

ZASADY
MATERYALNEGO PRAWA
KONKURSOWEGO AUSTRYACKIEGO

napisał

DR ERNEST TILL

zw. profesor Uniwersytetu lwowskiego



L W Ó W

GŁÓWNY SKŁAD W KSIĘGARNI H. ALTENBERGA

Z Drukarni Ludowej, pl. Bernardyński l. 7

1907

ZASADY MATERIALIZED PRAWA KONKURSOWEGO AUSTR.



45473

Spis rzeczy.

	St.
I. O konkursie w ogólności	1
II. Majątek konkursowy	11
III. Warunki ogłoszenia konkursu	17
IV. Skutki ogłoszenia upadłości ze względu na osobę dłużnika a) skutki majątkowe	22
b) skutki niemajątkowe	31
V. Stanowisko prawne sądu i osób w konkursie dzia- lających	32
VI. Wierzyciele konkursowi. T. zw. ogół wierzycieli. T. zw. roszczenie konkursowe	38
VII. Prawo żądania wyłączenia	47
VIII. Prawo odrębnego zaspokojenia	54
IX. Wierzyciele masy	67
X. O wpływie konkursu na istniejące stosunki umowne	75
XI. O wierzytelnościach konkursowych w ogólności .	81
XII. W szczególności o wierzytelnościach spółdłużników i poręczycieli	88
XIII. O prawie do świadczeń powrotnych	92
XIV. Porządek pierwszeństwa wierzytelności konkurso- wych	97
XV. O dochodzeniu wierzytelności konkursowych .	104
XVI. O potrąceniu w upadłości	114
XVII. Prawa majątkowe małżonków w konkursie	124
XXVIII. Konkurs partykularny, konkurs spuścizny	136
XIX. O możności wzruszenia czynności prawnych w przy- padkach konkursu. A. W ogólności	143
XX. B. Rodzaje wzruszenia	153
XXI. 1. Wzruszenie Pauliańskie	155
XXII. 2. Wzruszenie konkursowe	163
XXIII. 3. Wzruszenie czynności darmej	173
XXIV. C. O podmiotach i dochodzeniu prawa wzruszenia	179
XXV. Założenie konkursu	191
XXVI. Układ przymusowy	196
XXVII. O skutkach układu przymusowego i nieważności jego	206
XXVIII. Prawna istota układu przymusowego	215
XXIX. Konkurs osób prawnych i spółek	221



Pracując nad systemem powszechnego prawa prywatnego austriackiego zamierzałem pierwotnie przedstawić instytucje tego prawa nie tylko w stanie ich normalnym, lecz także i w stadium patologicznym, spowodowanym niewypłacalnością zobowiązanego. Można to było uczynić w dwojaki sposób: albo uwzględniając w wykładzie powsz. prawa cywilnego modyfikacje, wywołane stanem niewypłacalności przy każdej instytucji, do której się odnoszą,— albo zbierając je w osobną całość i przedstawiając je łącznie.

Wpływ stanu niewypłacalności na wykonywanie praw prywatnych jest tak różnorodnym, objawy jego tak różnorodne, że, nie porządkując ich z jednego punktu widzenia, trudno poznać prawdziwą ich istotę. Oderwane od siebie, pamięciowo objąć się dadzą — lecz związek ich wewnętrzny staje się wówczas niedostrzegalnym. To też postanowiłem przedstawić je łącznie i podjąć próbę zebrania zasad materialnego prawa konkursowego osobną całość.

Zebranie takie przedstawia pewne trudności, wynikające stąd, że materialne prawo konkursowe ściśle łączy się z postępowaniem, — co może było powodem, że go dotąd odrębnie od formalnego nie przedstawiano. Mimo to sądzę, że przedstawienie materialnych zasad prawa kon-

VIII

kursowego, w uzupełnieniu systemu powszechnego prawa cywilnego, nie będzie bez pożytku, zwłaszcza dla młodzieży akademickiej i sądowej.

Zasady postępowania i judykatura uwzględnione zostały tylko, o ile to się okazywało koniecznym dla wyjaśnienia przepisów prawa materialnego. Kwestye sporne prawa formalnego pozostały poza zakresem pracy. Literaturę monograficzną austriacką starałem się wyzyskać wyczerpująco. Opracowania zagraniczne i mniejsze rozprawy, traktujące o kwestyach specjalnych, uwzględniłem w uwagach, o ile to się wydawało pożytecznym dla dokładniejszego zbadania danej kwestyi. O bibliograficzną dokładność się nie starałem. Uwagi porównawcze ograniczyłem przeważnie do opartego na podobnych zasadach prawa konkursowego niemieckiego, którego bogata literatura posłużyć może do wyjaśnienia wielu kwestyi naukowych także i w zakresie austriackiego konkursu.

Autor.

I.

O konkursie w ogólności.

Literatura: Zugschwerdt, *Prakt. Handb. zur Concursordnung* 1869; Kaserer, *Commentar zur oest. Concursordnung mit sämmtl. Materialien* 1869; Kissling, *Die oest. Concursordnung mit Comment. u. Formularien*, wyd. 2. 1877; Schwarz, *Das oest. Concursrecht* I. 1894; II. 1896; Pollak, *Das Concursrecht (Compendien d. oest. R., Berlin)* 1897; Trammer, *Ustawa konkursowa wraz z innemi ustawami i rozp.* (Kraków 1904). Z pomiędzy dzieł tu cytowanych zasługuje na uwagę dzieło Pollaka jako pierwsze naukowe opracowanie prawa konkursowego austr. Autor w obszernej mierze, choć nie zawsze szczęśliwie, korzystał z prac naukowych niemieckich. Praktycznym więcej potrzebom odpowiada dzieło Schwarz, choć odznacza się rozwlekłością, brakiem systemu i niepotrzebnem nieraz powtarzaniem się. Kaserera komentarz pożyteczny jest głównie ze względu na spożytkowane w nim często dosłownie materiały prawodawcze ust. konk. Zarówno praktycznym jak i naukowym potrzebom odpowiada polski komentarz Trammera, z powodu, że uwzględnia w szerokiej mierze literaturę i judykaturę i z powodu jasnego i zwięzłego wykładu. — Dawniejszej literatury (z przed r. 1868) nie podaję na tem miejscu, gdyż w wielkiej części skutkiem zmiany ustawodawstwa stała się bezprzedmiotową. O ile na uwzględnienie jeszcze dziś zasługuje, powołaną będzie w uwagach, podobnie jak liczne nowe artykuły i rozprawy w kwestyach specjalnych do konkursu się odnoszące. Prócz tego z polskich dzieł wymienić należy M. Koczyskiego o *Ustawie*

o upadłościach uzup. późniejszymi przepisami i objaśniona jureprudencją sądu najw. (1880); F. Szlachetowskiego *Uwagi nad ustawą o upadłości* (Odb. z *Czasop. praw. pol.* 1869). Pierwszego przekładu ust. konk. na język polski dokonał Al. Cukrowicz. Przekład ten nie znajduje się w handlu księg., lecz zamieszczony jest w wydaniu polskiem dziennika ustaw państwa.

I. Jeśli dłużnik nie dopełni zobowiązania majątkowego, wierzyciel w ogólności ma prawo niezależnie od innych wierzycieli tego samego dłużnika dochodzić swej wierzytelności drogą procesu i egzekucyi na majątku tegoż aż do jej zupełnego zaspokojenia. Sposób dochodzenia wierzytelności normują ustawy procesowe i egzekucyjne.

Inaczej, jeśli się okaże, że dłużnik, mający zobowiązania wobec rozmaitych osób, nie jest w możności zaspokoić ze swego majątku wszystkich swoich wierzycieli. Wówczas bowiem luźne popieranie egzekucyi przez jednych doprowadziłoby mogło do tego, że niektórzy uzyskaliby całkowite zaspokojenie, inni żadnego. Rozwiązanie kolizyi interesów, jakieby skutkiem tego między wierzycielami powstać musiały na korzyść jednych a ze szkodą drugich, byłoby wówczas dziełem przypadku. Nadto zachodzi w przypadkach takich obawa, iżby dłużnik, ratując się od upadku ekonomicznego, pewnej części swego majątku nie ukrył lub nie użył w sposób nieodpowiadający interesom wierzycieli, w szczególności także, ażeby niektórych z krzywdą innych nie faworyzował lub też przez zaciąganie dalszych zobowiązań w czasie, gdy już istniejącym zadość uczynić nie może, położenia swych wierzycieli nie pogarszał. Ekonomicznie niekorzystne następstwa takich ewentualności, dotyczące wierzycieli, musiałyby się odbić na kredycie. Z tych powodów ustawodawstwa od dawna dążyć musiały do tego, ażeby z jednej strony strata, wynikająca wierzycielom z niedostateczności majątku dłużnika, jeśli już nastąpić musi, dotykała wszystkich ile możności równomiernie, a z drugiej strony, aby była jak najmniejszą, a więc, ażeby majątek dłużnika, o ile w ogóle na zaspokojenie wierzycieli służyć może, na ten cel rzeczywiście

był użyty. Środkiem do tego celu jest ogłoszenie przez sąd t. zw. upadłości dłużnika czyli konkursu (zbiegu) wierzycieli i połączone z tem postępowanie t. zw. konkursowe czyli krydalne.

Prawodawcze unormowanie szczególnego postępowania w przypadkach niedostateczności majątku dłużnika uzasadnione jest nie tylko względami słuszności wobec wierzycieli, lecz i względami socjalno-politycznymi, które wymagają, ażeby strata uniknąć się nie dająca, przez rozłożenie jej na większą ilość osób interesowanych dla każdej z nich stała się mniej dotkliwą. O zasadzie rozłożenia szkody ob. Ma taja *Das Recht des Schadenersatzes von Standpunkte der Nationalökonomie* (1888) str. 25 n. Słusznie podnosi Kohler *Leitf. des deutsch. Concurr.* (1903) str. 2., że post. konkursowe należy do zakresu ustawodawstwa socjalnego. Gdzie bowiem stan majątku grozi stratą nieuniknioną, ustąpić musi indywidualizm, z mocy którego każdy wierzyciel wyprzedzić usiłuje drugiego i dla siebie wyłącznie ocalić to, co ocalone być może. Zasada *vigilantibus jura* nie zawsze usprawiedliwia wyłączenie od zaspokojenia wierzycieli mniej czynnych, gdyż często przyczyną wstrzymania się od dochodzenia bezwzględnie nie jest brak staranności lub zapobiegliwości, lecz usprawiedliwiona okolicznościami wyrozumiałość wierzyciela, a najczęściej rozstrzyga czysty przypadek o tem, który z wierzycieli w zaspokojeniu się z majątku dłużnika innych wyprzedzi. Jeżeli zaś postępowanie doprowadzić ma do równomiernego zaspokojenia wierzycieli (*par conditio creditorum*), koniecznymi okazują się zarządzenia, mające na celu równomierne przestrzeganie interesu wszystkich, które następuje bądź tym sposobem, że władza publiczna zajmuje się zaspokojeniem wszystkich (kierunek publiczny), bądź też, że wszystkim wierzycielom daną jest równa sposobność urządzenia spółnego (kierunek autonomiczny).

Postępowanie to w krajach, w których obowiązuje ustawa cywilna z r. 1811, przeważnie normuje obecnie ustawa z 25. grudnia 1868 l. 1 dz. u. p. z r. 1869.

Historyczne początki prawa konkursowego znajdujemy już w prawie rzymskiem. Przeciwno dłużnikowi skazanemu, albo takiemu, który za skazanego ucho-

dzi. władza sądowa pozwala wierzycielowi na tak zw. *missio in bona rei servandae causa*. Wierzyciel ogłasza to pozwolenie plakatami, ażeby inni wierzyciele w postępowaniu udział wziąć mogli. Na podstawie tej *missio* nietylko wierzyciel dochodzący swych praw, lecz i każdy inny może z zajęcia korzystać: *par conditio creditorum*. Po upływie dni 30, jeśli dłużnik nie wyjednał uchylenia misy, wybrany przez wierzycieli za pozwoleniem sądu *magister* sprzedaje majątek dłużnika jako całość t. zw. *bonorum emptor*, który obejmuje obowiązek zaspokojenia wierzycieli w pewnej kwocie. Przedaz ta ryczałtowa (*bonorum venditio*) uzasadniała następstwo uniwersalne i połączona była z utratą czci dłużnika. Prawo nabywcy było bonitarnem, skargi miał jako *utiles* i przysługiwało mu *interdictum possessorium*. Później przypuszczano przedaz t. zw. szczegółową (*bonorum distractio*), poczem pierwsza zwolna wyszła z użytku. Niektóre zmiany wprowadził Justynian (532 r.), między innymi tę, że wierzyciele, którzy nie żądali *missio in bona*, mogli się w ciągu lat 2 (a gdyby mieszkali za granicami prowincyi, lat 4) przyłączyć do postępowania, jeśli udowodnili swe pretensye. Czy rozdział majątku następował za udziałem sądu, czy bez tego przez kuratora lub wierzycieli, niewiadomo ze źródeł. Podług *lex Julia* mógł dłużnik przez odstąpienie wierzycielom majątku (*cessio bonorum*) uniknąć połączonej z misą *in bona* utraty czci i uzyskać *benef. competentiae*. We Włoszech wytworzyła się w wiekach średnich instytucja generalnego aresztu, dozwalanego przeciw dłużnikowi, który umknął lub się ukrywał. Areszt wykonywano na całym majątku, na ruchomym przez zajęcie sądowe, na nieruchomym przez sekwestrację. Od rzymskiego postępowania różniło się włoskie głównie tem, że majątek sądownie zajmowano, że ogłaszano publicznie i wzywano wierzycieli pod utratą pretensyi do zgłoszenia i wykazania ich, że pretensye te badano w postępowaniu sumarycznem i że starano się o doprowadzenie ugody, którą dopuszczano partykularnie już na podstawie uchwały większości. W Niemczech do czasu recepcyi pr. rzymskiego właściwego procesu konkursowego nie było, a jedynie istniało t. zw. *vorsorgliches Zwangsverfahren*, które miało na celu zabezpieczenie wierzycieli przez uwięzienie niepewnego dłużnika i zajęcie jego majątku. Dopiero w 15. i 16. stuleciu praktyka sądów niemieckich wytworzyła postępowanie konkursowe, które uchodziło jako pospolite, jakkolwiek ustawodawstwo państwa nie wpływało na nie. Po upowszechnieniu to pod wpływem dzieła hiszpana Salgado

de Samoza (*Labyrinthus creditorum*, 1645) przybrało charakter na wskrós biurokratyczny. Skoro w postępowaniu przedwstępnem sprawdzono warunki otwarcia konkursu, t. j. insolwencyę dłużnika i mnogość wierzycieli (które to okoliczności sprawdzano przysięgą wierzycieli, później zaś inkwizytoryjnie z urzędu), wydawał sąd t. zw. *decretum de aperiundo concursu*, celem stwierdzenia pretensyi zaś wprowadzano t. zw. postępowanie likwidacyjne, w którym wierzyciele nie tylko obligacyjni lecz i realni pod utratą pretensyi zmuszeni byli zgłaszać swe pretensye w formie skarg przeciw dłużnikowi. Po terminie likwidacyjnym ogłaszano termin do zarzutów; zaprzeczone wierzytelności musiały być dawniej w osobnych procesach, później w spółnym procesie dochodzone i spółnym wyrokiem rozstrzygane. Równocześnie lub też po likwidacyi wprowadzano postępowanie o pierwszeństwo (*Prioritätsverfahren*); sąd układał tymczasowy porządek lokacyi, przeciw któremu dopuszczalne są zarzuty, które potem sąd rozstrzyga. Tymczasem zarządzone bywa spieniężenie majątku przez kuratora przez wierzycieli wybranego, który ściaga też pretensye dłużnika i opugnuje w razie potrzeby czynności jego, przed konkursem zdziałane (*actio Pauliana*). Postępowanie rozdziałowe następuje dopiero po zupełnem ukończeniu postępowania likwidacyjnego, lokacyjnego i spieniężeniu majątku. Tu znowu sąd układa plan rozdziału (*Distributionsbescheid*), przeciw któremu możebne są zarzuty; wypłata następuje po załatwieniu zupełnem tych zarzutów. O historii rzymskiego, włoskiego i niemieckiego procesu ob. Seyfert *Deutsches Konkursprozessrecht* (1899) str. 4—18 i cyt. tamże źródła. — W pr. francuskim pierwsza kodyfikacya prawa konkursowego nastąpiła dopiero w kod. handl. (art. 437—614), który dopuszcza właściwego postępowania konkursowego tylko przeciw handlującym. Każdy handlujący, który przestaje płacić, jest w stanie upadłości, przyczem zauwazyć należy, że handlującymi są nie tylko ci, których wyłącznem zajęciem jest handel, lecz i tacy, którzy zwyczajne czynności handlowe spełniają (art. 1 kod. handl.). Gdy podług pr. franc. wyprzedzenie w zajęciu zastawniczem rzeczy ruchomych nie daje pierwszeństwa przed innymi wierzycielami, którzy później zajęli, rozdział ceny sprzedaży następuje także i poza konkursem w sposób konkursowy (*distribution par contribution*), co czyni zbędnem postępowanie konkursowe przeciw niehandlującym. O konkursie francuskim ob. zam. innych Bełza *O upadłościach i bankructwach*. — W Polsce postępowanie konkursowe, t. zw. *potioritas*,

było trojakię: 1) z woli dłużnika: *potioritas recessuata*, jeśli dłużnik dobrowolnie uczynił reces od dóbr, albo go przyrzekł uczynić po zlikwidowaniu długów i otaksowaniu majątku (*recessum faciebat vel faciendum promittebat*); w takim przypadku mógł po spłacie długów wejść rapowrót w posiadanie majątku; 2) z woli dłużnika: *potioritas recessuata et abjurata*, w którym to przypadku wyprzysięgał się własności na zawsze, tracąc prawo wykupna długów; 3) z woli wierzycieli: *potioritas simplex*, w którym to przypadku wierzyciele, otrzymawszy wyroki przeciw dłużnikowi, sami się likwidowali, bronili masy przeciw pretensjom nicuzasadnionym, ustanawiali jej wysokość i dzielili ją podług reguł zwyczajem uswięconych. Ob. Ostrowski, *Prawo cywilne Narodu Polskiego* (1787) II, str. 250—253 (uważać należy na błędną paginacyę, wedle której po str. 256 następuje 247, 248 itd.); Bandtkie Stężyński, *Prawo pryw. polskie* (1851) str. 390 n.; Burzyński, *Prawo polskie pryw.* (1871) str. 486 n. *Potioritas* w znac. konkursu odróżnić należy od *potioritas* w znaczeniu pierwszeństwa hipotecznego w myśl konst. r. 1588 (*prior tempore potior jure*), czego autorowie cytowani nie czynią. Por. Dutkiewicz *Prawa cywilne, które w Polsce od 1347 r. do kod. Napoleona obowiązywały*, str. 29 n.; 216—221. — W krajach austryackich osobny patent konkursowy wydany został za Józefa II (1. maja 1781 l. 14 zb. u. s., uzupełniony rezol. z 14. czerwca 1784, l. 306 i z 11. września 1784, l. 336 zb. u. s.), później zaś dla krajów, w których obowiązywała procedura sąd. zachodnio-galiczyjska, ogłoszona pat. z 19. grudnia 1796, l. 329 zbu. s. (Galicya zach., Tyrol, Ziemia Przedarulańska, Salzburg i Kraków), obowiązywały rozdz. IX., XXXII. i XXXIII. teje proc. cyw. W miejsce tych i licznych dodatkowych przepisów, odnoszących się do upadłości, weszła ustawa z 24. grudnia 1868, l. 1 Dz. u. p. z 1869 r., oparta głównie na zasadach pruskiej ustawy konkursowej z 8. maja 1855. W przeciwieństwie do dawniejszych najnowsza ta ordynacya konkursowa polega przeważnie na zasadzie samopomocy wierzycieli. Sądowi oddana jest więcej formalna władza kierownicza. O historii dojścia do skutku tej ustawy ob. Pollak str. 9 n. W czasie, gdy się pojawiła, znamionowała znaczny postęp; doświadczenia jednakże, jakie w praktyce poczyniono, nie były najlepsze; postępowanie bowiem okazało się rozwickłem i kosztownem, a zwłaszcza w ostatnich czasach mnożą się nawoływania do reformy. Por. z czasów najnowszych Benedikt, *Zur Reform d. Konk.*

Ord.; Nowak, *Der VIII. oest. Advokaten-Tag u. die Konkursordnung* w *Ger. Z.* 1888 Nr. 7; Frankl, *Zur Revision* (1896), tegoż *Wege und Ziele der Konkursrechtsreform* odczyt streszcz. w *Ger. Z.* 1904 Nr. 6. Uzupełnieniem przepisów konkursowych jest ustawa z 16. marca 1884, l. 36 dz. u. p. o wzruszaniu aktów prawnych odnoszących się do majątku dłużników niewypłacalnych, o której poniżej będzie mowa.

II. Postępowanie konkursowe z natury swej należy wprowadzić do prawa formalnego, w szczególności do działu postępowania w sprawach niespornych (*Verfahren ausser Streitsachen, freiwillige Gerichtsbarkeit*, por. §. 89 i 257 ust. konk.), jednak wpływa w obszernej mierze na prawa materialne, przeważnie w kierunku ich wykonywania.

Rozstrzyga to ustawa sama w powołanych paragrafach, odwołując się do zasad postępowania niespornego, co też uważam za zupełnie uzasadnione, ponieważ postępowanie to ma na celu właśnie ominięcie procesów i egzekucyi odrębnych. Tak też Schruttk, *Compens. im Konk.* (1881) str. 90; Canstein w *Grünh.* czas. IX. (1882) str. 491; Roztočil w *Z. f. Not.* 1883 str. 49; Schwarz str. 60; Pollak str. 22 i prakt. sąd. (np. orz. 10199, 12597); z niemieckich aut. Petersen, *Kleinfellner Komm.* str. XIII; szczególnie zaś Oetker, *Konkursrechtl. Grundbegriffe* str. 13 n., 20 n.; *Mot.* niem. ust. konk. (*Aktenst. des d. Reichst. Just. Ges. IV, II Leg. Per. Ses. 1874—75*) str. 1366 i 1491; przeciwnie uważają postępowanie to za proces: Schultze, *D. deutsche Konk. R.* (1880) str. 140; Seuffert, *Deutsch. Konkursprozessrecht* (1899) str. 2; inni za postępowanie egzekucyjne, tak: Wieding w *Holtz. Rechtslexikon s. v. Concurs*; Ullmann w *Grünh.* czasop. IV. str. 114; Ofner w *Ger. Halle* 1886 str. 119; z niem. autorów szczeg. Kohler, *Leitf.* (1903) str. 57 n. (*Vollstreckungsverfahren mit Selbsthilfe der Gläubigerschaft*). Zapatrywanie, iż konkurs jest procesem, uzasadnienie miało w konkursie dawniejszym prawa pospolitego, w którym po przeprowadzonej wskutek skarg likwidacyi wszystkich zgłoszonych wierzytelności zapadał spólny dla wszystkich wyrok likwidacyjny, a rozdział majątku następował drogą wykonania tego wyroku i złączonego z niem postępowania lokacyjnego (*Prioritätsverfahren*). Podobnie podług ust. konk. józefińskiej z 1781 r. i ust. zach. gal. z 1796 r. Obecnie o likwi-

dacy pretensyi orzekają wierzyciele sami, czynność sądowa ogranicza się do stwierdzenia i udokumentowania, które są właściwą cechą postępowania niespornego. Fitting, *Deutsches Reichskonkursrecht*, uważa postępowanie konkursowe jako zostające na granicy między procesem a post. w spr. niespornych. Ustawodawstwo niemieckie zalicza konkurs do postępowania spornego (wyraz *Prozessordnungen* w §. 24 i 161. *Ger. Verf. Ges.* obejmuje także postępowanie konkursowe). To uzasadnione jest o tyle, że §. 72 niem. ust. konk. każe z reguły zastosowywać w konkursie przepisy postępowania procesowego.

Ogół przepisów, o ile określają materialno-prawne warunki ogłoszenia upadłości i wpływ ogłoszenia jej na prawa prywatne osób udział mających, nazywamy materialnem prawem konkursowem.

Niektórzy, jak Schultze l. c. str. 139, twierdzą, że modyfikacje praw materialnych w konkursie nie są następstwem ogłoszenia konkursu, lecz stanu niewypłacalności dłużnika, a okoliczność, iż one wchodzą w zastosowanie dopiero po ogłoszeniu konkursu, ma przyczynę w tem, że skutki te nie mogą być pierwiej realizowane, dopóki stan niewypłacalności ogłoszeniem konkursu nie zostanie prawomocnie stwierdzony. Zapatrywanie to zostaje w związku z teorią t. zw. roszczenia konkursowego (*Konkursanspruch*), który wedle tego autora (i innych, o czem poniżej) polega na prawie wierzycieli do wyłącznego i spólnego zaspokojenia się z majątku niewypłacalnego dłużnika, a istnieje przed ogłoszeniem konkursu, które jest tylko stwierdzeniem warunków realizacji istniejącego już poprzednio roszczenia. Poniżej wykazane będzie, że t. zw. roszczenie konkursowe nie ma uzasadnienia w ustawie, a jako środek konstrukcyi teoretycznej jest niepotrzebne i do fałszywych prowadzi konkluzyi.

Prawo to daje odpowiedź na pytania: jakim ograniczeniem w wykonywaniu praw swoich skutkiem ogłoszenia upadłości musi się poddać dłużnik, jaki wpływ ogłoszenie konkursu wywiera na ważność czyli też skuteczność czynności prawnych, przedsięwziętych przez niego czy to przed, czy po ogłoszeniu upadłości, czy i jakim zmianom ulegają

prawa wierzycieli względem dłużnika, czy i w jaki stosunek wchodzi wierzyciele skutkiem ogłoszenia upadłości wzajemnie do siebie, do dłużnika i do osób trzecich, jakim ograniczeniom w wykonywaniu praw swoich poddać się muszą, a w szczególności także w jaki sposób i w jakim porządku zaspokojenie z majątku dłużnika upadłego uzyskać mogą.

Natomiast formalne prawo konkursowe oznacza właściwość sądu, sposób ustalenia stanu niewypłacalności i formy postępowania, sposób wysledzenia i zabezpieczenia majątku (aktywów i pasywów), tudzież zrealizowania tegoż i rozdziału, w końcu warunki, wpośród których zniesienie konkursu nastąpić może. Ścisły rozdział materalnego i formalnego prawa konkursowego ani w nauce przeprowadzić się nie da, ani też w ustawie nie jest przeprowadzony. Jakkolwiek bowiem Cz. I. (§. 1—57) traktuje przeważnie o prawie materalnem, to i w Cz. II., mającej napis: »postępowanie konkursowe«, znajduje się wiele materalno prawnych przepisów, które przedstawiają się jako modyfikacye wykonania praw prywatnych, wywołane ogłoszeniem upadłości.

III. Terazniejsze prawo austryackie zna dwojaki rodzaj konkursu: pospolity czyli zwyczajny (*gemeiner Konkurs*) i kupiecki (*kaufmännischer Konkurs* Cz. II. rozdz. 2. ust. konk.). Tenże ostatni ma zastosowanie do spółek handlowych i takich kupców, których firma wpisana jest do rejestru handlowego (§. 191 u. k.), a różni się od pospolitego głównie tem, iż do wprowadzenia jego powołany jest trybunał handlowy zamiast zwyczajnego (§. 193 u. k.), że dopuszczalną jest w nim t. zw. przymusowa ugoda (§. 207 u. k.), a w końcu, że skutki jego ze względu na osobę dłużnika inaczej aniżeli w pospolitym są unormowane (§. 246 u. k.)

Konkurs kupiecki ma zastosowanie do kupców w znaczeniu ustawy handlowej (art. 4) wpisanych do rejestru handlowego, do spółek handlowych, t. j. spółki jawnej, komandytowej, komandytowej na akcyje i akcyjnej, w końcu do stowarzyszeń zarobkowych i gospodarczych, których przedsiębiorstwo ma za przedmiot wyłączny lub częściowo czynności handlowe (§. 13 ust. z 9. kwietnia

1873, l. 70 Dz. u. p.), chociażby ogłoszony został dopiero w ciągu likwidacyi. Ob. Trammer str. 298 i zacyt. tamże literaturę i judykaturę. W krajach prawa francuskiego przepisy o upadłościach i bankructwach odnoszą się tylko do handlujących. Zauważyć jednak należy, że podług art. 1 kod. handl. franc. handlującym w znacz. ustawy jest każdy, kto wykonywa czynności handlowe (*actes de commerce*) i którego zwykłem (*habituell*) zatrudnieniem są te czynności. Podział konkursu na pospolicie i handlowy zarzucony jest w ustawie niemieckiej i słusznie. Gdy bowiem dawniej stan kupiecki był ściśle odrębny, gdy kredyt był wyłącznie żywiołem handlu, a zdolność wekslowa przeważnie na kupców ograniczona, odrębne przepisy dla konkursu kupieckiego miały uzasadnienie. Dziś te odrębności odpadły. Por. *Mot.* niem. u. k. str. 1366. Najbardziej nieuzasadnioną wydaje mi się odrębność przepisów dla kupców zarejestrowanych, uświęcona w pr. austr., która wprowadza niepotrzebny dualizm w traktowaniu osób handlujących. *De lege ferenda* por. Frankl, *Zur Revision* str. 4 n.

IV. Wszelkie skutki ogłoszenia upadłości rozpoczynają się z początkiem dnia, w ciągu którego w sądzie nastąpiło wywieszenie edyktu konkursowego (§. 2 u. k.), t. j. w którym sąd ogłoszenie konkursu uchwalił (§. 69 u. k.).

Ze względu na doniosłość ogłoszenia upadłości stwierdzenie chwili rozpoczęcia postępowania konkursowego nastąpić powinno z całą stanowczością. Przepis §. 2 u. k., przekładający początek stanu upadłości na godzinę północną, poprzedzającą ogłoszenie, mieści w sobie fikcyę, nie odpowiadającą stanowi rzeczy. Odpowiedniejszym jest postanowienie ust. k. niem., że sąd w swej uchwale stwierdzić powinien moment rozpoczęcia, a tylko w razie gdyby tego zaniechano, za chwilę ogłoszenia poczytuje się godzinę południową dnia ogłoszenia (§. 108 u. k. niem.). W krajach prawodawstwa francuskiego sąd ma obowiązek stwierdzić dzień zastanowienia wypłat (art. 441 kod. handl. franc.). Słusznie przeciw temu *Mot.* niem. (str. 1508) podnoszą, że sąd tym sposobem zmuszony jest albo zwlekać z ogłoszeniem dla koniecznego sprawdzenia owej chwili, albo wydać decyzję tak doniosłą doraźnie i często ze szkodą interesowanych. Kwestya, czy podług ust. niem. oznaczenie godziny rozpoczęcia postępowania jest zarządzeniem sądowem, czyli

też udokumentowaniem, jest praktyczną ze względu na to, iż w ostatnim przypadku dopuszczalny jest dowód przeciwny, który w pierwszym razie jest wykluczony. O tem Fitting str. 360 n., Jäger do §. 108 uw. 3. Kwestya ta dla pr. austr. odpada, ponieważ chwila otwarcia postępowania ustawą jest unormowana.

II.

Majątek konkursowy.

Kaserer str. 31 n.; Kissling str. 11; Pollak str. 289; Schwarz I. str. 43; Trammer str. 6; Frankl *Zur Revision* str. 59 n.

I. Jak to już wyżej powiedziano, celem postępowania konkursowego jest równomierne w zasadzie zaspokojenie wierzycieli osobistych z majątku dłużnika.

Do tego celu nadają się jedynie tylko przedmioty, które w majątku stanowią stronę czynną tegoż, czyli t. zw. aktywa, a więc prawa, wchodzące w skład majątku dłużnika w przeciwstawieniu do zobowiązań tegoż czyli t. zw. pasywów, jako czynnika biernego w majątku.

Poza konkursem zostają więc stosunki prawne niemajątkowe dłużnika, zatem prawa czysto osobowe tak bezwzględne, jak i względne czyli familijne.

Lecz i z pomiędzy praw majątkowych do zaspokojenia wierzycieli służyć nie mogą, a zatem konkursem objęte nie zostają takie, których spieniężyć nie można lub nie wolno. Węzłem konkursu objęte więc zostają tylko takie przedmioty majątkowe, które i poza konkursem do celu zaspokojenia wierzytelności się nadają, czyli — jak się ustawa wyraża: „cały majątek podlegający egzekucyi, jaki dłużnik posiada, albo jaki mu w ciągu trwania konkursu przypadnie“, przyczem zauważyć należy, że wyraz „majątek“ oznacza tu prawa majątkowe, a więc tak prawo własności (rzeczy zmysłowe), jako też wszelkie inne, powyższemu określeniu odpowiadające prawa (rzeczy niezmysłowe, §. 293 u. c.), tak rzeczowe jak i obligacyjne, jakie mu przysługują.

Ust. niem. wciąga do konkursu tylko to, co dłużnik w chwili ogłoszenia upadłości posiada (§. 1). Motywa (str. 1370) uzasadniają to ze stanowiska prawnego tem, że przyszyły majątek nie może być aresztem obłożony, — ze stanowiska słuszności i względów gospodarczych tem, że skoro dłużnik pozostaje zdolnym do działania, nie można odbierać nowym jego wierzycielom tego, co mu po ogłoszeniu konkursu przypadnie. Pierwszy argument dałby się usprawiedliwić jedynie tylko ze stanowiska teorii, która uważa konkurs za rodzaj uniwersalnego areztu (*Beschlagrechtstheorie*, Kohler), a której podzielać nie możemy, drugi argument pozostawia nierozwiązaną kwestyę, dlaczego terazniejsi wierzyciele, którzy niewątpliwie mieli prawo nie do majątku w pewnej jakiejś chwili istniejącego, lecz do majątku dłużnika wogóle, nie mają korzystać z polepszenia się stosunków majątkowych dłużnika, na które liczyć mogli, a może nawet i liczyli zanim konkurs został ogłoszony (jak n. p. na ekspektatywę polepszenia bytu przez spadek itp.), lecz ustępować mają miejsca późniejszym wierzycielom, którzy świadomie wdawali się w interes z dłużnikiem już niewypłacalnym. Jeżeliby chciano dopomóc dłużnikowi do odzyskania kredytu i dać mu możność dalszego zarobkowania, to pierwszym warunkiem powinno być zaspokojenie poprzednich wierzycieli. Przepis ten, który zresztą daje powód do licznych kontrowersyi, a sprzeczny jest niemal ze wszystkimi ustawami konk. europejskimi, prowadzi do szczególnego rezultatu, że dłużnik może być równocześnie w kilku konkursach. Wszyscy niemal niemieccy autorowie usprawiedliwiają jednakże ten przepis. Przeciw temu Frankl, *Zur Rev.* str. 60 n.

Ogół przedmiotów majątkowych objętych węzłem konkursu nazywamy majątkiem konkursowym, czyli, jak się ustawa wyraża (§. 6 i inne), masą konkursową (*Konkursmasse*).

O tem, co należy do majątku dłużnika, rozstrzyga powszechnie prawo materialne: o tem, jakie przedmioty majątkowe objęte zostają postępowaniem konkursowem — prawo konkursowe (§. 1. ust. konk. w związku z art. XII. i VI—XI ust. wpraw. ord. egz., tudzież §. 250—252, 290, 291, 330 ord. egz. co do całkowitego wyłączenia, art. XII. u. wpraw. i §. 265 ord. egz. co do ograniczenia egzekucyi). Ustalenie tego, co należy do majątku konkursowego, jest

w pierwszym rzędzie rzeczą czynności urzędowej sądu, a względnie zarządcy majątku (§. 86, 87 u. k.).

Wątpliwości zachodzić mogą co do należności do konkursu praw, zostających na granicy między prawem majątkowym a niemajątkowym. Rozstrzygają tu w pierwszym rzędzie pozytywne przepisy szczegółowe, a gdzie tych niema, okoliczność, czy dane prawo spieniężyć się da czy nie, a więc czy ono przedstawia wartość obiektywną, czyli też tylko dla osoby dłużnika. Do obiektów ostatniego rodzaju należy prawo wydatnienia swej siły roboczej w celach zarobkowych. Do użycia tej siły roboczej w interesie pomnożenia funduszu zaspokojenia wierzycieli dłużnik zmuszony być nie może—wynagrodzenie zaś za pracę dłużnika, o ile nie jest potrzebnem na utrzymanie jego i osób, którym od niego utrzymanie z ustawy się należy, objęte zostaje konkursem (§. 5 u. k.). Ob. Deutsch w *Ger. Halle* 1892 Nr. 33, Ofner tamże Nr. 52. Jako wynagrodzenie, które, o ile przekracza miarę §. 5 u. k., do konkursu może być wciągnięte, poczytane być może tylko to, co pozostaje ponad wydatki, jakie potrzebne były celem uzyskania zarobku. Frankl w *Jur. Viertelj.* IV. (1889) str. 132 n. O ile dłużnik do takiego zarobku jest uprawniony, może go samodzielnie drogą sądową dochodzić (orz. 16155). Na zarobek taki wierzyciele konkursowi odrębnej egzekucji popierać nie mogą (orz. 4020, 7086). Uprawnienie do wydawnictwa dziennika uznał N. Tr. jako nie mogące być przeniesione (? orz. 10275), a więc nie stanowiłoby przedmiotu majątku konkursowego. Dochód z emerytury może być wciągnięty do konkursu, o ile jest przedmiotem zajęcia (§. 1 u. k.) T. zw. wymowa (*Ausgedinge*) nie jest jednolitem prawem, obejmuje bowiem rozmaite uprawnienia, jak: mieszkanie, pobory żywności, opału w naturze i t. p., które to uprawnienia mają charakter bądź służebności osobistej (nieprzenośnej), bądź praw majątkowych, których spieniężeniu, a więc i wciągnięciu do konkursu nie jest na przeszkodzie. Pozytywny przepis uchyla jednak egzekucję, o ile wartość świadczeń nie przekracza 300 zł. (600 K.), jeśli one są niezbędne dla zobowiązanego i tegoż razem z nim żyjących członków rodziny (§. 330 ord. egz.). Alimentacje, o ile zastosowane są do osobistych stosunków, zatem są nieprzenośne, nie mogą być wciągnięte do konkursu. Por. Jaeger, *Komm.* str. 15 w uw. Prawo do imienia po-

dług pr. austr. nie należy do praw pryw., tem samem nie jest prawem majątkowem (*Allerhand Pr. imion* str. 75). Podobnie prawo do firmy, która bez przedsiębiorstwa nie może być pozbytą (art. 23 kod. handl.), jeśli zaś w konkursie przedane zostaje przedsiębiorstwo handlowe, do przeniesienia zarządcy majątku także pozwolenia dłużnika (por. orz. A. Cl. VII. 1171, *Staub-Pisko, Comment. zum allg. d. Handelsg.* I. str. 88; *Jaeger, Komm.* str. 3). Firma nie gaśnie przez otwarcie konkursu (*Górski Zarys pr. handl.* I. 2. wyd. str. 130, inaczej *Blaschke-Pitreich* str. 41). Natomiast prawo wynikające z ochrony znaków i wzorów kupieckich jest przynależnością przedsiębiorstwa (§. 9 ust. z 6 stycznia 1890 l. 19 dz. u. p.), objęte jest więc wzięciem konkursu. Prawo autorskie, dopóki przysługuje autorowi lub jego dziedzicom, nie może być dotknięte środkami egzekucyjnymi lub zabezpieczającymi, a więc wyłączone jest od konkursu. Natomiast także przeciw autorowi i jego dziedzicom dopuszczalne są środki takie odnośnie do istniejących uwielokrotnień i reprodukcji dzieła już ogłoszonego, do dzieł sztuk pięknych na sprzedaż wykończonych i wszelkich roszezeń majątkowych na mocy praw autorskich nabytych (§. 14 ust. z 26. grudnia 1895 l. 197 dz. u. p. por., sprawozd. kom. Izby Panów do tejsze ust.). Prawa z patentu wynikające są czysto majątkowemi (ust. z 11. stycznia 1897 l. 30 dz. u. p.).

II. Majątek podlegający konkursowi zostaje bezzwłocznie po ogłoszeniu upadłości z reguły podług zasad postępowania w sprawach niespornych (§. 86 u. k.) opieczętowany, w inwentarzu spisany i oszacowany, kosztowności, papiery wartościowe i gotowizna zdeponowane zostają w sądzie (§. 87 u. k.), przy przedmiotach ksiąg gruntowych zanotowany zostaje we właściwem miejscu dzień ogłoszenia konkursu (§. 88 u. k.), w razie konkursu kupieckiego zaś zanotowane być winno ogłoszenie upadłości w rejestrze handlowym (§. 204 u. k.), a względnie w rejestrze stowarzyszeń zarobkowych i gosp. (rozp. z 14. maja 1873, l. 71. dz. u. p.).

Inwentarz jest dokumentem publicznym, przeciw którego treści dopuszczalny jest dowód przeciwny (§. 292 proc. sąd.).

Pollak str. 307 n. zastanawia się nad tem, w jakim celu inwentarz spisany bywa, skoro spisanie jego na prawa prywatne żadnego wpływu nie wywiera, a znaczenie ma tylko *inter partes*, t. j. tylko między dłużnikiem a zarządcą i wierzycielami, nie zaś wobec osób trzecich, — i ubolewa nad tem, że inwentarz dowodzi jedynie, jakie przedmioty do majątku konkursowego wciągnięte zostały, nie zaś, jakie tam należą. Jednakże tworzenie praw prywatnych lub regulowanie ciężaru dowodu w razie procesu nie jest zadaniem inwentarza i byłoby dziwnem, gdyby jednostronna czynność urzędowa, jaką jest spisanie inwentarza, miała wpływać na prawa osób trzecich, nie mających w niej udziału. Świadomość tego, co należy do pewnego majątku, jest pierwszym warunkiem porządnego tymże majątkiem gospodarowania; — zarządca i wierzyciele powinni wiedzieć, czem dysponować mogą faktycznie. Kto się czuje taką faktyczną dyspozycją w swych prawach dotknięty, temu wolno wystąpić drogą procesu. Dziwi się Pollak, że literatura mało zajmowała się inwentarzem konkursowym; zd. m. byłoby to równie zbędnem, jak zbędnym jest długi wywód Pollak a o tym przedmiocie.

Do inwentarza wpisane być muszą dodatkowo i takie przedmioty majątkowe, które przypadną dłużnikowi w czasie konkursu (§. 95 u. k.). Do nich należy wszelki nabytek przedmiotów takich, które byłyby węzłem konkursu objęte gdyby istniały już w chwili ogłoszenia, więc nabytek tytułem dziedzictwa, legatu, darowizny itp., także n. p. wygrana loteryjna, dywidenda od akcji, a wkońcu i to, co dłużnik własną pracą zerobi, o ile nie będzie mu pozostawione jako potrzebne do utrzymania jego i osób, którym z ustawy utrzymanie od niego się należy (§. 5 u. k.).

Interpretację, wedle której konkursem objęte być miałyby tylko przypadający dłużnikowi w ciągu konkursu majątek *ex titulo lucrativo* (Kaserer str. 31 i w *Ger. Ztg.* 1869 N. 23, Schwarz I. str. 53; także Kohler, *Lehrb.* str. 117 w uw. 1), *lege non distinguente* uważam za mylną. Por. Schruttk, *Kompens.* str. 71; Frankl, *Zur Revis.* str. 60. Argument Kaserera ze słowa *zufällt* nie jest językowo usprawiedliwiony.

Por. Frankl, *Zu §. 5 K. O.* w *Jur. Viertelj* 1889 str. 132 n.; Deutsch, *Wie viel kann der Gem. Schuld-*

ner für sich erwerben? w *Ger. Halle* 1892 Nr. 33; *O fner Wem gehört d Erwerb d. Gem. Schuldners während des Konkurses?* w *Ger. Halle* 1892 Nr. 52.

III. Konkursiem objęte zostają wszelkie ruchomości dłużnika, gdziekolwiekby się znajdowały, z pomiędzy nieruchomości zaś tylko takie, które położone są w miejscu, gdzie ust. konk. austr. obowiązuje. Pod względem ruchomości uświęca tedy ust. austr. zasadę uniwersalności, pod względem nieruchomości zasadę terytoryalności konkursu (§. 6 u. k.).

Czy i o ile do majątku konkursowego ma być wciągnięty majątek małżonka drugiego w przypadku wspólności majątkowej małżeńskiej, o tem mowa będzie poniżej.

