108
a) Osądzenie sprawy	108
b) Litispendencya i symulacja sporu	111
E) Symulacja w toku postępowania egzekucyjnego	114
F) Po zaspokojeniu roszczenia	119
G) Wydatki połączone z prowadzeniem procesu symulowanego	120
§ 5 Zaoczność, przyznanie i ugoda sądowa na usługach symulacyi	122

	str.
A) Zaoczność	123
a) Zwykłe wypadki zaoczności	123
b) T. z antycypatywna kontumacya	132
B) Przyznanie i uznanie	136
a) Przyznanie	136
b) Uznanie	139
C) Uгода sądowa	144
§ 6. Symulacja zapomocą postępowania polubownego	149
A) Symulacja kompromisu i wyroku sądu polubownego	149
B) Symulacja kompromisu w celu osiągnięcia korzyści procesowych	161
§ 7. Wpływ procesu symulowanego na prawa i obowiązki osób trzecich	162
A) Na prawa osób, które w procesie działały	162
B) Wobec osób, które nie brały udziału w procesie	164
a) Wobec cesjonariusza	164
b) Wobec innych osób	167
α) Wpływ wyroku na prawa osób trzecich	167
β) Wpływ wyroku symulowanego na stosunki ekonomiczne trzeciego	179
C) Osiągnięcie pewnych korzyści prawnych zapomocą symulacyi	186
D) Wpływ dowodów przeprowadzonych w procesie symulowanym na procesy inne	189
§ 8. De lege ferenda	191

Część druga.

Nadużywanie poszczególnych aktów procesowych.

§ 1. Rodzaje nadużywania aktów procesowych	202
§ 2. Podstępne osiągnięcie korzyści procesowych	209
A) Spowodowanie wymogów procesowych	209
a) Obejście przepisów o jurysdykcji i właściwości sądu	209
α) Przesunięcie jurysdykcji	212
β) Uchylenie sądownictwa nadzwyczajnego	221
γ) Przesunięcie właściwości sądu	222

	str.
b) Podstępne uzyskanie innych wymogów procesowych	235
B) Zmiana rodzaju postępowania	237
C) Zmiana roli strony interesowanej	244
D) Czynności mające na celu wstrzymanie lub przyspieszenie postępowania	255
E) Prowadzenie procesu pod fałszywym imieniem	265
§ 3. Dokonanie i zaniechanie aktu procesowego na niekorzyść przeciwnika lub osoby trzeciej i spowodowanie przeciwnika do dokonania lub zaniechania czynności procesowej	279
A) Dokonanie aktu na niekorzyść przeciwnika lub osoby trzeciej	279
a) Działanie na szkodę przeciwnika	279
b) Wyrządzenie szkody osobie trzeciej	286
B) Wyrządzenie szkody przez zaniechanie	305
C) Podstępne spowodowanie przeciwnika do działania lub zaniechania	314
a) Spowodowanie przeciwnika do dokonania aktu niekorzystnego	314
b) Podstępne spowodowanie zaniechania czynności procesowej	318
§ 4. Niemoralne wykonanie praw procesowych	326