Wprowadzenie za wzorem Oetkera, *Konkursrechtl. Grundbegr.* str. 10, do ust. austr. różnicy między majątkiem, który powinien być podług ustawy objęty konkursem (*Soll-Masse*) a tym, który faktycznie konkursem objęty zostaje (*Ist-Masse*), wydaje mi się całkiem zbędnem. Albo coś należy do majątku konkursem objętego, albo nie; jeżeli w pierwszym przypadku faktycznie nie objęto tego, co należy, a w drugim objęto coś, co należeć nie powinno, to jest to następstwem niedokładności wszelkich rzeczy ludzkich, a jeśli wyjdzie na jaw, stan ten czy to z zarządzenia władzy, czy też drogą procesu sprostowany być powinien. Jeżeli zaś ustawa z taką możebną niedokładnością się liczy i np. w §. 190 przypuszcza, że nie wszystko, co miało być wciągnięte do konkursu, postępowaniem tem objęte zotało, to przepisy takie za podstawę konstrukcyi prawnej służyć nie mogą. Wszak i poza konkursem zdarza się, że np. faktycznie przedany zostaje w drodze egzekucyi przedmiot, nie będący własnością egzekuta, albo nie zostaje przedany przedmiot, do niego należący. Przeciw Oetkerowi ob. Seuffert, *Konkursverf.* §. 45 uw. 4.

IV. Tylko majątek dłużnika upadłego objęty jest węzłem konkursu. Przedmioty, które faktycznie w posiadaniu lub dzierżeniu dłużnika się znajdują, do jego majątku wszakże nie należą, nie podlegają postępowaniu konkursowemu, a osoby, których prawa tym sposobem zostały naruszone, iż je zaliczono do majątku dłużnika, mogą doma-

gać się wydania ich lub ich wartości drogą procesu roszczenia o zwrot (*Rückforderungsansprüche*, §. 26 u. k., o⁷czem poniżej). W związku z tem zostaje przepis, że przedmioty, co do których zachodzi wątpliwość, czy należą do majątku konkursowego, wpisane być mają wprawdzie do inwentarza, zarazem jednakże zanotowane być powinny roszczenia innych osób (§. 93 u. k.)

V. Zaspokojenie wierzycieli osobistych (konkursowych §. 42 u. k.) z majątku dłużnika upadłego nastąpić może tylko o tyle, o ile osoby trzecie nie nabyły na przedmiotach majątkowych praw rzeczowych, nadających im prawo zaspokojenia się z tychże przedmiotów z wyłączeniem wszystkich innych. Takiemi osobami są t. zw. wierzyciele rzeczowi (*Realgläubiger* §. 30 n. u. k.), o których będzie mowa poniżej. Prawa takie konkursem zobowiązanego dotknięte nie zostają, gdyż przedmioty rzeczowo niemi obciążone tworzą t. zw. majątek odrębny (*besondere Masse*, §. 30 u. k.), a tylko to, co po zaspokojeniu wierzycieli rzeczowych z takichże odrębnych mas pozostaje, wpływa do ogólnego majątku konkursowego, przeznaczonego na zaspokojenie wierzycieli konkursowych (§. 30 ust. 2 u. k.).

III.

Warunki ogłoszenia konkursu.

Literatura: Menzel, *Anfechtungsrecht* (1886) str. 177—180; — Steinbach, *Komment. zum Anfecht. Ges.* str. 54; — Schwarz, I str. 57; — Pollak, §. 16—18 str. 62—74; — Frankl, *Zur Revis.* str. 53.

I. Konkurs do majątku dłużnika ogłoszony być może w ogólności tylko wówczas, jeśli dłużnik dla braku środków utraci możność dopełnienia wszystkich wymagalnych już zobowiązań majątkowych, czyli: znajdzie się w stanie niemożności płacenia (niewypłacalności, *Zahlungsunfähigkeit*, *Insolvenz*, §. 1 u. k.). Od tego stanu należy odróżnić chwilową niemożność zaspokojenia wymagalnych wierzytelności mimo istnienia środków, z powodu, że środki te w pewnej danej chwili nie dadzą się

użyć doraźnie na zaspokojenie wierzytelności (*Zahlungsstockung*). Taka chwilowa niemożność nie jest przyczyną ogłoszenia konkursu, jeśli dłużnik zdoła nalegających wierzycieli zabezpieczyć, albo też przedłoży wykaz swego majątku i wykaże możliwość zaspokojenia wszystkich — a więc nawet i takich wierzytelności, które dopiero w przyszłości stają się płatnymi (§. 63 u. k.).

Bierność majątku, t. j. przewaga stanu biernego nad stanem czynnym tegoż (*Vermögensunzulänglichkeit, Insuffizienz*), w ogólności sama przez się nie jest przyczyną ogłoszenia konkursu, jeśli nie jest połączona z niewypłacalnością. Jedynie dla spółek akcyjnych (art. 240 ust. handl.) i stowarzyszeń zarobkowych i gospodarczych z poręką ograniczoną (§. 84 ust. z 9. kwietnia 1873 l. 70 dz. u. p.) istnieje obowiązek zgłoszenia konkursu, jeśli się okaże, że majątek nie pokrywa długów.

Sposób, w jaki niewypłacalność wykazaną być winna sądowi celem ogłoszenia upadłości, jest rzeczą prawa formalnego. W tej mierze odróżnia ustawa konkurs kupiecki od zwyczajnego. Dla ogłoszenia konkursu kupieckiego wystarczy, jeśli osoba podlegająca przepisom o konkursie kupieckim zastanowi wypłaty, t. j. oświadczy wyraźnie albo też sposobem domniemanym (przez czynności konkludencyjne) zamiar niepłacenia zapadłych już długów (zaprzestanie wypłat, *Zahlungseinstellung*, §. 194, 198 u. k.), — ponieważ okoliczność tę ustawa uznaje za dostateczny dowód, iż kupiec (lub spółka) znajduje się w stanie niewypłacalności. — W innych przypadkach ogłoszenie konkursu nastąpi:

a) jeśli kto z powodu niemożności płacenia długów sam zażąda ogłoszenia upadłości, albo też jeśli po śmierci dłużnika dziedzic lub kurator spuścizny otwarcia konkursu się domaga (§. 62 u. k.), a to w tych przypadkach bez żądania dalszych dowodów niemożności płacenia;

b) jeśli jeden lub więcej wierzycieli, którzy roszczenia swoje dokumentem na zupełną wiarę zasługującym udowodnią, przeciw dłużnikowi ogłoszenia upadłości się

domagają. W tym ostatnim przypadku ogłoszenie konkursu poprzedzone być musi sprawdzeniem stanu niewypłacalności dłużnika. Stan ten jako istniejący może być poczynany tylko wówczas, jeśli albo α) dłużnik ścigany jest egzekucjami (§. 63), albo też β) umknął lub się ukrywa, a innego powodu ucieczki lub ukrywania się prócz niemożności płacenia przypuszczać nie można (§. 64 u. k.).

W pierwszym przypadku (α) sąd wyznacza audyencyę i nakazuje dłużnikowi, ażeby albo zabezpieczył należących wierzycieli, albo też przedłożył wykaz stanu czynnego i biernego swego majątku i wykazał możność zaspokojenia wszystkich wierzycieli, — a jeśli to nie nastąpi, ogłosi konkurs; — w drugim przypadku (β) ogłosi konkurs za wysłuchaniem kuratora dłużnika, jeśli stwierdzi obawę, że w razie zaniechania konkursu szczególne szkody powstać mogą wierzycielom.

Pod względem określenia pojęć niewypłacalności, niedostateczności majątku i zaprzestania wypłat i stosunku ich do siebie w literaturze i judykaturze austr., panuje wiele niejasności, spotęgowanej tem, że §. 486 u. karnej obowiązywać się zdaje każdego do zgłoszenia konkursu, skoro stan bierny przewyższy stan czynny majątku jego, co niektórych autorów skłania do twierdzenia, że wyrazi: »niemożność uiszczenia się z długów« (*Unvermögen seine Schulden zu bezahlen*) obejmują tak wstrzymanie wypłat, czyli »niewypłacalność«, w technicznem tego słowa znaczeniu, jak i brak majątku, t. j. »stan majątku bierny«. Tak Trammer str. 143. — Pollak str. 66 twierdzi, że niemożność płacenia nie jest identyczną z zaprzestaniem wypłat, zaś str. 64 identyfikuje te dwa pojęcia, a na str. 69 znowu je odróżnia („*die durch die Zahlungseinstellung dokumentierte Insolvenz*“). Por. także Schwarz str. 57. Nawet Frankl str. 53, który zresztą bardzo jasno zapatrjuje się na kwestye konkursowe, twierdzi, że warunkiem zwyczajnego konkursu jest w ogólności przeciążenie długami czyli bierność majątku, zaś warunkiem kupieckiego konkursu bądź bierność majątku, bądź niewypłacalność, a opiera się na tem, że ust. konk. austr. ułożona jest na wzór ust. konk. pruskiej, gdzie dla zwyczajnego konkursu wymagana jest wyraźnie bierność majątku, (§. 322 prusk. ust. konk.), tudzież że §. 63 u. k. austr. wymaga dla

odwrócenia konkursu wprost wykazania dostateczności majątku. — Zapatrywanie to zd. m. jest mylne. Powołanie się na ust. pruską nie dowodzi niczego, bo ta u nas nie obowiązywała i nie obowiązuje, a stąd, że ustawodawca austr. tu i ówdzie brał ją za wzór, nie wynika, iżby wszystkie jej postanowienia akceptował. Co zaś do argumentu z §. 63 u. k. austr., to przeoczył tenże autor, że wykazanie dostateczności majątku jest tylko jednym ze środków odwrócenia konkursu (zwyczajnego), a bynajmniej nie koniecznym środkiem, bez którego obejść się nie można, gdyż drugim środkiem jest zabezpieczenie zalegających wierzycieli (bez wykazywania dostateczności majątku). Zabezpieczenie takie jest *minus*, bo odnosi się tylko do zapadłych już wierzytelności, a więc mieści się w *plus*, t. j. w dowodzie, iż wszystkie wierzytelności, zapadłe i niezapadłe, są bezpieczne. *De lege ferenda* Frankl oświadcza się za przyjęciem niewypłacalności jako jedynego warunku ogłoszenia konkursu. Mnie zaś się zdaje, że to życzenie Frankla już w dzisiejszej ustawie jest urzeczywistnione. Z przepisu §. 1 u. k. bowiem wynika, że skutki konkursu dotknąć mogą tylko dłużnika będącego w stanie niewypłacalności (*zahlungsunfähig gewordenen Schuldner*), nie dotyczą więc dłużnika, który płacić może, jakkolwiek stan bierny przewyższa stan czynny majątku jego. Słusznie twierdzi Kohler *Leitf.* str. 174, że wiele, piękne nadzieje przedstawiających przedsiębiorstw rozpoczyna majątkiem biernym, a naodwrot przewaga stanu czynnego nie chroni od niewypłacalności, jeśli majątek ten tylko z trudnościami i stratą czasu spieniężony być może. Podług ust. niem. (§. 102) jedynym warunkiem koniecznym ogłoszenia konkursu jest niewypłacalność. Tak samo zd. m. rzecz się ma w pr. austr. (§. 1), §. 62—64 i 198 u. k. określają jedynie, kiedy sędzia ten stan za istniejący ma poczytać, a zatem konkurs ogłosić może, w szczególności podług §. 198 (u kupców, spółek i t. d.) już wówczas, gdy nastąpiło zaprzestanie wypłat, podług §. 62 do 64 (u niekupców) dopiero wówczas, jeśli przewidziane tam okoliczności w sposób ustawą wskazany stwierdzone zostały. Sama bierność majątku nigdzie jako wyłączna przyczyna ogłoszenia konkursu podaną nie jest, bo nawet i w art. 240 u. k. i §. 84 ust. o stow. zarobk. bierność majątku tylko jako objaw niewypłacalności prowadzi do ogłoszenia konkursu. — Przepis §. 486 u. karn. jako karny nie powinien być używany do interpretacji ust. konk., zwłaszcza o wiele późniejszej. Lecz chociażby nawet,

to zaniechanie zgłoszenia upadłości w przypadku bierności majątku i podług tego przepisu ulega karze tylko w razie, jeśli nastąpiła niemożność zapłaty. Nikt bowiem karany być nie może za to, że nie zgłosił konkursu w chwili, gdy majątek jego był biernym, jeśli się później nie znajdzie w stanie niewypłacalności.

II. Mimo istnienia stanu niewypłacalności dłużnika konkurs ogłoszony nie zostanie jeśli:

1) okaże się, że istnieje tylko jeden osobisty wierzyciel;

Dla prawa austr. nie ulega to wątpliwości. Podług teraźniejszej ust. niem. jest kwestya sporną. Ob. z jednej strony Seuffert *Konkursr.*, z drugiej Kohler *Lehrb.* str. 67, Oetker *Grundbegr.* I. str. 56, Fitting *Reichskonk.* str. 346 uw. 1. — Zd. m. mnogość wierzycieli jest koniecznym warunkiem konkursu już dlatego, że inaczej cała racya odrębnego postępowania odpadłaby, a konkurs byłby niepotrzebnem pastwieniem się nad dłużnikiem. Aby o »zbiegu« wierzycieli mowa być mogła, potrzeba więc co najmniej dwóch, których interesa kolidowałyby.

albo

2) że majątek jest za mały, ażeby pokrył koszta postępowania konkursowego, w którym to ostatnim przypadku sąd nakaze dłużnikowi złożenie przysięgi, że nie z majątku swego nie zataił, a o odmówieniu wykonania przysięgi doniesie prokuratorowi rządowej (§. 66 u k.).

Wyjątek od tej zasady zachodzi podług §. 2 ust. z 16. marca 1884 l. 25 dz. u. p. wtedy, jeśli wierzyciel żądający ogłoszenia konkursu uprawdopodobni istnienie prawa zaczepienia jakiejś czynności dłużnika i złoży kaucyę na zabezpieczenie kosztów. — W innych przypadkach nawet takie zabezpieczenie kosztów nie doprowadzi do ogłoszenia konkursu. Tak też zgodnie Pollak str. 73, Schwarz str. 50, Kissling str. 139, Trammer str. 155 i przeważnie praktyka sąd. Ob. orz. cyt. u Tramera. — Przeciwnie §. 107 ust. 1 ust. konk. niem.

III. Konkurs ogłoszony być może z reguły tylko na wnioszek osób do żądania takiego upoważnionych. Takiemi

zaś są: dłużnik, jego dziedzic, kurator spuścizny, a wkońcu wierzyciel, któremu w ogłosić się mającym konkursie przypadłby przymiot wierzyciela konkursowego. Wyjątkowo sąd ogłosić winien konkurs z urzędu, nie czekając wniosku, jeśli z doniesienia kupca lub spółki handlowej dowie się o zaprzestaniu wypłat (§. 198 u. k.). Podobnie z urzędu ogłosi sąd konkurs do prywatnego majątku spółników osobiście odpowiadających spółki jawnej lub komandytowej, i komandytowej na akcyje, jeśli konkurs do majątku takiejże spółki ogłoszony zostanie (§. 199 u. k.).

Kto i kiedy do uczynienia wniosku na otwarcie konkursu potrzebuje szczególnego upoważnienia, oćeni należy podług zasad prawa cywilnego. — Potrzebę upoważnienia sądowego do wniosku dziedzica lub kuratora spuścizny wywodzą z analogii §. 145 post. niesporn., §. 282 u. c., §. 29 ust. 2 i 129 ost. ust. pał. niesp. z 1854 r. Rozumie się samo, że ogłoszenia konkursu do spuścizny może żądać tylko dziedzic taki, którego odpowiedzialność nie sięga powyżej sił spadku, który przyjął, i to dopokąd spadek przyznany nie został, zatem nie tylko w razie przyjęcia »z dobrodziejstwem inwentarza«, lecz — chociażby przyjęcie nastąpiło bezwarunkowo — w przypadku separacyi majątków (§. 812 u. c.). W przypadku nieograniczonej odpowiedzialności dziedzica konkurs do spuścizny nie miałby żadnej racyi, a gdyby dziedzic taki skutkiem przyjęcia nieograniczonej odpowiedzialności stał się niewypłacalnym, musiałby być konkurs ogłoszony do jego majątku, nie zaś do spuścizny.

IV.

Skutki ogłoszenia upadłości ze względu na dłużnika.

a) Skutki majątkowe.

I. Od chwili, w której przypada początek postępowania konkursowego (ob. wyżej §. I. pod IV.), przedmioty, wchodzące w skład majątku upadłego dłużnika, otrzymują wyłączne przeznaczenie służenia na zaspokojenie długów istniejących już w onej chwili. Przeznaczenie to wymaga zarządzeń, które zdołają udaremnić wszelkie inne z niem

sprzeczne użycie tychże przedmiotów majątkowych, a więc przede wszystkim odjęcia dłużnikowi upadłemu możności rozrządzenia nimi, o ile węzłem konkursu objęte zostają (§. 1. u. k. ust. 1.). W celu uchylenia faktycznej możności rozrządzenia przedmioty te oddane zostają w przechowanie i pod zarząd wierzycieli (§. 1. u. k. ust. 2); W celu odjęcia prawnej możności rozrządzenia wbrew interesom wierzycieli wszelkie rozrządzenia lub czynności prawne, jakieby podjął dłużnik po onej chwili, o ile odnoszą się do przedmiotów majątkowych, węzłem konkursu objętych, w szczególności wszelkie ich pozbycie, zastawienie lub obciążenie, uznane są wobec t. zw. „ogółu wierzycieli“ za nieważne (§. 3. u. k. ust. 1.).

Dawniejsza literatura niemiecka odróżniała ze względu na skutki trojaki konkurs: grozący (*imminent*), materialny i formalny. Polegało to na tem, że od chwili, gdy dłużnik już był w stanie niewypłacalności, aż do chwili rozdziału majątku między wierzycieli odróżnić się dały rozmaite stadya: 1) dłużnik jest *de facto* w stanie niewypłacalności, lecz wierzyciele nie nalegają na zapłatę, — sąd więc nie ma powodu do wkroczenia; 2) wierzyciele poczynają się zgłaszać z pretensjami i prowadzić egzekucye, lecz na razie każdy dla siebie; 3) konkurs zostaje ogłoszony sądownie. Do każdego takiego stadyum przywiązywano rozmaite skutki, a więc do pierwszego możność skargi pauliańskiej, jeżeli dłużnik w tem stadyum coś pozbędzie *in fraudem creditorum*, z drugim wiązano pewną łączność między wierzycielami, z mocy której żaden z nich nie powinien, drugich wyprzedzać — wstrzymanie egzekucyi, zgaśnięcie prawa retencyi i t. p., z trzecim nieważność wszelkich czynności, nawet bez skargi pauliańskiej, złączenie wszystkich procesów w sądzie konkursowym i t. d. Przytem niektórzy przypuszczali w ostatnim stadyum przejście majątku dłużnika na wierzycieli i t. p. Odróżnienie tych rodzajów konkursu utraciło rację bytu z chwilą, gdy ustawami wprowadzono możność opugnowania aktów prawnych niewypłacalnego dłużnika. Por. Bayer *Theorie des Konkursprozesses* (1868), także Frankl *Zur Rev.* str. 56 n.

Gdy nieważność ta istnieje tylko wobec „ogółu wierzycieli“, czynności te prawne wobec innych osób,

a w szczególności także wobec dłużnika samego są ważne, a więc obowiązują go i uprawniają tak samo, jak gdyby były podjęte poza konkursem; a nieważność wobec wierzycieli objawia się w tem, że jak długo trwa stan konkursu, skutki ich dotyczyć nie mogą majątku konkursem objętego. Nieważność ta nie jest więc niczem innym, jak tylko bezskutecznością wobec wierzycieli konkursowych.

O tych pojęciach: nieważności i bezskuteczności ob. moje *Pr. pryw.* I. §. 97, 98 — dalej Eck *Allg. Th. des Entw.* (1896) str. 39, Endemann *Lehrb. d. bgl. R.* 8. wyd. (1903) I str. 366 uw. 1 i cyt. tamże w uw. 2 aut. — O to, czy należy używać tu wyrazu *nichtig* (jak dawniejsza ust. konk. niem., §. 6.), czyli też *unwirksam* (jak nowa ust. niem., §. 7.), spierają się dotąd Niemcy. Dopóki spór idzie o wyrazy, nie warto się nim zajmować. Lecz niektórzy, jak Schultze, str. 28, identyfikują pojęcie bezskuteczności (*Unwirksamkeit*) z pojęciem możności opugnowania (*Anfechtbarkeit*), co jest oczywiście mylnem. Ob. Foerster-Eccius I. str. 794 u. 18. Równie mylnem wydaje mi się twierdzenie Pollaka str. 119, za którym idzie Trammer str. 10, że nieważność §. 3. u. k. jest »względna«. Względnie nieważnym bowiem nazywamy interes, który jest ważnym, dopóki kto do tego uprawniony przyczyny nieważności skutecznie nie dochodzi, a jeśli to się stanie, akt staje się nieważnym wobec wszystkich *ex tunc* — jak n. p. małżeństwo zawarte z przeszkodą prywatno-prawną. Takim nie jest akt prawny przez upadłego dłużnika zawarty, gdyż on skutku wobec wierzycieli nie odnosi już z mocy ustawy, bez względu na to, czy wierzyciele tę nieważność podniosą, czy nie, a mimo to jest ważnym i wobec innych osób skutecznym. Akt może być ważnym, a równocześnie bezskutecznym (n. p. *testamentum destitutum*), lecz ważnym wobec jednych, a nieważnym wobec innych być nie może.

Ograniczenia dłużnika w stosunku do jego majątku nie sięgają dalej, aniżeli tego potrzeba wymaga, a więc:

1) Dłużnik przez otwarcie konkursu nie traci zdolności prawnej, gdyż nie przestaje być podmiotem czynnym i biernym we wszystkich stosunkach prawnych, w jakich zostawał w chwili ogłoszenia upadłości, a nadto zatrzy-

muje zdolność nabywania praw także i w czasie trwania upadłości.

Najlepszy dowód w tem, że ustawa i nowy nabytek, zdarzający się podczas konkursu, do konkursu wciąga (§. 1, 4 u. k.). Rozumie się samo przez się, że dłużnik zostaje także podmiotem praw prywatnych, które wyłączone są od konkursu.

2) Nie traci też zdolności do działania, ponieważ rozrządzenia i czynności prawne jego, o ile nie odnoszą się do przedmiotów majątkowych konkursem objętych (ob. poniżej pod III.), są ważne i skuteczne, o ile zaś odnoszą się do tegoż majątku, są „jedynie wobec wierzycieli konkursowych nieważne“, t. zn. bezskuteczne. Może on więc w czasie trwania stanu upadłości podejmować czynności i akty prawne, które go obowiązują i uprawniają; dopóki jednak trwa stan upadłości, akty takie, ze względu na przedmioty majątkowe konkursem objęte, wobec wierzycieli skutku odnieść nie mogą. Nie potrzeba, iżby wierzyciele je opugnowali, gdyż skoro wobec nich są „nieważne“, nie mają też wobec nich skutku, któryby mógł być opugnowany.

To znaczy, że zarząd majątku może akty takie poczytać za nieistniejące. Stąd jednak nie wynika, aby nie zaszczyła niekiedy potrzeba stwierdzenia tej bezskuteczności drogą skargi przeciw osobie trzeciej, która z dłużnikiem akt taki zawarła.

Po zniesieniu konkursu stają się zupełnie skutecznymi, — jak gdyby konkursu nigdy nie było.

Ze względu, że konkursem objęte zostają nietylko przedmioty majątkowe, jakie dłużnik w chwili ogłoszenia posiada, lecz także i te, które mu w czasie konkursu przypadną, odjętą mu zostaje wobec wierzycieli możność rozrządzania także i dziedzictwem lub zapisem w czasie konkursu nań przypadającym. Zrzeczenie się więc lub pozbycie albo obciążenie takiego dziedzictwa lub zapisu byłoby więc wobec wierzycieli bezskutecznem. Nadto

„ogół wierzycieli“ ma prawo imieniem dłużnika przyjmując dziedzictwo z zastrzeżeniem inwentarza, jako też realizować zapisy (§. 4. u. k.), a więc zużytkowywać celem zaspokojenia wierzytelności konkursowych korzyści majątkowe, jakie kroki te przyniosą.

Do zrzeczenia się dziedzictwa lub zapisu z tym skutkiem, iżby dłużnik je stracił, ogół wierzycieli nie jest upoważniony, gdyż mieściłoby ono w sobie dyspozycję majątkiem, wykraczającą poza jego przeznaczenie. Natomiast odpłatne pozbycie dziedzictwa lub zapisu i zaspokojenie się z ceny kupna jest sposobem realizowania majątku, zatem za dozwolone uważane być muszą. Gdyby zarząd zrzekł się prawa oświadczenia się do spadku lub przyjęcia zapisu, stają się one wolnym majątkiem do dyspozycji dłużnika. Por. *Tramm er* str. 11.

Jeżeli dłużnikiem jest osoba prawna, organa jej, jak Dyrekcya lub Wydział, Rada nadzorcza, Ogólne zgromadzenie i t. p., istnieć nie przestają, — mają jednakże wówczas tylko taki zakres działania, jaki w ogólności ma każdy inny dłużnik upadły.

Poza tem ustawa pozostawia upadłemu dłużnikowi także — chociaż w szczupłych granicach — pewien wpływ na tok interesów w czasie konkursu (n. p. §. 119. 146., 156., 207. u. k. — ob. także poniżej rozdz. o zapłacie w upadłości).

II. Równocześnie, gdy dłużnik wolną dyspozycję majątkiem konkursowym traci, wierzyciele nabywają prawo wzięcia tegoż majątku w swoje przechowanie i zarząd i użycia go na zaspokojenie swoich wierzytelności (§. 1. al. 2. ust. k.). Pod względem przechowania tego i zarządu wierzyciele nie są ani następcami prawnymi, ani zastępcami dłużnika upadłego. Następstwo jest tu jedynie tylko czasowem. Prawo bowiem, które wierzyciele do przechowania i zarządu nabywają, nie jest identyczne z prawem przechowania i zarządu, jakie dłużnik traci. W ręku dłużnika prawo przechowania i zarządu jest następstwem jego prawa własności. Dopokąd nie popadnie w konkurs, może je wy-

konywać podług swej woli, zatem w zasadzie bez ograniczenia, może nadać majątkowi swemu i jego częściom składowym dowolne przeznaczenie, może przedmioty w skład jego wchodzące rozprzedać, rozdarować, zniszczyć. Przeciwnie: prawo, jakie uzyskują wierzyciele, wiązane i ograniczone jest w sposób wyłączający wszelki inny użytek przeznaczeniem majątku służenia na ich zaspokojenie i tylko odpowiednio do tego przeznaczenia wykonywane być może. Treść prawa, jakie dłużnik traci, nie pokrywa się więc z treścią prawa, jakie uzyskują wierzyciele: prawo dyspozycji dłużnika jest więc innem prawem, aniżeli prawo dyspozycji wierzycieli.

Opierając się na mylnie zrozumianej t. zw. *cessio bonorum*) prawa rzymskiego, dawniejsze teorye prawa posp. utrzymywały, że skutkiem ogłoszenia upadłości jest sukcesya, z mocy której wierzyciele wchodzą *titulo universalii* w prawa dłużnika upadłego, przyczem niewyjaśnioną jest kwestya, czy myślało o sukcesyi także i w passywa majątku, czy też tylko o sukcesyi w same aktywa jako całości (teorya sukcesyi uniwersalnej). Ob. dawniejszą literaturę cyt. u Seufferta *Zur Geschichte u. Dogmatik des deutschen Konkursrechtes* (1888) str. 69 n. uw. 1, 2. — Później zmodyfikowano teoryę sukcesyi w ten sposób, że ograniczono następstwo wierzycieli jedynie do aktywów drogą sukcesyi pod tytułem szczegółowym. Tak jeszcze Kori *System des Konkursprozesses* (1807), Günther w Weiske'go *Rechtslexikon* sub v. *Concurs* (teorya sukcesyi szczegółowej). I ta teorya nie długo się utrzymała. Gensler w *Arch. f. civil. Praxis* II str. 348 n., Puchta *Konkursprozess* (1827), z nowszych jeszcze Voelderndorf *Komment. z. Konkursordnung* (1884) str. 31 uznawali braki tak teoryi sukcesyi ogólnej jak i szczegółowej i tworzyli kombinacye cesyi, asygnacyi, *datio in solutum* i *mandatum in rem suam* (teorya sukcesyi mieszanej). — Wszystkie teorye sukcesyjne, w jakiegokolwiek występowałyby formie, nie dały się pogodzić z dawniejszemi ani z terażniejszymi ustawami, z których żadna nie odbiera dłużnikowi majątku. Już w dawniejszej literaturze austr. to uznawano. Por. Prato bevera *Materialien* VIII str. 442, Wagner w *Ztsch. f. oest. Rg.* 1826 I. str. 54 n., Haimeri *Vorträge üb. d. Konk.*

d. *Gläub.* str. 67. — Nadto musiałyby doprowadzić do konsekwencji, że wierzyciele, nabywając majątek, musieliby tem samem skwitować ze swych wierzytelności przynajmniej o tyle, o ile sięga jego wartość szacunkowa, albo też przejście majątku musiałyby być jedynie formalne, któreby miało na celu jedynie zrealizowanie jego i zaspokojenie wierzytelności. W tym celu ostatnim zaś przejście majątku na wierzycieli byłoby zupełnie zbędnem, gdyż i poza konkursem zaspokojenie wierzytelności odbywa się bez takiego przejścia. Nadto wymagałoby przejście takie utworzenia osoby prawnej, co — wedle tego, co poniżej będzie wyłuszczone — nie ma uzasadnienia w istocie rzeczy. Inni porzucają teorię sukcesyi. I tak: jedni uważają ogół wierzycieli konkursowych za reprezentanta dłużnika *in rem suam* (por. D a b e l o w *Ausf. Entwicklung der Lehre v. Konkurs*, 1801, str. 679 n., Sch w e p p e *Syst. d. Konkursrechtes*, także w części M ü h l e n b r u c h *Die Lehre v. d. Cession d. Forderungsrechte* 1836 str. 270) (teorya reprezentacyjna), która to teorya zostaje w sprzeczności z zasadą, że skoro dłużnik traci możność dyspozycyi swoim majątkiem, reprezentant jego nie może jej również mieć (por. C a n s t e i n str. 475). Inni sądzą, że skutkiem ogłoszenia konkursu wierzyciele uzyskują prawo zastawu (*pignus praetorium*), rodzaj generalnej egzekucyi na majątku dłużnika (teorya prawa zastawu); tak z niemieckich Seuffert *Zur Gesch.* str. 81, tegoż *Konkursprocessr.* str. 2, z austr. K a s e r e r str. 34, przyczem pominąwszy niezgodność istoty takiej generalnej hipoteki z pojęciem prawa zastawu, przyjęciu tej teoryi stanęłaby na przeszkodzie okoliczność, że niema pewnych osób, którymby ona służyć miała, a gdyby przyjąć, iż służy ona ogółowi wierzycieli jako osobie prawnej, nie byłoby pretensyi, któraby takiemu ogółowi służyła. Przeciw tej teoryi ob. słuszne uwagi M. F i e r i c h a w rec. Seufferta, *Czasop. Grünh.* XVI str. 485. Teorya ta nietylko byłaby sprzeczną z istniejącymi przepisami o nabyciu prawa zastawu, lecz mogłaby usprawiedliwić chyba tylko prawo przechowania i sprzedaży, nie zaś dopełnienia zobowiązania dłużnika przez ogół wierzycieli, prowadzenia procesów i t. p. Podobną jest teorya K o h l e r a *Lehrb.* (1891) str. 98 n., *Leitf.* 1903 str. 72 — i w H o l t z e n d o r f f a - K o h l e r a *Rechtsencykl.* (wyd. 6. — 1904) II str. 178 n., która, uznając różnice, jakie zachodzą między powyższą generalną hipoteką a prawem zastawu, konstruowała ją jako podobne do pr. zastawu, lecz z niem nieidentyczne tzw. prawo aresztu (*Beschlags-*

recht) (teoria prawa aresztu). Za nim z austr. autorów Canstein w rec. Kohlera w Grünh. XIX str. 679 — a jak się zdaje także Schwarz *Konkursr.* I. W tekście przyłączam się przeważnie do teorii t. zw. publiczystycznej.

Z chwilą ogłoszenia upadłości nabywają wierzyciele z mocy ustawy, a względnie z mocy orzeczenia sądowego, prawo to jako nowo powstające w celu zaspokojenia się z majątku dłużnika podług przepisów ustawy.

Okoliczność, iż prawo dyspozycyi, jakie traci dłużnik, nie jest identyczne z prawem dyspozycyi, jakie nabywają wierzyciele, za mało dotąd znalazła uwzględnienia w nauce. Pod wpływem motywów ust. niem. wytworzyło się mniemanie, że skoro dłużnik traci prawo zarządzania swoim majątkiem, prawo to musi kto inny w jego zastępstwie wykonywać, ...*es muss eine gesetzliche Stellvertretung des Gemeinschuldners stattfinden* (Mot. str. 1369). Znalazło to wyraz w §. 5 dawn. (§. 6 now.) ust. konk. niem., który, odbierając dłużnikowi upadłemu prawo zarządu i dyspozycyi, oddaje je (w ust. 2) zarządcy majątku. Ust. austr. przeciwnie w §. 1 odejmuje wprawdzie dłużnikowi dyspozycję, ogółowi wierzycieli nadaje w drugim ustępie (niezależnie od pierwszego) prawo zarządu i zaspokojenia się. Tę konstrukcję uważam za zupełnie poprawną. Ustawa przemawia do dłużnika: okazałeś się niezdolnym do zaspokojenia wierzycieli, usuń się więc aby się wierzyciele sami zaspokoić mogli. Prawo dyspozycyi dłużnikowi nie zostaje właściwie odjęte, lecz zawieszony w wykonywaniu w tym celu, aby wierzyciele z własnego prawa dla swego zaspokojenia działać mogli. Wszystkie teorie konkursowe, o ile opierają się na prywatno-prawnym następstwie wierzycieli w prawa dłużnika upadłego, lub na prywatno-prawnym stosunku zastępstwa dłużnika w wykonywaniu jego praw, rozbijają się zdaniem mojem o ten szkopał, że prawa wierzycieli nie są temi samymi prawami, które miał dłużnik, a jeśli Kohler *Lehrb.* str. 100 twierdzi, że niezdolność upadłego dłużnika do dyspozycyi sięga tak daleko, jak zdolność do dyspozycyi wierzycieli, że więc są one tylko dwoma stronami jednego i tego samego stosunku, to zapatrywanie to jest najwidoczniej mylnem. Niema bowiem wątpliwości, że w prawie dyspozycyi dłużnika, który w konkurs nie popadł, mieści się n. p. także prawo czynienia doro-

wizny ze swego majątku, lecz równie niewątpliwem jest, że wierzyciele tego prawa nie mają.

III. Przedmioty majątkowe, które nie zostają objęte konkursem, lub też od węzła konkursu zwolnione zostają, pozostają w zupełnej dyspozycji dłużnika. Do tych przedmiotów należą:

1) wszystkie takie, które od egzekucyi są wyłączone (§. 1 u. k.);

2) zarobek dłużnika, uzyskany podczas trwania konkursu, o ile potrzebnym jest do utrzymania jego i osób, którym służy z ustawy prawo żądania od niego utrzymania (§. 5 ust. 1. u. k.);

Należy tu i zarobek, uzyskany przez dłużnika za czynności zarządowi odpłatnie świadczone, zawsze jednak z ograniczeniem, o ile potrzebny jest do utrzymania, gdyż niema osobnego przepisu, któryby taki zarobek zwalniał bez tego ograniczenia. Inaczej Pollak str. 116 i inni. Mieszkanie, które dłużnik zajmował w chwili otwarcia konkursu w domu swoim, o ile niezbędnem jest dla niego i jego rodziny spólnie z nim mieszkającej, nie może mu być odjęte już po myśli §. 105 ord. egz. jako wyjęte z pod egzekucyi (§. 1. u. k. — por. Fürth *Das oest. Miethrecht* str. 24). Przeciwnie orz. 7238 z r. 1878, zapadłe jeszcze przed ord. egz., było wówczas uzasadnione.

3) Jeżeli zostaną wyznaczone dłużnikowi pewne kwoty na utrzymanie, także i te kwoty. Dłużnik jednak nie ma prawa żądania takiego utrzymania, zależy ono owszem od woli tych wierzycieli, którzyby przez pozwolenie jego ponieśli szkodę (§. 5. al. 2. i 3. u. k.).

Zarobek ten zasadniczo objęty jest konkursem, o ile podlega egzekucyi (§. 1 u. k.) — zostaje więc do wolnej dyspozycji dłużnika tylko o tyle, o ile go stosownie do §. 5 dłużnikowi pozostawiono (*überlassen*). Por. Schrutka *Compens.* str. 71, Pollak str. 117 uw. 22, — przeciwnie Kaserer str. 31, Schwarzw. str. 53, Ofner w *Ger. Halle* 1892 Nr. 53.

4) Inne przedmioty majątkowe, które z mocy dyspozycji organów konkursowych od węzła konkursu prawidłowo zostałyby zwolnione.

Np. gdyby zarząd postanowił nie dochodzić przypadającego dłużnikowi spadku lub legatu, albo ze względów pietyzmu pozostawił mu rzeczy mające dlań znaczenie pamiątkowe (portrety przodków i t. p).

Ponieważ wymienione tu pod 2—4 przedmioty majątkowe mogą być dłużnikowi pozostawione do wolnej dyspozycji tylko na mocy postanowienia organów konkursu, które obowiązuje wszystkich wierzycieli konkursowych, przeto odrębna egzekucya ze strony wierzycieli konkursowych na te przedmioty nie jest dopuszczalną. Natomiast inni wierzyciele mogą prowadzić egzekucję na te przedmioty, o ile one od egzekucyi nie są wyłączone.

Por. także orz. 7015 i przeciwne 7153.

b) Skutki niemajątkowe.

Ogłoszenie upadłości dotyka głównie sfery majątkowej dłużnika, o ile majątek jego węzłem konkursu objęty zostaje, jednakże wywiera pewien wpływ na stanowisko prawne dłużnika także i poza sferą majątkową, który to wpływ uzasadniony w części tem, że dłużnik nie dotrzymuje swoich zobowiązań majątkowych i wyrządzając tem szkodę wierzycielom, pozbawia się tem samem owego stopnia zaufania, który w społeczeństwie uregulowanem wymagany być musi do pewnych stanowisk życiowych, — w części zaś tem, że przyczyną stanu niewypłacalności jest częstokroć nieogłędne, lekkomyślne prowadzenie interesów, narażające innych na szkody, jeśli nie wprost karogodne, z zamiarem wzbogacenia się podjęte pokrzywdzenie osób, w majątkowych stosunkach z nim zostających

Z bardzo poważnymi zarzutami wystąpił przeciw temu stanowisku prawodawczemu Frankl *Zur Rev.* str. 45 n., wychodząc z założenia, że prawodawstwo powinno ułatwiać dłużnikom wejście na drogę konkursu w razie zachodzącej niewypłacalności, nie zaś odstraszać ich od tego, tudzież że presumcya karogodnego zachowania się dłużnika i zwalanie na niego ciężaru dowodu braku winy

sprzeciwiają się zasadzie kryminalistycznej, iż tylko tego za winnego poczytywać należy, komu winę udowodniono.

Wpływ ten na stosunki niemajątkowe dłużnika unormowany jest częścią w samej ustawie konkursowej częścią zaś — o ile z zadaniami postępowania konkursowego w związku nie zostaje — w innych ustawach. Należą tu ograniczenia praw publicznych, jak utrata czynnego i biernego prawa wyboru do Rady państwa, sejmów krajowych, reprezentacji gminnych, reprezentacji wyznaniowych, zawodowych, niezdolność sprawowania niektórych urzędów i funkcyi publicznych i t. p.

Nauka o tem nie należy do prawa konkursowego. Przepisy pod tym względem obacz u *Trammerra* str. 72 n. Inne skutki wynikają dla dłużnika upadłego stąd, że akty prawne przez niego poprzednio zdziałane ulegają po ogłoszeniu konkursu pewnym modyfikacyom. O wpływie konkursu na akty prawne będzie mowa poniżej.

V.

Stanowisko prawne Sądu i osób w konkursie działających.

W postępowaniu konkursowem działają: sąd konkursowy, komisarz konkursowy, zarządca majątku, wydział wierzycieli, wreszcie zebranie wierzycieli.

I. Sąd konkursowy równocześnie z ogłoszeniem konkursu mianuje jednego z radców swoich albo innego do wykonywania urzędu sędziowskiego uzdolnionego urzędnika komisarzem konkursowym. Tenże ma obowiązek samodzielnego kierowania postępowaniem konkursowem i czuwania nad działalnością osób, którym poruczony jest zarząd majątkiem. Powołany jest on do wydawania zarządzeń i rozstrzygnięć, które ustawą konkursową nie są zastrzeżone uchwale sądu samego. Przy wykonywaniu zarządzeń, jakie tenże z obowiązku swego wydaje, wszystkie sądy i władze udzielać powinny potrzebnej pomocy. Kto czuje się zarządzeniami jego pokrzywdzony, może zażądać rozstrzygnięcia sądu (§. 70 u. k.). Działalność ko-

misarza zostaje pod nadzorem sądu, który każdej chwili może żądać od niego sprawozdań, z ważnych powodów go odwołać i zamianować innego (§. 71 u. k.).

Który sąd jest właściwym do ogłoszenia konkursu i przeprowadzenia postępowania konkursowego, o tem rozstrzyga prawo formalne.

Równocześnie z ogłoszeniem konkursu ustanawia sąd konkursowy tymczasowego zarządcę majątku (*einsteuiger Masseverwalter* — §. 73 u. k.), wierzyciele zaś, którzy uprawdopodobnią swe wierzytelności, mogą przy wyznaczeniu się mającej rozprawie uczynić wniosek zatwierdzenia tymczasowego zarządcy lub też zaproponować innego, którego sąd — jeśli niema przeszkód — zatwierdzi. Na tejże samej rozprawie wybierają wierzyciele z pomiędzy siebie kilku (trzech do pięciu — §. 84 u. k.), którzy tworzą t. zw. wydział wierzycieli, a którym komisarz konkursowy — jeśli niema ważnych wątpliwości — wyda dokument nominacyjny (§. 74 u. k.).

Po przeprowadzonej likwidacyi zgłoszonych do konkursu wierzytelności wierzyciele mają prawo wybrać większością głosów, podług wysokości ustalonych pretensyi obliczyć się mającą, innego zarządcę i innych członków wydziału wierzycieli. Jeśli nikt z pomiędzy nich takiego wniosku nie uczyni albo dla innych nie znajdzie się większość, dotychczasowi pozostają (§. 143 u. k.).

Zarządca majątku jest — podług słów ustawy — „zastępcą ogółu wierzycieli i zarządcą majątku konkursem objętego“ (§. 76 u. k.). Ma on obowiązek „wysledzić stan czynny i bierny majątku, starać się o zebranie i zabezpieczenie stanu czynnego i o ustalenie stanu biernego szczególnie przez rozpoznanie zgłoszonych wierzytelności“; prowadzi on tak czynne jak i bierne procesy, odnoszące się do majątku konkursowego lub jego części. W czynnościach swych dokładać winien staranności rzetelnego i pilnego gospodarza, a ze zarządu prowadzić i składać dokładne rachunki (§. 76 u. k.). W stosunku do osób trzecich upo-

ważniony jest na zasadzie swej nominacji do wszelkich czynności i działań prawnych, jakie wywiązują się z dopełnienia obowiązków urzędu. Upoważnienie to rozciąga się na wszystkie czynności, do których podług powszechnego prawa cywilnego wymagane jest szczegółowe, na rodzaj czynności opiewające pełnomocnictwo, w szczególności także na przyjmowanie i kwitowanie odbioru pieniędzy i wartości pieniężnych, o ile to zostaje w związku ze sprawowaniem urzędu (§ 78 u. k.).

II. Stanowisko prawne sądu konkursowego i komisarza konkursowego jako władzy a względnie bezpośredniego jej organu nie nastrocza wątpliwości; podobnie też stanowisko prawne wydziału wierzycieli i zebrania ich.

Natomiast stanowisko zarządcy majątku określone jest w ustawie dwojako: raz jako „zastępcy ogółu wierzycieli i zarządcy majątku konkursowego“ (§. 76 u. k.), drugi raz jako „zastępcy wierzycieli konkursowych i dłużnika upadłego“ (§. 167 u. k.). Teoretyczne to sformułowanie stanowiska zarządcy majątku, samo przez się niejasne i z powodu sprzeczności interesów, które ma zastępować, samo w sobie sprzeczne, nie wydaje się odpowiedniemi przepisom pozytywną ustawy.

W dawnym konkursie prawa pospolitego, — a w Austrii przed ust. z r. 1868, funkcje terazniejsze zarządcy masy były rozdzielone między dwie osoby: t. zw. zastępcę masy (*Massenvertreter, contradictor, curator ad litem*) i zarządcę masy (*Masseverwalter, curator bonorum*). Podług statutów m. Bozen wybierano tamże zamiast tych funkcyj naryuszów dwóch t. zw. *Copi creditori*. Powody bardzo racjonalne zniesienia tego dualizmu ob. u Kaserera str. 128 n. — Niema jednak wątpliwości, że niewyraźne stanowisko, jakie ustawa zajmuje w określeniu funkcji zarządcy majątku, głównie ma przyczynę swą w tem, iż łączą się w nim pierwiastki poprzednich dwóch funkcji. T. zw. zastępca majątku miał bronić ogółu majątku przeciw poszczególnym wierzycielom — w czem iak ogół wierzycieli, jak i dłużnik mieli równy interes, gdy t. zw. zarządca majątku zastępował ogół wierzycieli wobec trzecich osób, a nadto także przeciw dłużnikowi. — §. 74 u. k. pozwala wybrać kilku zarządców. Nie znam przypadku, aby

z tej możności w praktyce korzystano. Tak samo Frankl str. 26, Trutter str. 173.

Przedewszystkiem co do t. zw. ogółu wierzycieli (*Gläubigerschaft*), w nowszej nauce zgođą istnieje, iż nie jest on osobą prawną, któraby jako taka była podmiotem pewnych praw; zastępstwo „ogółu wierzycieli“ nie miałyby więc treści — dla braku praw, do których odnosićby się mogło. Co do wierzycieli samych, to niema wątpliwości, że zarządca majątku, już tem samem, że majątkiem zarządza i ma obowiązek zarządzać nim jako dobry gospodarz, działa w interesie wierzycieli, którym przygotowuje fundusz zaspokojenia ich roszczeń. Nie wynika jednakże stąd, ażeby zastępował ich prawa, gdyż nie jest do tego ustawą ani obowiązany ani uprawniony, a jeśli §. 167 u. k. za tem przemawiać się zdaje, to jestto nie-dokładnem o tyle, że występując w interesie majątku konkursowego przeciw roszczeniom wierzycieli realnych, dla zapobieżenia uszczupleniu funduszu zaspokojenia wierzycieli konkursowych, pośrednio strzeże i strzedz musi interesu tak wierzycieli konkursowych, jak i dłużnika upadłego.

Także i zastępcą prawnym dłużnika upadłego nie jest, gdyż za wyjątkiem przypadku §. 167, w którym spólny z interesem majątku tudzież wierzycieli interes dłużnika, nie zaś praw tego zastępuje, nawet ustawa go zastępcą dłużnika nie nazywa, a w przypadku opugnowania czynności tegoż wprost przeciw niemu występować go zmusza (§. 16 u. o opug.).

Stąd wynika, że zarządca majątku wogóle nie jest zastępcą niczym w prawnem tego słowa znaczeniu. Działa on z mocy nadanej mu urzędowej władzy jako organ publiczny, ustanowiony w tym celu, ażeby majątek, pozbawiony rozrządzającej nim osoby, użyty był w miarę przepisów ustawy odpowiednio do swego, ogłoszeniem upadłości uzasadnionego przeznaczenia, t. j. na zaspokojenie długów właściciela. Nie działa on więc ani jako zastępcą dłużnika, ani jako zastępcą wierzycieli, lecz jako osoba trzecia, której ustawa, wobec odmiennych z reguły interesów dwojga stron, czynność tę jako funkcję publiczną po

ruczyła. Funkcję tę wykonuje jako własną, urzędową funkcję publiczną, tak samo, jak ustanowiony przez sąd sekwestrator lub zarządca przymusowy; nie dotyczą one jego własnej sfery prywatno-prawnej, tak samo, jak nie dotyczą jej funkcje innych funkcyonaryuszy, spełniane na podstawie publiczno-prawnego zlecenia.

Jestto t. zw. teoria urzędowa (*Amtstheorie*), rozpoznacona w Niemczech, która ma zdaniem mojem zupełne zastosowanie w konkursie austr. Z dawniejszych ob. Schenk w *Zeitschr. f. Ziv. R. u. Proz.* XIII str. 91, Fuchs *Konkursverf.* str. 44, (1863) — z nowszych Oetker *Konkursrechtl. Grundbegr.* str. 25 n. (1891) 51, 112, 314, n., tudzież w *Jur. Literaturbl.* II str. 188 n., VIII str. 101, — szczególnie zaś Lippmann *Die rechtl. Stellung des Konkursverwalters* w *Jahrb. f. d. Dogm.* T. 41 str. 112 n., — po części Fitting *Reichskonk.* str. 34, który przyznaje zarządcy wprawdzie charakter osoby urzędowej i nadaje mu stanowisko niezależne od wierzycieli i dłużnika, a jednakże uważa go za zastępcę tegoż ostatniego, powołując się na podobieństwo z opiekunem lub kuratorem, a wkońcu wprowadza go w stosunek obligacyjny do wierzycieli. Słusznie jednak Lippmann str. 124 zauważa, że zastępcstwo, na którego ustanowienie lub zniesienie zastąpiony żadnego nie może mieć wpływu, a które nadto nie obowiązuje do działania w interesie zastąpionego (jak zastępcstwo opiekuna lub kuratora), nie jest wogóle zastępcstwem. — Z pomiędzy austr. autorów wyraża ten pogląd Mitteis *Die Lehre von der Stellvertretung* str. 5, także Menzel *Anfechtungsr.* str. 287 i uw. 4. Ob. także co do stanowiska tymczasowego zarządcy mot. proj. rząd. u Kaserera str. 132, gdzie wyraźnie podniesiono, iż taki tymczasowy zarządca spełnia urząd kuratorski, nie prokuratorski, zatem jest organem o mandacie publicznym, nie zaś prywatno-prawnym. Wprawdzie później (l. c. str. 134) motywa inaczej pojmują stanowisko zarządcy po ukonstytuowaniu się ogółu wierzycieli (t. j. po odbyciu rozprawy likwid.), — jednakże z pozytywnych przepisów ustawy wynika jedynie, że wówczas wierzycielom wprawdzie przyznany jest większy wpływ na wybór osoby zarządcy i jego czynności, lecz nie idzie za tem, aby jego stanowisko prawne jako organu publicznego uległo »radikalnej« zmianie. W sprzeczności z powyższą teorią urzędową (publicystyczną) zostają t. zw. teorie zastępcze (*Ver-*

vertretungstheorien). Wedle najbardziej rozszerzonej teoryi zarządca zastępuje dłużnika. Tak Petersen-Kleinfeller *Konkursordnung* str. 11 n. Wilmowski (Kurlbaum-Kühne) str. 25 — Biermann *Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht (Festg. f. Dernburg 1900)* str. 100 n., Za tą teoryą wyłącznego zastępstwa dłużnika z autorów austryackich — o ile mi wiadomo — nikt się nie oświadczył. — Inna teorya upatruje w zarządcy zastępcę wierzycieli, a to niektórzy t. zw. ogółu wierzycieli (*Gläubigerschaft, Gemeinschaft zur gesammten Hand*), jak Kohler *Lehrb.* § 22, *Leitf.* §. 11, Seuffert *Konkursprozess* § 25 — z austr. Canstein *Konstruktion d. Konkursrechtsverh.* w Grünh. XIX. str. 466), lub też wierzycieli jako jednostek (jak Hellmann *Lehrb. des Zivilprozessr.* str. 966 n.), jeszcze inna mieni go zastępcą dłużnika w zarządzie majątku i załatwianiu spraw konkursowych na wzór likwidatora spółki handlowej, a zarazem zastępcą wierzycieli, o ile niechodzi o odrębne interesa jednostek, lecz o spólny interes wszystkich (jak Dernburg *Preuss. Privatr.* II. §. 115), albo też zastępcą dłużnika wogóle — a zastępcą wierzyciela tylko w procesach o opugnowanie czynności (*Anfechtungsprozess* — jak Schultze *D. Konkursr.* str. 36 i str. 64 n., Cosak *Anfechtungsrecht* str. 234 — z austr. Pollak §. 29 i 33, który mylnie cytuje Menzla jako zwolennika tej samej teoryi). — Por. jeszcze orz. senatu dysejpl. najw. tryb. z 23. marca 1905 l. 587 — *Ger. Ztg.* Nr. 10 z r. 1906 str. 78, w którym najw. tryb. z powołaniem się na §. 76 u. k. wywodzi, że zarządca majątku konk., obejmując obronę dłużnika przed sądem karnym, dopuścił się przekroczenia §. 10 ord. adw.

Stanowisko dopiero co określone ma tak tymczasowy jak i stały zarządca majątku, — funkcyje ich różnią się tylko co do rozciągłości — jak niemniej i zastępca tychże (§. 81 u. k.), a w końcu i zarządcy do pewnych zakresów zarządu ustanowieni (§. 82 u. k.).

Wydział wierzycieli jest stałą reprezentacją tychże, wybraną przez wierzycieli dla nadzorowania czynności zarządcy majątku, tudzież dla unormowanego bliżej w ustawie udziału w ustaleniu i zarządzie majątku. Są jednakże sprawy, które częścią z natury swej, częścią dla ich szczególnej ważności zachowane są uchwałe bezpośrednio ogólnego zebrania wierzycieli. W zebraniu

tem znajduje wyraz autonomii wierzycieli, będąca przewodziącą zasadą nowoczesnego konkursu. Zebraniu temu zastrzeżone są wnioski co do osoby zarządcy (§. 74 u. k.), wybór tegoż (§. 143 u. k.), dalej wybór wydziału (§. 74, 143 u. k.), zezwolenie na sprzedaż nieruchomości z pominięciem postępowania egzekucyjnego, uznanie roszczeń o zwrot, pozbycie przedsiębiorstw przemysłowych i handlowych (§. 148 u. k.), uchwały w przedmiocie zakończenia konkursu drogą ugody dobrowolnej (§. 68, 156 u. k.) lub przymusowej (§. 214 i nast. u. k.) i inne ważniejsze sprawy konkursowe (§. 100, 144, 146, 161 u. k.). Udział w zebraniach brać mogą w ogólności wierzyciele, którzy uprawdopodobnili swoje wierzytelności, — przy ugodzie przymusowej zaś tylko ci, których wierzytelności są uznane, lub wyrokiem co najmniej pierwszej instancji ustalone, a w końcu ci, którym sąd osobnem rozstrzygnięciem prawo głosowania przyzna (§. 209 u. k.).

VI.

Wierzyciele konkursowi. T. zw. ogół wierzycieli.

T. zw. roszczenie konkursowe.

Haimerl *Vorträge üb. d. Konk. d. Gläub.* (1840) str. 59, Pollak str. 157, 190 n., Schwarz I. str. 54 n., 36., Menzel *Anfecht.* str. 175 n., Schruttka *Compens.* str. 50.

I. Celem konkursu jest zaspokojenie t. zw. wierzycieli konkursowych. Wierzycielem konkursowym jest każdy osobisty upadłego dłużnika wierzyciel, który ma istniejącą już w czasie ogłoszenia konkursu wierzytelność, z majątku konkursem objętego dopełnić się mającą.

Nie jest wierzycielem konkursowym:

1) komu służy wyłącznie tylko rzeczowe prawo na przedmiotach majątku, konkursem objętych (n. p. wierzyciel tylko hipoteczny);

2) ani taki, który ma prawo domagać się świadczenia, chociażby obligacyjnego, nie z majątku dłużnika

upadłego, a więc wydania przedmiotu nienależącego do majątku dłużnika czy to z tytułu własności, czy też nawet z tytułu obligacyjnego (n. p. zastawu, wygodzenia, składu); dalej:

3) kto ma do żądania jedynie usługi osobiste albo wykonanie dzieła, jeżeli świadczenia takie polegają jedynie na osobistym działaniu, zaniechaniu lub znoszeniu czegoś. Nie chodzi tu bowiem o świadczenia z majątku dopełnić się mające, a nadto dłużnik, zachowując osobistą wolność i możność rozrządzania swą siłą roboczą, świadczeń takich bez względu na konkurs dopełnić jest w stanie. Rozumie się jednakże, że gdyby z niedopełnienia takich świadczeń urosło roszczenie o wynagrodzenie szkody, roszczenie takie przy zachodzących innych warunkach nadałoby wierzycielowi przymiot wierzyciela konkursowego.

4) Nie jest wkońcu wierzycielem konkursowym, kto ma roszczenie jedynie do majątku konkursu nieobjętego.

Blizsze szczegóły o przymiotach wierzytelności konkursowych podane będą poniżej.

II. W przypadku ogłoszenia konkursu każdy wierzyciel, którego wierzytelność odpowiada pojęciu wierzytelności konkursowej, staje się wierzycielem konkursowym bez względu na to, czy w postępowaniu konkursowym bierze udział, czy nie. Przymiot wierzyciela konkursowego nie zależy od woli jego. Choćby bowiem nie chciał brać udziału w korzyściach, jakie następuje postępowanie konkursowe, dotyczą go niekorzystne tegoż skutki (n. p. zakaz odrębnej egzekucyi §. 11., skutki ugody przymusowej §. 233 u. k., względna płatność pretensyi §. 14 u. k.). Chcąc mieć udział w korzyściach (prawo do zaspokojenia z majątku konkursowego, opugnowania innych wierzytelności, prawo głosowania i t. p.), musi się z wierzytelnością swoją zgłosić i wogóle zastosować się do przepisów postępowania konkursowego.

Oetker str. 374 odróżnia wierzycieli konkursowych i wierzycieli konkurujących, a rozumie przez tych ostatnich wierzycieli, których wierzytelności w konkursie ustalone zostały. Nieco inaczej pojmuje róż-

znicę tę Pollak str. 208, który przez konkurujących wierzycieli rozumie tych, którzy do konkursu się zgłaszają i prawa konkursowych wierzycieli faktycznie wykonywają. — To ostatnie odróżnienie nie wydaje mi się trafnem. Jeśli bowiem w ciągu postępowania okaże się, że ktoś co zgłosił pretensyę, teje pretensyi nie ma, to jest jawnem, że nie jest wierzycielem, a więc konkurującym wierzycielem nazwany być nie może. Ze względu na to, że w pierwszych chwilach po ogłoszeniu konkursu niemożebnem jest stwierdzenie, czy ten kto się zgłasza, rzeczywiście jest wierzycielem, ustawodawstwo jest zmuszone dopuścić do udziału i takich, którzy nie udowodnią pretensyi swej całkowicie, lecz ją uprawdopodobnią. Jeśli jednak zgłaszający się nie ma pretensyi, to nie jest wcale wierzycielem konkursowym, choćby go ustawa tymczasowo za wierzyciela uznawała. Więc o konkurującym wierzycielu mówić można dopiero, jeśli pretensya w sposób prawidłowy ustaloną została. Może się i tu zdarzyć, że uznana zostanie pretensya rzeczywiście nieistniejąca, a konkurować będzie ktoś, kto wcale nie był wierzycielem, a przeciwnie, że zostanie uchylony od udziału prawidłowy wierzyciel. To jest jednak następstwem niedoskonałości urzędzeń ludzkich; zdarzają się niesprawiedliwe wyroki, które jednak, jeśli staną się prawomocne, za sprawiedliwe poczytane być muszą. — Kohler *Leitf.* str. 207 odróżnia też prawdziwych i możliwych wierzycieli konkursowych, a rozumie przez ostatnich tych, których prawo tak długo za prawdziwych uważa, dopóki z pretensją swą prawidłowo oddaleni nie zostaną. Podział ten niewątpliwie ma uzasadnienie formalne, gdyż w postępowaniu konkursowem wiele praw formalnych przyznanych jest już tym, którzy z pretensją się zgłosili, a których zgłoszenie przyjęte zostało, chociażby ich pretensyi materyalnie jeszcze nie uznano (n. p. §. 74 u. k.). Skoro wykonywanie takich praw zależne jest tylko od zgłoszenia, rezultat tego wykonywania nie może być kwestyonowany w przypadku, gdyby się okazało, że zgłaszający nie był wcale wierzycielem lub nie miał pretensyi w tej wysokości, w jakiej ją zgłosił. — Ze stanowiska prawa materyalnego tylko tych za wierzycieli konkursowych uważać możemy, którym prawo osobiste rzeczywiście służy, a względnie w sposób prawidłowy uznane zostanie.

Jeśli obowiązek z majątku dłużnika dopełniony być ma, nie czyni różnicy, czy stosunek obligacyjny polega na

akcie prawnym, na czynności zabronionej lub innym tytule prawa prywatnego, a nawet czy jest prywatno - prawnym czyli też uzasadnionym w prawie publicznem.

III. Przez ogłoszenie upadłości wierzyciele dłużnika upadłego nie nabywają jako jednostki żadnych nowych praw materialnych. Każdy z nich owszem zatrzymuje swoją wierzytelność, jaką miał, i o tyle, o ile ją miał.

Podobnie też nie tworzy się skutkiem ogłoszenia konkursu żadna wspólność materialnych praw między wierzycielami. Prawo każdego wierzyciela do udziału w zaspokojeniu pretensji z majątku dłużnika upadłego pozostaje — jak przed ogłoszeniem konkursu, tak też i po jego ogłoszeniu, — prawem jego wyłącznem, odrębnem i od praw innych wierzycieli materialnie niezależnem. Każdy rozrządza niem niezależnie od innych i dochodzi go o tyle, o ile go dochodzić może i chce.

Gdy jednakże skutkiem stwierdzonej ogłoszeniem konkursu niemożności zaspokojenia wszystkich wierzycieli i uświęconej w tym przypadku koncentracji dochodzenia wierzytelności powstaje między wierzycielami tego samego dłużnika kolizja interesów, którą ustawa rozwiązuje, tworząc dla wszystkich równe w zasadzie formalne warunki zaspokojenia, każdy z wierzycieli dochodzić może swej wierzytelności tylko o tyle, o ile dochodzenie praw innych i niedostateczność majątku nie stawiają temu dochodzeniu granic nieprzekraczalnych natury faktycznej i o ile ustawa formalna dochodzenia takiego dozwala.

Nie tworzą więc wierzyciele między sobą żadnej korporacji, ani też wogóle osoby prawnej, bo niema praw takich, któreby, w odróżnieniu od interesowanych jednostek, służyć mogły podmiotom od tych jednostek się różniącym.

W sprzeczności z tem zdaje się być brzmienie ustawy, która „prawo wzięcia w zarząd i zachowanie majątku upadłego dłużnika“ nadaje „ogółowi wierzycieli“ (*Gesammtheit der Gläubiger*, §. 1. u. k.), która orzeka dalej, że zarządzenia dłużnika upadłego, odnoszące się do majątku konkursem objętego, „są nieważne wobec ogółu wierzycieli“ (*Gläubiger*

gerschaft, §. 3 u. k.), która uprawnia tenże „ogół wierzycieli“ do przyjmowania dziedzictwa i zapisów imieniem upadłego dłużnika (§. 4 u. k.), nadaje temu ogółowi tak czynną jak i bierną zdolność procesową (§. 6, 7, 10 u. k.), niemniej zastępcę, działającego w jego imieniu (§. 76 u. k.), jakoteż inne organa reprezentacyjne (§. 82, 84, 144 u. k.), pozwala na zgromadzenia i uchwały, powzięte większością głosów a obowiązujące wszystkich wierzycieli (§. 144 ust. 2 i 3 u. k.), a nawet pozwala zawierać ugody, któremi tenże ogół rozrządza prawami jednostek, chociażby wbrew woli tychże (§. 207 u. k.). Wkońcu przyznaje ustawa (z 16. marca 1884 L. 36 dz. u. p. §. 16) „ogółowi wierzycieli prawo opugnowania czynności dłużnika z wyłączeniem poszczególnych wierzycieli konkursowych“.

Wobec tego, że „ogół wierzycieli“ składa się z osób związanych spólnym interesem, zdawałoby się, że można konstruować go jako korporację. — Jeżeli jednakże przyjmujemy jako istotne znamię korporacyi majątek odrębny od majątku członków tejże (por. moje *Prawo pryw.* I. §. 46), musimy dojść do przekonania, że ogół wierzycieli korporacją, a tem samem osobą prawną nie jest, — nie ma bowiem żadnych praw majątkowych, któreby się różniły od praw członków swoich. Co bardziej, — niema nawet praw majątkowych spólnych między wierzycielami, gdyż nawet i te prawa, które (jak n. p. prawo opugnowania czynności dłużnika) tylko spólnie wykonywane być mogą, są prawami jednostkowemi wierzycieli, nie zaś prawami ich spólnemi ani też prawami, któreby ogółowi przysługiwały. T. zw. ogół wierzycieli nie jest więc niczem innym, jak tylko mnogością interesentów, złączonych ze sobą jedynie równością interesów, a ograniczonych w dochodzeniu swych praw materialnych, odrębnych i od siebie niezależnych formą dochodzenia, ustawą przepisaną. Spólnem jest między nimi tylko to, że są wierzycielami tego samego dłużnika.

Dawniejsza teoria upatrywała w t. zw. *corpus creditorum* związek osób, któremu przyznawano charakter korporacyjny albo przynajmniej charakter spólności

z przypadku (*communio incidens*). Por. Bayer *Theorie des Konkursprozesses* §. 29., z austr. Haimperl str. 59. Spółność taka znalazła wyraz prawodawczy w art. 529. kod. handl. franc. (podług ust. z 28. maja 1838), wedle którego: *les créanciers de plein droit en état d'union*. — Konstrukcyę osoby prawnej można obecnie uważać za puzreconą. Stanowczo z nią zerwał projekt niem. ustawy konk. z r. 1875, którego motywa (*Aktenst. d. deutsch. Reichst. Justiz-Ges. Nr. IV., II. Leg. Per. 2. Sess. 1874/75* str. 1369 n.) dowodzą, że pojęcie takiej jedności wierzyteli obce było prawu pospolitemu, rzymskiemu i angielskiemu, a także praktyka franc. w t. zw. *contrat d'union* upatrywała tylko faktyczny związek wierzyteli. »Idea korporacyi wierzyteli jest praktycznie bez wartości, prawniezu nieuzasadniona«. W ust. niem. nawet wyraz »*Gläubigerschaft*« nie przychodzi. Natomiast utrzymuje projekt myśl t. zw. *communio incidens*, której przedmiotem jest: prawo każdego wierzyteli zaspokojenia się z majątku dłużnika upadłego o ile on wystarczy, celem zaś i treścią: spólne zaspokojenie się wszystkich z tegoż majątku, — co pociąga za sobą, że żaden wierzyteli nie może na własną rękę, bez względu na innych, swych praw dochodzić, i co uprawnia każdego do badania praw innych wierzyteli. Każde zwiększenie się lub zmniejszenie się majątku dotyka wszystkich równocześnie, zmniejszenie się długów jest zarówno korzystne dla wszystkich, a gdy prawo wszystkich narażone byłoby na niebezpieczeństwo przez opór lub chciwość jednego, większość rozstrzygać musi. — Niema wątpliwości, że skutkiem ogłoszenia konkursu wierzyteli wchodzą w pewien stosunek spólności ze sobą, który może być scharakteryzowany jako *communio incidens*, jednakże ten stosunek spólności łączy tylko osoby, nie dotyka zaś wcale ich praw majątkowych, bo każdy pozostaje wyłącznym panem swej wierzyteli, podmiotem praw majątkowych jakie miał przed ogłoszeniem. Jedynie forma dochodzenia tych praw zmienia się — spólność istnieje więc tylko formalna, podobnie jak spólność istniejąca w przypadkach t. zw. formalnego uczestnictwa sporu (*formelle Streitgenossenschaft*), §. 11 proc. sąd. ust. 2, która żadnej materalnej spólności nie uzasadnia ani nie wymaga, a jedynie objawia się na polu prawa procesowego. — Por. Fierich *Nauku o sądach cyw.* II. str. 37 n. i cyt., tamże liter. — Przeciw przyjęciu takiej *communio incidens* Schultz *D. deutsche Konkursrecht in seinen jurist. Grundlagen* str. 13. n. dowodzi, że dla niej nigdzie

niema miejsca ani przedmiotu, że jest to tylko faktyczne przeznaczenie majątku służenia na zaspokojenie więcej osobom, takie same, jak istnieje poza konkursem. Nie prawo zaspokojenia jest spólnem, lecz zaspokojenie kolidujących ze sobą praw jednostkowych. — Do pojęcia korporacyjnego powraca Canstein *Konstruktion der Konkursrechtsverhältnisse* w Czasop. Grünhuta IV. str. 461, szczeg. 471, twierząc, że nie jest to wprawdzie osoba prawna lecz ogół osób z odrębnym majątkiem (*Persongesamtheit mit Sondervermögen*) podobnie jak spółka handlowa, stow. zarobkowe i gospodarze i t. p., — a majątek składa się nie z praw własności, obligacyjnych i t. p. jak przy spółkach handlowych, lecz z prawa zarządu i dyspozycji podlegającym egzekucyi majątkiem upadłego dłużnika, a więc z praw na rzeczach cudzych i na prawach cudzych. Podobnie Wach *Handb. d. deutsch. Civilproc.* str. 590 odmawia ogółowi wierzycieli charakteru osoby prawnej, lecz nadaje mu charakter procesowego związku osób (*Prozesspersonenverein*), ustawą konkursową zorganizowanego i procesowo zdolnego. — Seuffert *Zur Gesch. u. Dogm. des deutschen Konkursrechtes* str. 83 n. wykazuje, że gdyby ów ogół osób miał być podmiotem, to trzeba by przypuszczać, że skutkiem konkursu powstał nowy przedmiot prawny, którego dawniej nie było, i nowy majątek, którego śladu w konkursie dopatrzeć się nie można. Tenże sam L. Seuffert w późniejszym dziele swem *Deutsches Konkursprozessrecht* §. 25, wychodząc z założenia, że skutkiem konkursu wierzyciele uzyskują prawo zastawu na majątku dłużnika upadłego, widział się zmuszony dla tegoż prawa zastawu utworzyć podmiot, i zaprzeczając wprawdzie iżby ogół wierzycieli był osobą prawną, zbliża się do konstrukcyi Cansteina i Wacha, operując pojęciem spólności do niepodzielnej ręki (*Gemeinschaft zur gesamten Hand*) i — w sprzeczności ze swem dawniejszem zapatrywaniem — teje spólności, nie zaś każdemu wierzycielowi przyznaje prawo zastawu, w którym to prawie każdy z wierzycieli w miarę swej pretensyi ma udział, a gdyby który z nich w postępowaniu konkursowem nie uczestniczył, udział jego w prawie zastawu przypada innym. — Tej konstrukcyi zarzucić można, że prawo zastawu prawem sa.nodzielnem nie jest, lecz jest zawisłem od istnienia wierzytelności. Ogół wierzycieli jako taki, nie ma żadnej wierzytelności, nie może mieć więc prawa zastawu. Wierzytelność mają tylko wierzyciele jako jednostki, więc też prawo zastawu mogłoby tylko służyć każdemu z nich.

W motywach wniosku rząd. ust. konk. (ob. Kaserer str. 125) stwierdzono przede wszystkim, że t. z. *Gläubigerschaft* równa się t. zw. *Gesamtheit der Gläubiger*. O teoretycznej konstrukcyi tego pojęcia motywa żadnego wyjaśnienia nie dają, a jedynie wnosić można, że ogółu wierzycieli za osobę prawną nie uważają. Niemniej zdaje się się z tych motywów wynikać, że nie przypisują temu ogółowi spólnych praw materyalnych, lecz liczą się z tem, że wierzyciele mają spólne interesa, których w pierwszych stadyach konkursu, dopóki nie wiadomo, kto jest wierzycielem, przestrzega sąd — w następnym stadyum po przeprowadzonej likwidacyi — wierzyciele sami przestrzegać mają.

IV. Niezależnie od prawnej istoty t. zw. ogółu wierzycieli przypisują częstokroć wierzycielom t. zw. roszczenie konkursowe (*Konkursanspruch*), którego treścią ma być żądanie, ażeby majątek dłużnika upadłego użyty został w sposób unormowany ustawą wyłącznie na zaspokojenie równomierne wszystkich wierzycieli. Jestto więc prawo do równomiernego z innymi wierzycielami zaspokojenia się z majątku dłużnika w przypadku tegoż niewypłacalności. Roszczeniu temu nadawają w powszechności charakter prawa prywatnego majątkowego natury obligacyjnej, które uzasadnione jest w niewypłacalności dłużnika i upoważnieniu wierzyciela do żądania ogłoszenia konkursu w razie, jeśli zajdą ustawowe tegoż warunki.

Takie „roszczenie“ w istocie rzeczy nie jest uzasadnione. Wierzyciele skutkiem niewypłacalności dłużnika nie uzyskują bowiem żadnego nowego prawa ani przeciw dłużnikowi, ani też przeciw innym wierzycielom, którego by nie mieli już poprzednio; — mają owszem tak przed jak i po niewypłacalności dłużnika tylko prawo żądania od niego świadczenia, będącego przedmiotem stosunku obowiązkowego, jaki między każdym z nich a dłużnikiem istniał. Dłużnik, chociaż popadł w stan niewypłacalności, pozostaje wobec każdego wierzyciela swego tem, czem był, t. j. jego dłużnikiem, a także i wierzyciele nie stają się względem siebie niczem innym, aniżeli byli sobie przedtem, t. j. wierzycielami tego samego dłużnika, nie wchodzą

też, jak to już wyżej powiedziano, w żaden stosunek spółności pod względem swoich pretensyi, a materyalne ich prawa pozostają nietknięte. Zmianie jedynie ulega forma dochodzenia tychże praw, lecz skutkiem tej zmiany wierzyciele nie tylko nie uzyskują żadnego nowego upoważnienia, które mogłoby być treścią roszczenia konkursowego, lecz z chwilą ogłoszenia konkursu w części nawet tracą te, które mieli, ponieważ od tej chwili nie mogą uzyskać egzekucyi samodzielnej i innych wyłączającej, muszą pod grozą prekluzyi od konkursu zgłaszać swe pretensye i poddawać się licznym ograniczeniom w interesie reszty. Jedyną korzyścią wierzyciela jest, iż tym ograniczeniom prócz niego także wszyscy inni są poddani, skąd jednakże tylko wynika to, że tak samo, jak jeden wierzyciel konkursowy innych wyłączyć nie może, tak też ma gwarancję, że go inni nie wyłączą od zaspokojenia pretensyi z majątku dłużnika.

Takiem jest t. zw. roszczenie konkursowe jako prawo prywatne, t. j. bez określonej treści materyalnej, zlewa się więc całkowicie z pojęciem wierzytelności, — a jeśli tak się rzecz ma, jako osobne prawo traktowane być nie powinno. Jeśli zaś zechcemy je uważać za prawo żądania od państwa, ażeby w razie niewypłacalności dłużnika ogłosiło konkurs, wówczas nie należy ono do zakresu prawa prywatnego, lecz jest natury publicznej, jak wogóle prawo do ochrony państwowej, a jako szczególne prawo wierzycieli już dlatego nie może być poczytane, ponieważ służy także dłużnikowi, a niekiedy nawet sądowi samemu.

Pojęcie roszczenia konkursowego po raz pierwszy podniosły motywa proj. pruskiej ust. konk. z r. 1854 (str. 81), później zaś (1875) motywa proj. niem. ust. konkurs. (str. 1368), a skłonna do abstrakcyi nauka niemiecka pojęcie to pochwyliła. Z pojęcia tego wyprowadzano wszystkie skutki konkursu tak materyalne jak i formalne: stosunek wierzycieli do dłużnika i jego majątku, stosunek wzajemny wierzycieli do siebie, ograniczenie dłużnika w prawie dyspozycyi i wynikającej stąd potrzeby zastępstwa tegoż, bezskuteczność czynności prawnych

dłużnika wobec wierzycieli konkursowych, możność nstawiania na skuteczność czynności jego przed ogłoszeniem konkursu podjętych, zasady o prawie wyłączenia, modyfikacye prawa kompensacyi (Schultze str. 10 n.) Słusznie jednak już Schultze l. c. a później Oetker *Konkursr. Grundbegr.* I. str. 175, Fitting str. 17 uw. 9 i inni podnoszą, że roszczenie konkursowe nie jest samodzielnem prawem podmiotowem lecz tylko ogniwem w systemie środków prawnych, *der Ansprüche, durch deren Gewährung der Normenschutz in subjektives Recht verwandelt wird.* W tem znaczeniu do takiego roszczenia nie potrzeba według Oetkera l. c. istnienia prywatno prawnej pretensyi, gdyż łączy się on także z uprawnieniami publicystycznymi. — O pojęciu roszczenia ochrony prawa wogóle por. Wach *Handb.* §. 2 IV, Bülow w *Zeitschr. f. Civilproc.* T. 27 str. 212. Przeciw pojęciu roszczenia konk. por. także Krasnopolski w Grünh. XIV. str. 62 n., *Anfechtungsrecht* str. 26, za niem także Schruttka *Kompensation* str. 50.

VII.

Prawo żądania wyłączenia.

Kaserer str. 65 n., Kissling str. 64 n., Schwarz str. 89 n., Hasenöhrle *Oest. Oblig. Recht* II. §. 91, Frankl *Zur Revision* str. 62.

I. Konkursem objęty zostaje majątek dłużnika, ale też i tylko jego majątek, — przedmioty majątkowe, które znajdują się faktycznie w jego dzierżeniu lub posiadaniu, lecz do niego nie należą, nie powinny też służyć na zaspokojenie wierzycieli dłużnika upadłego. Jeśli znajdują się wpośród majątku dłużnika, a stwierdzonem jest, że tam nie należą, zarząd nie powinien ich wcale obejmować, — a gdyby pod tym względem zachodziła wątpliwość, zanotować ją w inwentarzu (§. 92 u. k.). W każdym razie służą uprawnionemu przeciwko zarządowi majątku konkursowego wszelkie skargi, odpowiadające konkretnemu prawu jego, a więc: wydobywcza, publicyńska, negatoryjna, konfe-oryjna, skarga o zastaw, skarga o dziedzictwo, niemniej też skargi obligacyjne, o ile opierają się na stosunku, uza-

sadniającym prawo żądania wydania (n. p. na wygodzeniu, składzie), a względnie na braku prawa dłużnika do zatrzymania (n. p. z kontraktu najmu lub dzierżawy po skończeniu tychże, z kontraktu zastawniczego po spłacie wierzytelności). Wszystkie te skargi zmierzają do tego, ażeby zapobiedz, iżby przedmiot majątkowy, o który chodzi, nie był użyty z krzywdą uprawnionego na cele konkursu. To samo — rozumie się — nastąpi, jeśli tego rodzaju prawo żądania zwrotu dopiero w ciągu postępowania konkursowego powstanie.

Może to nastąpić n. p. przy zgaśnięciu własności wskutek ziszczenia się warunku rozwiązującego, przy podstawieniu powierniczem i t. p.

Prawa tego rodzaju nazywa ustawa konk. prawami żądania z w r o t u (*Rückforderungsansprüche*, §. 26, 27 u. k.), w nauce używany jest powszechnie wyraz prawa żądania w y ł ą c z e n i a (*Aussonderungsansprüche*).

§. 43 ust. konk. niem. W pr. pospolitem i w dawnym konk. austr. nazywano uprawnionych do żądania zwrotu separatystami *ex iure domini* (w odróżnieniu od wierzycieli realnych, których nazywano separatystami *ex iure crediti*), w pruskiej ust. konk. *Vindicanten*, we francuskiem prawie prawa takie obejmowano nazwą *revendication*. Nazwy te nie są dokładne, gdyż nie tylko o »zwrot« rozchodzić się może, a tem mniej o zwrot z tytułu własności (*vindicatio rei*). Często nie chodzi wcale ani o zwrot ani o wydanie, lecz tylko o uznanie, że rzecz jest cudzą, a więc nie należy do majątku dłużnika (n. p. gdyby dłużnik miał prawo użytkowania rzeczy ruchomej, której więc, dopóki trwa użytkowanie, z rąk wydawać nie jest obowiązany). Tak też i wyraz *Rückforderungsansprüche*, użyty w u. k. austr., nie oddaje trafnie znaczenia tych praw. Forma dochodzenia praw tych była inną w konkursie pr. posp. i dawnym konkursie austr. Tak zwani windykanci bowiem byli tamże poczytani jedynie o tyle za uprzywilejowanych wierzycieli, że mieli pierwszeństwo przed innymi wierzycielami (n. p. §. 122 gal. proc. sąd.), musieli jednakże prawa swe zgłaszać do konkursu pod rygorem utraty na równi z innymi wierzycielami (§. 116 gal. proc. sąd.).

Przedmiotem żądania może być każda rzecz indywidualnie określona, która nie należy do dłużnika, a znajduje się faktycznie wśród majątku tegoż tak, że ją od wszelkich innych odróżnić można, — przyczem wyraz „rzecz“ rozumieć należy w obszerniejszem znaczeniu, w którym obejmuje także i rzeczy niezmysłowe. Nie należą więc do tej kategorii prawa żądania dostarczenia rzeczy, będących własnością dłużnika (n. p. rzeczy kupionej a jeszcze nie oddanej §. 1053, 1045 u. c.), lub prawa żądania przeniesienia praw innych, n. p. wierzytelności do dłużnika należących, jeśli cesya przed ogłoszeniem konkursu nie nastąpiła.

Niemiecka nauka nazywa prawa takie *Verschaffungsansprüche* i przeciwstawia je tak zwanym *Herausgabeansprüche*; tylko te ostatnie są roszczeniami o wyłączenie, pierwsze zaś wierzytelnościami konkursowymi (Jaeger do §. 413 uw. 3).

Czy i o ile prawo żądania wyłączenia materialnie jest uzasadnione, ocenić należy podług ogólnych zasad prawnych (§. 26. u. k.), a więc tak, jak gdyby konkurs wcale nie był ogłoszony. — W szczególności nie byłoby uzasadnione prawo żądania wyłączenia przedmiotów przez dłużnika wpośród warunków §. 367 lub 824 u. c., art. 306 n. u. handl. nabytych. — Natomiast uzasadnione byłoby takie żądanie względem przedmiotów, które dostały się w ręce dłużnika na podstawie umów pozornych lub nieważnych.

Wątpliwość zachodziłaby mogła, czy sposobem powierniczym pozbyte przedmioty mogą być wyłączone, n. p. jeśli papier na okaziciela (§. 1393 u. c.) lub też papier przekazowy, n. p. weksel zaopatrzony pełnem żyrem (art. 301 n. u. handl.), oddany został dłużnikowi jedynie tylko do inkasowania. Jeżeli się jednak zważy, że interes powierniczy (*Fiduziargeschäft*) między stronami nie sprowadza przejścia prawa, niema wątpliwości, że takie przedmioty mogą być wyłączone, skoro inne warunki wyłączenia zachodzą.

Francuskie prawo (art. 574 kon. handl.) przewiduje taki przypadek wyraźnie: *Pourrout être revendiquées les remises en effets de commerce ou autres titres non encore payés, et qui se trouvent en nature dans le portefeuille du failli... lorsque ces remises auront été faites avec le simple mandat d'en faire le recouvrement...* Ob. o tem Kohler *Noch einmal über Mentalreservation und Simulation* w *Jahr. f. Dogm.* 16 str. 348 n., który uważa to jako przypadek t. zw. *rei vindicatio utilis*: „ein zum dinglichen gesteigerten obligatorischer Anspruch“. Ta konstrukcja byłaby trafną jedynie ze stanowiska abstrakcyjnego przejścia własności, t. j. gdyby przypuszczono, że mandataryusz przez oddanie mu papieru stał się właścicielem. Dopuszczenie rewindykacji byłoby wówczas wyjątkiem, podyktowanym względami słuszności. Zd. m. jednak podług pr. austr. przejścia własności, mimo pozorów, wcale tu niema dla braku tytułu, więc rewindykacja dopuszczalna. Tak też pojmuję rzecz Renouard *Traité de faillites* II. str. 343 (*application des principes incontestés de la pure revendication*). Ob. o tem Jäger §. 43 uw. 17 i cyt. tamże autorów. Niedopuszczalną byłaby wówczas, gdyby przedmiot znalazł się w ręku trzeciej osoby, któraby go w dobrej wierze nabyła. — Trudności powstać mogą między kupcami, w stosunku rachunku bieżącego zostającymi, z tego powodu, że nadsyłający papier do inkasa wpisany zostaje do ksiąg handl. jako prosty wierzyciel («zakredytowany»). O tem ob. Grünhut *Das Recht des Contorrentverkehrs* w Grünh. Czasop. II. str. 527 n.

Zasadą skargi o wyłączenie z konkursu jest w pierwszym rzędzie okoliczność, iż przedmiot majątkowy do dłużnika nie należy, nie zaś, że należy do skarżącego. Zdarza się bowiem często, że skarżący do skargi o wyłączenie jest legitymowanym, chociaż nie jest właścicielem, n. p. w przypadkach złożenia cudzej rzeczy u dłużnika, albo podnajmu rzeczy cudzej i t. p. Z drugiej strony zdarzyć się może, że wolno żądać wyłączenia przedmiotu majątkowego do dłużnika należącego, n. p. jeśli skarżący ma nabyte już przed ogłoszeniem konkursu prawo użytkowania rzeczy ruchomej. Wówczas jednakże właściwym przedmiotem wyłączenia nie jest sama rzecz, lecz rzeczowe prawo użytkowania.

Żądanie skargi może być wedle okoliczności skierowane albo na wydanie przedmiotu tam, gdzie wydanie takie wedle powszechnych zasad prawnych jest usprawiedliwione, albo na uznanie, że prawo służy skarżącemu,— na to ostatnie w tych przypadkach, w których wydaniu przedmiotu jest na przeszkodzie prawo dłużnika do zatrzymania rzeczy, n. p. w razie gdyby tenże miał prawo użytkowania rzeczy ruchomej.

Do wyniesienia skargi o wyłączenie niema przepisane w ustawie terminu. Rozumie się wszelako, że może być ona wyniesiona skutecznie tylko w ciągu trwania postępowania konkursowego, jak długo przedmiot faktycznie wpośród majątku konkursowego się znajduje. Gdyby jednak przedmiot po ogłoszeniu konkursu pozbyty został osobie trzeciej, uzyskana odpłata wstępuje w miejsce rzeczy pozbytej a żądającemu służy prawo poszukiwania tej odpłaty na majątku konkursowym lub też od tego, komu rzecz została pozbytą w miarę tego, czy tenże ostatni odpłatę już uiszczył, czyli też pozostał dłużnym (§. 26 u. k.).

Postanowienie to motywuje komisya Izby Posłów (Kaserer str. 66) tem, że w tym przypadku zarząd majątku działa jako *negotiorum gestor* uprawnionego, zatem zasada *pretium succedit in locum rei* pełne zastosowanie mieć powinna. Konstrukcyja ta nie wydaje mi się trafną, ponieważ najczęsciej brak będzie zamiaru *negotii alieni gerendi* (ob. *Pr. pryw.* IV. §. 406 II.). To też tłumaczy ten przepis nieprawnem wzbogaceniem się z czynności zarządcy i konstruuja pretensyę jako dług masy (§. 29 l. 2 u. k.). Stanowisko komisyi usprawiedliwia jednakże traktowanie tej pretensyi jako skargę o wyłączenie z konkursu. Skarga tak pojmowana jest rzeczywiście wyjątkową, — gdybyśmy uznali pretensyę za wierzytelność do masy (*Masseschuld* ob. poniżej IX.), straciłaby charakter wyjątkowości. Praktyczna doniosłość tej różnicy objawia się w przypadku, jeśli majątek nie wystarcza nawet na zaspokojenie wierzytelności do masy. Pretensya uznana jako prawo żądania wyłączenia z konkursu, musiałaby być całkowicie zaspokojoną, — jako wierzytelność do masy mogłaby uledz redukcyi (§. 29 ust. ost. u. k.). W niem. konk. jest ona podług przeważającego w nauce zdania pretensyą o wyłączenie (ob. Jaeger do §. 46 uw. 2 i cyt. tamże autorów).

W wielu ustawodawstwach (w angielskim, niemieckim, francuskim, szwajcarskim, włoskim, belgijskim, holandskim, hiszpańskim, duńskim, szwedzkim, także w amerykańskich) przyjęte jest jeszcze dalej idące prawo, wedle którego ten, kto wysłał towar (przedawca lub komisant dla zakupna) z innego miejsca (*Distanzgeschäft*) pod adresem dłużnika, może, jak długo ceny za ten towar nie otrzymał, żądać zwrotu jego, jeśli dłużnikowi przed ogłoszeniem konkursu wręczony nie został, zatem w chwili ogłoszenia konkursu jeszcze się w drodze znajdował. Jestto angielskie t. zw. *right stoppage in transitu*, francuskie *droit de suite* (art. 576 k. N.), niemieckie *Verfolgungsrecht* (§. 44 ust. k. niem.). Por. Oetker *Das Verfolgungsrecht* (1883), Kohler *Lehrb.* §. 35 str. 172 n. Tenże słusznie twierdzi, że prawo to stało się światowem, charakteryzuje je jako obligatoryjne prawo przeciw dłużnikowi, połączone z ekscypcją *doli* przeciw wierzycielom. W austr. ust. konk. prawo to nie jest przewidziane, jakkolwiek we wniosku referenta było proponowane (§. 41 Kaserer str. 67 n. uw.). Pollak *Jur. Bl.* 1895 Nr. 51. Unger w *Jhb. f. Dogm.* 33 str. 343 uw. 110. *De lege ferenda* za tegoż prawa wprowadzeniem przemawia Frankl str. 62 n.

Prawo wyłączenia może być też we formie ekscypcyi lub zarzutu podniesione, przeciw rozszerezeniom zarządu majątku konkursowego, o zwrot przedmiotów majątkowych, n. p. rzeczy zastawionych albo prawem retencyi (art. 314 kod. h.) zatrzymanych.

II. Rozszerzenie prawa wyłączenia wynika z art. 368 ust. 2. ust. handl., wedle którego wierzytelność z interesu przez komisanta zawartego, uważaną być ma w stosunku między komitentem a komisantem lub tegoż wierzycielami za wierzytelność komitenta, z czego wynika, że komitentowi przysługuje prawo wyłączenia takiejże wierzytelności po myśli §. 26 u. k. w konkursie komisanta, a ewentualnie prawo żądania wypłaty ceny kupna za tę wierzytelność, gdyby ona w ciągu konkursu sprzedaną została.

Krainz I. §. 42, Staub II. do art. 368 u. h. 2. c. Wierzytelność ta nie uchodzi jednak za wierzytelność komitenta wobec dłużnika, ani też wobec cesyonaryuszów komisanta (arg. a contr.). Czy przepis art. 368 u. h. drogą ekstenzywnej interpretacyi wzgl. ana-

logii może być zastosowany do przypadku, gdyby interes zawarty przez komisanta już był dopełniony, t. j. n. p. towar dostarczony, cena kupna zapłacona, jest spornem. Ze stanowiska konsekwencyi prawniczej przepis art. 368 w zastosowaniu do konkursu jest wyjątkowym, ze stanowiska praktycznego byłby połowicznym, gdyby odnosił się tylko do niedopełnionych interesów. Ochrony bowiem potrzebuje niewątpliwie towar obcy, dostarczony komisantowi nie mniej, aniżeli pretensya o dostarczenie jego. Zdaje mi się, że tu byłby na miejscu argument: skoro ochrony przed wierzycielami doznaje pretensya o dostarczenie towaru, to tem bardziej doznawać jej musi towar sam, skoro na mocy tej pretensyi dostarczony został. Por. w tej kwestyi Canstein *Handelsr.* II. str. 223 n. Jeśli komisant nabywa własność towaru, nie nabywa go dla siebie leczpowierniczo dla komitenta, jest on więc *aes alienum* w majątku komisanta.

To prawo wyłączenia upoważnia komitenta do żądania odstąpienia mu wierzytelności przez zarząd majątku, poczem komitent dochodzić może wierzytelności wprost przeciw dłużnikowi po myśli art. 368 ust. 1. k. h. Wierzytelność odstąpiona uprawnia nie tylko do żądania dostarczenia towaru, zapłaty ceny kupna i t. p., lecz do żądania rękojmi za braki i ewikycę.

III. Zasady powyższe muszą być zastosowane także w przypadku, gdy chodzi o odebranie z pośród majątku konkursem objętego rzeczy od prawa prywatnego wyłączonej (n. p. *res omnium communis in publico usu*, ob. *Prawo prywat.* II. §. 127), przyczem dochodzenie odbywać się winno w sposób poza konkursem właściwy.

IV. Jeżeli żądanie wyłączenia z konkursu okaże się usprawiedliwione (co może nastąpić na mocy wyroku przeciw zarządcy majątku zapadłego, bądź też na mocy uznania — §. 147 lit. c u. k.), zwrot lub wyłączenie rzeczy przedmiotem żądania będącej, albo zapłaty za nią uzyskanej (a względnie dokumentów odnoszących się do odpłaty jeszcze nieuiszczonej) nastąpi tylko za wynagrodzeniem wydatków przez dłużnika lub zarządcę na rzecz lub uzyskaną odpłatę poniesionych, o ile wynagrodzenie takie w powszechnem prawie cywilnem jest uzasadnione (n. p. §. 331, 332, 336, 967, 1037 u. c. i t. d.).

VIII.

Prawo odrębnego zaspokojenia.

Kaseler str. 71, Exner *Hypoth.* str. 307, Hasenöhrli II. §. 91, Pollak str. 159, 259, Schwarz str. 97. Trammer str. 87, 272, Petschek *Die Zwangsvollstreckung in Forderungen* 1901 str. 288, Lehmann *Zwangsversteigerung* (1906) str. 396.

I. Wedle struktury postępowania konkursowego, obecnie obowiązującego, osoby, które w chwili ogłoszenia upadłości (§. 2 u. k.) miały nabyte już poprzednio prawa rzeczowe na pewnych przedmiotach majątkowych dłużnika, mają po ogłoszeniu też stanowisko odrębne, uwydatniające się tem, że zrealizowanie ich praw następuje niezależnie od toku postępowania konkursowego, a prawo ich zaspokojenia się z owych przedmiotów majątkowych nie może ulegć ograniczeniu przez zarządzenia ogółu wierzycieli, odnoszące się do majątku dłużnika upadłego (§. 163 u. k.), tak samo, jak poza konkursem realizacyi praw wierzycieli tanować nie mogą zarządzenia samego właściciela. Przedmioty, obciążone takimi prawami rzeczowymi, są bowiem przeznaczone w pierwszym rzędzie na zaspokojenie roszczeń w ten sposób zabezpieczonych i tworzą odrębne grupy w pośród majątku konkursem objętego, czyli tak zwane masy szczegółowe (*besondere Masse*, §. 30 u. k.), z których osoby na nich ubezpieczone przed innemi w ten sposób nieubezpieczonemi mają prawo zaspokojenia się, a zatem do wysokości swoich pretensyi innych wierzycieli (t. zw. konkursowych, §. 42 u. k.) wyłączają. Tylko to, co po realizacyi praw wierzycieli realnych z wartości przedmiotu obciążonego zostaje, wpływa do ogólnej masy konkursowej.

Podmioty tych praw nazywa ustawa austriacka wierzycielami rzeczowymi (*Realgläubiger*).

Pod wpływem zasady uniwersalności konkursu, przesadnie panującej w doktrynie 17. i 18. wieku, żądano w konkursie prawa pospol. i w dawnym austriackim, aby wszyscy, którzy cokolwiekbądź od krydaryusza mieli do żądania, brali udział w postępowaniu konkursowym, skut-

kiem czego też wszyscy wierzyciele, bez względu na to, czy byli ubezpieczeni na szczególnych przedmiotach czy nie, objęci byli ogólnem postępowaniem konkursowem, musieli swe wierzytelności zgłaszać do ogólnej masy, poddawać się ogólnemu wyrokowi klasyfikacyjnemu i oczekiwać wspólnie z innymi zaspokojenia; wyróżnienie ich polegało zaś tylko na tem, że umieszczeni byli w jednej z przednich klas wierzycieli. Było to usprawiedliwione, dopokąd istniały t. zw. hipoteki i przywileje tajne generalne. Odkąd jednakże te zniesiono, wciąganie wierzycieli realnych do postępowania konkursowego, które im zadnej korzyści nie przynosi, ponoszenie przez nich kosztów tegoż i zwłoka w zaspokojeniu stały się najzupełniej nieuzasadnione. Już projekt Lichtenfelsa z r. 1845 częściowo zaradzał temu (ob. mot. tego proj. str. 94 n., przytoczone u Kaserera str. 72 w uw. 2), lecz dopiero ust. z r. 1868 wprowadziła wyłączenie wierzycieli realnych od postępowania konkursowego, chociaż nie można powiedzieć, iżby postępowanie to podług ust. z r. 1868 zupełnie było bez wpływu na prawa wierzycieli realnych, gdyż przed ord. egz. z r. 1896 zaspokojenie ich odbywało się w nieco odmienny sposób, aniżeli poza konkursem. Dopiero ord. egz. dokonała zupełnego wyłączenia wierzycieli realnych od konkursu. Ob. poniżej pod III. i uw.

Do praw takich zalicza ustawa prawo zastawu (§. 31 u. k.), prawa służebności (§. 32 u. k.), a zaliczyć należy do nich także wymowy (*Ausgedinge*) i inne ciężary realne, o ile obciążają przedmioty majątkowe konkursem objęte. — Prawa te obejmujemy nazwą praw odrębnego zaspokojenia się albo praw odrębności (*Absonderungsrechte*).

W dawniejszym konkursie prawo żądania separacji (*beneficium separationis*) pewnej części majątku konkursowego służyło wierzycielom spadkowym i legataryuszom, jeśli kto przyjął obciążone długami dziedzictwo, dalej wierzycielom *fili familias* ze względu na *peculium castrense*, wierzycielom kupca, który posiadał kilka zakładów handlowych i t. p. Takich wierzycieli nazywano separatystami *ex jure crediti* w odróżnieniu od t. zw. separatystów *ex jure domini* (Bayer *Theorie* str. 60 n., Seuffert *Konkursproz.* str. 100 uw. 1). Hipotecznych i zastawniczych wierzycieli nie zawsze poczytywano za separatystów, lecz nadawano im uprzywilejowane stano-

wisko. Jedynie partykularnie, ze względów słuszności przyznawano im prawo odrębnego zaspokojenia się (Bayer l. c. uw. 10, Wolf *Das Absonderungsrecht im Konkurse* 1892).

Z prawami o wyłączenie mają to wspólne, że ogłoszenie konkursu skuteczności ich nie dotyka, różnią się zaś od tamtych tem, że dążą do zaspokojenia się z pewnych przedmiotów do majątku konkursowego należących, gdy tamte mają na celu uchylenie pewnych przedmiotów, do majątku konkursowego nie należących, z pod wężła konkursu.

Różnicę tę Kohler *Leitf.* str. 104 formuluje w ten sposób, że uprawnieni do wyłączenia mają prawo do pewnych rzeczy, uprawnieni do odrębnego zaspokojenia do pewnych wartości (*eine besondere Wertbefriedigung aus bestimmten Gegenständen*).

II. Uprawnionymi do odrębnego zaspokojenia się są przede wszystkim wierzyciele, których wierzytelności ubezpieczone są prawem zastawu na pewnych przedmiotach własnością upadłego dłużnika będących. Ponieważ prawo zastawu po ogłoszeniu konkursu przez wierzycieli na majątku konkursowym już uzyskane być nie może (§. 11 u. k.), chodzić tu może tylko o wierzycieli takich, którzy takie prawo już przed ogłoszeniem konkursu nabyli. Kwestya, czy prawo w owej chwili już nabyte zostało na pewnym przedmiocie, ocenioną być musi podług ogólnych zasad prawnych.

W szczególności podług zasad prawa hipotecznego o nabyciu prawa hipoteki rozstrzyga chwila wejścia żądania o wpis do właściwego sądu (§. 12 ust. 1. u. k.). Jeżeli więc żądanie wpisu weszło do tegoż sądu przed ogłoszeniem konkursu, prawo hipoteki za nabyte uważane być musi, chociażby wpis dopiero po ogłoszeniu dozwolono i uskutecznilo.

§. 12 u. k. przedstawia ten przepis jako wyjątek od reguły §. 11, że po ogłoszeniu konkursu prawo zastawu uzyskane być nie może. Jestto jednakże konsekwencya ścisła zasady, że skutki wpisu liczą się zawsze od chwili wejścia żądania do właściwego sądu.

Podobnie się rzecz ma w przypadkach, w których przed ogłoszeniem upadłości uzyskano wpis warunkowy (prenotację), chociażby jego usprawiedliwienie nastąpiło później, — tudzież w przypadkach zanotowania stopnia pierwszeństwa po myśli §. 56 ust. 3 ust. hip.

Ustawa nie czyni różnicy, z jakiego tytułu prawo zastawu pochodzi. Nietylko więc umowne, lecz i sądowe i t. zw. ustawowe prawo zastawu nadają prawo odrębnego zaspokojenia się z przedmiotu, na którym ciężą, — to ostatnie też bez względu na to, czy istnieje ze względów publicznych (podatki, opłaty publiczne) czyli też ze względu na prawa prywatne (prawo wynajmującego i wdzierżawiającego §. 1101 u. c., komisanta art. 374, spedytora art. 382, przewoźnika art. 409 kod. h., do tego §. 47 ust. wpraw. kod. handl. i art. XIII. 9 ust. wpraw. ord. egz., — prawo publ. domów składowych §. 28 ust. z 28. kwietnia 1889 L. 64. dz. u. p., pr. adwokatów §. 19 ord. adw., prawo zakładów, trudniących się czynnościami kredytowymi z art. III. rozp. min. stanu i sprawiedl. z 28. października 1865 L. 110 dz. u. p.). Skoro zaś prawo zastawu na przedmiocie do majątku konkursowego należącym ciężą, wolno je prowadzić do urzeczywistnienia i uzyskać i dalej prowadzić egzekucję, tak samo, jak poza konkursem, z tą różnicą, że realizacya ta zwróconą być musi przeciw zarządcy majątku (§. 137 u. k.). W szczególności dopuszczalne jest postępowanie egzekucyjne tak celem przymusowej sprzedaży (§. 31 u. k.), jak i przymusowego zarządu (§. 83 u. k.). Wolno nawet zaspokoić się z przedmiotu zastawem obciążonego bez interwencji sądu w przypadkach, w których to według powszechnych ustaw jest dozwolone, a prawo to już przed ogłoszeniem upadłości nabyte zostało (§. 311 u. handl., art. III. rozp. min. z 28. października 1865 L. 110 dz. u. p., §. 4 ust. z 23. marca 1885 L. 48 dz. u. p., §. 32 i 33 ust. o publ. domach składowych z 28. kwietnia 1889 L. 64 dz. u. p., §. 15 ust. z 1. kwietnia 1875 L. 67 dz. u. p. o giełdach, i przywileje zakładów kredyt. utrzymane w mocy art. I. i IV. ust. wpraw. ord. egz.).

W tych jednakże przypadkach osoby, którym przysługuje prawo zaspokożenia się bez interwencji sądu, obowiązane są do udzielenia zarządcy majątku żądanych przezeń wyjaśnień, a względnie do doniesienia temuż zarządcy, lub też komisarzowi konkursowemu o takimże prawie swoim, inaczej bowiem odpowiadają za szkodę stąd wynikłą. Nadto każdy wierzyciel zastawniczy winien okazać zastaw wydelegowanemu komisarzowi celem jego opisanie i oszacowania (§. 164 u. k.).

Uprawnionym do żądania przymusowej sprzedaży rzeczy jest, obok wierzycieli na niej ubezpieczonych, także zarządca majątku (§. 165 u. k.). Przysługuje temuż wszakże prawo wykupienia każdej zastawem obciążonej ruchomości przez spłatę długu ubezpieczonego. Co do nieruchomości, ma on prawo wstąpienia w miejsce każdego wierzyciela, który uzyskał egzekucyjną sprzedaż, jednak zwleka z wykonaniem jej (§. 165 u. k.).

III. Rozdział „masy szczegółowej“ między wierzycieli tudzież rozdział owoców, albo przychodów uzyskanych aż do czasu sprzedaży, odbywał się przed 1. stycznia 1898 podług przepisów ust. konk. (§. 166), w szczególności co do nieruchomości (§. 31—37 u. k.), co do rzeczy ruchomych (§. 38—40 u. k.), co do majątku kopalnianego (§. 41 u. k.).

Gdy jednakże podług art. I. ust. wpraw. ordynacyę egzekucyjną ordynacya ta równocześnie z nową procedurą cywilną (1. stycznia 1898) uzyskała moc obowiązującą dla wszelkich egzekucyj, przydzielonych sądom zwyczajnym, a tem samem odtąd utraciły moc obowiązującą wszelkie w innych przepisach prawnych zawarte postanowienia o przedmiotach w tejże ordynacyi egzekucyjnej unormowanych, o ile ordynacya ta wyjątków nie zawiera, — przeto wobec tego, że ordynacya ta żadnych wyjątków na przypadek konkursu nie stanowi, ani też odmiennych nieco przepisów ust. konk. w mocy nie utrzymuje, przepisy §. 166, 31—41 u. k. już dziś zastosowania nie mają,

a w miejsce tychże wstąpiły traktujące o rozdziale ceny kupna egzekucyjnie przedanych przedmiotów i owoców lub przychodów tychże §. 209—238, 246, 283—288, 122—132 ord. egz., — przyczem praw wierzycieli konkursowych i dłużnika we wszystkich rozprawach odnoszących się do realizowania praw wierzycieli realnych jako takich w postępowaniu procesowem lub egzekucyjnem przestrzega i zastępuje zarządca majątku, który również ma obowiązek dopilnowania, ażeby fundusze osobnych mas specjalnych, nie potrzebne już do zaspokojenia wierzycieli realnych, wpłynęły do ogólnego majątku konkursowego (§. 167 u. k.).

Zapatrywania, iż §. 166, 31—41 ust. konk. ordynacją egzekucyjną zniesione zostały w całości, o ile mi wiadomo, dotąd nikt nie podnosił. Prawdopodobnie część autorów owszem jest zdania, że przy rozdziale ceny przedaży w konkursie obowiązują obecnie wprowadzone przepisy ordynacji egzekucyjnej, lecz z odmianną, że 1) z tejże ceny lub z dochodów mają być najpierw pokryte długi masy, odnoszące się do tejże masy szczegółowej, do których należą koszty, wyłożone przez zarząd masy celem wyśledzenia, zabezpieczenia i ściągnięcia masy specjalnej i kosztów połączone z utrzymaniem i zarządem nieruchomości (Neumann *Syst.* str. 313 i 368, Schauer j. n.); 2) że termin trzechletni, przysługujący podatkom i innym opłatom publicznym, liczony być ma wstecz od dnia ogłoszenia konkursu. (Tak Tilsch *Einfluss der Zivilprozessges.* str. 163, Schauer *Über die Befriedigung der Realgläubiger im Konkurse* w *Ger. Ztg.* 1899 Nr. 14, Neumann *Syst. d. Exek. Ord.* 314 n. *Komment. z. Exek.* str. 596, Schauer w *G. Z.* 1901 N. 44, Trammer str. 275 n.). Przeciwnie orz. z 27. stycznia 1903 L. 1102. (Geller-Jolles V. 341) każe zastosowywać §. 31 nast. ust. konk. w zupełności, motywując to tem, że zasady rozdziału ceny kupna, zawarte w ust. konk., są wyjątkowemi postanowieniami, których ord. egz. po myśli art. I. ust. wpraw. ord. egz. ani zniosła ani zmieniła. — Jedno i drugie zdanie uważam za mylne. Albo ustawa egzekuc. derogowała §. 31—41 ust. konk., normując inaczej postępowanie rozdziałowe, albo nie. W pierwszym razie nie uchodzi wybierać sobie z pomiędzy przepisów ust. konk. te lub owe, które nam się dobre wydają, lecz musimy je wszystkie za zniesione uważać i stosować się do ord. egz., a zatem także

co do rzekomego lokowania specjalnych kosztów masy i obliczania terminu trzechletniego podatków i opłat publicznych. W drugim razie żadnego przepisu ord. egz. w konkursie zastosowywać nie moglibyśmy. Argumentacja, że podane powyżej pod 1. i 2. wyjątki od przepisów ord. egz. uzasadnione są celem postępowania konkursowego, t. j. realizacji majątku, nie wydaje mi się przekonywającą. Ord. egz. nie czyni różnicy, kto jest właścicielem rzeczy drogą egzekucyjną przedawaną i czy właściciel ten jest w konkursie czy nie. Normuje ona egzekucję w interesie zaspokojenia wierzycieli realnych. Pierwszeństwo kosztów masy specjalnej przed roszczeniami wierzycieli realnych mieściłoby w sobie, — o ileby koszta te wychodziły poza ramy zaliczek na zarząd przymusowy nieruchomości (§. 216 ord. e.) lub kosztów oszacowania i sprzedaży ruchomości (§. 283 i 286 ord. e.), — uszczuplenie praw tychże ostatnich, opartych na ordynacji egzekucyjnej. Pierwszeństwo to w usł. konk. polegało na zapatrywaniu, że koszta te podejmowane były w interesie wierzycieli realnych. Nowa ordynacja egz. od tego zapatrywania odstąpiła, odmawiając kosztom oszacowania i sprzedaży nieruchomości pierwszeństwa, a dając takie pierwszeństwo tylko kosztom oszacowania i sprzedaży ruchomości (§. 286 ord. egz.) i zaliczkom w ciągu zarządu przymusowego nieruchomości poczynionym (§. 216 ord. egz.). Z powyżej przytoczonych też powodów termin pierwszeństwa podatków i opłat publicznych nie może być liczony po myśli §. 31 u. k. wstecz od ogłoszenia konkursu, lecz po myśli §. 216² ord. egz. od dnia przybicia. Tym sposobem zasada niezależności wierzycieli realnych od konkursu dopiero od chwili wejścia w życie ordynacji egzekucyjnej w całości jest przeprowadzoną i pod tym względem dopiero teraz zrównała się ustawa austr. z konkursem niemieckim, w którym zasada w całej pełni już dawniej obowiązywała.

IV. To samo, co po wyżej o prawie zastawu powiedziano, stosuje się także do prawa zatrzymania (*jus retentionis*), które, jeśli już przed ogłoszeniem konkursu nabyte zostało, w konkursie na równi z prawem zastawu ma być traktowane (§. 11 ust. 2 u. k.).

Dozwolone w obszernej mierze w kod. gal. II. §. 250 i poprzednich projektach (por. proj. terez. II. 30 u. 53, III. 24 u. 115—120; proj. Hortena III. 7 §. 60. 78,

5 §. 29. 6 §. 31. 33, 9 §. 59, 63, 69, 70; proj. Martiniego II. 8 §. 29) prawo zatrzymania (*Innebehaltungsrecht*) utrzymało się jeszcze w pierwszym odczycie kod. cyw. (Ofner I. str. 299—301, §. 250), lecz w ciągu rewizyi uchylone zostało z obawy nadużyć, jakie się podług twierdzenia Pratobery w szczególności w Galicyi zdarzały (Ofner II. str. 380, por. także str. 36 do §. 81 i 370 przy §. 45). Stąd powstał §. 471 u. c. Nauka odróżnia obszerniejsze i ściślejsze pojęcie prawa zatrzymania. W obszerniejszem znaczeniu rozumiemy przez prawo zatrzymania (*Retentionsrecht, Zurückbehaltungsrecht im weiteren Sinne*) prawo dłużnika powstrzymania świadczenia ze stosunku obowiązkowego wierzycielowi się należącego, dopokąd wierzyciel ze swej strony ciężącego na nim obowiązku z tego samego stosunku wynikającego nie dopełni. W tem znaczeniu obejmuje prawo zatrzymania także i t. zw. ekscępcyę *non adimpleti contractus*. (Ob. moje *Pr. pryw.* III. §. 268 i cyt. tamże autorów). W ściślejszem znaczeniu jest to prawo odmówienia wydania jakiejś cudzej rzeczy aż do czasu, w którym uprawniony do żądania tego wydania nie dopełni innego z jakiegoś zobowiązania wynikającego świadczenia. Niema wątpliwości, że autorowie ust. cyw., wykluczając prawo zatrzymania, mieli na oku tylko prawo to w ściślejszem znaczeniu, gdyż *ecc. non ad. contr.* pozostawili nietkniętą (§. 1052, 1062 u. c.). Istota i rozciągłość prawa zatrzymania jest także i w literaturze pr. austr. sporną. Ob. Unger *Syst.* II. §. 125 uw. 17—20, Geller *Das allg. Retentionsrecht* w *Centrbl.* I. (1883), Reinhold *Das allg. u. d. kaufm. Retenzionsrecht* (1889) i Pollitzera recenzję w *Grünh.* 18 str. 210 n., Schey *Obligationsverhältnisse* I. str. 331. Cytowane przez Ungera l. c. i Scheya przypadki §. 392, 403, 877, 932, 934, 1068 n., 1085 u. c., jeżeli wogóle można tu mówić o prawie zatrzymania, podchodziłyby niewątpliwie tylko pod pojęcie obszerniejsze tego prawa, chociaż kwestya, czy w tych przypadkach — jak to Unger twierdzi — świadczenia wzajemne mają być równoczesne (*Zug um Zug*), a więc każda strona powstrzymać może świadczenie do czasu, gdy i druga świadczyć będzie — jest właśnie wobec §. 471 u. c. bardzo wątpliwą. Dniestrzański *Werklieferungsvertrag* str. 270 za taki przypadek uważa prawo wstrzymania części zapłaty przez pracodawcę z §. 1153 u. c., chociaż jest to również tylko rodzaj ekscępcyi *non adimpl. contractus*. Tak tedy można powiedzieć, że przypadku prawa retencyi w ściślejszem znaczeniu podług

powsz. pr. cywilnego niema. Pozostają więc tylko przypadki tegoż prawa uzasadnione w kodeksie handlowym (art. 313—316 k. h.), które się tem charakteryzują, że chodzi w nich wyłącznie o uzyskanie zabezpieczenia pewnego długu pieniężnego, a którego skutkiem jest prawo sprzedaży rzeczy zatrzymanej i zaspokojenia się z ceny sprzedaży z pierwszeństwem przed innymi wierzycielami dłużnika, a także i przed masą konkursową tegoż (art. 315 k. h.), a różni się od prawa zastawu tem tylko, że w pośród warunków art. 313—315 k. h. może być uzyskane tylko na rzeczy będącej własnością dłużnika (*des Schuldners* art. 313 k. h.). Skoro jednak raz uzyskane zostało, odnosi skutek przeciw wszelkim trzecim osobom, a więc jest prawem bezwzględnem i na rzeczy bez względu na inne osoby (§. 307 u. c.) ciężącym, a więc w znaczeniu prawa cyw. rzeczowem. Tak Staub-Pisko w dop. do art. 316 k. h. §. 14 i cyt. tamże aut. Przeciwnego zdania, t. j. że jest ono prawem osobistem i przeciw następcom we własności wykonywane być nie może, a dopiero w konkursie właściciela staje się rzeczowem: Canstein II. str. 33 n., Krainz-Pfaff-Ehrenzweig I. §. 190.

T. zw. prawo zaspokojenia (*Befriedigungsrecht*), oparte na §. 98, 134 i 135 ord. egz., nie jest niczem innym jak sądowem prawem hipoteki, podlega więc w konkursie tym samym prawidłom.

Z bardzo obfitej literatury o tem tak zw. prawie zaspokojenia (ob. przegląd jej w rozpr. Ohmeyera *Die juristische Natur des Befriedigungsrechtes* w Grünh. czasop. T. 32 str. 361), porównaj szczególnie: Demelius *Pfandr. an bewegl. Sachen* (1897) str. 31 n., który sądowemu prawu zastawu wogóle odmawia charakteru prawa zastawu (o tem Ehrenzweig w Grünh. 25 str. 151), Schuster v. Bonnot *Öst. Zivilprozessr.* (1896) str. 659, 675 i uw. 6 tamże, Zalud *Das Befr. Recht in d. Exekutionsordnung* w Gellera *Zentralbl.* XVII. str. 593 n., Landauer *Grundlagen u. Systematik des neuen öst. Hypothekarrechtes* (1904) str. 17 n. i *Ger. Ztg.* 1904 Nr. 16, Kastner *Zwangsverwaltung u. Befr. R.*, tamże Nr. 13, Dresdner *Die privat. Elemente d. Zwangsversteigerung, Öst. Richter Ztg.* 1904 Nr. 2 n., Krainz-Pfaff-Ehrenzweig I. §. 267, Tilsch *Einfl. der Zivilprozessges.* wyd. 2 str. 112, Czörnig *Vorles. üb. die Exekutionsordnung* (1898) str. 81, 88, 110. Prawem zaspoko-

kojenia nazywają prawo przysługujące podług ordynacyi egzekucyjnej wierzycielowi, popierającemu egzekucyę, żądania zaspokojenia wierzytelności pieniężnej z przychodów lub ceny sprzedaży nieruchomości. Gdy za dawnej proc. cyw. wierzyciel, nie mający hipotecznego zabezpieczenia na nieruchomości, musiał, chcąc popierać do niej egzekucyę, uzyskać naprzód t. zw. egzekucyjne prawo zastawu, dziś może, mając tytuł egzekucyjny, żądać przymusowego zarządu lub sprzedaży nieruchomości bez uzyskania intabulacyi. Skutkiem uzyskania adnotacyi w księdze, która w takim przypadku z urzędu nastąpić musi, uzyskuje jednak to samo, co poprzednio przez intabulacyę egzekucyjną t. z. prawo zaspokojenia swej wykonalnej wierzytelności z nieruchomości z pierwszeństwem, datującym od chwili adnotacyi (dawniej intabulacyi). Prawo to więc w zupełności odpowiada definicyi prawa zastawu (§. 447 u. c.) i co do materialnej treści żadnej niema różnicy między dawnym egzekucyjnym prawem zastawu a dzisiejszym prawem zaspokojenia się. Różnica polega tylko na sposobie nabycia, trwania i zgaśnięcia; prawo hipoteki nabywa się przez intabulacyę, prawo zaspokojenia przez adnotacyę, prawo hipoteki skutecznem jest trwale, prawo zaspokojenia tylko na czas dozwolonej egzekucyi (choć od wierzyciela samego zależy uzyskać je trwale), pr. hipoteki gaśnie dopiero przez zapłatę, a względnie ekstabulacyę, pr. zaspokojenia przez odwołanie egzekucyi, jeśli wierzyciel nie uzyska ustalenia jego także na przyszłość. Gdy jednakże §. 450 u. c. co do nabycia (a tem samem i co do trwania i zgaśnięcia) sądowego prawa zastawu odwołuje się do przepisów proceduralnych, więc przepisy te nie uchybiają materialnemu charakterowi prawa tego jako prawa hipoteki, skoro w nim mieszczą się wszelkie znamiona materialne prawa zastawu. Mimoto prawna istota prawa tego w literaturze austr. jest wielce sporną. Jedni odmawiają mu charakteru prawa rzeczowego, inni wogóle charakteru prawa prywatnego, inni znowu, przyznając mu charakter prawa rzeczowego, twierdzą, że mimo to nie jest prawem zastawu, lecz podobnem do tegoż prawem *sui generis*. (Przegląd tych zapatrywań ob. u Ohmeyer a l. c.).

V. W konkursie zakładu, który pod dozorem rządowym wypuszcza w obieg t. zw. listy zastawne lub hipoteczne (*Pfand-, Hypothekenbriefe*), odrębną masę specjalną stanowią przedmioty majątkowe, przeznaczone

podług statutów na zabezpieczenie praw posiadaczy tychże listów przed innymi wierzycielami (§. 1 i 2 ust. z 24. kwietnia 1874 L. 48 dz. u. p.).

Przed wydaniem ustawy tej zabezpieczenie posiadaczy t. zw. listów zastawnych czyli hipotecznych polegało jedynie na postanowieniach statutowych, wedle których wolno było zakładom wydawać listy takie, t. j. dokumenty dłużne tylko w miarę wydawanych równocześnie pożyczek hipotecznych, a posiadaczom tychże przyznawać prawo zaspokojenia swoich z listów tych wynikających praw z tychże pożyczek hipotecznych z pierwszeństwem przed wszystkimi innymi wierzycielami zakładu. Gdzie tedy nie było statutowego postanowienia takiego, prawa takie wcale nie istniały. Ale nawet tam, gdzie je statutowo przyznawano posiadaczom listów zast., bezpieczeństwo ich było bardzo wątpliwej natury, ponieważ postanowienia takie statutowe nadawały im wprawdzie przeciw zakładowi emitującemu prawa obligacyjne żądania, aby wbrew tymże przepisom funduszami ze zwrotu pożyczek pochodzącymi nie dysponował z ich pominięciem i fundusze te w pierwszym rzędzie na umorzenie wierzytelności tychże posiadaczy używał, lecz nie nadawały im rzeczowego ubezpieczenia wobec osób trzecich i nie chroniły od nadużyć samego zakładu. W przypadkach konkursu nie mieli nadto posiadacze listów zastawnych środka urzeczywistnienia swych statutem przyznanych im praw. Otóż ustawa cyt. z r. 1874 miała na celu wzmocnienie bezpieczeństwa praw posiadaczy listów zastawnych przez nadanie tymże prawom skuteczności realnej przeciw osobom trzecim i udaremnienie wszelkich zarządzeń ze strony zakładu, któreby sprzeczne były z temiż prawami.

W tym celu służy postanowienie ustawowe, że przedmioty majątkowe przeznaczone statutami na zaspokojenie praw posiadaczy listów zastawnych, a więc wierzytelności hipoteczne zakładu, a względnie efekta kaucyę dla tychże praw stanowiące, nie mogą być użyte na inne cele, dopóki nie nastąpi prawidłowe ich uwolnienie od tego przeznaczenia. Takie uwolnienie zaś nastąpić może tylko za zgodą przydanego zakładowi komisarza rządowego, który zgodzić się może na to jedynie przekonawszy się, że rozrządzenie statutowem pokryciem listów zastawnych nie narusza bezpieczeństwa posiadaczy tychże listów, a wpisy do ksiąg publicznych, odnoszące się do owych przedmiotów, nastąpić mogą tylko na podstawie dokumentów zakładu (cesyi, kwitów i t. p.), przez komi-

sarza rządowego podpisanych (§. 1 cyt. ust.). Egzekucya na tego rodzaju przedmioty na rzecz trzecich osób t. j. takich, których prawa nie wynikają z listów zastawnych, dozwoloną być może tylko z zastrzeżeniem pierwszeństwa praw posiadaczy listów zastawnych. Gdyby komisarz rządowy uważał, że prawa posiadaczy listów zastawnych są zagrożone, ma się postarać o ustanowienie dla nich kuratora (§. 3 cyt. ust.). W przypadkach konkursu zaś ogół przedmiotów przeznaczonych na zabezpieczenie praw ich stanowi (j. w.) odrębną masę, z której posiadacze ci z wyłączeniem innych zaspokojenia swego poszukiwać mogą (§. 2 cyt. ust.).

Przedmiotami takimi są w pierwszym rzędzie wierzytelności hipoteczne zakładu, przy których prawo posiadaczy do zaspokojenia się z nich w księgach gruntowych zapisane być powinno (§. 5 cyt. ust.), a mogą być także pieniądze lub papiery wartościowe (t. zw. pupilarne), ustanowione po myśli statutów jako kaucya na zabezpieczenie powyżej wymienionych praw, złożone odrębnie od reszty majątku zakładu pod zamknięciem spólnym z komisarzem rządowym (§. 6 cyt. ust.). — Gdy więc posiadacze listów zastawnych mają prawo zaspokojenia się bezpośrednio z tychże przedmiotów majątkowych, skuteczne tak przeciw dłużnikowi jako też przeciw wszystkim innym osobom trzecim, prawo to przedstawia się jako prawo zastawu po myśli §. 447 u. c. i jako takie w konkursie traktowane być musi (§. 2 cyt. ust.).

Tak też przeważna część autorów austr. Ob. Pavliček *Die Rechte der Pfandbriefbesitzer* w *Jur. Bl.* 1893 Nr. 49 n. i tegoż *Právo listu zástavních* (1893), tudzież *Das Pfandbriefrecht* (1895) str. 63, Krainz-Pfaff-Ehrenzweig I. §. 282, Randa *Obchodní právo* (1903) wyd. 6, str. 53, uw. 61 a, tegoż *Handelsrecht* (1905) II. str. 61, uw. 61 b i moje *Pr. pryw.* II. §. 239. Natomiast Exner *Öst. Hypothekenrecht* II. str. 377 w uw. 4, a za nim Frankl w *Jur. Viertelj.* 1885 str. 27 i tamże 1892 str. 59 uważają prawo to jedynie jako *privilegium exigendi*, nadające w konkursie uprzywilejowane stanowisko między wierzycielami konkursowymi. Jeżeli jednak — jak wyżej wyluszczone — prawo to ma wszelkie istotne znamiona §. 447 u. c., niema powodu

odmawiać mu charakteru tego prawa rzeczowego, zwłaszcza, że ust. z r. 1874, tworząc odrębną dlań masę w konkursie, niewątpliwie uznała je za uprawnienie realne. W konkursie niemieckim jest ono po myśli §. 35 ustawy o bankach hipotecznych z 13. lipca 1899 tylko prawem pierwszeństwa przed innymi wierzycielami konkursowymi, poza konkursem nie uzasadnia prawa zastawu ani hipoteki. Ob. zamiast innych Jaeger *Komment. zur Konkursordnung* do §. 61 uw. 2 (2. wyd. str. 490). Kohler *Leitf.* str. 111 zalicza je do niewłaściwych praw odrębności (*uneigentliche Absonderungsrechte*).

Do zastępstwa praw posiadaczy listów zastawnych sąd, w przypadku konkursu zakładu wydającego je, ustanowić winien z urzędu kuratora.

O stanowisku prawnem tegoż kuratora ob. Krasnopolski *Über die Stellung des Pfandbriefkurators im Konkurse der Pfandbriefanstalt* w praskiej *Jur. Viertelj.* T. XVII. (1885) str. 1 n., Langer (pod podobnym napisem) w *Ger. Halle* 1885 Nr. 4, Pavliček *Zur Anwendung des Ges. üb. die gemeins. Kuratoren von Pfandbr u. Teilschuldversch.* w *Jur. Bl.* 1891 Nr. 1—4 i *Pfandbriefrecht* str. 74 n.

VI. Jeżeli wierzyciele realni są zarazem osobistymi wierzycielami upadłego dłużnika, mają prawo poszukiwać zaspokojenia swych pretensyi także drogą zgłoszenia do majątku konkursowego jako wierzyciele konkursowi (§. 30 ost. ust. u. k.). Zasadą jest, iż w tym przypadku biorą udział stosunkowo w zaspokojeniu z ogólnego majątku konkursowego tylko z tą kwotą, której z ceny sprzedaży zastawu nie osiągną. Zasada ta przeprowadzoną jest w ten sposób, iż zgłosić się mogą do ogólnego majątku jako wierzyciele konkursowi z pełną kwotą i biorą udział w rozdziale ogólnego majątku na równi z innymi wierzycielami konkursowymi. To jednak, co z ceny sprzedaży zastawu im przypadnie, potrącone im zostaje z tego, co z masy ogólnej otrzymają, a względnie zwrócone zostaje masie ogólnej, tak, iż w rezultacie majątek ogólny przyczynia się do ich zaspokojenia tylko w stosunku do wysokości niedoboru realnego zabezpieczenia (§. 171 u. k.).

Ob. Kaserer str. 221, Frankl *Zur Rev.* str. 69, Trammer str. 281. Sposób ten zaspokojenia wierzycieli realnych, którzy są zarazem osobistymi, odpowiada słuszności i przyjęty jest w większej części ustawodawstw konkursowych. Ob. skazówki u Frankla str. 70 uw. 230. Odmienne system w Anglii. Podług tego systemu wierzyciel ubezpieczony rzeczowo, jeśli przed realizacją zastawu pragnie brać udział w rozdziale majątku konkursowego, musi albo zrzec się swego zabezpieczenia, lub ograniczyć się do zgłoszenia ubytku, jaki wypadnie podług szacunku zastawu.

IX.

Wierzyciele masy.

Kaserer str. 69 n.; Sch warz I. str. 147 n.
 II. str. 341 n.; Pollak str. 278 n.; Frankl str.
 77 n.; Petschek w *Jur. Viertelj.* 20 str. 177 n.;
 Schrutka *Comp.* str. 72, 77.

I. Przeprowadzenie postępowania konkursowego i zarząd majątkiem dłużnika, tudzież interesa w tym celu z trzecimi osobami zawierane, niemniej dopełnienie interesów przez dłużnika przed ogłoszeniem konkursu zawartych, w które organa zarządu z mocy przysługującego im prawa wejść uznały za stosowne (§. 22 u. k.), wymagają nakładów, które z natury swej umniejszają fundusz na zaspokojenie wierzycieli dłużnika upadłego przeznaczony, a więc pokrywane być powinny z majątku konkursem objętego, niezależnie od zaspokojenia tychże wierzycieli. Nakłady te polegają albo na gotowych wydatkach, albo też na zobowiązaniach, które organa zarządu w celu zrealizowania majątku konkursowego, a względnie w celu osiągnięcia pewnych potrzebnych do tego świadczeń osób trzecich zaciągać muszą, są więc nieuniknionym środkiem realizowania majątku na zaspokojenie wierzycieli przeznaczonego a więc niejako tegoż stanem biernym. Tylko to, co po pokryciu tychże nieuniknionych nakładów pozostaje, może być użyte wprost na zaspokojenie wierzycieli upadłego dłużnika (§. 42, 31 u. k.).

Ustawa takie nakłady nazywa długami masy (*Masseschulden*, §. 28, 29 u. k.), a prawa tymże długom odpowiadające roszczeniami wierzycieli masy (*Ansprüche der Massegläubiger*, napis do §. 28, 29 u. k.).

W ustawodawstwach europejskich i w literaturze długi czas przeważało zapatrywanie, że wierzyciele masy zostają z wierzycielami konkursowymi albo też z tż. ogółem wierzycieli (*Gläubigerschaft*) w stosunku wierzyciela do dłużnika. Tak n. p. Bayer, *Theorie d. Konkursprozesses* §. 50, proponuje wprost dla określenia wierzycieli masy wyraz *Gläubiger der Konkurskreditoren* i twierdzi, że gdyby majątek konkursowy nie wystarczył, wierzyciele konkursowi musieliby dopełnić reszty z własnego majątku. Podobnie Sch w e p p e *System d. Konkurses* §. 64, R é n o u a r d *Traité* II. str. 202 u 5. Podobnie też mot. austr. ust. konk. u K a s e r e r a str. 69 nazywają długi te długami ogółu wierzycieli, które z majątku krydaryusza pokrywane być mają. Zapatrywanie to zostaje w związku z teorią o osobie prawnej t. zw. ogółu wierzycieli i sukcesyi wierzycieli w prawa dłużnika, która, jak wyżej wykazałem (ob. wyżej pod IV i VI), nie da się usprawiedliwić. To też niektórzy, jak K o h l e r *Lehrb.* §. 63. — z austr. C a n s t e i n w G r ü n h. IX str. 488 są zdania, że zobowiązania masy są wprawdzie długami »ogółu wierzycieli« nie dłużnika, lecz tenże ostatni odpowiada za nie o tyle, o ile jest wzbogacony, a więc tylko wówczas, gdyby mu — po zniesieniu konkursu — oddano majątek bez potrącenia kosztów masy. — Skoro jednakże ustawa każe zobowiązania te pokrywać z majątku dłużnika, obowiązek wierzycieli byłby obowiązkiem świadczenia z obcego majątku, — taki zaś obowiązek skonstruować się nie da. Wprawdzie C a n s t e i n (str. 471) przypisuje ogółowi wierzycieli majątek, który się według niego składa z prawa zarządu i dyspozycyi majątkiem dłużnika. Lecz wątpię, żeby z takiego majątku jakikolwiek wierzyciel mógł być zaspokojony! K o h l e r zapytuje: »jakże można dłużnika czynić odpowiedzialnym za wszelkie interesa może zupełnie chybione, za wszelkie nieudane spekulacye zarządu?« Jeśli jednak ustawa nadaje wierzycielom czyli też tak zw. ogółowi wierzycieli zarząd, a wszelkie korzyści z tego zarządu idą na rzecz dłużnika, gdyż na zaspokojenie jego długów, słusznem jest, iżby on ponosił także i niekorzyści, nie zaś wierzyciele, którzy i tak narażeni są na stratę swych

wierzytelności. — Jeszcze bardziej wydaje mi się niezasadnionem zdanie, które uwalnia nie tylko dłużnika, lecz i wierzycieli i zarząd majątku od wszelkiej osobistej odpowiedzialności za zobowiązania masy, a to ogół wierzycieli dlatego, ponieważ nie ma prawa obligować dłużnika poza majątek konkursowy, — zarządcę dlatego, ponieważ nie we własnym imieniu działa, — wierzycieli dlatego, ponieważ majątek zostaje własnością dłużnika, a — dłużnika dlatego, ponieważ ani ogół wierzycieli, ani zarządca go poza majątkiem konkursowym obligować nie mogą (Schwarz str. 148 n.). Gdzież tedy siekierka zginęła? Od kogo mają więc wierzyciele masy domagać się dopełnienia nabytych w dobrej wierze praw swoich? — Schwarz wysnuwa też (str. 149) śmiało konsekwencję, uderzającą niesłusnością, że dłużnik po zniesieniu konkursu nabywa wszelkie korzyści, nie obejmując równocześnie żadnych zobowiązań, a zobowiązany być może do zwrotu tylko w miarę *negotiorum gestionis* (§. 1035—1040 u. c.). Przypomina się tu mimowoli złośliwy wiersz Heinego: *...und da keiner wollte leiden, dass der Andere für ihn zahle, zahlte keiner von den Beiden.*

Frankl str. 78 również oświadcza się za tem, że dłużnik po ukończeniu konkursu wolny jest od płacenia długów masy z powodu, że podług §. 54 tylko wierzyciele konkursowi mają prawo domagać się od niego niezaspokojonej reszty swych pretensyi, a podług §. 160 ściągnięcie długów masy ograniczone jest do majątku konkursowego. Z §. 54, który mówi o wierzycielach konkursowych, nie wynika jednakże, aby oprócz nich nikt inny nie mógł mieć pretensyi do dłużnika — a §. 160 w ust. ostatnim wypowiada tylko zasadę, która się rozumie sama przez się, że skarga przeciw zarządcy skierowana nie może się rozciągać do innego majątku, jak tylko do konkursu objętego, nie wyklucza zaś, iżby dłużnik po zniesieniu konkursu o zapłacenie długów masy nie mógł być skarżony.

Znamieniem istotnem długów masy jest, że pochodzą nie z czynności krydaryusza, odnoszących się do majątku konkursem objętego, lecz z czynności zarządu majątkiem, zatem powstają dopiero wskutek ogłoszenia i przeprowadzenia konkursu, tem zaś różnią się zasadniczo od długów krydaryusza, którym odpowiadają t. zw. wierzytelności

konkursowe, a których istotnem znamieniem jest, iż powstać musiały przed ogłoszeniem konkursu.

W dawniejszym konkursie nakłady, poniesione w celu zrealizowania majątku, które dzielono na koszta postępowania (*Konkursprozesskosten*) i koszta zarządu (*Verwaltungskosten*), traktowano na równi z długami konkursowymi, a nadawano im tylko pierwszeństwo przy rozdziale majątku po t. zw. windykantach (§. 14 u. konk. józ., §. 122 proc. gal.), objęte były one zatem dopiero ostatecznym rozdziałem majątku, gdy wedle terażniejszego pr. konk. muszą być płacone, skoro stały się płatnymi, bez względu na rozdział majątku między wierzycieli konkursowych. Stąd, że długi te powstają z czynności zarządu, wynika, że nawet dłużnik sam może się stać wierzycielem majątku, n. p. z tytułu zapłaty za czynności dla tegoż zarządu spełniane. Przez konkurs tworzy się bowiem majątek tegoż odrębny (*Sondervermögen*), który wprawdzie jest również majątkiem dłużnika, lecz przeznaczeniem swoim od innych praw i obowiązków dłużnika się oddziela. Ta odrębność umożliwia istnienie stosunków prawnych między jednym i drugim majątkiem dłużnika dopóki konkurs istnieje, zapobiega więc zjednoczeniu długów i wierzytelności dłużnika (§. 1455 u. c. ...*wenn Verhältnisse ganz verschiedener Art eintreten*) i powoduje, że dłużnik wówczas stanąć może w rzędzie wierzycieli swoich, wyłączając ich tem samem o tyle, o ile sięga jego pretensya z odrębnego majątku zaspokoić się mająca. Po zniesieniu konkursu odrębność tych majątków ustaje, a tem samem zobowiązania i prawa dłużnika gasną przez konsolidacyę — inne zaś pozostają w swej mocy.

Z pomiędzy długów masy ustawa odróżnia :

1. Koszta masy (*Massekosten*, §. 29 ust. 1 u. k.), do których zalicza :

a) koszta ogłoszenia upadłości, tudzież wszystkie koszta, które mają na celu wysłedzenie, ubezpieczenie, ściąganie, ocenienie, pozbycie i rozdział majątku ;

b) koszta połączone z wysłedzeniem, badaniem i ustaleniem roszczeń do masy, o ile podług ustawy (§. 122, 123, 133, 137 u. k.) nie spadają na pewne jednostki ;

T. zw. *sumtus processus*. Wyliczenie w §. 29 kosztów masy jest wyczerpującem (Pollak str. 281). Obfitą judykaturę ob. u Trammerra str. 82 n.

c) wydatki, połączone z utrzymaniem, zarządem i gospodarstwem masy, a między tymi podatki i opłaty publiczne, zapadłe w czasie konkursu.

T. zw. *sumtus oeconomici*. Pojęcie to nie wymaga objaśnienia. Tu należą także wszelkie podatki z dodatkami i opłaty publiczne, o ile przypadają za czas po ogłoszeniu konkursu i odnoszą się do majątku konkursem objętego. Osobiste podatki dłużnika za ten czas przypadające, n. p. podatek osobistodochodowy, o ileby się od niego należał za czas po otwarciu konkursu, lub podatek zarobkowy od przemysłu prowadzonego w tym czasie przez dłużnika, nie są kosztami masy. Ob. judykaturę u Trammerra str. 81 n. — Należy zaś tu wynagrodzenie zarządcy lub jego zastępcy i zwrot poniesionych przez niego wydatków (§. 161 u. k.).

2. Do drugiego rodzaju długów masy, czyli t. zw. długów masy w ścisłej znaczeniu, zalicza ustawa wszelkie inne zobowiązania zarządu, w szczególności:

a) zobowiązania, powstałe z aktów lub (innych) czynności prawnych zarządu, podjętych po ogłoszeniu upadłości;

Zobowiązanie także dopełnione być musi tak samo, jak każde inne zobowiązanie poza konkursem. Tu należą n. p. zobowiązania zarządu z kontraktów sprzedaży, podjętych dla zrealizowania majątku, czy to z tytułu dopełnienia tychże, czy też z rękojmi za wady lub braki, zobowiązania z zawieranych przez zarząd kontraktów o usługi, z kontraktów pożyczki, zaciągniętych w interesie zarządu, koszta procesowe nałożone na majątek konkursem objęty w procesach przez zarząd lub przeciwko niemu prowadzonych itp. W szczególności należy tu zaliczyć także utrzymanie krydaryusza, jeśli mu ono po myśli §. 5 ust. ost. przyznane zostało.

Ust. konk. niem. zalicza do długów masy także zobowiązania z tytułu nieusprawiedliwionego wzbogacenia się majątku konkursem objętego (§. 59 ust. 3). Nie mam wątpliwości, że i podług ust. austr. zobowiązanie takie należy do długów masy.

b) wszelkie zobowiązania z aktów prawnych lub stosunków prawnych dłużnika, powstałych przed ogłoszeniem upadłości, które w czasie ogłoszenia nie są jeszcze dopełnione lub ukończone, o ile zarząd majątku konkursowego wstąpił w miejsce upadłego dłużnika (§. 22, 23 u. k.).

O takichże poniżej pod X. — Jakkolwiek akta takie i stosunki prawne powstały przed ogłoszeniem konkursu, to jednakże przyczyną zaliczenia ich do długów masy jest »obowiązująca czynność zarządu«, w szczególności oświadczenie tegoż, iż w interes przez dłużnika rozpoczęty wstępuje.

II. Odróżnić należy długi masy ogólnej i długi mas szczególnych. Regułą jest, że długi masy pokrywane być winny z całego majątku dłużnika, przeznaczonego na zaspokojenie wierzycieli konkursowych (z t. zw. masy ogólnej). Tylko w razie, gdyby się odnosiły do przedmiotów majątkowych, przeznaczonych na zaspokojenie t. zw. wierzycieli realnych (§. 30 u. k.), pokrywane być winny z tychże przedmiotów (z odrębnych mas — *besondere Massen*, §. 28 u. k.).

Przepis ten — jak wogóle odróżnienie masy ogólnej i mas szczególnych, zd. m., od czasu wprowadzenia nowej ordyn. egzekucyjnej straciły doniosłość o tyle, że koszta, jakie dawniej na szczególne masy spadały, — znalazły obecnie pomieszczenie w przepisach ordynacyi egz. Zob. o tem wyżej rozdz. VIII. do ust. III.

III. Wierzyciele masy — pod względem realizacji pretensyi — tworzą niejako przeciwieństwo wierzycieli konkursowych. Nie podlegają więc przepisom obowiązującym pod względem realizacji i badaniu wiarygodności konkursowych, ale nie mają też prawa do brania udziału w głosowaniach i zgromadzeniach tychże ostatnich. Zaspokojenie ich następuje bez względu na stan postępowania konkursowego, skoro roszczenia ich są ustalone i wymagalne — a obowiązkiem zarządcy majątku jest starać się o to, aby potrzebne w tym celu kwoty na czas były przygotowane. W przypadku zwłoki w zapłacie mogą do

chodząc swych roszczeń podług wyboru swego albo drogą przedstawienia u komisarza konkursowego, który w tej mierze wyda dalsze zarządzenia, albo drogą procesu przeciw zarządcy majątku, a to, o ile nie zachodzi jego osobista odpowiedzialność, z ograniczeniem do majątku konkursowego (§. 160 u. k.)

W sądach austriackich wyrobiła się praktyka, że w wyroku zasądzającym masę konkursową na zapłacenie długu masy nie zakreslano czasokresu do wykonania zapłaty (*Partitionsfrist*) pod rygorem egzekucyi, lecz, że długi takie zaspokojone być mają tylko o tyle, o ile istnieje fundusz na ich zaspokojenie (orz. 4858, 9551, 9597, 10964, 11668, 12035, 13741, 13576, 14086, 15912, orz. 31/12 1901 L. 16434. *J. Bl.* r. 1903 str. 213). Sprzeciwiało się to już dawniejszym przepisom proc. (§. 399. gal. proc. cyw.), a już wcale terazniejszej (§. 409 p. cyw.) podobnie co do kosztów 14193, 15684, — a nawet, że egzekucya przeciw masie dozwoloną być może tylko za wykazaniem, iż istnieje dopuszczalny na zaspokojenie wszelkich długów masy majątek (orz. 9299). Tego zdania też Schwarz I. str. 154. Jeszcze dalej idzie *Ofner Haben Massegl. Executionsrechte geg. d. Konkursmasse* w *G. H.* Nr. 14 ex 1886, który w ogóle uważa egzekucyę za niedopuszczalną.

Zdanie to uważam za mylne (por. orz. 11150). Jeżeli bowiem sąd pozwala dochodzić wierzytelności masy drogą procesu, a wyjątkowych przepisów co do tego dochodzenia nie podaje, wierzyciel masy nie może być pozbawiony środka ściągnięcia swej pretensyi wbrew woli dłużnika, jaki każdemu innemu służy. Ord. egz. żadnych pod tym względem norm wyjątkowych nie daje. Że w braku funduszu egzekucya wykonaną nie będzie, jest naturalnem, lecz okoliczność tę wykazać jest rzeczą zarządu majątku jako egzekuta.

Gdyby majątek nie wystarczał na pokrycie wszystkich zobowiązań masy (1 i 2), pierwszeństwo mają kosztu masy (1 a, b, c). Gdyby nawet i te nie mogły być pokryte w całości, musiałyby być pokrywane w stosunku do funduszu w tym celu rozporządzalnego. Podobnie, gdyby po pokryciu kosztów masy nie wystarczyło funduszu na całkowite pokrycie innych zobowiązań masy (2 a i b),

musiałyby być i te inne pokrywane w stosunku do rozporządzalnego funduszu.

Stosunkowe pokrywanie kosztów, a względnie długów masy może ulegać trudnościom, ponieważ ze względu na to, iż muszą być one podług §. 160 u. k. pokrywane, skoro stały się wymagalne, stosunek, w jakim pokrywane być mają, nie da się obliczyć. Istnieje tedy pewna sprzeczność między §. 29 a 160 u. k., której uniknąć można tylko w ten sposób, że jak długo fundusze istnieją, koszta i długi masy muszą być całkowicie pokrywane, a dopiero gdyby się okazało, że fundusze nie wystarczają i konkurs dla braku majątku musiałby być zamknięty, nastąpić ma stosunkowe pokrycie po myśli §. 29 u. k. — Ob. o tem Pollak str. 281 n., Kissling str. 84. — W konkursie niemieckim rozstrzyga o tem sąd konkursowy (anal. z §. 107, 204 u. k. niem., Fitting str. 181.

Uwagi godnem jest, że niemiecka ustawa konk. wprost przeciwny porządek ustanawia, nadając pierwszeństwo długom masy w śc. znaczeniu przed tak zw. kosztami masy (§. 60 nowej, §. 53 dawnej ust. konk. niem.). Motywa (str. 1471) uzasadniają to tem, że pretensyi obcych nie uchodzi ukrócić z tego powodu, że prowadzone w interesie wierzycieli postępowanie konkursowe powoduje koszta.

W żadnym razie nie można żądać zwrotu spłat uczynionych na rachunek długów masy (§. 29 u. k.).

Przypadek, iżby wierzyciele masy nie całkiem zostali zaspokojeni, może się zdarzyć tylko wówczas, jeśli konkurs wprawdzie ogłoszony, lecz później dla braku majątku dostatecznego do pokrycia kosztów zniesiony zostanie (§. 154, 66 u. k.), ponieważ wszelkie inne sposoby zakończenia postępowania konkursowego wymagają poprzedniego zaspokojenia lub zabezpieczenia zobowiązań masy — albo też zgody wierzycieli na zniesienie konkursu (§. 155—157 i 160, 169 u. k.), a względnie (jak przy ugodzie przymusowej) prawom ich nie uchybiają (§. 225 u. k.). Gdy nadto sądowi upadłości ogłaszają nie wolno, jeśli się przy załatwieniu żądania okaże, że majątek kosztów postępowania pokryć nie może (§. 66 u. k.), przypadek, iżby zobowiązania masy nie były pokryte rzadko nastąpi, choć nie jest wykluczony.

X.

O wpływie konkursu na istniejące stosunki umowne.

Kaserer str. 54; Pollak str. 172 n.; Jäger *Zur Interpretation des §. 22. K. O. w Ger. H.* 1877 Nr. 27, 37, 74.; Prinzing (ten sam tytuł) G. Halle 1887. N. 40.); Brettschneider w *Mittheil. d. deutsch. Jur. Ver.* XII str. 25.; Frankl str. 80. n.; Trammer str. 44 n.

I. Ogłoszenie upadłości nie wpływa w ogólności na ważność i skuteczność zawartych przez upadłego dłużnika poprzednio umów. Ani bowiem niedostateczność majątku do pokrycia wszystkich zobowiązań, ani też utrata możliwości dyspozycyi w osobie dłużnika nie zdołają same przez się uczynić nieważnym lub nieskutecznym aktu, który wpośród wymaganych do jego ważności i skuteczności warunków został zdziałany. — Wyjątek stanowią umowy, których zgaśnięcie w przypadku ogłoszenia upadłości ustawa wyraźnie postanawia w zakresie ust. cyw.: pełnomocnictwo (§. 1024 u. c.), spółka (§. 1210 u. c.), spółność majątkowa (§. 1262 u. c.); w zakresie prawa handlowego por. art. 123 ust. 3 kod. h. (rozwiązanie spółki jawnej), art. 170 ust. 2, 200, 242 kod. h. (spółki komandytowej), art. 261 ust. 3 (spółki cichej); — w zakresie ustawy przemysłowej: §. 82 (rozwiązanie umowy robotniczej); — w zakresie ust. u stowarzyszeniach zarobkowych i gospodarczych: §. 36 i t. p.; — w zakresie ustawy o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością, §. 84 l. 4, 85 ust. z 6. marca 1906 L. 58 dz. u. p. O ile zaś ogłoszenie upadłości na skutek z n o s é umów na niekorzyść wierzycieli zawartych wpłynąć może, o tem będzie mowa w rozdziale o wzruszaniu czynności dłużnika (§. 24 u. konk.).

II. Poza tem wpływ ogłoszenia konkursu objawiać się może tylko ze względu na dopełnianie umów. W tej mierze odróżnić należy umowy jednostronnie obowiązujące i umowy wzajemne (ob. o tych pojęciach *Pr. prywat.* III. §. 264, 268).

Dopełnienie pierwszych nie przedstawia w konkursie żadnych odrębnych właściwości. Jeżeli z takie

umowy dłużnik upadły jest (wyłącznie) uprawnionym, zarządca majątku może się domagać dopełnienia, tak samo jak mógłby się domagać tegoż dłużnik, gdyby konkurs nie był ogłoszony. Jeżeli zaś (wyłącznie) uprawnionym jest spółkontrahent, jest on wierzycielem tak jak każdy inny i na równi z innymi może dochodzić swej pretensyi drogą zgłoszenia się, albo wpośród okoliczności — drogą wyłączenia z konkursu. — Pewną właściwość przedstawiają *pacta de contrahendo* ze względu na „zmienione“ ogłoszeniem konkursu stosunki (§. 936 u. c.).

Natomiast dopełnienie wzajemnych umów ulega modyfikacyom ze względu na zależność świadczeń obustronnych (por. *Pr. pryw.* III. §. 268).

Rozumie się, że mowa tu o umowach wzajemnych w ścisłym słowa znaczeniu, t. j. takich, które już z góry uzasadniają obowiązki do świadczeń po obu stronach, nie zaś o takich, przy których wzajemna pretensya powstać może (*actio contraria*), n. p. wygodzenie. Oprocentowana pożyczka jest kontraktem odpłatnym nie zaś wzajemnym. — Co do kontraktu pełnomocnictwa (§. 1024 u. c.), spółności między małżonkami (§. 1262 u. c.), istnieją specjalne przepisy. Podobnie też dla kontraktu najmu i dzierżawy (§. 23 u. k. ob. niżej pod III.). Wzajemnymi są: kupno i wszelkie jego odmiany (§. 1053 u. c.), zamiana (§. 1045 u. c.), kontrakt najmu (§. 1090 u. c.), najmu usług i wykonania dzieła (§. 1151 u. c.), interes komisyjny (art. 360 u. h.), spedycyjny (art. 379 u. h.) i przewoźniczy (art. 390 u. h.) i wszelkie inne t. zw. umowy bezimienne (§. 1173 u. c.). — Wątpliwość powstać może co do charakteru kontraktu spółki, a tem samym wzajemnych pretensyi *pro socio*. Zasadą tychże praw nie jest wymiana lecz łączenie świadczeń. Przy spółkach handlowych kwestya ta o tyle traci doniosłości, że spółka taka przez otwarcie konkursu się rozwiązuje (art. 123 u. h. ust. 1 co do spółki jawnej, art. 170 ust. 2 co do spółki komandytowej, art. 200 u. h., co do spółki komandytowej na akcye, art. 242 ust. 4 u. h., co do spółki akcyjnej, art. 2613 u. h. co do spółki cichej). — Kwestya, czy subskrypcya na akcye jest interesem wzajemnym, rozwiązuje się tem, że subskrypcya taka nie jest umową, a więc i wzajemną umową być nie może, że owszem jest ofertą jednostronnie obowiązującą do objęcia akcji,

skoro spółka akcyjna utworzoną zostanie. Ob. Staub-Pisko do art. 208 u. h. §. 32 i cyt. tamże literaturę. — W przypadku konkursu subskrybującego oferta taka może być odrzuconą — w przypadku konkursu ukonstytuowanej spółki akcyjnej obowiązek wpłacenia subskrybowanej kwoty jest *actiūm* majątku konkursowego. Przyjąwszy zaś nawet, że przez utworzenie spółki akcyjnej przyjęta została oferta subskrybującego, konkurs rozwiązuje spółkę (art. 242 u. h.), zaczem zarządca do umowy tej wstąpić nie może. (Jaeger str. 141 uw. 5 i 6).

Każdy ze spółkontrahentów może żądać dopełnienia świadczenia od drugiego tylko pod warunkiem, że ze swej strony świadczenia dopełni lub gotów będzie do dopełnienia (§. 1052 u. c.), niedopełnienie z jednej strony uzasadnia po drugiej stronie *excepcyę non adimpleti contractus*. Jeżeli taka wzajemna umowa z jednej albo z drugiej strony w chwili ogłoszenia konkursu całkowicie już została dopełniona, zatem pozostaje tylko dopełnienie z drugiej strony, interes ze stanowiska konkursowego nie przedstawia się już jako wzajemny. W przypadku, gdy dopełnił wówczas tylko dłużnik upadły, wzajemne świadczenie drugiej strony jest *actiūm* majątku konkursowego, a zarząd tegoż ma prawo żądać dopełnienia (§. 22 lit. a). Jeżeli wówczas dopełnił tylko spółkontrahent, tenże na równi z innymi wierzycielami dochodzić może swej wzajemnej pretensyi jako wierzyciel konkursowy lub uprawniony do wyłączenia z konkursu. Z istoty konkursu wynika jedynie, że jeśli świadczenie wzajemne dłużnika upadłego nie polega na zapłacie pewnej sumy pieniężnej, i jeśli nie chodzi o wyłączenie z konkursu, żądanie nie może opiewać na dopełnienie, lecz na odszkodowanie (§. 22. lit. b u. k.).

Wątpliwem jest, jaką rozciągłość ma pretensya o wynagrodzenie szkody, czy mianowicie obejmuje ona w takich przypadkach tylko wartość pieniężną świadczenia (*vera aestimatio*) czy też wogóle zwrot szkody, spowodowanej niedopełnieniem. Jeżeli w przypadku pieniężnej pretensyi drugi kontrahent nie ma prawa żądania niczego innego, prócz dopełnienia wzajemnego świadczenia, a o wynagrodzeniu szkody niema mowy, — to i w przypadku świad-

czenia niepieniężnego nie powinien mieć większej pretensyi ponad wartość szacunkową świadczenia. — Zmiana bowiem świadczenia niepieniężnego na pieniężne spowodowaną jest tylko tem, że w przypadkach konkursu świadczenie dłużnika upadłego nastąpić musi z konieczności z majątku tegoż, zamienionego na pieniądze. Ust. niem. też wyraźnie stanowi, że pretensye niepieniężne mogą być dochodzone przeciw majątkowi dłużnika tylko podług wartości szacunkowej w walucie państwowej (§. 69 nowej, §. 62 dawnej u. niem.). Ob. słuszne uwagi Fittinga str. 39. u. 8.

Inaczej jeśli obie strony w chwili ogłoszenia konkursu wcale nie, albo też tylko niezupełnie wykonały umowę. Chociażby to obustronne niedopełnienie odnosiło się tylko do małej części świadczenia, zawsze pozostaje zasada, że wzajemnego świadczenia żądać nie można, nie dopełniając lub nie zapewniając dopełnienia ze swej strony i że druga strona tylko za dopełnieniem lub zapewnieniem dopełnienia obowiązana jest do świadczenia. Jeżeli świadczenia obustronne są podzielne, sprawa jest załatwioną o tyle, o ile obydwie strony w chwili konkursu *pro rata* wzajemne świadczenia wypełniły. Tak n. p. przy umówionych dostawach częściowych za zapłatą *pro rata*. — Jeżeli zaś ten przypadek nie zachodzi, a jedna albo druga strona podług umowy lub przepisów prawa cywilnego i handlowego ma prawo odstąpienia od umowy, może prawo to wykonać. Lecz gdyby takie prawo poza konkursem żadnej stronie nie służyło, ustawa konkursowa nadaje zarządowi majątku konkursowego wybór, czy zechce w interes rozpoczęty przez krydaryusza wstąpić czy nie. W pierwszym przypadku interes musi być z obu stron w zupełności wykonany, w drugim obydwie strony winny sobie zwrócić to, co już świadczyły, o ile rzecz w majątku konkursowym istnieje i rozpoznać się da, w przeciwnym razie druga strona ma prawo tylko do odszkodowania na równi z innymi wierzycielami konkursowymi.

Do oświadczenia się zarządcy majątku oznaczy sędzia konkursowy (komisarz konkursowy §. 70 u. 3 ust. k.) na żądanie drugiego kontrahenta stosowny termin. Gdyby się

zarządca w tym terminie nie oświadczył, poczytuje się, że od interesu się uchyła.

Oświadczenie to powinno być wyraźne, ważne bowiem jest tylko, jeśli oddane zostało — przed ogólną likwidacją — za upoważnieniem komisarza konkursowego (§. 147 lit. a u. k.), po teźże likwidacyi na podstawie uchwały wydziału wierzycieli spółnie z zarządcą majątku powziętej (§. 147 ust. 2, 140 i 78 ust. 4 u. k.). Przeciwnie orz. 16108, które mi się jednak nie wydaje uzasadnionem.

Przepisy te nie uchybiają przepisom ustawy cywilnej ani handlowej, odnoszącym się do możności odstąpienia od umowy w ogólności, tudzież takim, które tyczą się wpływu ogłoszenia upadłości na szczególne interesa i stosunki prawne (ob. wyżej pod I. przy końcu).

Rozumie się samo przez się, że w przypadkach, w których drugi kontrahent roszczenie swe ubezpieczone ma prawem zastawu, pokryć może je z tego prawa zastawu (§. 30 u. k.).

Tak samo traktowane są interesa t e r m i n o w e, tj. dostawy towaru mające być wypełnione w pewnym ściśle oznaczonym czasie (*Fixgeschäfte*, art. 357 u. h.), przy których oznaczenie terminu jest tak istotną częścią umowy, iż dostarczenie po terminie nie może być poczytane za dopełnienie. — Zarządca winien po myśli §. 22 lit. c u. k. oddać — w każdym razie przed nadejściem terminu oświadczenie, iż wstępuje w interes, ewentualnie dopełni go jako terminowy, i nie ma prawa do zwłoki (*Nachfrist*).

We wniosku rządowym z r. 1863 był proponowany §. 27 tej treści, że przy interesach terminowych, które w ciągu konkursu wykonane być mają, nie może żadna strona żądać dopełnienia, lecz tylko odszkodowania. Komisya skreśliła ten §., wychodząc z założenia, że nie byłoby odpowiedniem odbierać zarządowi możności dopełnienia, gdyby ono przedstawiało się korzystnem dla majątku konkursowego. — Ust. niem. (§. 16 dawnej, §. 18 nowej) przyjęła istotną treść tego projektu, motywa zaś objaśniają, że przy takich interesach ważniejszym jest wiedzieć już z góry, iż dopełnione nie zostaną, a po zosta-

wienie wyboru zarządcy wywołałoby szkodliwy dla interesów stan niepewności (Mot. str. 1393 n.).

III. Szczególne przepisy istnieją pod względem dopełnienia umów najmu i dzierżawy. Mianowicie umowa w mocy się utrzymuje, lecz — jeśli krydaryusz jest najemcą lub dzierżawcą — z tą modyfikacją, że każdej stronie od chwili ogłoszenia upadłości służy prawo wypowiedzenia najmu lub dzierżawy w terminach ustawą lub zwyczajem miejscowym oznaczonych, — gdy zaś dłużnik upadły jest wynajmującym lub wydzierżawiającym, z tą modyfikacją, że wprawdzie czas trwania najmu lub dzierżawy nie ulega zmianie, lecz nawet dobrowolne pozbycie przedmiotu najmu lub dzierżawy odnosi te same skutki, jakie poza upadłością odnosi pozbycie konieczne (§. 23 u. k., §. 1121 u. c.). W każdym razie prawo przedwczesnego rozwiązania umowy wpośród okoliczności §. 1117 i 1118 u. c. przewidzianych, pozostaje nienaruszone (§. 23 u. k. ust. ost.).

IV. Z powyższych przepisów (§. 22 lit. c. i 23 u. k.) wynika, że jeżeli zarząd majątku obowiązków z kontraktów wynikających dopełnić ma, dopełnić ma ich w zupełności jako dłużni majątku konkursowego. O ile czynsz najmu lub dzierżawy przypada zarządowi majątku, stanowi on *activum* majątku; o ile przypada drugiej stronie kontraktowej, czynsz za czas przed ogłoszeniem konkursu jest wierzytelnością konkursową (ewentualnie realną). Jeżeli był zaskarżony przed ogłoszeniem konkursu, służy wierzycielowi prawo zastawu na *invecta et illata* (§. 1101 u. c. i d. n. z 10. kwietnia 1837 L. 189 zb. u. s.). Co do czynszu przypadającego za czas po ogłoszeniu konkursu służy wierzycielowi prawo zastawu z ust. cyw. na *invecta et illata* w czasie skargi na przedmiocie najmu lub dzierżawy się znajdujących.

V. O stosunku służbowym, który polega również na wzajemnej umowie, ustawa osobnych przepisów nie daje, z czego wynika, że stosunek taki podpada pod regułę §. 22 u. k.

Inaczej ustawa konk. niem. (§. 22.), która stanowi, że stosunek taki może być przez każdą stronę w przy-

padku konkursu wypowiedziany w terminie ustawowym, jeśli inny nie jest umówiony, a jeśli zarządca wypowie, drugiej stronie służy prawo żądania wynagrodzenia szkody przedwczesnem wypowiedzeniem spowodowanej.

Schwarz I. str. 83, Pollak str. 174 uw. 42, Brettschneider l. c. str. 25. i Frankl str. 81 są zdania, że należy tu zastosować analogicznie przepis §. 23 ust. 1. — traktujący o kontrakcie najmu rzeczy. *De lege ferenda* dałoby się to uzasadnić, lecz wobec przepisu §. 22 u. k. analogii zastosować nie można, skoro §. ten przypadek w mowie będący wprost reguluje (§. 7. u. c.).

XI.

O wierzytelnościach konkursowych w ogólności.

Literat. Schwarz str. 54 n., 158 n.; Hasenöhrl *Obl. R.* II. str. 428 n.; Pollak str. 160 n.; Frankl str. 84 n.; Trammer str. 100 n.

Jak to już wynika z tego, co powyżej przy określeniu wierzycieli konkursowych (VI. ust. I.) powiedziano, wierzytelność, ażeby jako konkursowa drogą zgłoszenia do konkursu mogła być dochodzoną, musi mieć pewne przymioty. I tak najpierw:

I. musi być majątkową (*Vermögensanspruch*), a to nie tylko w tem znaczeniu, iżby miała wartość majątkową dla uprawnionego, lecz iżby z majątku konkursem objętego dopełnioną być miała (arg. §. 1 u. k.). Wierzytelność, której przedmiotem jest działanie lub zaniechanie indywidualne i od osoby dłużnika nieodłączne, nie jest wierzytelnością konkursową (n. p.: usługi osobiste, wykonanie dzieła artystycznego), ponieważ z majątku konkursem objętego dopełnioną być nie może; a gdy dłużnik, zachowując możność rozrządzenia swoją siłą roboczą, nie traci też w konkursie możności jej dopełnienia, może być ona dochodzoną także i po ogłoszeniu konkursu, — tak jak poza konkursem przeciw niemu osobiście (§. 9 u. k.).

Jako takie sprawy uznał Najw. Tryb.: skargi o ojcowstwo i alimentację (orz. z 30. marca 1871 L. 14602; *Prawnik* 1871 II. 310; Riehl str. 33), o złożenie rachunków z zarządu przezeń prowadzonego (orz. z 28.

marca 1879 L. 12921) *GZ.* Nr. 80 z r. 1880 (Riehl str. 32).

O ile wierzytelność tego rodzaju przedstawia wartość majątkową dla wierzyciela, może się ona nadto przeobrazić w konkursową, jeśli na pieniądze zredukować się da.

Gdy nadto postępowanie konkursowe z natury i przeznaczenia swego doprowadzić może z reguły tylko do zaspokojenia wierzyciela wypłatą pewnej kwoty pieniężnej, wynika stąd, że każda wierzytelność konkursowa, która nie opiewa na pewną sumę pieniężną, skutkiem ogłoszenia konkursu o tyle staje się pieniężną, że wierzyciel w kwocie pieniężnej do konkursu ją zgłosić i zaspokojenie jej w pieniądzach przyjąć musi.

Ust. konk. niem. zawiera wyraźne postanowienie (§. 69), że »wierzytelności, które nie są skierowane na zapłatę pewnej sumy pieniężnej lub których kwota jest nieokreślona lub niepewna, wreszcie takie, które nie opiewają na walutę krajową, mają być zgłoszone podług swej wartości pieniężnej w walucie krajowej«. — W pr. austr. takiego wyraźnego postanowienia niema, lecz rozumie się ono samo przez się, a pod tym względem zgoda panuje w nauce i praktyce. — Por. Kaserer str. 177; Schwarz str. 158; Pollak str. 199; Schruttka *Komp.* str. 90 n.; Frankl str. 87. — Odwoływanie się do § 22 lit. b (który do pewnego specjalnego przypadku się odnosi, a więc zasady dowodzić nie może), do §. 110, który formę zgłoszenia reguluje (*Betrag... der Forderung*), 113 i 174 al. 2, (które opisują formę tabeli, jakie zarządca majątku sporządzić ma), nie dowodzi niczego, bo chyba mogłoby dowodzić, że wierzytelności niepieniężnych nie można wogóle do konkursu zgłaszać, — jest jednak zarazem zbędne, gdyż zasada powyższa wynika z natury rzeczy. Zmiana wierzytelności niepieniężnych na pieniężne nie tylko zresztą tam nastąpić ma, gdzie w miejsce świadczenia wstępuje obowiązek wynagrodzenia szkody; — chociażby nawet taki obowiązek po myśli ustaw powszechnych uzasadnić się nie dał, wierzytelności majątkowe zgłoszone być winny podług swej majątkowej wartości, n. p. jeśli chodzi o skapitalizowanie świadczeń w naturaliach.

Obojętnem zaś jest, czy wierzytelność polega na tytule prawa prywatnego czy publicznego (por. n. p. §. 43, l. 4, §. 44 l. 2), czy opiera się na akcie prawnym, czynności zabronionej lub wprost na ustawie, czy dochodzenie jej poza konkursem musiałyby nastąpić przed sądem czyli przed inną władzą.

Nie jest natomiast koniecznem, ażeby wierzytelność była zaskarżalną, lub też zdolną do przymusowego wykonania. Takiego bowiem wymogu ustawa nie stawia. Niezaskarżalność może być jedynie przeszkodą likwidacyi, jeśli czynniki kompetentne sprzeciwią się uznaniu jej; wówczas bowiem pozbawiony jest wierzyciel możności wymuszenia jej uznania drogą procesu. Jeśli to nie nastąpi, partycypuje ona w rozdziale tak samo, jak każda inna, gdyż sąd z urzędu nie ma możności sprzeciwienia się zaspokojeniu jej.

Przeciwnego zdania prawie wszyscy autorowie. Ob. Menzel *Anfechtung*. str. 198; Trammer str. 100; Pollak str. 161; Schwarz str. 54, 158; z niemieckich autorów Jaeger §. 3 uw. 9; Fitting str. 86; Seuffert str. 40 Że sąd z urzędu nie może sprzeciwić się uznaniu takiej wierzytelności, wynika z zasady autonomii wierzycieli. przyjętej w konkursie austryackim. Stąd, że zgłoszenie do konkursu przerywa przedawnienie, tak samo jak skarga (§. 8 u. k.), nie wynika, iżby ono dozwolone było tylko tam, gdzie skarga wniesioną być może. Wszak i tam, gdzie już skarga wniesioną została przed konkursem, a nawet gdzie wyrok zapadł, nastąpić musi zgłoszenie (§. 109 u. k.). — Jedno tylko możnaby przyznać, t. j. że niezaskarżalna wierzytelność nie wystarczy do wprowadzenia postępowania konkursowego. — Autorowie, którzy wykluczają niezaskarżalne wierzytelności od konkursu, motywują to tem, że konkurs jest postępowaniem egzekucyjnym, co — jak wyżej (ob. rozdz. I. pod II.) starałem się wykazać — dla pr. austr. nie jest uzasadnione.

II. Wierzytelność musi istnieć już w chwili ogłoszenia konkursu, to znaczy, co najpóźniej w owej chwili powinna być już materialnie uzasadnioną, — jest nią zaś, jeśli ziszczyły się wszelkie momenty faktycznego stanu rzeczy, z którym prawo przedmiotowe łączy powsta-

nie jej jako skutek prawny. Należą tu więc nietylko wierzytelności, które istniały już przed ogłoszeniem konkursu, lecz i takie, które dopiero ogłoszenie samo wywołało — jak n. p. prawa z §. 1234, 1262, 1260 u. c.

Por. Kafka *Die eheliche Gütergemeinschaft auf den Todesfall* (1906) str. 261 n. — I w tych przypadkach stosunek prawny, z którego wierzytelność powstaje, istnieje przed ogłoszeniem konkursu, lecz konkretna wierzytelność tworzy się dopiero skutkiem ogłoszenia jego.

Natomiast nie jest koniecznem, ażeby wierzytelność już w chwili ogłoszenia konkursu była ustaloną pod względem rozmiarów swych lub wysokości, byle tylko w tej chwili istniały już owe faktyczne momenty, od których ocenienie ich lub obliczenie wysokości zależy. Jeśli n. p. chodzi o zwrot wyrządzonej szkody, nie jest koniecznem, aby zamiar tejże już wówczas dał się przewidzieć, skoro tylko fakt szkodliwy już się wówczas był zdarzył. Stwierdzenie wysokości jest rzeczą likwidacyi lub procesu.

Z drugiej strony nie wystarczy, iżby wierzytelność była wynikiem istniejącego już przed ogłoszeniem konkursu trwałego stosunku prawnego, jeśli fakt uzasadniający pretensję zdarzył się dopiero po ogłoszeniu. I tak n. p. nie będzie wierzytelnością konkursową rata czynszu dzierżawnego, choćby na podstawie kontraktu przed ogłoszeniem upadłości zawartego, lecz za czas po ogłoszeniu się należąca. Wyjątek stanowi pretensya o odsetki, które, chociaż przypadają za czas po ogłoszeniu upadłości, są — jako należytość uboczna — poczytane za wierzytelność konkursową (§. 17 u. k.), tudzież renty roczne i inne peryodyczne (powrotne) świadczenia (§. 15 u. k., o których poniżej osobno mowa będzie).

Bardziej konsekwentnem jest stanowisko pr. niem., które (§. 63 u. k.) rozszczeniu odsetek od chwili upadłości — odmawia przymiotu wierzytelności konkursowych. Przepis ten zaleca się też ze względów praktycznych, gdyż obliczanie odsetek utrudnia rozdział majątku. Por. §. 183 u. k. austr. Strata, jaką wierzyciel ponosi przez odmówienie mu odsetek w konkursie, wyrównywa się zresztą

tym sposobem, że odnosi się do wszystkich, a tem samym fundusz, jaki by miał być użyty na płacenie odsetek, większa fundusz zaspokojenia kwot kapitałowych.

Zapadłość wierzytelności w chwili ogłoszenia upadłości nie jest wymagana. Wprawdzie z chwilą tą stają się wierzytelności konkursowe (z wyjątkiem rent rocznych i innych powrotnych wypłat — o czem później) o tyle płatnymi, że wierzyciel bez względu na czas ich płatności jest obowiązany ofiarowaną mu zapłatę przyjąć, a nie przyjmując dopuszcza się zwłoki w przyjęciu (*mora accipiendi, creditoris*, §. 14 u. k., §. 1419, 1425 u. c.) — lecz nie ma prawa uważania ich za zapadłe, jeśli takie zaofiarowanie nie nastąpi; — wszelako ma prawo je zgłosić i na równi z innymi w rozdziale uczestniczyć.

III. Wierzytelności warunkowe są uważane za materyalnie uzasadnione, jeśli przyczyna ich powstania jako warunkowych istniała już od chwili ogłoszenia upadłości. Odróżnić należy warunki zawieszające i rozwiązujące.

Wierzytelność, której skuteczność zależy od ziszczenia się warunku zawiązującego, daje wierzycielowi prawo żądania zabezpieczenia na wypadek ziszczenia się warunku; wierzyciel może ją zgłosić warunkowo i żądać warunkowego jej uznania (por. orz. 9840). Wierzytelność, której bezskuteczność zależy od ziszczenia się warunku rozwiązującego, uprawnia do żądania wprost zapłaty, wszelako tylko za zabezpieczeniem ze strony wierzyciela zwrotu pobranej kwoty w przypadku ziszczenia się takiego warunku (§. 16 u. k.). — Gdyby wierzyciel takiego zabezpieczenia nie dał, dywidenda konkursowa przed udaremnieniem warunku rozwiązującego wypłaconą mu nie zostanie, lecz sądownie złożoną być powinna (§. 184 u. k. ust. 4). Rozumie się, że jeśli warunek zawieszający ziści się, lub warunek rozwiązujący udaremniiony zostanie, przypadająca wierzycielowi dywidenda temuż wypłaconą, a względnie złożone przez tegoż zabezpieczenie zwrócone mu będzie — zaś jeśli warunek zawieszający udaremniiony zostanie, a rozwiązujący się ziści, dywidenda

lub zabezpieczenie na rzecz reszty wierzycieli uwolnione zostają (§. 185 u. k.).

Prawo żądania a względnie obowiązek dania zabezpieczenia ma warunkowo uprawniony w konkursie, chociażby poza konkursem takiego uprawnienia lub obowiązku nie miał.

Teoretyczne uzasadnienie uwzględnienia warunkowych wierzytelności w konkursie tkwi w tem, że zawieszająco warunkowa wierzytelność istnieje jako warunkowa t. j., że wierzyciel ma przed ziszczeniem warunku nie jakieś tylko nadzieje lub widoki, lecz pełne, istniejące prawo żądania, a żeby zapłata nastąpiła, skoro oznaczone zdarzenie nastąpi. Prawo to jest od woli dłużnika niezależnem. Kto więc warunkowe prawo ustanowił, nie może już spowodować, aby skutek przewidziany nie nastąpił, skoro warunek się spełni. Prawa wynikające z aktu warunkowego już przed spełnieniem się warunku przedstawiają w majątku wierzyciela realną wartość, która w miarę widoków spełnienia lub niespełnienia się warunku może być rozmaita, lecz powoduje, że i prawa warunkowe mogą być przedmiotem obrotu, a nawet przedmiotem zabezpieczenia praw osób trzecich. — Dopóki warunek się nie spełni, nie istnieje, lecz tylko skuteczność istniejącego prawa jest w zawieszeniu. Uwzględnienie wierzytelności ograniczonych warunkiem rozwiązującym usprawiedliwienia nie potrzebuje. Wierzytelność taka nie tylko istnieje, lecz jest skuteczną — okoliczność zaś, iż ze spełnieniem się warunku gaśnie, jako rzecz przyszłości, może być jedynie powodem zabezpieczenia zwrotu, nie uchybia zaś w terażniejszości prawu żądania zapłaty.

Por. moje *Pr. pryw.* I. §. 87 n. W niemieckiej literaturze spór istnieje o to, czy pretensya zależna od warunku zawieszającego, którego spełnienie od dłużnika upadłego zależy, jest wierzytelnością konkursową. — Ustawa niem., podobnie jak i austriacka, o tem nie wspomina. Mot do ust. niem. str. 1484 wykluczenie takich wierzytelności z rzędu konkursowych uzasadniają tem, że każda czynność dłużnika po ogłoszeniu upadłości podjęta wobec wierzycieli jest nieważną (§. 7 u. k. niem., §. 3 ust. k. austr.), zatem i czynność dłużnika upadłego, od której

zależałoby prawo wierzyciela, położenia innych wierzycieli pogarszać nie może. Tego zdania Kohler *Lehrb.* str. 324, Jaeger §. 3 u. 10 i wielu innych. Przeciw temu słusznie Oetker str. 156 zauważyła, że skutkiem spełnienia się warunku wierzytelność nie powstaje, lecz istniejąca już warunkowa staje się bezwarunkową. Słusznie też Oetker konkluduje, że warunki, zależne od czynności obciążonego nimi, sprawiają w konkursie te same trudności, jak poza konkursem. Co do prawa austriackiego, dopuszczalność warunków zależnych od czynności obciążonego nimi, ze względu na § 699 u. c. nie może ulegać wątpliwości — więc i wierzytelność zależna od takiej czynności do konkursu dopuszczoną być musi. Inaczej, jeśli pretensya zależy nie od czynności lub zachowania się, lecz od dowolności (czystej woli) dłużnika upadłego, albo od czynności, która niczem innym nie jest, jak tylko objawem takiej woli. Tu bowiem sama wierzytelność powstaje dopiero skutkiem powzięcia, a względnie objawienia tej woli, zatem gdy to po ogłoszeniu upadłości nastąpi, wierzytelność konkursowa powstać nie może. Por. Seuffert *Deutsches Konkursprozessr.* str. 54.; Fitting str. 96.

T. zw. warunki ustawowe (*conditiones juris, quae extrinsecus veniunt, quae tacitae insunt*, nie są warunkami w znaczeniu §. 16 u. k. Ob. moje *Pr. pryw.* §. 85 II. 1. Zdarzenia, od których ustawa czyni zależnem powstanie prawa, są momentami stanu faktycznego. Czy zdarzenia takie wystarczają do powstania prawa już w chwili decydującej, czyli też do skuteczności już powstałego prawa, jest kwestyą ocenienia konkretnego przypadku

IV. Okoliczność, że wierzytelność, odpowiadająca zresztą wymogom ustawy konkursowej, zabezpieczoną jest prawem zastawu na pewnych przedmiotach dłużnika, nie odbiera jej charakteru wierzytelności konkursowej, a wpływa jedynie na sposób jej uiszczenia (§. 171 u. k.). Wierzyciel taki partycypuje w rozdziale majątku konkursowego z kwotą, której z sprzedaży zastawu otrzymać nie mógł. — Kwotę tę łatwo obliczyć, jeżeli rozdział ogólnego funduszu następuje w czasie, gdy rozdział ceny sprzedaży zastawu już był dokonany. Jeżeli zaś rozdział majątku ogólnego między wierzycieli konkursowych następuje wcześniej, aniżeli rozdział ceny sprzedaży zastawu, a więc nie

wiadomo jeszcze, ile ubezpieczony wierzyciel z ceny sprzedaży otrzyma, wierzytelność umieszczoną zostaje między konkursowemi z pełną kwotą, a przypadająca na nią dywidenda zostaje uprawnionemu wypłaconą na równi z innymi. Po sprzedaży zastawu zwrócone zostaje z funduszu, który wierzycielowi przypaść miał, do ogólnego funduszu zaspokojenia tyle, iżby ten ostatni poniósł jedynie kwotę, przypadającą jako dywidenda za część sprzedażą zastawu niepokrytą (§. 171 u. k.).

V. W konkursie spuścizny zasługuje na uwagę kwestya, czy wierzytelności z zapisu, darowizny na przypadek śmierci i zlecenia, tudzież z tytułu legitymy są wierzytelnościami konkursowemi — Gdy wszelkie te wierzytelności poza konkursem prawom wierzycieli spadkowych uchylać nie mogą, ponieważ zaspokojenie ich nastąpić może tylko z czystego majątku, wynika stąd, że w czasie trwania konkursu dochodzone być nie mogą — zatem nie są w konkursie spuścizny wierzytelnościami konkursowemi. Natomiast wierzytelności takie w konkursie obciążonego — a więc dziedzica, który odpowiada bez ograniczenia, są niewątpliwie konkursowemi — w konkursie dziedzica, który tylko *ad vires hereditatis* odpowiada, zastosowanie mają §. 813 i 821 u. c. (ob. moje *Pr. Pryw.* VI. O tem będzie mowa poniżej w rozdziale o konkursie spuścizny).

XII.

W szczególności o wierzytelnościach spółdłużników i poręczycieli.

Haimmerl *Vorträge* str. 77; Gspann *Abhandlung* III. 1 str. 121; Schruttkä *Komp.* str. 61 n.; Helm *Behandlung d. wechselfässigen Regressansprüche im Konk.-Verf.* w *Jur. Bl.* 1882 Nr. 46; Pollak str. 163; Schwarz str. 87.

Poręczyciel, który zapłacił dług poręczony, wstępuje w prawa wierzyciela i uprawniony jest żądać od dłużnika zwrotu zapłaconego zań długu (§. 1353 u. c.). Jeżeli więc wierzytelność jest konkursową, ma on prawo zgłosić i dochodzić jej w konkursie tak samo, jak prawo to miał wie-

rzyciel pierwotny, bez względu na to, czy spłata nastąpiła przed, czy po ogłoszeniu konkursu. Podobnie też i spółdłużnik solidarny, — jeśli i o ile mu podług powszechnego prawa cywilnego regres do dłużnika upadłego służy (§. 18 u. k. ust. 1, §. 896 u. c.).

Ustawa konkursowa nadaje jednakże poręczycielowi i spółdłużnikowi prawo zgłoszenia przyszłych swoich pretensyi regresowych do dłużnika upadłego nawet i przed zapłatą przez nich długu na przypadek, gdyby wierzyciel swej pretensyi w konkursie nie dochodził (§. 18 ust. 2 u. k.), co się zdarzyć może zwłaszcza w przypadkach, w których wierzyciel, mając dobrych poręczycieli lub spółdłużników, nie reflektuje na dywidendę konkursową. — Zgłoszona wówczas przez poręczyciela lub spółdłużnika pretensya przedstawia się w takim przypadku jako warunkowa, t. j. płynna pod warunkiem zawieszającym, że poręczyciel lub spółdłużnik wierzyciela zaspokoją.

Okoliczność bowiem, że pretensya wierzyciela i ręczycieli lub spółdłużników, jakkolwiek z odmiennych pochodzą tytułów, ze stanowiska dłużnika przedstawiają się jako jedna, ponieważ dłużnik tylko raz zapłacić jest obowiązany, wpływa na traktowanie pretensyi regresowych odmienne o tyle, że pretensya ręczycieli lub spółdłużników tylko w tym razie uznana i zaspokojoną być może, jeśli i o ile wierzyciel swej wierzytelności w konkursie nie dochodził (§. 18 u. k. ust. 2).

Jeśli więc poręczyciel lub spółdłużnik czy to przed czy też po ogłoszeniu konkursu zapłacił cały dług wierzycielowi, staje się wierzycielem konkursowym do całej kwoty i otrzymuje przypadającą na wierzytelność dywidendę wyłącznie. Jeżeli zaś zapłacił wierzycielowi, który całą pretensyę likwidował i przypadającą na nią dywidendę otrzymał, nic więcej otrzymać nie może, gdyż wierzytelność przez wypłatę dywidendy całej wierzycielowi dla konkursu już wówczas jest skonsumowana. Gdyby wierzyciel tylko część likwidował, albo też tylko za część wierzytelności dywidendę otrzymał, ręczyciel, który zapłacił mu resztę, otrzyma też tylko dywidendę na tę resztę przypadającą. — Przykład: A. ma przeciw upadłemu dłużnikowi B. wierzytelność K 1000, którą porę-

czył C. -- W konkursie dłużnika B. obliczono 10% dywidendę, zaczem dywidenda na całą pretensję przypadającą wynosi K. 100. — Jeśli A. zgłosił całą pretensję 1000 K., otrzyma on sam K. 100—, poręczyciel zaś, chociaż mu resztę K. 900 spłacił, nie otrzyma nic, a tylko po zniesieniu konkursu może swych praw regresowych przeciw dłużnikowi dochodzić. Gdyby zaś A. tylko połowę swej pretensyi, a zatem K. 500 do konkursu likwidował i przypadającą dywidendę K. 50 otrzymał, resztę zaś 950 K. od poręczyciela sciągnął, tenże ostatni mógłby drugą połowę do konkursu likwidować i otrzymałby 10% od 500, t. j. koron 50 (nie zaś 10% od zapłaconych 950 czyli K. 95). W pierwszym i w drugim przypadku kosztowałyby go poręka K. 900— dywidenda zaś wynosiłaby K. 100.

Te same zasady mają zastosowanie przy regresie indosantów wekslowych. Każdy z indosantów ma warunkową jak wyżej wierzytelność w konkursie dłużnika wekslowego (a zatem wystawcy, akceptanta, poręczyciela wekslowego i t. p.), jednak otrzymać może zaspokojenie jedynie w miarę przepisu §. 18 ust. 2 u. k.

Wierzytelności wekslowe mogą być skutecznie dochodzone w konkursie wówczas, jeśli zdarzenie, uzasadniające obowiązek wekslowy, a więc przyjęcie, wystawienie lub indosowanie nastąpiło przed ogłoszeniem konkursu. Wystawca i indosant odpowiadają wekslowo pod warunkiem zawieszającym, że adresat w czasie zapadłości i sumy wekslowej nie zapłaci, a posiadacz weksła uczyni zadość warunkom regresu (prezentacya i protest, art. 41 u. weks.). Stąd wynika, że indosant, który drogą regresu weksel wykupił, nie nabywa dopier. wówczas praw do swych poprzedników i akceptanta, lecz że je już ma od chwili, gdy wstąpił w łączność wekslową i że pozbywając weksel drogą indosu, pozbywa się ich tylko pod warunkiem rozwiązującym, iż je odzyska, skoro drogą regresu do zapłaty będzie zmuszony, może więc indosant pretensję swoją do akceptanta i poprzedników swoich zgłosić w konkursie jednego z nich jako warunkową, t. j. pod warunkiem (zawieszającym), że przez zapłatę drogą regresu pierwotne swe prawa odzyska. Oetker str. 150. n.; Kohler *Lehrb.* str. 328; Jaeger 73 uw. §. 20; Schruttk a *Comp* str. 60 n.; Canstein *Wechselrecht* str. 453. — Zapatrywanie to popierają art. 25 n., 29 n. ust. weksl.,

uzasadniające obowiązek kaucyonowania zapłaty sumy wekslowej. Jako wierzyciel konkursowy wystąpić może nie tylko ten, kto w chwili ogłoszenia konkursu był posiadaczem weksła, lecz i następca jego lub poprzednik, który weksel wykupił, -- następca dlatego, że podług art. 10 u. weksl. nabywa wszystkie prawa z weksła, poprzednik dlatego, bo -- jak to wyżej wyłuszczone -- przez zapłatę sumy wekslowej odzyskuje jedynie prawa, które miał przed pozbyciem weksła, a jedynie warunkowo je utracił. Zewnętrznie uwydatnia się to w tem, iż poprzednik taki, wykupiwszy weksel, kreśli swoje wszystkie następne indosy i weksłowo legitymuje się stanem weksła, jaki indosiał w chwili, gdy go poprzednio nabył (art. 55 u. weksl.).

Kwestya t. zw. akceptu *in bianco* (*Blankoakcept*), która w Niemczech dała powód do licznych kontrowersyi, (ob. Jaeger § 3 uw. 17.) rozwiązuje się w pr. austr. podług rozp. minist. z dn. 6. października 1853 L 100 dz. u. p. Jeśli kto jako akceptant podpisał dokument, który w czasie podpisania nie miał istotnych wymogów weksła (§. 4 u. weksl.), nie mogło stąd wynikać zobowiązanie weksłowe (art. 7. u. weksl.). Praktyka handlowa pomagała sobie w ten sposób, że gdy chodziło o zrealizowanie takiego nieformalnego weksła, wypełniano tenże odpowiednio i bądź skarżono, bądź się do konkursu zgłaszało. Podług art. 7 u. weksl. narażano się w ten sposób na zarzut braku zobowiązania wekslowego. Uczuвано też w Niemczech potrzebę uznawania takich choć później uzupełnionych dokumentów jako weksli i teoria sili się w rozmaity sposób na to, aby wyargumentować, że przez późniejsze uzupełnienie istotnych wymogów zobowiązanie weksłowe, jakkolwiek pierwotnie było nieważnem, stało się ważnem *ex tunc*, tj. od chwili położenia podpisu, lub daty choćby później umieszczonej. Niektórzy byli zdania, że już w chwili podpisania powstało warunkowe zobowiązanie weksłowe; nadawano odbiorcy blankietu prawo (nie tylko możność faktyczną) stworzenia dla siebie pretensyi wekslowej przez wypełnienie tego, czego brakuje, albo też puszczenie w obieg dokumentu niewypełnionego, utrzymywano, że odbiorca akceptu tem samem upoważniony został do wypełnienia go, -- że dalej akceptant, podpisując blankiet, zrzekł się tem samem, ażeby mu gotowy weksel do podpisu podano i *implicite* oświadczył, że chce odpowiadać tak, jak gdyby był podpisał gotowy już weksel. — Por. Jaeger §. 3 uw. 17 i cyt. tam autorów, szczeg. Oetker str. 151 n.; Kohler *Lehrb.* str. 114, 327, który stawia zasadę, że wprawdzie z reguły przyszłe pretensye nie mogą być kon-

kursowemi, lecz że jeśli kto ma w swej mocy stać się wierzycielem, już w chwili otwarcia konkursu, jest już wówczas wierzycielem(?), a więc i ten, kto otrzymał blankiet podpisany na to, aby go wypełnił. Wszystkie te próby rozbijają się zdaniem mojem o art. 7 u. wekslowej — W pr. austr. cyt. na wstępie rozp. jak poza konkursem tak i w konkursie zapobiega owym trudnościami, wykluczając zarzut, iż w czasie akceptu nie było istotnych wymogów weksła, przeciw trzecim, w dobrej wierze działającym w zupełności, poza tem zaś dopuszczając go tylko w tym razie, jeśli wypełnienie blankietu nastąpiło wbrew umowie, lub bez apowaznienia

XIII.

O prawie do świadczeń powrotnych.

Ullmann *Die Stellung d. Eheg. im Konkurse* w Grünh. 4 str. 91 n.; Hussarek *Die familienrechtliche Alimentation* w Grünh. 20 str. 506 n., 554 n.; Lössl *Der Unterhaltsanspruch*; Nemethy *Ueber die Konkurrenz der Alimentationsanspr. ehelicher und unehelicher Kinder* w *Ger. Ztg.* 1826 N. 4.; Goldschmid *Wie sind' die Alimentationsanspr. unehel. Kinder... in Konkursen zu behandeln* w *Mittel. d. deutsch. Jur.* V. 6 str. 1; Pollak str. 165, 176; Frankl str. 85., 89 n.

I. Przez świadczenia powrotne (*wiederkehrende Leistungen*), rozumiemy takie, które polegają na trwale działającej przyczynie powstania, a bądź ciągle, bądź w pewnych odstępach czasu mają być uiszczane. Każde takie świadczenie, jakkolwiek wszystkie polegają na jednej przyczynie, jest całością dla siebie, — dopełnienie jednego z nich umarza tylko prawo żądania tego właśnie dopełnionego świadczenia; — prawo żądania takich świadczeń w przyszłości w niczem przez to nie ulega zmianie.

Nie jest więc »powrotnem« świadczeniem uiszczanie kapitału jakiegoś w peryodycznych ratach, ponieważ umorzenie każdej raty umarza też częściowo dług cały. Natomiast nie uchybia charakterowi »powrotnego« świadczenia okoliczność, iż zobowiązanie jest czasowo ograniczone, n. p. jeśli ktoś ma prawo pobierać rentę nie dożywotnio, lecz do pewnego czasu, n. p. do chwili osiągnięcia pełno-

letności, na czas wdowieństwa, nieudolności do służby i t. p., ponieważ, jak długo trwa to prawo, sam obowiązek istnieje niewzruszony.

Obowiązek do takich świadczeń polegać może bądź na akcie prawnym (umowie lub rozporządzeniu ostatecznej woli) bądź też na innym przez ustawę określonym stanie rzeczy (stosunku pokrewieństwa, czynie zabronionym itp.). Świadczenia mogą być pieniężne albo niepieniężne.

II. Prawo do świadczeń powrotnych jest wierzytelnością konkursową, jeśli oprócz wymogów ogólnych wierzytelności konkursowych:

1) świadczenia nie są zależne od wzajemnych świadczeń uprawnionego, zapadających w ciągu konkursu, — gdyż wówczas wchodzi w zastosowanie przepis §. 22 i 23 u. k. o dopełnieniu świadczeń wzajemnych (o których była mowa wyżej pod X.);

2) jeśli nie są zależne od stanu majątkowego osoby zobowiązanej. Gdy bowiem ogłoszeniem upadłości stwierdzoną zostaje niewypłacalność dłużnika, zobowiązania jego zależne od jego siły majątkowych muszą pozostać w zawieszeniu, jak długo niemożność płacenia trwa. Zasługuje tu na uwagę przede wszystkim świadczenie utrzymania (alimentacyjne) polegające na związku rodzinnym.

W szczególności:

a) co do utrzymania żony, to mąż obowiązany jest dawać jej przyzwoite utrzymanie tylko w miarę swego majątku (§. 91 u. c.); — skoro więc popadł w konkurs, zobowiązanie to na czas trwania konkursu odpada; — na utrzymanie żony może być obrócone tylko to, czem dłużnik upadły rozporządzać może mimo konkursu, zatem: majątek nie podlegający egzekucji (§. 1 u. k.) i to, co wierzyciele pozostawią dłużnikowi po myśli §. 5 u. k.

b) To samo odnosi się do utrzymania rodziców (§. 154 u. c.) i ślubnych dzieci (§. 141, 143 u. c.). co do tych ostatnich z tym dodatkiem, że w przypadku, jeśli ich ojciec utrzymywać nie może, obowiązek utrzymania przechodzi drogą dewolucji na matkę, ewentualnie dziadów (§. 143 u. c.), a więc majątku konkursowego nie obciąża.

Usunięciu takich wierzytelności z rzędu konkursowych, o ile przypadają na czas konkursu, uzasadniają w pr. niem. (§. 3 nowej u. k niem. ust. II.) tem, że one powstają zawsze na nowo razem z każdoczesną potrzebą uprawnionego, chociaż stosunek prawny, na którym obowiązek polega, powstał przed ogłoszeniem upadłości. Seuffert str. 49. — Teoretyczne to stanowisko nie całkiem zd. m. jest trafne. Brak potrzeby u zobowiązanego mógłby tylko uzasadnić odmowę materialnego uznania preteasyi za czas, w którym istniał; gdy zaś potrzeba istnieje w czasie konkursu, obowiązek taki zawsze polega na przyczynie trwale działającej, która przed ogłoszeniem konkursu istniała, a od zadnego wzajemnego świadczenia nie jest zależny. — Przyczyną, że tego rodzaju wierzytelności jako konkursowe dochodzone być nie mogą, jest owszem tylko brak majątku rozporządzalnego, czego najlepszym dowodem jest, że o ile dłużnik upadły majątkiem rozporządzać może w czasie konkursu, obowiązek jego istnieje.

W nowszej literaturze, tak austriackiej (Hussarek str. 506 n., 55 k; Ullmann IV str. 91 n.; Ogonowski *Ehel. Güterr.* str. 427; Nemethy *Ueb. die Konkurrenz der Alim-Ansprüche* w *G. Ztg.* z r. 1896 Nr. 4; Frankl str. 55) *communis opinio* (przeciwie tylko Pollak str. 166) odmawia wierzytelnościom alimentacyjnym z tytułu familijnego charakteru konkursowych, o ile chodzi o prawa żony i dzieci ślubnych i o ile one przypadają na czas po ogłoszeniu upadłości. Nowa ust. niem. czyni to wyraźnie (§. 2 ust. II.). — Lecz to samo utrzymywano już za dawniejszej ustawy (Kohler *Lehrb.* str. 323; Oetker str. 159). — Pollak str. 188, przyznając im charakter wierzytelności konkursowych, umieszcza je (bez żadnej podstawy w ustawie) po wszystkich innych w ustawie przewidzianych wierzytelnościach.

c) Co do utrzymania dzieci nieslubnych, to wprawdzie natura rodzinna obowiązku ojca jest wątpliwą ze względu na przepis §. 165 u. c., który dzieci nieslubne pozbawia praw rodzinnych i pokrewieństwa, — gdy jednak obowiązek ten zależy również od majątku ojca nieslubnego (§. 166 u. c.), w czasie konkursu jego dochodzony być nie może. Okoliczność, iż świadczenia te wyrokiem zostały przyznane, nie zmienia ich istoty.

Co do praw dziecka nieślubnego orzekł przeciwnie Najw. Tryb. *Gl. U.* 12446. — Tak też Pollak str. 166; Anders *Famliendr.* str. 223; Stubenrauch, do §. 166; K i i c h s t e t t e r 5. wyd. str. 129. uw. 16. — Jak w tekście: G o l d s c h m i d t *Wie sind die Aliment.-Anspr. unehelicher Kinder im Konkurse zu behandeln?* w praskich *Mitteil.* VI. str. 1 n.; Hussarek l. c.; Frankl l. c. — Co do obowiązku matki nieślubnej, to wprawdzie nie zachodzi wątpliwość co do stosunku rodzinnego, lecz pozostaje zawsze zasada, że także i jej obowiązek od jej sił majątkowych zależy.

Co do wierzytelności alimentacyjnych z tytułu rodzinnego przypadających za czas przed konkursem, uznaniu tychże jako wierzytelności konkursowych mogłaby być na przeszkodzie wynikająca z natury rzeczy, jakkolwiek w ustawie nie wypowiedziana. zasada *pro praeterito nemo alitur.*

Por. ks. orz. Nr. 40, (*G. U.* Nr. 1375) i ks. orz. 81 (*G. U.* 5177). To się jednak może tyczyć tylko praw dziecka samego, nie zaś wierzytelności innych, którzy zobowiązanego w alimentowaniu wyręczał. (*in rem versio* § 1042 u. c. (*negot. gestio* §. 1037 u. c.). Lecz i ta pretensya byłaby uzasadnioną tylko o tyle, o ile dłużnik upadły w owym czasie środki posiadał. Gdyby był bowiem wówczas ich nie posiadał, nie miałby też obowiązku alimentowania dzieci, a pretensya o zwrot musiałaby być skierowaną przeciw tym osobom, na które obowiązek ten drogą dewolucyi przeszedł. — Por. orz. *G. U.* 5177, 4306, 4770 (rep. orz. 29), 7867, 11712 i inne.

O tyle jednak, o ileby wierzytelności takie poza konkursem mogły być żądane, byłyby niewątpliwie wierzytelnościami konkursowemi.

Toby mogło nastąpić n. p. w tym razie, gdyby dziecko w celu wychowania i utrzymania się było zmuszone zaciągnąć dług, w którym to przypadku żądanie jego przeciw zobowiązanemu do alimentacji skierowane musiałoby być na uwolnienie od tego długu (*Liberationsanspruch*). Por. orz. z 11. lipca 1893; G e l l e r a *Centralbl.* XI. Nr. 472. — Por. także moje *Pr. pryw* V. §. 468 II.

III. Świadczenia powrotne, polegające na akcie prawnym (umowie lub rozporządzeniu ostatniej woli), albo też na innej czynności (*delictum, quasi delictum*), są wierzytelnościami konkursowymi, jeśli mają ogólne wymogi takichże, a w szczególności jeśli akt prawny lub inna czynność zobowiązująca zdarzyły się przed ogłoszeniem konkursu, a nie zachodzą okoliczności powyżej pod II. 1, 2 podane, — bez względu na to, czy dopełniane być mają w pieniądzach (rentach), czyli też w sposób inny (utrzymanie lub wsparcia w naturze itp.). Rozumie się, że w tym ostatnim przypadku zgłoszone być mogą do konkursu jedynie podług swej wartości pieniężnej w chwili ogłoszenia konkursu (ob. wyżej rozdz. XI). O ile świadczenia takie zapadły przed ogłoszeniem konkursu, nie różnią się od innych wierzytelności konkursowych, — o ile zaś płatne stać się mają w ciągu konkursu, różnią się od innych tem:

a) że nie stają się, jak inne, płatnymi przez samo ogłoszenie konkursu, a więc, że wierzyciel przedwczesnej spłaty przyjąć nie jest obowiązany;

b) że wierzyciel ma prawo żądać zabezpieczenia świadczeń, które w ciągu konkursu staną się płatnymi (§. 15 u. k.), chociażby mu poza konkursem prawo do takiego zabezpieczenia nie służyło. Zabezpieczenie to może być rozmaite, w miarę tego, czy chodzi o świadczenia powrotne, czasowo ograniczone, czyli też o świadczenia, których czas trwania jest niepewny. W pierwszym przypadku wystarczy złożenie kwoty, odpowiadającej dywidendzie konkursowej, która przypadnie na sumę zliczonych razem świadczeń, — w drugim przypadku musi nastąpić skapitalizowanie świadczeń, a jeśli to ostatnie nastąpi, złożoną być powinna fruktyfikacyjnie kwota, która odpowiada dywidendzie konkursowej, odsetki od niej zaś przekazane być powinny uprawnionemu do poboru (§. 182 u. k.).

Powszechnie ucza, że zabezpieczenie powrotnych świadczeń nastąpić musi zawsze przez skapitalizowanie ich i przekazanie uprawnionemu procentów. Brzmienie §. 182 u. k. do takiego tłumaczenia nie uprawnia, gdyż §. ten stanowi jedynie, że jeżeli prawo skapitalizowane

zostanie (*»Wenn derselbe (Anspruch) zu Kapital veranschlagt wird«*...), to zabezpieczenie nastąpi przez złożenie przypadającej na kapitał dywidendy, — nie wyłącza zaś §. ten innego sposobu zabezpieczenia. Gdyby tedy n. p. uprawniony miał otrzymać rentę roczną po 100 przez lat cztery, cała kwota zabezpieczyć się mająca wynosiłaby 400, skapitalizowanie zaś tej renty na 5⁰/₀ i złożenie kwoty odpowiadającej kapitałowi (2000) do depozytu byłoby najzupełniej zbędne i niepotrzebnie absorbowałoby znaczniejszą sumę. — To też ust. niem. każe nieokreślone kwoty obliczać podług wartości szacunkowej (§. 69), określone zaś zliczać razem, z tem ograniczeniem, że suma nie może przekraczać kwoty, jakaby ze skapitalizowania świadczeń wypadła (§. 70). — Niemiecka ustawa zresztą nie zarządza zabezpieczenia świadczeń powrotnych, lecz wprost wypłatę szacunku lub sumy świadczeń z potrąceniem odsetek pośrednich. — Przekład §. 182 u. k. u Trammerra jest zd. mojem błędny. Powinno być: *»Jeżeli prawo do pobierania rocznych rent, wypłat na utrzymanie lub innych wypłat powrotnych (§. 15) zostało skapitalizowane... zabezpieczenie nastąpi...«* i t. d. — Tak przekład Koczyńskiego. U Trammerra brak też cytatu §. 15.

XIV.

Porządek pierwszeństwa wierzytelności konkursowych.

Ullmann *Ueb. d. Rangordnung d. Anspr. im Konkurse* w *Jur. Viertelj.* 1 str. 6; Schruttka *Die Vorrechtsordnung im Konkurse* w *G. Halle* 1879 Nr. 67 n.; Schwarz str. 165 n.; Pollak str. 176 n.; Hasenöhr I. str. 428; Frankl str. 96.

I. Chociaż w zasadzie wierzyciele konkursowi mają równe prawo zaspokojenia się z majątku konkursowego, a w szczególności ani wcześniejsze nabycie ani wcześniejsze zgłoszenie wierzytelności nie daje im pierwszeństwa w zaspokojeniu, — to jednakże względy prawodawcze spowodowały, że niektóre wierzytelności przed innymi są uprzywilejowane, — głównie z powodu, że zaspokojenie ich przed innymi jest w interesie publicznym pożądane, lub ze stanowiska szczególnej potrzeby ochrony wskazane.

Nowsze ustawodawstwa usunęły po wielkiej części dawniejsze bardzo liczne przywileje konkursowe, które

polegały na zapatrywaniu, że jeżeli jakikolwiek wierzyciel miał za sobą *singularem aequitatis, pietatis, misericordiae favorem*, należy mu się pierwszeństwo przed innymi, tudzież, że nadawanie przywilejów jest odpowiednim środkiem popierania przemysłu i handlu — Przegład dawniejszych systemów t. zw. generalnych hipotek i przywilei ob. *Mot.* str. 1472, i *Anlage I.* — Autorowie aust. ust. konk. uznawali szkodliwość, a co najmniej bezskuteczność wielkiej części takich przywilei; — umieszczenie zaś niektórych w ustawie usprawiedliwiali tem, że zupełne ich uchycenie sprzeciwiałoby się wszelkiej tradycyi i nie miałyby widoków przyjęcia (ob. *K a s e r e r* str. 85 n.). Dodaćby tu należało i ten motyw, że niektóre z nich są niezbędne, o ile za nimi przemawiają względy socyalne, przed którymi ustąpić powinny względy czysto indywidualne. Prawda, że względy takie powinny być ograniczone do najpotrzebniejszych, inaczej bowiem stałyby się zaporą kredytu i utrudniałyby rozwikłanie konkursu. (Por. *K o h l e r* *Lehrb.* str. 332 n.).

Ustawa cywilna odwołuje się w tej mierze do ustawy konkursowej (§. 470 u. c.), ta ostatnia zaś przewiduje pięć klas wierzycieli konkursowych, które w porządku następującym zaspokojenia doznawać mają (§. 43—48 u. k.):

Do klasy I. należą:

1. jeżeli krydaryusz umarł przed wytoczeniem upadłości, koszta jego pogrzebu, odpowiadające zwyczajowi miejscowemu, stanowi i majątkowi jego (§. 549 u. c.), a jeśli umarł po ogłoszeniu upadłości, wydatki z pogrzebem jego nieodzownie połączone:

Niemiecka ustawa przywilej ten zniosła z uwagi, że krewni (a w braku tychże kasy pogrzebowe, gminy i t. p.) bardziej są powołani do ponoszenia kosztów, aniżeli wierzyciele. *Mot.* str. 1474. Tego zdania też *Frankl* str. 98. Koszta pogrzebowe poniesione przed konkursem same przez się umniejszają spuściznę także i poza konkursem. Aktywa majątku bowiem mogą być w tym celu użyte bez względu na obdłużenie spadku (§ 46, 73 i 145 pat. z 1854 r.). Por. moje *Pr. pryw.* VI. str. 397 i uw. 2.

2. zaległe za rok ostatni przed ogłoszeniem upadłości zaśługi lub zapłata za robotę osób przyjętych stale do usług domowych, gospodarczych albo w zarobkowaniu dłu-

znika, chociażby to były dzieci jego i chociażby służbę jego przed ogłoszeniem upadłości były porzuciły;

Nacisk położono tu na stały stosunek służbowy z powodu, »że tylko stali słudzy zwykli swe zasługi kredytować słuźbodawcy, dzienni zarobnicy zaś z reguły otrzymują zapłatę w gotowiznie«. Tak motywuje ten przepis komisya Izby posłów z 1863 (Kaserer str. 87). Motywum to chroma, boć przecież przywilej nie jest dla tych, którzy otrzymali zapłatę w gotowiznie, lecz właśnie dla tych, którzy jej nie otrzymali do chwili ogłoszenia upadłości. Do uprzywilejowanych należą też zaległe płace dyrektorów fabryki, administratorów hotelów, kantorzystów, subjektów i t. p. (orz. 8634, 12471) — ustawa bowiem nie czyni różnicy między *operae liberales* a *illiberales*. Tak też i niem. ust. *Mot.* str. 1478. Słusznie Frankl, str. 98 *de lege ferenda* przemawia za tem, aby termina były stopniowane na wzór szwajc. ustawy (rok dla służby domowej, pół roku dla subjektów handl. i urzędników i t. p.). — Kiedy stosunek jest stałym, zależy od ocenienia danego przypadku. Czas minimalny żaden nie jest oznaczony. Określenie ust. z 29. kwietnia 1873 L. 68 dz. u. p. — jak to powszechnie uznano, — przy interpretacji ust. konk. nie decyduje. — Rodzaj i sposób wynagrodzenia (płaca dzienna, od sztuki, ryczałt i t. p.) i czas płatności tegoż również nie. Dzieciom dłużnika należy się ten przywilej oczywiście tylko wówczas, jeśli pobierały umówione wynagrodzenie.

3) należności lekarzy, chirurgów, akuszerok, doglądaczy chorych i aptekarzy, o ile roszczenia takie za trudy lub dostarczanie leków odnoszą się do choroby dłużnika, osób, które utrzymywać był obowiązany, lub służby domowej jego, zalegają nie dłużej nad rok jeden, od ogłoszenia upadłości lub śmierci jego wstecz licząc. Na równi z wierzytelnościami pod 1, 2, 3 pozostaje wierzytelność kasy chorych o zwrot majątku powierzonego przedsiębiorcy w konkurs popadłemu, o ile nie przedstawia się jako pretensya o zwrot (§. 47 l. 9 i §. 57 ust. z 30. marca 1888 L. 23 d. u. p.);

T. zw. koszta lecznicze (*Medizinalkosten*). Służba domowa (*Dienstgesinde*) nie obejmuje osób do wyższych usług powołanych, guwernerów i guwernantek, sekretarzy prywatnych i t. p. Kaserer str. 88.

4) podatki i ryczałty ustalone drogą umowy z podatnikiem, dalej cła, opłaty konsumpcyjne i inne opłaty publiczne, o ile te wierzytelności nie zalegają za czas dłuższy aniżeli trzy lata, od dnia ogłoszenia upadłości wstecz licząc i nie zostaną zaspokojone z rzeczy, która za nie odpowiada.

Ustawa nie czyni różnicy, czy należitości te są państwowe, krajowe gminne, powiatowe i t. p. Nie można odmówić słuszności zdaniu Frankla str. 99, że przywilej ten państwa i innych korporacji publicznych nie znajduje dostatecznego usprawiedliwienia w powołaniu się na interes publiczny, gdyż uznano powszechnie, że ogół łatwiej zniesie ubytek, aniżeli wierzyciele konkursowi, — tem bardziej, że, jak wskazują daty statystyczne, należitości do I. klasy należące w całym państwie austriackim wynoszą małą stosunkowo kwotę (n. p. w latach 1882—1888 średnio 219.474 złr. w. a, Frankl l. c. str. 97 uw. 33), której ubytek w stosunku do budżetu państwowego zaważyć nie może na szali. *De lege ferenda* Frankl proponuje zredukowanie przywileju na czas jednoroczny przed ogłoszeniem konkursu. — Judoaturę ob. u Trammera str. 105. Że skarb państwa, o ile z ustawy zabezpieczone ma należitości swe na rzeczy, jest wierzycielem realnym i ma wszelkie prawa tychże, a jeśli jest zarazem osobistym wierzycielem dłużnika upadłego, także prawo zgłoszenia ich do konkursu, nie powinno być wątpliwem. Ob. Pollak str. 182; Trammer str. 106. — Do opłat publicznych, o których mówi §. 43 u. k., nie należą należitości choćby rządowe, które opłacane są w interesie jednostek za konkretne świadczenia władz rządowych, n. p. koszta komisji, pretensye kolei rządowych za przewóz osób lub towarów, zarządu poczt i telegrafów za portorya i t. p. a już wcale nie należą do nich pretensye rządowe, oparte na kontraktach prywatno-prawnych (Schwarz str. 171).

Jeśli majątek nie wystarcza na całkowite zaspokojenie wierzytelności tej klasy, zaspokojone być mają wierzytelności powyżej pod 1, 2 i 3 w stosunku do kwot, jakie każda wynosi, reszta zaś użyta być ma na zapłacenie wierzytelności pod 4 podanych (§. 43 u. k.).

Bez najmniejszej podstawy w ustawie i wbrew przepisowi §. 44 u. k. Kissling str. 80 i Pollak str. 181 twierdzą, że opłaty wymienione w §. 43, o ile za-

legają nad 3 lata, mają być umieszczone w 4. klasie wierzycieli, a opiera się na §. 46 u. k., który mówi o procentach i innych powrotnych należnościach. Por. Frankl str. 99 uw. 346. — Ostatni ustęp §. 43 u. k. wykazuje, że §. ten obejmuje właściwie dwie klasy, z których pierwszą stanowią wierzycielności pod 1, 2, i 3, drugą wierzycielności pod 4 wymienione.

Do II. klasy ustawa zalicza i w razie niedostateczności majątku stosunkowo zaspakając każe:

1) zwroty, do których dłużnik jako ojciec, opiekun lub kurator z powodu nieprawidłowego zarządzenia majątkiem małoletnich lub kurandów jest obowiązany.

Już w motywach projektu Lichtenfelsa z r. 1875 rozważano, czy nie należałoby tego przywileju uchylić, zwłaszcza wobec tego, iż przypadków nadużywania opieki wobec ścisłej kontroli, uzasadnionej w terażniejszych ustawach — obawiać się niema potrzeby. Utrzymano go jednak z powodu, że możliwym jest, iż przy rewizji ustaw o zarządzaniu majątkiem małoletnich kontrola władzy będzie zmniejszoną (Kaserer str. 90). Wobec tego, że na to się nie zanosi, przywilej ten jeszcze długo będzie niepotrzebnym. Frankl str. 100. Słusznie *Mot.* niem. (str. 1477) zauważają, że względy na kredyt przemawiają przeciw temu przywilejowi. O tem bowiem, czy kto jest opiekunem, ile opiekę prowadzi, na jaką odpowiedzialność przylem się naraża, dający kredyt rzadko może być poinformowany.

2) wierzycielności, które ma skarb Państwa do urzędnika lub sługi ze stosunku służbowego (§. 44 u. k.).

Że dzierżawcy podatku konsumcyjnego nie są urzędnikami, rozumie się samo przez się. Na domiar wypowiedza to wyraźnie dekr. nadw. z 10. lipca 1832. — Że i ten przywilej nie jest uzasadniony, nie ulega wątpliwości. — Praktyka nie rozciąga przepisu tego do roszczeń kraju, gmin, lub zarządu majątku kościelnego, ponieważ przepis ten jako »wyjątkowy« nie dopuszcza analogii. O błędności tego zdania ob. Wurzel *D. juristische Denken* w Gellera *Centralblatt* 1903. — Gdyby to był przywilej *personae*, analogia rzeczywiste byłaby tu niedopuszczalna. To jest jednak *priv. causae* — przepis, którego racją *legis* jest charakter publiczny tak stosunku urzędniczego, jak i samej należności, — ta sama przyczyna zaś, — jeśli wogóle — przemawia za rozszerzeniem analogiczmem do pretensyi kraju, gmin i t. d.

Dawniej do tej klasy należały między innymi pretenzje żony upadłego dłużnika o zwrot posagu lub zapłatę oprawy (§. 129 gal. pr.). Przywilej ten do niedawna jeszcze w pr. posp. i wszystkich niemal prawach partykularnych niemieckich przewidziany (ob. *Mot.* niem. str. 1475) — wniosła obow. ust. konk. austr. jako nieuzasadniony i wierzycielom innym szkodliwy (ob. *Mot.* u Kaserera str. 91). Por. także §. 1226 u. c. i §. 1 lit. c ust. z 25. lipca 1871 L. 76 dz. u. p., tudzież §. 49, 50 u. k., tudzież Ullmann *Die Stellung d. Ehegatten im Konkurse* w Grünh. IV. str. 95 n.

Do III. klasy należą:

Wszyscy w innych klasach wyraźnie nie przydzieleni wierzyciele konkursowi. W razie niedostateczności majątku wierzycieli należy w tej klasie również zaspokoić stosunkowo (§. 45 u. k.).

W dawnym konkursie nazywali się ci wierzyciele *Chirographargläubiger*.

Do IV. klasy należą:

zaległe odsetki i opłaty powrotne, nie mające równego pierwszeństwa z kapitałem lub prawem poboru. W razie niedostateczności majątku należy je stosunkowo zaspokoić. To samo odnosi się do odsetek i opłat powrotnych zabezpieczonych prawem zastawu, które nie mają równego z kapitałem lub prawem poboru stopnia pierwszeństwa, o ile nie są pokryte zastawem (§. 46 i 47 u. k.).

O procentach i opłatach powrotnych, które mają zawsze pierwszeństwo z kapitałem, ob. przy końcu niniejszego rozdziału.

Do V. klasy ustawa zalicza:

- 1) wierzycieli z darowizn, a po nich
- 2) kary pieniężne za przekroczenia wszelkiego rodzaju, o ile nie są pokryte prawem zastawu. W przypadku niedostateczności majątku należy je zaspokoić w stosunku do ich wysokości.

Darowizn i kar pieniężnych ust. niem. (§. 63 nowej u.) wcale do zrealizowania w konkursie nie dopuszcza. Praktycznie tak samo rzecz się ma w konkursie austr.

Wierzytelności w V. klasie mogą być bowiem zaspokojone chyba tylko w razie zupełnego zaspokojenia wszystkich innych wierzytelności, co najczęściej nastąpi tylko w przypadku, gdyby ogłoszenie upadłości wogóle nie było uzasadnione lub gdyby zaszedł w ciągu konkursu jakiś szczególnie szczęśliwy dla wierzycieli zbieg okoliczności — Także i ta V. klasa zawiera właściwie dwie klasy, gdyż kary pieniężne dopiero po zupełnem zaspokojeniu darowizn mogą być (ewent. stosunkowo) zaspokojone. Ze przywilej V. klasy jest *privilegium odiosum*, nie potrzeba dowodzić.

Ustawa używa wyrazu darowizny (*Schenkungen*) w znaczeniu nie aktu darmego wogóle, lecz w znaczeniu technicznym rozdz. 18 Cz. II. u. c., t. j. wierzytelności wynikających z kontraktów darowizny (§. 938 u. c., ob. moje *Pr. pryw.* I. §. 102) między żyjącymi. Że akty darne *mortis causa* dzialane tu leczone być nie mogą, wynika już sąd, ze wierzytelności z takich aktów mogą być pokrywane tylko ze spuścizny czystej, a zatem nie mogą umniejszać funduszu zaspokojenia innych wierzycieli spadkowych, choćby nawet wierzytelności tychże ostatnich z darowizn *inter vivos* pochodzić miały. Praktycznie rzecz przedstawia się tak, że pretensye z darowizn *inter vivos* w V. klasie zaspokojone zostają, — pretensye zaś z aktów darnych *mortis causa* nie mogą z niemi konkurować, ponieważ nie są wcale wierzytelnościami konkursowemi.

Procenta od kapitałów i opłaty powrotne, o ile nie zalegają dłużej aniżeli 3 lata przed dniem ogłoszenia konkursu, mają równe z kapitałem a względnie prawem poboru pierwszeństwo (§. 46, 33, 34 u. k.). — Ko szta procesowe i egzekucyjne, o ile są wierzytelnościami konkursowemi, mają równe z wierzytelnością pierwszeństwo (§. 46, 36 u. k.)

Oczywiście mylnie w §. 46 u. k. zacytowano §. 33—37, albowiem §. 34 ust. 2, 35 i 37 nie mogą być zastosowane do przedmiotu w §. 46 załatwionego. Cytat powinien więc opiewać: »§. 33 i 34 ust. 1 i 36 u. k.«. Jakkolwiek §-fy te — jako odnoszące się do zrealizowania prawa zastawu, należą do tych przepisów u. k., które ordynacją egzekucyjną zniesione zostały (ob. wyżej w rozdz. VIII. pod III. i uwagi), zastosowanie ich do przypadków §. 46 u. k. nie powinno ulegać wątpliwości, ponieważ przez zacytowanie ich w tym ostatnim §-ie stały się częścią integralną dyspozycji tegoż.

XV.

O dochodzeniu wierzytelności konkursowych.

I. Wierzytelności konkursowe dochodzone być mogą tylko drogą zgłoszenia ich do majątku konkursowego i podług postanowień ustawy konkursowej (§. 6, 103 u. k.). Zgłoszenie takie nie tylko ma na celu zaspokojenie wierzytelności z majątku konkursowego, lecz może doprowadzić także do uzyskania tytułu egzekucyjnego przeciw dłużnikowi, o ile pretensya z funduszków konkursowych zaspokojoną nie będzie (§. 119 i 121 u. k.). Takim tytułem egzekucyjnym jest urzędowy wyciąg z protokołu rozprawy likwidacyjnej, uposażony skutkiem wykonalności (§. 1 l. 7 ord. egz.). Zgłoszenie jest więc materialnie skierowane nie tylko przeciw zarządowi majątku konkursowego, lecz także i przeciw dłużnikowi upadłemu, czego dowodem jest nadto, że przedawnienie wierzytelności przerywa także i przeciwko temuż ostatniemu (§. 8 u. k., ob. poniżej pod IV.).

Zaspokojenie zgłoszonych wierzytelności z majątku konkursem objętego może nastąpić tylko spłatą pieniężną, w miarę tego, jak majątek wystarczy, — a więc w stosunku, w jakim zostaje fundusz ze spieniężenia majątku powstały do sumy zaspokoić się mających wierzytelności, opiewać więc powinno na pewną kwotę pieniężną, wyrażoną w walucie obowiązującej, bez względu na to, czy przedmiotem zobowiązania jest świadczenie pieniężne, czyli też inne świadczenie majątkowe.

Po ogłoszeniu konkursu niedopuszczalnym jest wytoczenie procesu o wierzytelność konkursową przeciw dłużnikowi upadłemu, ani też dalsze przeciwko niemu prowadzenie procesu już rozpoczętego (§. 6 u. k.). O ile chodzi o procesy, w czasie ogłoszenia konkursu już w pierwszej instancyi zawisłe, postępowanie procesowe ulega przerwie celem zgłoszenia nawet wówczas, gdy sprawa jest dojrzałą do orzeczenia (§. 7 u. k., §. 159 proc. cyw.). Podjęcie procesu na nowo i zakończenie okaże się koniecznym tylko wówczas, jeśli wierzytelność przez zarządcę majątku lub wierzycieli zaprzeczoną zostanie (§. 7 ust. 2 u. k.). W tym bowiem razie wierzyciel, który pragnie uży-

skać zaspokojenie z majątku konkursowego, musi celem ustalenia zaprzeczonej wierzytelności podjąć proces na nowo (§. 134 u. k.). Jeżeli zapadł w procesie poprzednio wytoczonym już wyrok w chwili ogłoszenia upadłości jeszcze nieprawomocny, przerwa procesu następuje tylko o tyle, o ile potrzeba podług reguł procedury cywilnej, ażeby w miejsce pozwanego dłużnika wstąpił zamiast dłużnika zarządca majątku w zastępstwie ogółu wierzycieli, albo, gdyby wierzytelność zaprzeczoną została, ci wierzyciele, którzy ją zaprzeczyli. Wierzytelność, przyznana wyrokiem w czasie ogłoszenia konkursu już prawomocnym, zgłoszoną być winna jak każda inna, jeśli z majątku konkursowego ma być zaspokojoną. Ogłoszenie konkursu na prawomocność wyroku żadnego wpływu nie wywiera. Zaprzeczoną być ona może tylko na podstawie zdarzeń, które nastąpiły już po wyroku (§. 115 al. 3 u. k.).

Forma procesowa należy do formalnego prawa konkursowego, które zawiera też przepisy kompetencyjne (§. 7 al. 2). Ob. Tramm er str. 16 n. i cyt. tamże autorów.

II. Do zgłoszenia wierzytelności konkursowych sąd wzywa wierzycieli już w edykcie ogłaszającym konkurs, wyznaczając im wówczas albo też później w tym celu termin (§. 67 l. 5, 104, 105 u. k.), poczem wierzytelności zgłoszone przy udziale zarządcy majątku, wierzycieli, a jeśli to jest możebne, także i dłużnika upadłego na t. z. rozprawie likwidacyjnej (§. 106 u. k.) rozpatrywane bywają (§. 114—123 u. k.). W zgłoszeniu wierzyciel żądać powinien nie tylko uznania prawdziwości swej wierzytelności, lecz także wymaganego stopnia pierwszeństwa w porządku zaspokojenia z majątku konkursem objętego (§. 109 u. k.).

Do uznania lub zaprzeczenia prawdziwości i stopnia pierwszeństwa uprawnieni są:

1) w pierwszym rzędzie zarządca majątku. W tym celu ma on obowiązek rozpoznania każdej wierzytelności przez dokładne poinformowanie się z aktów, ksiąg, pism, zasiągnięcie wiadomości od dłużnika i t. p.

§. 112 u. k.) i oświadczenia się wyraźnego przy rozprawie likwidacyjnej, czy i z jakich powodów prawdziwość i stopień pierwszeństwa zgłoszonej wierzytelności uznaje lub zaprzecza (§. 119 ust. 1 u. k.); dalej

2) każdy wierzyciel konkursowy, którego wierzytelność badaną i pod względem prawdziwości zaprzeczoną nie została lub też w wykazie długów przez dłużnika przedłożonym (§. 96 u. k.) się znajduje — lecz tylko o ile chodzi o wierzytelność, dla której żądano równego lub wyższego stopnia pierwszeństwa (§. 119 ust. 2 u. k.) — wreszcie

3) dłużnik upadły.

Wierzytelność uznana wyraźnie przez zarządcę majątku a nie zaprzeczona przez żadnego do tego uprawnionego wierzyciela uchodzi w konkursie za niesporną (§. 119 ust. 3 u. k.) i w miarę rozporządzalnych funduszków zaspokojoną będzie przy rozdziale majątku (§. 168—190 u. k.). Jeżeli i krydaryusz wierzytelności nie zaprzeczył, może wierzyciel po ukończeniu konkursu uzyskać przeciwko niemu wprost egzekucję do majątku nabytego przez niego lub też do jego wolnej dyspozycyi pozostałego i nie potrzebuje w tym celu podejmowania nowego postępowania (§. 55 u. k.). Wierzytelności, w konkursie przez nikogo nie zaprzeczone, są ustalone — tak samo, jak gdyby prawomocnym wyrokiem — nie tylko wobec zarządcy i wierzycieli, którzy brali udział w konkursie, lecz i wobec tych, którzy swych wierzytelności nie zgłosili lub do rozprawy likwidacyjnej nie stanęli.

Późniejsze zaprzeczenie lub restytucya ominiętego terminu są niedopuszczalne (§. 255 i 256 u. k. Ob. Mot. u Kaserera, str. 170).

Zaprzeczenie prawdziwości lub stopnia pierwszeństwa wierzytelności ma rozmaity skutek w miarę tego, czy pochodzi od zarządcy lub wierzyciela, czyli też od dłużnika upadłego. Wierzyciel, którego wierzytelność przez zarządcę lub też jakiego wierzyciela do tego uprawnionego zaprzeczoną została, musi, jeśli chce uzyskać zaspokojenie

z majątku konkursem objętego, sprzeciwienie to ubezwładnić, a w tym celu wytoczyć przeciw zaprzeczającym jako towarzyszom sporu proces o uznanie zaprzeczonej prawdziwości lub stopnia pierwszeństwa (§. 124 u. k.), albo, gdyby wierzytelność nie nadawała się do drogi sądowej, uzyskać uznanie prawdziwości jej w odpowiedniej drodze przed właściwą władzą, a stopnia pierwszeństwa przed sądem konkursowym (§. 127, 128 u. k.). Do wytoczenia procesu lub podjęcia innych kroków celem uzyskania uznania zaprzeczonej pretensyi nie jest przepisany żaden termin (§. 129 u. k.). Dopóki jednakże wierzyciel nie wykaże się, że odpowiednie w tym celu kroki podjął, pretensya jego w odpowiednich projektach rozdziału uwzględnioną nie będzie (§. 175 u. k.).

Zaprzeczenie pochodzące wyłącznie od dłużnika upadłego nie ma wogóle doniosłości o ile chodzi o zaspokojenie z majątku konkursem objętego (już podług §. 3 ust. 1. u. k.), a ma jedynie ten skutek, że zapobiega bezpośredniemu dochodzeniu ustalonego w konkursie roszczenia drogą egzekucyi do majątku nabytego przez krydaryusza po ukończeniu konkursu, lub pozostającego mu do wolnej dyspozycyi (§. 119 ust. ost., §. 55 u. k.).

III. Jak to już z powyższego wynika, zgłoszenie wierzytelności jest niezbędnym warunkiem zaspokojenia wierzyciela z majątku konkursem objętego. Wierzyciel, nie zgłaszający swej pretensyi, nie bierze udziału w postępowaniu konkursowym i nie może wykonywać żadnych upoważnień z tego postępowania dla wierzycieli konkursowych wynikających.

Żaden wierzyciel wszakże nie ma obowiązku zgłoszenia swej wierzytelności do majątku konkursowego. Zaniedbanie zgłoszenia nie pociąga też w ogólności utraty wierzytelności, lecz ma tylko ten skutek, że wierzyciel nie będzie uwzględniony przy rozplacie majątku konkursowego (§. 169 u. k.), ani też nie uzyska tytułu egzekucyjnego przeciw dłużnikowi (ob. wyżej pod I.). Jedyń wyjątek zachodzi w przypadku tak zw. ugody przymusowej.

dopuszczalnej jedynie w konkursie kupieckim, o którym będzie mowa poniżej (§. 207 nast., 233, 236 u. k.).

Jakkolwiek do zgłoszenia wierzytelności konkursowych termin wyznaczony bywa już przy ogłoszeniu konkursu, opóźnienie zgłoszenia nie pociąga za sobą wyłączenia wierzyciela od udziału w konkursie, wierzytelności takie mogą być bowiem i po tymże terminie zgłoszone. Opóźnienie to ma wszelako ten skutek, że wierzyciel ponosić musi koszt nowego zwołania wierzycieli i rozpatrywania zgłoszenia (§. 123 u. k.), a nadto nie bierze udziału w rozplatach majątku, któreby tymczasem na podstawie formalnego projektu już były nastąpiły (§. 173, 186 u. k.).

Ustawa austr. (§. 170) zna oprócz rozpląt na podstawie formalnego projektu skuteczniejszych także t. z. rozplątę „na rachunek“ (*Abschlagsverteilung*), która nastąpić może bez formalnego projektu wówczas, jeśli w majątku znajduje się wystarczający fundusz na zapłacenie długów masy i wszystkich zgłoszonych wierzytelności konk. 1. i 2. klasy, tudzież na uiszczenie wierzycielom 3. klasy częściowej opłaty. Dopuszczenie takich rozpląt „na rachunek“ nastąpiło w zamiarze uproszczenia postępowania (ob. Mot. u Kaserera str. 220). Jednakże: Albo pominięcie formalnego projektu zdolne jest uprościć postępowanie bez krzywdy wierzycieli, wtedy projekt okazuje się wogóle niepotrzebnym i wszędzie pominięty być powinien. Albo projekt taki jest potrzebnym, wówczas przy żadnej rozplacie pominięty być nie powinien. Słusznie za uchYLENIEM rozpląt bez formalnego projektu oświadcza się Frankl str. 111 n. Wszak i „nieformalną“ rozplątę poprzedzić musi obliczanie funduszków i kwot przez zarządcę i komisarza konkursowego — a różni się ona od formalnej tylko tem, że wierzyciele pozbawieni są požądanej kontroli i możności sprostowania nieprawidłowości przez wniesienie zarzutów (*Erinnerungen* §. 176 u. k.).

Jeśli taka rozplata (na podstawie formalnego projektu) następuje później, zgłoszone ze spóźnieniem wierzytelności wstawione zostają w pełnej kwocie, gdy przeciwnie wierzytelności przy poprzednich rozplatach już uwzględnione wstawione by-

wają w kwotach wówczas jeszcze nie wyrównanych (§. 186 ust. 3 u. k.). Jeśli poprzednie rozpłaty nastąpiły bez formalnego projektu (§. 169—172 u. k.), wierzyciel opóźniający się otrzymuje, przy najbliższej po zgłoszeniu rozpłacie, z funduszu rozdzielić się mającego o ile tenże starczy, najpierw taką kwotę, iżby zrównany został z wierzycielami przy poprzednich rozpłatach już uwzględnionymi, w nowej rozpłacie zaś bierze udział co do reszty na równi z innymi (§. 186 ust. 4 u. k.).

W dawniejszych ustawach następstwem ominięcia terminu do zgłoszeń była prekluzya wierzyciela od zaspokojenia z majątku konkursowego (§. 29 józ. ust. konk., §. 105 gal. u. s.). Następstwo to mogło być naprawione drogą restytucyi (dekr. nadw. z 13. lutego 1795 lit. t. L. 217 zb. u. s.). Tak też i w konkursie pr. pospolitego (Bayer *Theorie d. K.* str. 156 n.), gdzie jednak było wątpliwem, czy prekluzya ta następowała *ipso jure*, czyli tylko na żądanie kontradiktora. Nowsze ustawy, a w szczególności także ust. austr. z 1868 uchyliły zupełną prekluzję od konkursu, a wprowadziły wykluczenie opóźniających się ze zgłoszeniem tylko od tych rozpłat, które tymczasem już były nastąpiły, dopuszczając ich do tych rozpłat, które później następują. Uwzględnienie ich przy późniejszych rozpłatach mogło nastąpić w trojaki sposób: albo 1) tak, iżby opóźniający się byli prekludowani od poprzednich rozpłat a brali udział na równi z innymi w późniejszych, albo też 2), iżby przy najbliższej rozpłacie otrzymywali w zupełności to, czego przy poprzednich nie otrzymali, a w pozostającej reszcie partycypowali na równi z innymi, albo wreszcie, 3) iżby dopuszczono ich wyłącznie do późniejszej rozpłaty, wszelako wierzytelności ich wstawione były w pełnej kwocie. inne zaś tylko w kwocie jeszcze niezaspokojonej. Austr. ustawa przyjęła trzecią alternatywę dla rozpłat na podstawie formalnego projektu dokonywanych, zaś drugą dla rozpłat bez takiego projektu przedsiębranych. Że pierwszy sposób (1), który był dawniej przyjęty we franc. pr. (art. 513 *Cod. de comm.*), jest niesłusznym, nie ulega wątpliwości. Nie całkiem i trzecia alternatywa odpowiada słusznosci, gdyż opóźniający się traci dywidendy dawniejsze właściwie bez powodu, albowiem oczywiście jest, że gdyby się nie był spóźnił, byłby je otrzymał, a innym wierzycielom, chociażby byli mniej otrzymali, krzywdaby

się nie była stała, tylko ubyłyby im korzyść, wynikająca z opóźnienia się jednego z nich, zatem z okoliczności całkiem dla nich przypadkowej. Bezwzględnej słuszności i zasadzie *par conditio creditorum* odpowiada tylko drugi (2) sposób zaspokojenia, dopuszczony w ust. austr. tylko przy rozplatach bez projektu formalnego dokonanych. Motywa ustawy nie wyjaśniają, dlaczego przy formalnej rozplacie inne obowiązują postanowienia.

IV. Ze względu, że ogłoszenie upadłości nie przeszkadza dochodzeniu wierzytelności konkursowych, lecz mu tylko odmienną wskazuje drogę (zgłoszenia do konkursu), bieg przedawnienia przez ogłoszenie upadłości przerwie ani wstrzymaniu nie ulega. Przedawnienie przerywa dopiero zgłoszenie tak samo, jak poza konkursem wyniesienie skargi (§. 1497 u. c., §. 8 u. k.) a ze względu na wierzytelności wekslowe, doręczenie jej zobowiązanemu (art. 80 u. weksl., §. 8 ust. 2 u. k.) — rozumie się o tyle. o ile zgłoszenie doprowadzi do uznania wierzytelności za prawdziwą. Jeżeli w postępowaniu konkursowym wierzyciel -kukciem zaprzeczenia prawdziwości zmuszony był proces wytoczyć, lub rozpoczęty już poprzednio proces podjąć, przedawnienie ulega przerwie tylko pod warunkiem, że -karga wytoczona i należycie popieraną będzie (§. 1497 u. c.). Gdy zaś w takich przypadkach wierzyciel skargi wytaczać ani popierać nie może, dopóki dokumenty jego złożone są w aktach sądu konkursowego, przeto zanim je otrzyma, przedawnienie uważa się tylko jako wstrzymane, a czasu od dnia wniesienia zgłoszenia aż do dnia wydania mu dokumentów (§. 125 u. k.) nie wlicza się do czasu przedawnienia (§. 8 ust. 3 u. k.). — Gdyby konkurs zniesiono przed rozprawą likwidacyjną, przedawnienie z chwilą zniesienia konkursu na nowo biegnie.

O tej kwestyi ob. Grawein *Verj. und gesetzl. Befristung* str. 115 n., Leipen *Bemerkungen zu §. 8 Konk. Ordng.* w *Mitteil. des deutsch. Jur. Vereins in Prag XV* rocz. (1883) str. 97 n., Hasenöhr *Obl. R.* (wyd. 1) II. str. 634, także orz. Čelakowsky *Wechselr. Entsch.* I Nr. 135. — Frankl *Zur Rev.* str. 110.

V. Odreślne przepisy istnieją dla dochodzenia w konkursie wierzytelności, którym odpowiada obowiązek solidarny kilku dłużników.

Z istoty zobowiązania solidarnego wynika, że wierzyciel dochodzić może swej pretensyi przeciw każdemu dłużnikowi solidarnemu w całości aż do zupełnego zaspokojenia (§. 891 u. c.) to znaczy: że dopóki zaspokojony nie zostanie, może przeciw każdemu występować tak, jak gdyby tenże był jego jedynym dłużnikiem.

Stąd wynika, że, jak poza konkursem drogą skargi, tak w konkursach swoich dłużników dochodzić może całej swej pretensyi przeciw każdemu w konkursie będącemu dłużnikowi (§. 19 u. k.), a tak, jak poza konkursem wyrok przeciw każdemu zapada na całą sumę, tak też w każdym z kilku konkursów przedmiotem uznania musi być — jeśli prawdziwość wierzytelności zaprzeczoną nie została, — cała wierzytelność w tej wysokości, jaką miała w chwili ogłoszenia każdego konkursu. — jak nie mniej i to, że wierzyciel z każdego konkursu dywidendę na całą wierzytelność przypadającą czerpać może, aż póki wierzytelność jego w całości zaspokojoną nie zostanie (§. 19 u. k.).

Zasada ta, zgodna z prawem powszechnem, ma zastosowanie bezsprzecznie w przypadku, jeśli dłużnicy solidarni popadli równocześnie w konkurs i jeśli przed zapłaceniem dywidendy z jednego konkursu żadne dywidendy z innych konkursów wypłacone nie zostały lub częściowe spłaty od osób poza konkursem będących nie nastąpiły.

Gdyby n. p. wierzyciel W. miał żądania 1000 od dwóch solidarnych dłużników A. i B., którzy równocześnie w konkurs popadli, mógłby w każdym konkursie zgłosić całą pretensyę 1000. Przypuściwszy, że w konkursie A. dawano dywidendy 60%, w konkursie B. 40%. — pretensya byłaby w zupełności zaspokojoną.

Gdyby jednakże konkursy następowały po sobie tak, że w chwili ogłoszenia następnego konkursu wierzyciel już pewną kwotę na rachunek swej pretensyi jako dywi-

dendę z pierwszego otrzymał, to wedle zasad poza konkursem obowiązujących mógłby do nowego konkursu już tylko niezaspokojoną resztę swej wierzytelności zgłosić, następstwem tego zaś byłoby, że gdyby wszyscy solidarni dłużnicy popadli w konkurs nie równocześnie, nie mógłby otrzymać nigdy całej swej wierzytelności, chociażby nawet wszystkie konkursy razem (nie każdy z osobna) dawały 100 procentową dywidendę, ponieważ dywidenda w następnym konkursie zawsze tylko od reszty musiałaby być obliczana.

Gdyby więc w powyżej podanym przypadku konkurs B. ogłoszono później, gdy z konkursu A. już 60% (600) wypłacono, wierzyciel mógłby do konkursu B. zgłosić już tylko pretensję 400 i otrzymałby dywidendę 40%, t. j. 160, — zatem łącznie zamiast 1000 tylko 760.

Ażeby temu zapobiedz, ust. konk. nadaje wierzycielowi prawo dochodzenia całej wierzytelności swej w każdym konkursie i czerpania dywidend, obliczanych od całej pretensyi, aż do zupełnego zaspokojenia jej — (§. 19 u. k.) — zatem bez względu na spłaty, jakie tymczasem otrzymał, poczynawszy od chwili, w której pierwszy z jego solidarnych dłużników w konkurs popadł.

Niektórzy zastosowywać chcą zasadę §. 19 tylko w tym przypadku, jeśli konkursy do majątku wszystkich dłużników solidarnych ogłoszono równocześnie. Tak Schwarz str. 88, Trammer str. 37. Gdyby tak być miało, §. 19 u. k. byłby wcale niepotrzebny, gdyż z ogólnych ustaw już wynika, że dopóki wierzyciel całkowicie nie jest zaspokojony, wierzytelności swej przeciw każdemu dłużnikowi solidarnemu dochodzić może w całości (§. 891: *haftet jede einzelne Person für das Ganze*). Więc w każdym majątku musiano by całą pretensję, tak jak ona istniała w chwili ogłoszenia konkursu wstawić w rejestr długów w całości, a od wierzyciela zależałoby, czy ze wszystkich, czy z kilku czy z jednego majątku chciałby czerpać na swe zaspokojenie (§. 891: *ob er von allen, oder von einigen Mitschuldnern das Ganze, oder nach von ihm gewählten Anteilen, oder ob er es von einem Einigen fordern wolle*). Wyjątko-

wosć §. 19 polega zaś właściwie na tem, że, o ile chodzi o dłużników będących w konkursie, spłaty częściowe nie mają znaczenia, dopóki wierzyciel całkowitej wierzytelności nie odebrał. Dziwnem też byłoby, gdyby od tak przypadkowej okoliczności, jak wcześniejszy lub późniejszy odbiór dywidendy, miało zależeć, czy wierzyciel ma odebrać — jak w powyższym przykładzie 1000 czy tylko 760 l.. Jest to więc rozszerzenie na przypadek zapłaty zasady, którą zawiera §. 894 u. c. ze względu na opust lub zwolnienie (...*die Nachsicht oder Befreiung, welche ein Mitschuldner für seine Person erhält, kommt den übrigen nicht zu. statten*). Niema też podstawy w ustawie twierdzenie (orz. G. U. 5995), iżby zapłata uskuteczniiona przez spółdłużnika, nie będącego w konkursie, musiała być uwzględnioną. Por. Frankl str. 92.

Wyjątkowe te przepisy znajdują — co się rozumie — tylko wówczas zastosowanie, jeśli co najmniej dwaj solidarni dłużnicy w konkurs popadli, lecz wtedy bez względu na to, czy istnieją jeszcze inni pozakonkursowi *correi*, czy nie.

Verba legis: Werden über das Vermögen mehrerer Personen ...abgesonderte Konkurse eröffnet. Podobnie pr. niem. (§. 68) Ob. Mot. str. 1488. W pr. franc. istnieje rozmaita praktyka. Ob. cyt. tamże uw. 4 autorów.

Rozumie się też samo przez się, że gdy wierzyciel otrzyma już pełną pretensję swoją, niczego więcej pobrać nie może, a ewentualna nadwyżka pozostaje w majątku konkursowym. Tylko co do tej nadwyżki majątki konkursowe mają między sobą regres w tym samym stosunku, w jakim dłużnicy solidarni poza konkursem z powodu niestosunkowego przyczynienia się do zapłaty mogą żądać zwrotu.

Nie chodzi tu o nadwyżkę ponad wierzytelność, wierzycielowi wypłaconą (*Ueberzahlung*), jak to mylnie rozumie Pollak str. 172 i Trammer str. 37 — lecz o nadwyżkę, która po zaspokojeniu wierzyciela w majątku zostaje, albowiem nadwyżkę *indebite* wypłaconą można od wierzyciela odebrać (§. 1431) i niema powodu

dozwalać regresu do innych konkursów. Za nią zresztą odpowiedzialny jest zarządca, który wypłaciłby wierzycielowi za dużo. Motywem tego przepisu jest owszem, iżby zaden z majątków konkursowych nie przyczynił się do zapłaty takiej wierzytelności większą kwotą procentową, aniżeli innym wierzycielom z niego wypłacono. Gdyby bowiem dopuszczono innego regresu, mogłoby się zdarzyć, że majątek, przeciw któremu regres byłby dochodzony, musiałby ponad wypłaconą już dywidendę jakąś nadwyżkę zapłacić. Por. mot. u Kaserera str. 51.

XVI.

O potrąceniu w upadłości.

Haimperl *Vorträge* str. 115; Gspann *Abh.* III, 1. str. 127; Prato bevera *Mater.* VII. str. 385; Heller *Zur Lehre v. d. Kompensation im Konkurse w Ger. Ztg.* 1876 Nr. 6—8, 10—14; Canstein *Konstruktion der Konkursrechtsverhältnisse w Grünh.* 9, str. 486; Schruttka-Rechtenstamm *Die Kompensation im Konkurse* 1881; Mayer *Voraussetzungen der K. im Konk.* w *Ger. Halle* 1882 Nr. 95; Roztočil *Zur L. v. der Komp. im Konk.* w *Z. f. Not.* 1883 Nr. 3; Schwarz I. str. 127—131; Pollak str. 254—259; Frankl str. 71; Ehrenzweig *Die Zahlungsunfähigkeit w Ger. Ztg.* 1902 Nr. 17.

I. Potrącenie (kompensacya) jest sposobem umorzenia jednej wierzytelności przez umorzenie wzajemnej (ob. moje *Pr. pryw.* III. str. 319). Gdy ogłoszenie upadłości na umorzenie długów dłużnika upadłego wpływa modyfikująco o tyle, że wierzyciel domagać się może zapłaty swej wierzytelności tylko razem z innymi wierzycielami w miarę funduszów rozporządzalnych w majątku dłużnika, wynikałoby stąd, że, o ile kompensacya nie byłaby już dokonana przed ogłoszeniem upadłości, wierzyciel musiałby dług swój, na którego istnienie i rozmiar ogłoszenie to wcale nie wpływa, spłacić w całości, z wierzytelnością zaś swoją stanąwszy musiał w rzędzie innych wierzycieli konkursowych i zadowolnić się kwotą, jakaby mu na równi z innymi na jego wierzytelność przypadła, a więc mógłby mieć prawo do kompensacyi co najwyżej w wysokości dywidendy w konkursie.

II. Tej konsekwencji ustawa konkursowa jednakże nie wysnuwa, lecz owszem stanowisko wierzyciela konkursowego, będącego zarazem dłużnikiem krydaryusza, w porównaniu do innych wierzycieli poza ramy §. 1438 i nast. ust. cyw. wyróżnia.

I tak:

1) Wychodząc z założenia, że zobowiązanie, jakie ma wierzyciel wobec upadłego dłużnika, stanowi dlań pokrycie własnej jego wierzytelności, którego to pokrycia ogłoszenie upadłości tak samo go pozbawiać nie powinno, jak go nie pozbawia uzyskanego przed konkursem prawa zastawu lub retencji, ustawa nadaje mu mimo ogłoszenia konkursu możność potrącenia w całości, chociażby nawet kompensacja wzajemnych pretensyi podług prawa powszechnego nie była dopuszczalną.

Tak samo ustawa niemiecka (§. 54 now., §. 47 dawn.) i niektóre inne, jak węgierska, angielska, norweska i t. d. Wobec tego, że kompensacja niezem innym nie jest, jak surogatem zapłaty, zapłaty zaś w chwili ogłoszenia konkursu żaden wierzyciel domagać się nie może, przepis, iż kompensacja ze skutkiem zapłaty w czasie trwania konkursu mimo to nastąpi na żądanie wierzyciela, jest wyjątkowym przywilejem wierzyciela, który jest zarazem dłużnikiem. Stanowisko to ustawy usprawiedliwione byłoby w zupełności w przypadkach, w których wierzytelność i dług pochodzą z interesu wzajemnego (*synallagma*), niemniej tam, gdzie między wierzycielem a upadłym dłużnikiem z góry już była umówioną wzajemna kompensacja (umowa o rachunek bieżący, *Kontokorrentvertrag*, por. §. 117 u. gal.), gdzie więc — jak się wyraża *De r n b u r g Comp.* str. 39 — obie wierzytelności są ogniwami jednego większego stosunku obrotowego między dwoma osobami -- nie wydaje mi się zaś usprawiedliwionem tam, gdzie między wierzytelnością i długiem z jednej strony, a wierzytelnością i długiem z drugiej strony niema żadnego związku, gdzie więc obydwie wierzytelności i obydwa długi powstały niezależnie od siebie, a ze sobą mają tylko tyle spólnego, że przypadkowo te same osoby są sobie wzajemnie wierzycielami i dłużnikami.

O ile stosunek wzajemności słusznie zasługuje na uwzględnienie, znalazł je już w przepisach o dotrzymaniu wzajemnych umów (§. 22, 23 u. k.). Poza te granice uprzywilejowane stanowisko wierzyciela nie jest, zd. m., usprawiedliwione. Dlaczego wierzyciel konkursowy, mający pretensję nie lepszą od innych, ma być wyróżniony i otrzymać całkowitą zapłatę jedynie z powodu, że przypadkowo z innego stosunku jest równocześnie dłużnikiem? Względność (*Billigkeit*) wobec kompenzującego wierzyciela staje się tu — jak to często bywa — niesłusznoscą wobec wierzycieli innych, którzy nie mieli sposobności stać się dłużnikami dłużnika upadłego, i sprzeciwia się zasadzie konkursowej *par conditio creditorum*. Teoretyczne uzasadnienie tego przywileju znajdują uczeni niemieccy w tem, że wierzyciel konkursowy, będący zarazem dłużnikiem dłużnika upadłego, ma w tymże swoim długi pokrycie swej pretensyi. Jest to jednakże *petitio principii*, bo właśnie chodzi o to, czy ma mieć i czy zasługuje na takie pokrycie. Nie miałby go, gdyby mu ustawa go nie nadawała. Francuskie prawo takiego pokrycia mu nie daje. Por. Renouard I. str. 332. Ehrenzweig l. c. przemawia *de lege ferenda* za rozszerzeniem tego faworu nawet na przypadki insolwencyi bezkonkursowej!

Niezbędnym warunkiem kompensacyi w konkursie jest wprawdzie, ażeby obydwie wzajemne wierzytelności istniały już przed ogłoszeniem tegoż. Jeżeli przed upadłością stały się płatne i inne warunki kompensacyi podług prawa powszechnego zachodziły, a więc wzajemne umorzenie już wówczas nastąpiło, — wierzyciel swej wierzytelności do konkursu zgłaszać nie potrzebuje (§. 20 ust. 1 u. k.), a gdyby został pozwany przez zarządcę majątku z tytułu wzajemnej wierzytelności, może uwolnić się od zapłaty zarzutem dokonanej już przed upadłością kompensacyi.

Przepis ten §. 20 zamieszczono widocznie dlatego tylko, ponieważ §. 29 ust. józ., §. 84, 116 u. gal. wymagały wyraźnie zgłoszenia takich pretensyi pod zagrożeniem, że inaczej musiałby wierzyciel swój dług zapłacić i z kompensacyi nie mógłby czynić użytku.

Por. orz. z 15. czerwca 1880 L. 4564, Riehl str. 104, w którym Najw. Tryb. uznał dokonaną na mocy ugody stron kompensację z wierzytelnością niezaskarżoną

(z powodu braku formalności nieważną — §. 1 ust. z 25. lipca 1871 L. 76 dz. u. p. i §. 1432 u. c.) za ważną.

Chociażby jednak w chwili ogłoszenia upadłości jedna z wzajemnych wierzytelności, a nawet obydwie nie były jeszcze płatne, okoliczność ta w konkursie nie przeszkadza wzajemnemu umorzeniu się wierzytelności (§. 20 u. k. ust. 2), a tylko wierzyciel, który zwolniony zostaje z długu, a tem samem otrzymuje zapłatę wcześniej, aniżeli mu się należy, jeśli pretensya jego nie jest oprocentowaną, musi dać sobie potrącić odsetki ustawowe (obecnie 5 a względnie 6^o/_o, ust. z 15. maja 1885 L. 77 dz. u. p.) za czas pośredni (§. 20 ust. 3. u. k.).

Wysokość tego *interusurium* obliczają powszechnie podług formułka Hofmanna:

$$x = K \left(\frac{100}{100 + n \cdot p} \right)$$

przyczem K = kapitał nominalny, p = procent (ustawowy), n = ilość lat, jakiej brakuje do płatności. Jeżeli więc kapitał bezprocentowy wynosi 500 k. i płatny jest za trzy lata, to przy stopie procentowej 5^o/_o

$$x = 500 \left(\frac{100}{100 + 3 \times 5} \right) = 434 \text{ k. } 75 \text{ h.}$$

Analogia każe przepis §. 20 u. k. stosować także i w tym przypadku, jeśli kapitał jest oprocentowany niżej stopy ustawowej — co do dyferencji (Pollak str. 258 — Przeciwnego zdania Schwarz I. str. 128, Schruttk a str. 102, Trammer str. 41). O innych metodach obliczenia *interusurium* (Carpzov, Leibnitz) ob. Schwarz I. str. 128.

Wobec tego, że potrącenie tego *interusurium* przepisane jest tylko przy kompensacji, a *contrario* wynika, że przy zapłacie gotówką odsetki nie mają być potrącane.

Motywa proj. rząd. (Kaserer str. 52) uzasadniają to tem, że przy zapłacie gotówkowej wierzyciel, otrzymując tylko dywidendę konkursową i tak już wiele traci. Niema więc tu pola dla zastosowania analogii.

Niemniej wynika z powyższego przepisu, że to *inter-usurium* tylko na korzyść majątku konkursowego, nie zaś w odwrotnym przypadku się należy.

Tak słusznie S c h r u t t k a str. 100.

2) Konsekwencją zasad dopieroco wyłożonych jest dopuszczalność kompensacyi wierzytelności w czasie ogłoszenia konkursu w a r u n k o w o istniejących, chociaż ustawa konkursowa o tem wyraźnie nie wspomina. Kto ma bowiem pretensyę zależną od warunku zawieszającego, może żądać zabezpieczenia zapłaty na przypadek spełnienia się warunku, — zaś jeśli warunek jest rozwiązujący, może żądać wprost zapłaty, skoro ze swej strony da zabezpieczenie na przypadek ziszczenia się warunku (§. 16 u. k.). Jeżeli więc wierzyciel pretensyę zawieszająco warunkową poza przypadkiem kompensacyi może zgłosić i dochodzić tak samo jak bezwarunkową, a jedynie zapłata zależną jest od ziszczenia się warunku, wniosek, iż na wypadek ziszczenia się warunku kompensacya nastąpić powinna, jest koniecznem następstwem zasady, że niepłatność pretensyi w chwili ogłoszenia upadłości kompensacyi nie tamuje. Tem bardziej zasada ta ma zastosowanie do wierzytelności rozwiązująco-warunkowych, które wprost wypłacone być mają, jeśli wierzyciel ewentualny zwrot zabezpieczy. Skoro więc warunkowa pretensya zgłoszoną zostanie z zastrzeżeniem kompensacyi w razie ziszczenia się warunku zawieszającego lub udaremnienia warunku rozwiązującego, powinna być po myśli §. 20 zabezpieczoną w pełnej kwocie. W razie ziszczenia się warunku zawieszającego musi być wypłacona przez wierzyciela jako dług kwota temuż wierzycielowi zwróconą, o ile pokrywa się z długiem, a to jako dług masy, gdyż okazuje się wówczas, że została *indebite* wpłaconą a więc masa bez powodu wzbogaconą.

Tak samo zwrócone być musi w przypadku udaremnienia warunku rozwiązującego złożone przez wierzyciela zabezpieczenie jako bezprzedmiotowe.

Wierzytelność od warunku zawieszającego zależna nie może być użytą do kompensacyi, dopóki warunek się nie ziści. Dopełnienie długu bezwarunkowego, z którym wierzytelność warunkowa ma być skompensowana, nie może też być opóźnione. Lecz wykonanie prawa kompensacyi może, a w duchu ustawy powinno być zapewnione na przypadek ziszczenia się warunku. Tym sposobem wierzyciel w przypadku ziszczenia się warunku otrzyma nie tylko dywidendę, lecz zaspokojenie całej swej pretensyi, o ile długiem jest pokrytą. Wierzytelności ograniczone warunkiem rozwiązującym nie przedstawiają żadnych trudności. W ust. niem. §. 54 nowej (47 dawnej) konsekwencye te wyraźnie są przewidziane. Ob. o tem Oetker str. 236, Kohler *Lehrb.* str. 128, Jaeger do §. 54 u. k. W ust. pruskiej, która służyła za wzór ustawie austr., nie było mowy o potrącaniu warunkowych wierzytelności — praktyka jednakże przeważnie rozstrzygała rzecz w sposób dziś usł. niem. przewidziany. Ob. *Mot* niem. ust. str. 1464 uw. 10 i Dernburg *Gesch. u. Theorie der Kompens.* wyd. 2. 1868 str. 436 uw. 3 i *Lehrb. d. preuss. Privatr.* II. §. 120. Również i w zakresie pr. posp. (przed ust. niem.) dopuszczano kompensacyi warunkowych pretensyi, chociaż nie było wyraźnego na to przepisu. W zakr. pr. austr. por. Pollak str. 255, Schwarz str. 129, Schruttki str. 105, Frankl str. 74, którego to ostatniego uwaga, że dla usunięcia wszelkich wątpliwości w §. 20 należałoby wymienić także warunkowe wierzytelności jako zdadne do kompensacyi w konkursie, bardzo jest słuszną. Natomiast nie wydaje mi się trafną uwaga Schruttki str. 113, iżby zdadność wierzytelności zawieszająco-warunkowych dopuścić mógł tylko ten, kto wyznaje dogmat o wstecznem działaniu ziszczenia się warunku. Kwestye te bowiem w żadnym ze sobą nie zostają związku. Nie chodzi tu o to, czy ziszczenie się warunku działa *ex tunc* czy *ex nunc*, gdyż to jest kwestyą interpretacyi woli (ob. moje *Pr. pryw.* I. §. 88 pod II.), lecz o to, że prawo zależne od warunku istnieje jako warunkowe, a tylko skuteczność (albo przy rozwiązującym — bezskuteczność), nie zaś istnienie jego jest w zawieszeniu. Przeciwnie Krainz I. §. 110.

3) Z istoty rzeczy wynika, że zakres zdatnych do kompensacyi wierzytelności obszerniejszym jest w konkursie aniżeli poza konkursem. Gdy bowiem zaspokojenie wierzytelności konkursowych, bez względu na to

jaki jest ich przedmiot, nastąpić może wedle istoty postępowania konkursowego tylko ze spieniężonego majątku upadłego dłużnika, a więc pieniędzmi, każda wierzytelność majątkowa w chwili ogłoszenia konkursu zmienia się na pieniężną.

W §. 69 nowej, §. 62 dawnej u. k. niem. wyraźnie to jest postanowione, a §. 54 ust. ost. dopuszcza kompensacyi niejednakowych pretensyi wedle wartości szacunkowej.

Stąd zaś wynika, że do kompensacyi przedstawione być mogą — przeciwko pieniężnym pretensjom dłużnika także i takie wierzytelności, które pierwotnie nie opiewały na pieniądze.

Pollak l. c., wątpliwie Schwarz str. 129. Przeciwnie uważa kompensacyę w takich przypadkach za wykluczoną Schruttko str. 89 n. z powodu, że jakkolwiek pretensya majątkowa niepieniężna w chwili konkursu staje się pieniężną, to jednakże dług wierzyciela otrzymuje w tejże samej chwili przeznaczenie służenia wszystkim wierzycielom do stosunkowego (krydalnego) zaspokojenia. Argument ten, zd. m., za wieleby dowodził, gdyż przemawiałby wogóle przeciw kompensacyi w konkursie, a już z pewnością przeciw kompensacyi wierzytelności, które w chwili ogłoszenia konkursu nie były płatne.

III. Z drugiej strony zakres wierzytelności zdatnych do kompensacyi w konkursie w porównaniu do powszechnego prawa cyw. (§. 1438 i nast. u. c.) ścieśniony zostaje w następujących kierunkach:

1) Z powodu odrębności majątku konkursem objętego nie mogą być przeciwstawione wierzytelności konkursowe do kompensacyi z długiem należącym do majątku konkursem nieobjętego i odwrotnie.

2) Jeżeli kto dłużnikowi upadłemu winien był coś przed ogłoszeniem upadłości, kompensacya długu tego z wzajemną pretensyą do dłużnika nie jest dopuszczalną,

a) jeśli ta wzajemna pretensya powstała dopiero po załatwieniu upadłości lub też po temże ogłoszeniu od osoby trzeciej drogą ustępstwa nabytą zapłatą (§. 21 u. k.), nadto b) i wówczas, jeśli wzajemna pretensya do dłużnika upadłego wprawdzie przed ogłoszeniem upadłości powstała lub drogą ustępstwa od osoby trzeciej nabytą została — lecz nabywca w czasie jej powstania lub też nabycia miał już wiadomość o wniesieniu żądania ogłoszenia upadłości, a względnie — jeśli dłużnik był protokołowanym kupcem — o wstrzymaniu wypłat przez dłużnika (§. 1 ust. z 16. marca 1884 L. 35 dz. u. p.).

Przepis §. 21 u. k. wywołany był praktyką dawniejszą, iż dłużnicy dłużnika upadłego celem uwolnienia się od zapłaty nabywali — oczywiście za pół darmo — pretensye trzecich osób do niego dla przeciwstawienia ich do kompensacyi z długiem. Przepis ten jednakże nie całkowicie zapobiegł temu nadużyciu, gdyż później — wprawdzie nie po ogłoszeniu upadłości, lecz na krótki czas przed temże, gdy się już dłużnik chwiał, nabywano takie pretensye w tym samym celu. Temu drugiemu nadużyciu zapobiega nowela z 16. marca 1884 L. 35 dz. u. p. Wedle tej noweli nabycie wprawdzie nie jest nieważne, ani nawet z tego powodu nie ulega opugnowaniu i nabyta pretensya może być na imię nabywcy do konkursu zgłoszoną, — tylko do kompensacyi jest niezdatną.

Zauważyć należy, że ustawa tu mówi tylko o pretensjach nabytych drogą ustępstwa (odpłatnego lub bezpłatnego), w czem mieszczą się wszelkie rodzaje nabycia na mocy aktów prawnych *inter vivos* (także indos wekslowy lub kupiecki, przekaz sądowy w postępowaniu egzekucyjnym, a nawet nabycie dziedzictwa), nie zaś nabycie *mortis causa*.

Przeciwny przepis §. 55 nowej, 48 dawnej u. k. niem., zgodny z pr. franc., który nie odróżnia nabycia drogą dziedzictwa od nabycia pod tyt. szczegółowym, wydaje mi się nieuzasadnionym, gdyż wykracza poza cel, jaki ma przepis ten: zapobieganie nadużyciom z krzywdą innych wierzycieli konk.

Niema też przepis ten zastosowania, jeśli wzajemna pretensya powstała lub nabytą została wcześniej aniżeli 6 miesięcy przed ogłoszeniem upadłości, tudzież także w przypadku, jeśli nabywca do objęcia jej lub też do zaspokojenia wierzyciela upadłego dłużnika był obowiązany (n. p. jako poręczyciel, §. 1358 u. c.), a w czasie gdy takie zobowiązanie na siebie przyjął, o grożącym konkursie (lub o wstrzymaniu wypłat przez dłużnika upadłego) nie miał wiadomości (cyt. ust. z 1884 r.).

IV. Pod względem formy, w jakiej kompensacya w konkursie nastąpić ma, stanowi ustawa, że wierzytelności, które skutkiem kompensacyi przed ogłoszeniem upadłości zaszyły podług ustawy mają być uważane za umorzone, nie wymagają zgłoszenia do konkursu (§. 20 u. k.). Niema więc wątpliwości, że gdy wszelkie warunki ustawą powszechną (§. 1438 n. u. c.) do kompensacyi wymagane, już przed ogłoszeniem konkursu zaszyły, a więc obie kompensować się mające wierzytelności już wówczas były płatne, wierzyciel konkursowy, o ile wierzytelność nie przewyższała wzajemnej wierzytelności dłużnika upadłego, żadnych kroków w konkursie czynić nie potrzebuje, lecz skargi zarządcy odczekać i kompensacyę *excipiendo* zarzucić, a tylko ewentualną nadwyżkę swej pretensyi zgłosić może. — Wątpliwość powstać może tylko co do pretensyi, które w chwili ogłoszenia konkursu jeszcze nie były płatne, a względnie co do pretensyi warunkowych. Jasnym jest, że w tych przypadkach jest w interesie wierzyciela, który od zapłaty uwolnić się i ewentualnie zabezpieczenie uzyskać pragnie, zgłosić swą pretensyę do konkursu z wyłączeniem stanu rzeczy, co mu w każdym razie zabezpieczy udział w konkursie nawet i w przypadku, gdyby kompensacya uznana została za niedopuszczalną. Lecz i w tym razie do tego obowiązany nie jest, prawa do kompensacyi bowiem przez zaniechanie tego nie traci i *excipiendo* z niego korzystać może (§. 20 ust. drugi u. k.: ... *die Kompensation wird... nicht gehindert...*). W przypadku, gdyby jego wierzytelność nie została uznana przy

likwidacyi, może w procesie żądać uznania jej za prawdziwą i ustalenia swego prawa do kompensacyi.

Jak to już powyżej nadmieniono (ob. uw. do ust. II.), §. 29 józ. ust. konk. (§. 116 proc. gal.) wymagał zgłoszenia i tych wierzytelności, które do kompensacyi mogły być przedstawione, a to pod rygorem, że w przeciwnym razie wierzyciel nie tylko prawo do kompensacyi, lecz i swoją wierzytelność tracił. Wprawdzie orz. z 17. września 1853 (Peitler 2. wyd. Nr. 1063) uznał Najw. Tryb., że przepis ten ust. józ. nie odnosi się do przypadków, w których wierzytelność jeszcze przed ogłoszeniem upadłości zgłosiła przez kompensację i że wierzyciel w razie, gdyby zaskarżony został, mimo niezgłoszenia wierzytelności swej może ją *excipiendo* przeciwstawić. Takie rozstrzygnięcie było jednak wprost przeciwne ustawie ówczesnej obowiązującej. Projekt nowej ustawy sąd., o którym donosi Prاتبevera w swoich *Mater.* VII. str. 392. — uwalniał wierzyciela od zgłoszenia; przepis ten przeszedł prawie dosłownie do prow. ust. konkurs. siedmiogrodzkiej z r. 1853, u nas zaś stał się obowiązującym dopiero od wprowadzenia ust. z r. 1868. Schruttką, str. 43, utrzymuje, że do umorzenia wierzytelności przez kompensację koniecznym jest albo zgodzenie się na nią zarządcy (a więc w takim razie *comp. voluntaria*), albo też wyrok sądowy, innemi słowy, że poza zgodą stron kompensacja nastąpić może tylko wyrokiem sądowym. Zapatrywanie to jest oczywiście mylne. Nie wyrok bowiem, który jest natury deklaratoryjnej — dokonywa wzajemnego umorzenia wierzytelności, lecz zetknięcie się tychże powoduje już samo przez się (*für sich*) wzajemną zapłatę, skoro jedna albo druga strona z niej korzystać zechce (§. 1438 u. c., por. moje *Pr. prywat.* III. §. 320, Krainz §. 349, także Schruttką str. 9). O dochodzeniu prawa kompensacyi wogóle ob. obfitą literaturę cyt. u Krainza l. c. uw. 3—5.

Rozszerzenia i ścieśnienia kompensacyi w konkursie mają zastosowanie tylko w ciągu postępowania konkursowego, — po ukończeniu tegoż prawo kompensacyi musi być ocenione znowu podług powszechnego prawa prywatnego. — Tymże prawidłom powszechnego prawa podlegają także i w upadłości wszelkie prawa do kompensacyi z wyjątkiem jedynym praw wierzycieli konkur-

sowych, a w szczególności prawo dłużnika upadłego do kompensacyi wobec wierzyciela konkursowego, niemniej kompensacya między wierzytelnościami a długami masy, wkońcu między pretensyami do wolnego od konkursu majątku dłużnika i pretensyami tegoż ostatniego, należącemi do tegoż wolnego majątku.

XVII.

Prawa majątkowe małżonków w konkursie.

Haimerl str. 82, 194, 208; Ullmann *Stellung der Eheg. im Konk.* w Grünh. 4. str. 91; Ogonowski *Ehegüterrecht* str. 426 n.; Pollak str. 167, 294, 352; Frankl str. 82 n.

I. Przyjęty w ustawodawstwie austriackiem system odrębności majątkowej (ob. *Pr. pryw.* V. §. 445) dozwala małżonkom między sobą zawierać interesa majątkowe wszelkiego rodzaju (kupno, pożyczki, darowizny i t. d.), których ważność i doniosłość ocenioną być musi podług prawa powszechnego i które w konkursie jednego z małżonków traktowane bywają tak samo, jak gdyby były zawierane między osobami zupełnie sobie obcemi. Przepisy formalne, wymagające dla zawieranych między małżonkami umów o kupno, zamianę, pożyczkę i rentę, tudzież przyznania długu formy aktu notaryalnego (ust. z 25. lipca 1871 L 76 dz. u. p.), są również prawem powszechnem i w konkursie zmianie nie ulegają.

O skutkach pominięcia tej formy ob. *Pr. pryw.* I. §. 104, III §. 272, IV. §. 347 i uw. II., IV. §. 352, IV. §. 354, V. §. 418 i uw. 8. — Odmiennie Ullmann str. 92. O przepisie formalnym §. 49 u.k. będzie mowa poniżej.

II. Co do praw i obowiązków majątkowych wynikających wprost ze stosunku małżeńskiego i ukształtowania się w konkursie, odróżnić należy ustawowe i umowne prawo małżeńskie.

A) W zakresie ustawowego prawa małżeńskiego:

a) Skutkiem konkursu do majątku męża prawo żony żądania utrzymania (§. 91 u. c.) ulega modyfikacji o tyle, że żona pobierać je może tylko z majątku, który pozostaje, a względnie przez wierzycieli pozostawiony zostaje mężowi (§. 5 u. k.). Innemi słowy prawo to nie jest wierzytelnością konkursową (ob. powyżej w rozdz. XIII. ust. II. 1), a to chociażby ono wyrokiem przyznane jej było, gdyż wyrok nie zmienia natury tego z ustawy wynikającego, lecz od majątku męża zależnego obowiązku familijnego.

O prawie pobierania dochodu wdowiego z §. 1260 u. c. poniżej w tekście (b. 4).

Mąż w przypadku konkursu żony, tak samo jak i poza konkursem nie ma prawa do utrzymania z majątku żony.

Ob. *Pr. pryw.* V. §. 446 i uw. 12 i autorów tamże wymienionych, tudzież na dowód zdania w tekście brońonego prot. u Ofnera I. str. 73 n. §. 63.

b) Prawo do utrzymania z §. 796 n., jako powstające dopiero z chwilą śmierci drugiego małżonka, nie może uchybiać prawom wierzycieli spadkowych, zatem w przypadku konkursu nawet przy zachodzących innych warunkach (ob. *Pr. pryw.* VI. §. 563) przeciwko majątkowi konkursowemu dochodzone być nie może.

c) Domniemane pełnomocnictwo męża do zarządu majątkiem żony (§. 1238, 1239 u. c., §. 1 u. k.) gaśnie tak w chwili konkursu męża, jak i żony (§. 1024 u. c.).

Przeciwnego zdania co do konkursu Ullmann str. 94, Ogonoński *Ehegütterr.* 429, Anders *Familiennr.* str. 153. Jeżeli jednak po myśli §. 1024 u. c. gaśnie pełnomocnictwo wyrażne samo przez się (*an und für sich*), to tem bardziej domniemane. Jakkolwiek mąż, mając domniemane pełnomocnictwo, nie ma obowiązku składać rachunków, nie wynika dlań stąd prawo do przywłaszczenia sobie pożytków z majątku żony. Prawo zarządu nie jest

mężowi dane *animo donandi*, lecz jest wynikiem (domniemanego) zaufania. Przez to zaś, że żona mężowi ufa, nie przestaje on być zarządcą cudzego majątku (§. 1239: *wie ein anderer bevollmächtigter Sachwalter*)..., a przychody z tegoż nie stają się jego *lucrum*. Domniemanie z §. 1237 u. c., iż dorobek pochodzi od męża (*praesumptio Muciana*), reguluje tylko kwestyę dowodu, — materyalnych skutków nie sprowadza.

B) W zakresie prawa umownego.

a) W przypadku konkursu do majątku żony umowy majątkowe małżeńskie pozostają niewzruszone (§. 1261 u. c.).

Nie całkiem właściwie wyraża się §. 1261 u. c., że umowy pozostają niezmienione. Nie o same umowy bowiem chodzi, lecz o ich skutki (Winiwarter IV. §. 344).

Prawa z tych umów wynikające ogół wierzycieli wykonywać może nie inaczej, aniżeli żona sama poza konkursem. O wyjątku w przypadku t. zw. spółności majątkowej (§. 1262 u. c.) będzie mowa poniżej (b. 5).

b) W razie konkursu do majątku męża zauważać należy, co następuje:

1) Co do posagu odróżnić należy, czy przedmioty tegoż α) pozostały w majątku żony (§. 1228 u. c.), czy też β) przeszły do majątku męża, a tenże jedynie ma obowiązek restytuowania wartości. W pierwszym przypadku (α) prawa żony do odebrania ich, skoro zajdą warunki restytucyi, nie ulegają zmianie i może ona żądać wyłączenia ich z majątku konkursem objętego; — dopóki zaś nie zajdzie przypadek restytucyi t. j. rozwiązanie małżeństwa (§. 1229 u. c.), nie ma żona prawa żądania ich wydania, lecz tylko zabezpieczenia tegoż na ten przypadek, a nadto — jeśli nie ma umówionego dochodu wdowiego, ma prawo użytku posagu (§. 1260 u. c.), który to użytek, ze względu na jego przeznaczenie ma niewątpliwie jedynie rozmiary prawa używania (§. 504 u. c.), zastosowany więc być winien do potrzeb.

Gdy posag ma przeznaczenie ulżenia ciężarów ze spółnością małżeńską połączonych (§. 1218 u. c.), wierzy-

ciela nabywają prawo do pożytków tylko o tyle, o ile one na ten cel, to zn. na utrzymanie żony i dzieci nie muszą być obrócone i o ile żona nie ma prawa ich żądać, a więc tylko, jeśli wymówiony ma dochód wdowi, (w którym to razie tylko tenże ostatni jej się należy), albo też jeśli będzie udowodnionem, że stała się przyczyną majątkowego upadku męża (§. 1260 u. c.). Lecz i prawo żony ograniczone jest przeznaczeniem pożytków jako posagowych (§. 1218 u. c.), tem bardziej, jeżeli skutkiem konkursu męża obowiązek utrzymania dzieci spada na nią (§. 143 u. c.).

Ob. *Pr. pryw.* V. §. 453. Autorowie austr., którzy sądzą, że prawo użytkowania posagu jest *durante matrimonio* czyste *lucrum* męża, wolnem jego prawem, dochodzą do konkluzji, że pożytki posagowe włączone być mają do konkursu. Tak Ogonowski str. 432, Anders str. 154. Jedyne Ullmann str. 98 bardzo nieśmiało skłania się do zapatrywania w tekście wyłożonego. Natomiast już Zeiller III. str. 649 wyraźnie mówi, że konkurs nie znosi celu, dla którego przeznaczonem jest użytkowanie posagu.

Ullmann l. c. ubolewa, że, jeśli matka ponosi winę upadku męża, cierpią na tem dzieci, bo wierzyciele zabierają pożytki posagowe. Tak jednak nie jest — gdyż pożytki posagowe użyte być muszą przedewszystkiem na ciężary małżeńskie, do których utrzymanie dzieci należy. Dziwnemby też było, gdyby dzieciom dla winy matki odbierano środki utrzymania i gdyby z winy matki wierzyciele mieli korzystać! Ustawa konk. pruska wyraźnie stanowiła (§. 93), że pożytki posagowe wpływają do majątku konkursowego *soweit sie nicht zum standesmässigen Unterhalt der Frau und der Kinder, sowie zur Erziehung der Letzteren verwendet werden müssen*. Racyonalna interpretacja §. 1218 i nast. zmusza nas do zastosowania tej samej zasady w pr. austr.

W drugim przypadku (β .) żona ma tylko osobiste prawo do żądania wypłaty posagu z majątku męża, jest więc wierzycielką konkursową, a to — wobec tego, iż wierzycielności jej do żadnej innej klasy nie przydzielono — w III. klasie wierzycieli; gdy zaś wypłacalność jej wierzycielności zależną jest od rozwiązania małżeństwa, ma, jak długo ten przypadek nie nastąpi, jedynie prawo żądania

zabezpieczenia na równi z innymi warunkowymi lub czasokresowymi wierzytelnościami (§. 1260 u. c. §. 16 u. k.). Pod względem prawa używania zasady wyłożone dopiero (do *α.*) mają i tu zastosowanie; przyznanie ich, a względnie wypłata może jednak ze względu na tok postępowania nastąpić dopiero po odbyciu się rozprawy likwidacyjnej (§. 168 u. k.).

Stanowisko prawne żony ze względu na jej pretensje posagowe w konkursie męża było w rozmaitych czasach i ustawodawstwach bardzo rozmaite, czasem wobec innych wierzycieli znacznie uprzywilejowane, często zaś upośledzone. Prawo rzymskie nadawało żonie dłużnika upadłego mnogie przywileje, dozwalało bowiem nie tylko windykacyi rzeczy posagowych i tak zw. *parapherna*, lecz nawet rzeczy w szacunku przez męża objętych (*dos aestimata*) albo za pieniądze posagowe zakupionych, a dla wierzytelności posagowych ustanawiało uprzywilejowaną hipotekę generalną na całym majątku męża (ob. cyt. u Windscheida §. 272 uw. 7). Przeciwnie prawa niemieckie upośledzały żonę upadłego dłużnika w stosunku do wierzycieli męża, a niekiedy żona odpowiadała nawet swym majątkiem parafernalnem za długi jego (ob. cyt. w *Mot. ust. k. niem.* str. 1440 uw. 2). Prawo francuskie uświęca domniemanie prawne, że wszystko, co kupione było dla żony w ciągu małżeństwa i to nawet, co ona za męża zapłaciła, zapłacone zostało środkami męża. Windykować może tylko swoje, przed zawarciem małżeństwa posiadane, do wspólności nie wciągnięte, jak niemniej drogą dziedzictwa lub darowizny nabyte i darowanymi lub odziedziczonymi pieniędzmi zakupione nieruchomości — z ruchomości zaś tylko ubior i płótna, tudzież kosztowności, a wkońcu przedmioty kontraktem małżeńskim, drogą dziedzictwa, lub darowizny nabyte (ust. franc. z 28. maja 1838 art. 557—563). Ustawodawstwo austriackie dawniejsze umieszczało żonę ze względu na posag i nie przekraczającą jego wysokości oprawę w 3. klasie wierzycieli, a więc przed umieszczonymi w 4. klasie tak zw. chirografaryuszami (§ 19. ust. k. józ. §. 129, lit. e. proc. sąd. galic.). Dzisiejsze ustawodawstwo austr. stawia ją na równi z innymi wierzycielami w 3. klasie umieszczonymi. Podobnie ustawodawstwo niemieckie, które utrudnia jednakże jej stanowisko wobec wierzycieli przez domniemanie, że wszelkie w posiadaniu

jednego lub drugiego małżonka znajdujące się ruchomości, nie wyłączając papierów na okaziciela i *in bianco* wystawionych (z wyjątkiem jedynie ruchomości do osobistego użytku żony przeznaczonych, jak sukni, narzędzi, roślin kobiecych i t. p.) należą do męża (1362 u. c. niem.). Jeśli żonie uda się dowód przeciwny, to wobec ogółu wierzycieli wystarczy on tylko wówczas, gdy chodzi o ruchomości przed zawarciem małżeństwa nabyte. Nabyte po zawarciu małżeństwa w konkursie windykować może tylko wówczas, jeśli zdoła udowodnić, że nie zostały one nabyte środkami męża (§. 45 nowej, 37 daw. u. k. niem.). Ta surowość, wykraczająca poza t. zw. *praesumptio Muciana* — por. Windscheid-Kipp §. 509 uw. 36 — której wyrazem jest §. 1362 u. c. niem., obca jest prawu austriackiemu, które uchyliło ten (także i w pr. franc. art. 559 *Code de comm.* — przyjęty) system nieufności, co wcale nie daje powodu do skargi, zważywszy, że materyalne prawo małżeńskie austr. (§. 1260 ust. ost. u. c., dalej ust. z 25. lipca 1871 l. 76 dz. u. p., ust. z 16. marca 1884 L. 36 d. u. p.), a głównie uchylenie przywilei żony, w konkursie kupieckim zaś przepis §. 50 ust. konk. i 16 i 17 ust. wprov. kod. handl. (ob. o tem poniżej) chronią wierzycieli dostatecznie od nadużyć. Ob. Frankl str. 93 i cyt. tamże autorów.

Odrębnego rozważenia wymaga kwestya „ważności“ potwierdzenia odbioru posagu.

Kto domaga się zwrotu posagu, musi w ogólności udowodnić, że posag ten rzeczywiście mężowi wypłacony został. Dowód ten może być prowadzony bądź wprost na temat, że posag wypłacono, bądź też pośrednio przez udowodnienie, że dłużnik odbiór posagu potwierdził, a zatem fakt wypłacenia mu tegoż przyznał. W tym ostatnim przypadku (dowodu pośredniego) strona domagająca się zwrotu będzie według ogólnych zasad dowodowych zwolnioną od dowodu samego faktu wypłaty (dowodu bezpośredniego na fakt rozstrzygający), a przeciwnie na męża spada ciężar dowodu, że mimo przyznania jego (potwierdzenia) iż posag otrzymał, tenże nie został mu wypłacony.

Otóż §. 1226 u. c. — nie dotykając wcale dowodu bezpośredniego na sam fakt wypłaty, — stanowi wyjątkowy przepis na przypadek konkursu, że przyznanie męża t. j.

potwierdzenie iż posag otrzymał, jeśli nastąpiło po ogłoszeniu konkursu, nie zwalnia domagającego się zwrotu od dowodu bezpośredniego samej wypłaty, a przepis ten uzasadniony jest tem, że ustawa uznaje przyznanie, które już w czasie konkursu nastąpiło, z góry za niewiarogodne.

§. 49 ust. konk. w tym przepisie ustawy cyw. wprowadził dwie zaostrzające go zmiany: — najpierw, że tę niewiarogodność rozszerzył na wszelkie przyznania, które nie nastąpiły w chwili wypłaty posagu lub wcześniej aniżeli w rok przed ogłoszeniem konkursu, a następnie, że czas, w którym pisemne przyznanie nastąpiło, musi być wykazany innymi środkami dowodowymi aniżeli samym dokumentem, którego data sama przez się dowodu chwili przyznania nie stanowi, a zatem co do którego samo jej zaprzeczenie wystarczy, do odrzucenia skargi o zwrot posagu.

Ten stan rzeczy zmieniony został przez ustawę z 25. lipca 1871 L. 76. dz. u. p., która w §. 1. lit. c. potwierdzenia odbioru posagu odmawia „ważności“, jeśli nie nastąpiło we formie aktu notaryalnego, a zatem odbiera siły dowodowej zwykłemu piśmiennemu, jakoteż i wszelkim ustnym potwierdzeniom odbioru. Potwierdzenie odbioru nie jest dyspozycją, lecz środkiem dowodowym (przyznaniem faktu), — piśmienne potwierdzenie nie jest zatem dokumentem dyspozycyjnym, tylko dowodowym. Przewidziana więc w ustawie z 1871 r. „nieważność“ potwierdzenia nie czyni nieważną samej wypłaty posagu, lecz tylko powoduje, że kwestya dowodu reguluje się tak, jak gdyby żadnego dowodu potwierdzenia wypłaty nie było, tem samem zaś obowiązuje sędzię do odrzucenia skargi o zwrot, gdyby strona bezpośredniego dowodu samej wypłaty nie przeprowadziła. Przeciwnie, gdyby żądający zwrotu udowodnił aktem notaryalnym, że przyznanie (potwierdzenie) w należytych czasie nastąpiło, rzeczą zarządcy byłoby udowodnić, że mimo potwierdzenia posag wypłacony nie został.

Wobec wprowadzonej przez nową procedurę cywilną zasady swobodnego ocenienia dowodu różnica między po-

średnim dowodem (przyznania) a bezpośrednim dowodem (wypłaty samej) straciła doniosłość, sąd bowiem kwestyę, czy posag wypłacony został, ocenia podług swego, „po starannem rozważeniu wyników całej rozprawy i przeprowadzonych dowodów“ nabytego przekonania (§. 272 p. c.), a zarazem i kwestyę, czy skutkiem pozasądowego przyznania potrzeba dowodu (wypłaty posagu) odpada (§. 266 pr. s. ust. 3).

Sąd wynika, że tak §. 1226 u. c. jak i §. 49 u. k. a w końcu także §. 1 lit. c. ust. z 25 lipca 1871 L. 76 dz. u. p. jako dotyczące się tylko dowodu i w związku z legalną teorią dowodów będące, zniesione zostały przez wprowadzenie nowej procedury sąd. (art. I ust. wpraw. proc. sąd., ust. 2).

Do tego samego wyniku dochodzi Tilsch *Der Einfluss der Zivilprocessgesetze* wyd. 2. str. 282 n. Wątpliwość mogłaby tu powstać tylko co do tego, czy ostatni ustęp §. 49 u. k. nie został utrzymany w mocy art. VII ust. 3. ustawy wpraw. proc. sąd., jak to Tilsch str. 285 utrzymuje twierząc, że ustęp ten zawiera zakazujący przepis dowodowy, iż sędziemu nie wolno opierać swego przekonania tylko na dacie dokumentu (*das Datum der Urkunde für sich allein stellt den Beweis nicht her*). Z dawniejszej literatury o tym przedmiocie ob. kontrowersyę między Wagnerem *Zt. f. oest. Rg.* 1825 I str. 254 i Nippem tamże 1829 I. str. 126 i *Darstellung der Rechte der Ehegatten* str. 74, a Winiwaiterem w *Zt. f. oest. Rg.* I str. 50, Haimerlem tamże 1835 II str. 189 n. Por. także Zeiller *Kom.* III str. 593 n. i Ofner *Urentw.* II str. 139, §. 325, str. 429 §. 369—370.

2) O p r a w a (§. 1230 u. c.). Z oprawy wynika dla żony w ogólności jedynie osobiste prawo żądania wypłaty pod warunkiem, jeśli męża przeżyje. Do pożytków w czasie małżeństwa nie ma żadnych praw. Odpowiednio do tej natury swej wierzytelność żony jest warunkową wierzytelnością konkursową, a gdy z przeznaczenia swego jest powiększeniem posagu na przypadek przeżycia męża przez żonę (§. 1230 u. c.: ...zur Vermehrung des Heiratsgutes), należy za-

równy z posagiem do III. klasy wierzycieli. Nie jest wykluczoną jednakże umowa, mocą której żonie tytułem oprawy zapewnione zostanie prawo własności rzeczy, zależne od warunku zawieszającego, iż męża przeżyje. W tym przypadku prawa żony już za życia męża zaszerogowane być mogą w rzędzie praw o wyłączenie, a pożyczki *durante matrimonio* należą do majątku konkursem objętego. W konkursie spuścizny zaś męża należą się jej natychmiast także i pożyczki (§. 1230 u. c.). Rozumie się, że jeśli warunek udaremniony zostanie (a więc jeśli mąż przeżyje żonę), przyrzeczenie oprawy staje się bezskutecznem — a przedmioty tytułem oprawy dane bez ograniczenia wracają do majątku konkursem objętego.

Spór o to, czy oprawa jest darowizną, czy nie, praktyczną doniosłość ma w konkursie o tyle, że w pierwszym przypadku musiano by ją umieścić w V. klasie wierzycieli. Usiłowania niektórych autorów (ob. cyt. u Ullmanna str. 102 uw. 16. nast), dążących do wykazania, że jest ona aktem odpłatnym, uważam za bezprzedmiotowe wobec tego, że — jak to już powyżej nadmieniono (Rozdz. XIV.) — do V. klasy wierzycieli należą tylko darowizny w znaczeniu technicznym 18-go rozdz. Cz. II. u. c.; — ob. Randa *Eig.* §. 21 uw. 8 *in fine* i motywa orz. N. Tr. z 20. lutego 1901, Geller-Jolles IV. Nr. 374. Za tem przemawia też wzgląd historyczny, że §. 19 ust. konk. józ. (także §. 129 proc. gal.) nadawał oprawie — wprawdzie tylko do wysokości posagu, lecz równe zresztą z posagiem uprzywilejowane wówczas miejsce ówczesnej 3. klasy wierzycieli. Ob. wywód u Gspanna III. str. 63 n. Decydującym jest wzgląd, że oprawa jest powiększeniem posagu, — a więc to, co z tytułu oprawy przyrządzone zostaje, staje się, w chwili, gdy żona męża przeżyje, tem samem, czem w owej chwili stał się posag. Por. także proj. Mart. III. 10, 21 ust. ost., który wskazuje, że gdyby posag nie był ustanowiony, to, co dla żony na przypadek przezycia męża przeznaczono, nie byłoby oprawą, lecz darowizną. Ustęp ten opuszczono na wniosek referenta, ponieważ to, co orzekać ma, albo już poprzednio powiedziano, albo rozumie się samo przez się (Ofner I. str. 144). Tem się też tłumaczy, że ust. józ. umieszcza oprawę tylko do wysokości posagu w uprzywilejowanej klasie wierzycieli. Wprost za umowę odpłatną

uznaje oprawę orz. z 4. listop. 1902, Geller-Jolles V. Nr. 112 (2 i 3. inst.).

3) **Wiano** (§. 1232 u. c.) oznacza ustawą cyw. sama jako podarunek (*Geschenk*), zatem pretensya o jego wypłatę należy do V. klasy wierzycieli konkursowych.

Co do tego — o ile mi wiadomo — niema sporu. Tak też w najnowszym czasie Pevny *O daru jitrnim* w *Pravniku* (praskim) 1906 str. 73 n.

4) **Umowne ustanowienie dochodu na przypadek wdowieństwa** (1242 u. c.) przedstawia się jako ustanowienie oprawy we formie renty. W ogólności dochód ten należy się dopiero wdowie, a więc po śmierci męża i wówczas, — tak samo jak oprawa — w konkursie męża należy do 3. klasy wierzycieli (§. 45 u. k.). Jeśli jednak konkurs ogłoszono za życia męża, wówczas żona od chwili ogłoszenia konkursu ma prawo pobierać tenże dochód, jeśli nie zostanie jej udowodnione, że ponosi winę w upadku stosunków majątkowych męża (§. 1260 u. c.). Wówczas jednak traci charakter dochodu umownego, gdyż należy się żonie z ustawy i na równi jest postawiony z należącym się żonie — w razie ustanowienia posagu — prawem używania tegoż ostatniego, a więc już z tego powodu do 3. klasy wierzycieli należy, lecz ze względu na tok postępowania konkursowego dopiero po odbyciu się rozprawy likwidacyjnej wypłacony jej być może, a względnie jako świadczenie peryodyczne zabezpieczony być powinien (§. 15 u. k.).

Za panowania ust. konk. józ. z 1. maja 1781 dekr. nadw. z 7. grudnia 1789 L. 1082 zb. u. s. przekazywał dochód wdów do 6. klasy, odpowiadającej terazniejszej 5. klasie wierzycieli, do której należały między innymi wierzycielności, które pochodzą *aus einer bloss wohltätigen Handlung des Verschuldeten...* Podobnie było podług §. 119 kod. józ. §. 133 gal. proc. sąd. Co do prawnej natury dochodu wdowiego ob. *Pr. pryw.* V. §. 453 szczeg. uw. 5. Kwestya traktowania jego w konkursie jest wielce sporną w literaturze. Bez motywowania zaliczają go Pollak str 185, Schwarz str. 175

i Trammer str. 107, (tudzież orz. *G. U.* 6680 i 9218) do 3. klasy, natomiast Ullmann str. 106, Ogonoński str. 428. do 5. klasy.

5) Kontrakt o spółkę majątkową między małżonkami, o ile odnosi się tylko do pewnych części składowych majątku (spółka partykularna, indywidualna czyli specjalna, albo też rodzajowa czyli gatunkowa — por. moje *Prawo pryw.* IV. §. 385), oceniany być musi podług przepisów 27. rozdziału II. cz. ust. cyw., a okoliczność, iż między małżonkami zawarty został, nie wpływa na odmienne traktowanie takiej spółki w konkursie (§. 1233 u. c.). Małżonkowie są wówczas zwyczajnymi spółnikami, każdy z nich jest właścicielem przedmiotów spółności poddanych tylko w odpowiedniej udziałowi jego (idealnej) części, a konkurs do majątku jednego z nich na stosunki majątkowe drugiego nie wpływa, lecz ma jedynie ten skutek, iż małżonek upadły ze spółki wykluczony być może (1210 u. c.), a względnie spółka się rozwiązuje (arg. §. 1207 u. c.).

Umową majątkową małżeńską jest tylko spółka uniwersalna, t. j. umowa o spółność całego tak terażniejszego jako też przyszłego majątku, którą ustawa każe traktować podług przepisów w rozdziale o kontraktach małżeńskich (§. 1233—1236 u. c.) zawartych (§. 1180 u. c.).

Z przepisów tych wynika:

a) że taka umowa o spółkę uniwersalną może być zawartą tylko między małżonkami i ma z reguły skutek jedynie tylko na przypadek śmierci, a więc

b) że za życia obojga małżonków nie nadaje żadnemu z nich praw do majątku drugiego, że więc — jak długo oboje żyją — każdy z nich jest wyłącznym panem swego mienia, niem *inter vivos* dowolnie, zaś *mortis causa* tylko o tyle rozrządzać może, iżby to nie uwłaczało prawom drugiego małżonka;

c) że żaden małżonek z tytułu spółności za długi drugiego nie odpowiada, a to ani osobiście, ani rzeczowo;

d) że zaś po śmierci jednego małżonka drugi ma prawo do połowy tego, co z pomiędzy przedmiotów spół-

ności poddanych jeszcze pozostanie, druga połowa zaś pozostaje własnością dziedziców zmarłego (§. 1234 u. c.).

Od reguły że umowa o spółność uniwersalną między małżonkami ma skutek tylko na przypadek śmierci, istnieją trzy wyjątki, z których na tem miejscu obchodzi nas jedynie ten, iż w przypadku konkursu jednego z małżonków majątek między niemi spółny dzieli się tak, jak w przypadku śmierci (§. 1262 u. c.).

O dwóch innych wyjątkach, w których umowa taka już za życia małżonków pewne skutki odnosi (§. 1236 i 1266 u. c.) — ob. moje *Pr. pryw.* V. §. 359. Zwrócić muszę tu uwagę, że zasady dopiero co pod *a—d* sformułowane nie są bynajmniej powszechnie uznane. W szczególności przeważające w literaturze i w praktyce zapatrywanie jest: 1) że spółka uniwersalna może być zawartą nie tylko między małżonkami, lecz także i między innymi osobami, 2) że przepis §. 1235 u. c., iż spółka uniwersalna między małżonkami rozumianą być ma z reguły tylko na przypadek śmierci, nie wyłącza, iżby się małżonkowie inaczej nie umówili, a zatem, że mogą oni między sobą zawrzeć uniwersalną spółkę, skuteczną za życia, także i poza przypadkami §. 1236, 1262 i 1266 u. c. Ob. Nippel VII. str. 589, Kirchstetter str. 583, Turnes w *Ger. Ztg.* z 1870 Nr. 6, Krainz-Pfaff-Ehrenzweig §. 436 uw. 14, 446, Bežek w *Güt. Gem. in d. Praxis* w *Z. für freiw. Gb.* 1893 Nr. 35, Plachy tamże 1894 N. 23—26. Jeżeli jednak §. 1180 u. c. spółkę uniwersalną oceniać każe podług rozdziału (28) o kontraktach małżeńskich, a tenże rozdział traktuje jedynie o spółce między małżonkami i przypisuje jej skutek tylko na przypadek śmierci (z wymienionymi wyjątkami), jeżeli dalej rozdz. 28 o spółce takiej skutecznej już za życia żadnych przepisów nie daje, a §. 1180 u. c. do spółek partykularnych każe zastosowywać przepisy 27. rozdziału, — to jedynie zasady w tekście sformułowane wydają mi się odpowiedniami ustawie. O tych kwestyach zob. Ullmann, Ogonski j. w., szczególnie zaś z najnowszych czasów Kafka *Die eheliche Gütergemeinschaft auf den Todesfall nach oest. R.* (1906) str. 216 i nast. — która to rozprawa starannie rozbiera wszystkie do spółności majątkowej małż. odnoszące się kwestye, lecz, co prawda — zd. m. nie zawsze do praw-

dziwych dochodzi rezultatów. Por. recenzję moją w *Prze-
glądzie pr. i adm.* 1906 str. 849.

Zastosowując powyższe zasady do przypadku konkursu, dochodzimy do następujących rezultatów:

Skutek spółności majątkowej, który §. 1235 u. c. łączy z reguły z przypadkiem śmierci jednego z małżonków, następuje w przypadku konkursu jednego z nich już w chwili ogłoszenia konkursu (§. 1262 u. c.), a więc majątki obojga małżonków tak jak one istnieją w tejże chwili — muszą być zliczone, od ogólnej sumy stanu czynnego obydwóch majątków potrącone być muszą wszystkie długi tak jednego jak i drugiego małżonka, nadwyżka zaś ponad sumę długów wynikająca w połowie tworzy majątek konkursowy małżonka upadłego, w połowie zaś przypada drugiemu małżonkowi. Gdyby żadna nadwyżka nie pozostała, żaden małżonek do drugiego prawa nie ma; gdyby zaś okazało się, że majątki obydwu nie starczą na pokrycie obojga długów, musiałyby być — przy zachodzących innych warunkach — ogłoszony konkurs także i do majątku drugiego małżonka.

Ob. do tego rozdziału Anders *Familienrecht* (1887)
§. 37.

XVIII.

Konkurs partykularny, konkurs spuścizny:

I. Z reguły konkurs jest uniwersalnym, t. j. obejmuje cały majątek pewnej osoby, o ile wogóle tenże konkursem objęty być może (§. 1 u. k.).

Łaczej jeszcze ust. konk. józ. z 1. maja 1781, która w przypadku, jeśli dłużnik posiada majątek w kilku prowincjach, każe ogłaszać odrębne konkursy (partykularne) w każdej prowincyi (§. 1 cyt. ust.).

Okoliczność, że postępowanie konkursowe nie rozciąga się na majątek nieruchomy położony w krajach, w których ustawa konk. austriacka nie obowiązuje (§. 59 u. k.), nie jest wyjątkiem od tej zasady, ponieważ tenże zagraniczny nieruchomy majątek konkursem tutejszym wogóle objęty być nie może.

Zagranicą są także Węgry (orz. *G. U.* 11.324). »Austryackim« dłużnikiem jest każdy, do którego majątku konkurs w sądzie austryackim ogłoszono, bez względu na jego przynależność państwową (orz. *G. U.* 11.820).

O zasadzie uniwersalności konkursu w przeciwstawieniu do zasady terytoryalności, które to obydwie zasady mają znaczenie w zakresie międzynarodowego prawa prywatnego, ob. K o h l e r *Lehrb.* str. 603 nast., który uzasadnia tę ostatnią zasadę tem, że jurysdykcya nie może sięgać po za granice terytoryum w okręgi, które jej nie są poddane, zasadę uniwersalności utrzymuje zaś co do majątku ruchomego: *mobililia ossibus inhaerent*. Tak też ust. austr. (§. 59 u. k.).

Konsekwencją zasady uniwersalności konkursu jest przepis, że w przypadku ogłoszenia konkursu do majątku jawnej spółki handlowej, spółki komandytowej lub spółki komandytowej na akcye, z urzędu ogłoszony być musi zarazem konkurs do majątku każdego ze spółników osobiście odpowiedzialnych (§. 199 u. k.).

Inaczej teraz w Niemczech §. 209—212 nowej ust. konk. niem. *De lege ferenda* słuszne uwagi w *Mot.* niem. ust. str. 1558 Frankl *der Konkurs d. off. Handelsges.*, por. także Canstein *Handelsr.* I. str. 428, 603). Niema wątpliwości, że motywy przepisu pruskiej ust. konk. (§. 287 ust. 2), z której przepis §. 199 u. k. aust. jest wzięty, t. j. dążenie ażeby jawni spółnicy mieli podniętę do unikania konkursu spółki, — wykracza poza cel i mieści w sobie niesprawiedliwość. Biorąc jednak rzecz ze stanowiska ścisłej konsekwencji prawniczej, przepis ten jest usprawiedliwiony, — chociaż kwestya, czy należało tę konsekwencję wysnuwać, ze stanowiska legislacyjnego pozostaje otwartą.

Lecz i te konkursy są każdy dla siebie uniwersalnymi, ponieważ obejmują tak samo cały majątek osoby konkursem dotkniętej. Konkursem partykularnym można nazwać jedynie ten konkurs, który rozciągać się ma wyjątkowo tylko na pewne przedmioty majątku egzekucyi podlegającego pewnego dłużnika, które to przedmioty od reszty majątku dłużnika odłączone i odrębnemu postępowaniu konkursowemu poddane bywają.

Odróżnić należy od konkursu partykularnego odrębne zaspokojenie wierzycieli realnych (*Real- albo Absonderungsgläubiger*) z mas specjalnych (*besondere Massen*) (§. 30—41 u. k.), gdyż przedmioty te nie przestają należeć do uniwersalnego konkursu, a z drugiej strony postępowanie względem nich jak długo chodzi o zaspokojenie wierzycieli realnych nie jest »konkursowem«.

II. Jedynym w prawie austriackim przypadkiem partykularnego konkursu jest t. zw. konkurs spuścizny (*Nachlasskonkurs*).

Przez konkurs spuścizny rozumiemy konkurs do majątku osoby zmarłej, — który nastąpić może tak w tym razie, jeśli dłużnik zmarł po ogłoszeniu konkursu, jak również jeśli po śmierci właściciela majątku konkurs ogłoszono. W obydwu przypadkach zachodzi pytanie, kto jest dłużnikiem upadłym. Kwestyę tę rozstrzygnąć należy podług prawa materyalnego.

Prawo austriackie uświęciło zasadę bezpośredniego następstwa spadkowego (§. 547 u. c.). Okoliczność, iż w chwili śmierci spadkodawcy osoba dziedzica często jeszcze jest nieznaną, a chociażby znaną była osoba w pierwszym rzędzie powołanego, nie jest jeszcze wiadomo, czy tenże powołany dziedzictwo przyjmie, zatem dziedzicem się stanie, przejściu praw i obowiązków na dziedzica nie jest na przeszkodzie.

Gdy bowiem podług ustawy spadek, bez względu na to, czy nim spadkodawca rozporządził czy nie, na kogoś przechodzić musi, a co do osoby następcy jest rozstrzygającą chwila śmierci (§. 545 w związku z §. 703, 707 u. c.), następca, ktokolwiekby nim jest i bez względu na to, czy jego osoba już wówczas jest znaną czy nie, wstępuje z tą samą chwilą w pozostałe po zmarłym stosunki majątkowe. Stosunki majątkowe zmarłego — o ile wogóle śmierć jego przetrwają (por. *Pr. pryw.* V. §. 496), — zbiegają się więc już w chwili śmierci tegoż ze stosunkami istniejącymi w osobie dziedzica drogą następstwa uniwersalnego, a dziedzic nabywa względem przedmiotów majątkowych spadkodawcy te same prawa, jakie miał tenże

ostatni i obejmuje te same obowiązki, które spadkodawca ze swego majątku dopełnić był obowiązany, czyli innemi słowy staje się czynnym i biernym podmiotem tychże praw i obowiązków, pozostając podmiotem praw i obowiązków własnych (Por. *Pr. pryw.* V. §. 565).

Stąd wynika, że dłużnikiem wierzycieli spadkowych, a tem samem i konkursowych, jest dziedzic dłużnika zmarłego.

Konkurs bez krydaryusza jest niemożliwym, jak niemożliwym byłby proces bez pozwanego (Jaeger do §. 214 niem. ust. uw. 7). W konkursie spuścizny odgrywać musi dziedzic tę samą rolę, jaką spadkodawca miałby był w swoim konkursie — a więc z ograniczeniem do majątku spadkowego; ma więc względem tegoż majątku prawa i obowiązki krydaryusza i podlega tym samym względem tegoż majątku ograniczeniom. O ile chodzi o udział w przewodzie konkursowym i o obowiązki mające na celu ułatwienie przewodu n. p. obowiązek przysięgi manifestacyjnej, nie powinno być wątpliwości, że ciężą i one na dziedzicu. Natomiast następstwa osobiste pozakonkursowe, jak n. p. utrata praw wyborczych, zdolności być przysięgłym i t. p. nie powinny być rozciągane do dziedziców, gdyż owe następstwa polegają wyłącznie tylko na przypuszczeniu, najczęściej uzasadnionem, iż dłużnik zachowaniem swoim zawinił upadek swój majątkowy i utracił zaufanie do swej osoby, — to przypuszczenie zaś do dziedziców zastosowane być nie może. Inaczej orzeczenie z 12. października 1871 l. 12.102. *Pravnik* (czeski) 1871 str. 844 (Riehl str. 120). Por. Fitting str. 43. — Rozumie się, że gdy spuścizna jest bezdziedziczną, skarb państwa wprawdzie nie jest dziedzicem lecz wstępuje w miejsce dziedzica (*heredis loco*). Por. moje *Pr. pryw.* VI. §. 542, gdzie — wbrew powszechnemu zdaniu — starałem się przeprowadzić dowód, że skarb państwa objęcia spadku bezdziedzicznego odmówić nie może, czyli, że objęcie takiego spadku nie jest prawem lecz obowiązkiem państwa. Zasada ta wypowiedziana jest też wyraźnie w kod. niem. (§. 1942 ust. 2) a okazuje się konieczną i dla prawa austr. z tego względu, że gdyby nie ona, majątek musiałby się stać — w razie gdyby go skarb państwa nie objął — *res nullius* i ulegałby zawłaszczeniu (§. 381 u. c.).

Skutkiem konkursu do majątku spadkowego i złączenia tegoż majątku z majątkiem dziedziczą, nie objętym węzłem konkursu, w jednym ręku, powstaje konieczność odrębnego traktowania obydwóch majątków, a tem samem i konkursu partykularnego. Jeśli jest więcej dziedziców, reprezentują oni łącznie osobę krydaryusza, zawsze niezależnie od dyspozycyi swoimi majątkami, które zresztą przedmioty odrębnego konkursu stanowić mogą.

Autorowie, którzy uważają t. zw. *hereditas jacens* za osobę prawną (tak z niemieckich autorów Oetker str. 165, Kohler *Leitf.* 2 wyd. str. 171, literaturę w tym przedmiocie ob. u Steinlechnera *D. schwebende Erbrecht* I. str. 13) konsekwentnie uważać ją muszą za krydaryusza. — Prawo austr. nie zna *hered. jacens* jako osoby prawnej. Ob. *Pr. pryw.* V §. 496, szczeg. uw. 10 i 11. Ograniczenia w dyspozycyi majątkiem, jakim się dziedzic poddać musi przed addykcyą spadku, pochodzą ztąd, że wówczas jeszcze nie jest wiadomem, czy ten, kto przedstawia się *pri ma facie* jako dziedzic, jest dziedzicem, a dopiero addykcyą sądowa tworzy dlań legitymację do rozrządzenia spuścizną bez dalszych ograniczeń. Ob. *Pr. pryw.* V. §. 578. Inni twierdzą, że spadkodawcę, nie dziedziczą uważać należy za krydaryusza. Jest to fikcyą, którą w pr. austr. popierać się zdaje — co najmniej na czas przed przyjęciem dziedzictwa — §. 547 u. c.

III. W których przypadkach z powodu przeważającego stanu biernego przystąpić należy do ogłoszenia konkursu spuścizny, o tem stanowi ord. konk. (§. 74 pat. z r. 1854).

Uprawnionym do żądania ogłoszenia konkursu spuścizny jest :

1. dziedzic (§. 62 ust. 2 u. k.),
2. kurator spuścizny (§. 62 ust. 2 u. k.),
3. każdy z wierzycieli spadkowych (§. 63, 64 u. k.).

do 1. Jako dziedzic w znaczeniu §. 62 może być poczytany tylko, kto, powołany do dziedzictwa, przyjął je ze skutkiem ograniczonej do sił spuścizny odpowiedzialności (§. 547, 802, 807, 812 u. c.) — dopóki mu ono sądownie nie zostało przyznane. Po przyznaniu bowiem odrębność majątku odziedziczzonego bezwarunkowo ustaje, chociażby

dziedzic tylko do wysokości swojej części spadkowej odpowiadał (§. 807, 821 u. c.) Dziedzic, którego odpowiedzialność nie jest ograniczoną do sił spuścizny, pozbawiony jest tem samem możności zarzucenia wierzycielom spadkowym, że majątek spadkowy na ich zaspokojenie nie wystarcza.

Wyrażania się autorów (między innymi *Tram m e r a* str. 144), że z prawa żądania ogłoszenia konkursu „może korzystać tylko dziedzic, który przyjął spadek z dobrodziejstwem inwentarza”, nie mogę uważać za dokładne, gdyż są przypadki, w których dziedzic odpowiada do wysokości spadku chociażby przyjął go bezwarunkowo (§. 812, 807 u. c.). — Podług pr. niem. (§. 217 u. k.) okoliczność, iż dziedzic odpowiada bez ograniczenia, nie jest na przeszkodzie ogłoszeniu konkursu na jego żądanie. O motywach tego przepisu ob. *J a e g e r* do §. 217 uw. 2. Wprawdzie i ust. austr. nie mówi wyraźnie, iż żądać konkursu może tylko dziedzic o ograniczonej odpowiedzialności; — praktyka jednak słusznie trzyma się tej zasady, wynikającej z natury rzeczy. (Przeciwnie jednak *S c h w a r z* II. str. 53. — Wierzyciele nie tracą przez to prawo żądania separacyi majątku (§. 812 u. c.) lub ogłoszenia konkursu (§. 63, 64 u. k.).

W każdym razie żądanie ogłoszenia konkursu może nastąpić jedynie za upoważnieniem sądu spadkowego, gdyż jest niewątpliwie dyspozycją majątkiem spadkowym, do której dziedzic przed przyznaniem dziedzictwa nie ma samodzielnego prawa (§. 797 u. c., §. 145 pat. z r. 1854).

Legitymację formalną uzyskuje dopiero przez przyznanie dziedzictwa. O doniosłości tegoż ob. moje *Pr. prywat.* VI. §. 578. Że to ograniczenie dyspozycyi ma przyczynę nie w braku praw materyalnych, lecz tylko w tem, że aż do chwili uznania za dziedzica nie jest pewnem, czy ten, kto spadek przyjął, jest dziedzicem, ob. tamże §. 501 pod IV.

W przypuszczeniu, że sąd zatwierdzi, do żądania konkursu ma prawo także jeden z pomiędzy więcej dziedziców chociażby bez porozumienia się z resztą, przyczem sąd po myśli zasady §. 2 ust. 5 pat. z r. 1854 zbadać musi z urzędu, czy okoliczności usprawiedliwiają żądanie.

do 2. Kuratorem spuścizny (*Verlassenschaftskurator*) w znaczeniu §. 62 u. k. jest jedynie kurator do zarządu i zastępstwa spuścizny ustanowiony: *curator bonorum*, §. 812, 813 u. c., §. 78, 128, 129 pat. z r. 1854), nie zaś kurator dziedziców niewiadomych lub opóźniających się ze zgłoszeniem się (§. 77 l. 2, 131 pat. z r. 1854) ani też kurator z §. 811 u. c., który jest jedynie *ad litem* do zastępstwa majątku spadkowego w procesach przez wierzycieli wytoczonych ustanowiony i którego upoważnienie poza procesa te się nie rozciąga.

Wynika to z użytego w §. 62 u. k. wyrazu *Verlassenschaftskurator*, kurator spuścizny, który jest *terminus technicus* (§. 128, 129, 135, 136 pat.), gdy §. 77, 131 pat. mówią wyraźnie o kuratorze, dla dziedziców w ustanowić się mającym. Przeciwne zdanie Polłaka str. 54 nie ma żadnej podstawy w ustawie. Ob. Trammer str. 145, tenże jednak — zd. m. — niewłaściwie nadaje to prawo także kuratorowi z §. 811 u. c., który jest jedynie kuratorem *ad litem* (ob. Stubenrauch 7, wyd. I. str. 774 w uw. 4). Schwarz II str. 55 odmawia znowu tego prawa kuratorowi z §. 812 u. c., chociaż tenże niewątpliwie jest wyłącznie kuratorem spuścizny. Rozumie się samo przez się, że i inni kuratorowie *ad actum*, o ściśle określonym zadaniu, nie są upoważnieni do ządania konkursu, n. p. kurator dla doręczeń (§. 116 i nast. proc. cyw.), albo kurator niewiadomych uczestników interesu (§. 276 u. c.), w sprawach ogłoszenia za zmarłego (§. 277 u. c. i ust. z 16. lutego 1883 L. 20 dz. u. p), — kurator posiadaczy listów zastawnych i częściowych obligów dłużnych (ust. z 24. kwietnia 1874 L. 48 i 49 dz. u. p.) i tym podobne przypadki kurateli szczegółowej (ob. moje *Pr. pryw.* V. §. 493). Kurator umysłowo chorego lub marnotrawnego dziedzica działa w zastępstwie dziedzica (przypadek 1).

Obydwa te przypadki należą do tych, w których konkurs ogłoszony zostaje dobrowolnie przez dłużnika lub zastępcę jego majątku. Oprócz ządania strony do tego upoważnionej ustawa nie wymaga innych dowodów niemożliwości zaspokojenia wierzycieli (§. 62 ust. 1 i 2 u. konk.).

ad 3. Natomiast w przypadku gdy wierzyciel spadkowy domaga się ogłoszenia konkursu do majątku spad-

kowego, muszą być dopełnione *mutatis mutandis* warunki takie same, jakich wymaga ustawa w przypadku żądania konkursu do majątku osoby żyjącej (§. 63, 64 u. k., §. 811 u. c.). Z natury rzeczy jednakże wynika, że do ogłoszenia konkursu spuścizny wystarczy już sama przewaga stanu biernego nad czynny, ponieważ w przypadku tym czynność zarobkowa dłużnika już w rachubę wchodzić nie może a wierzyciele mają przed sobą majątek niezdolny do powiększenia się przez taką czynność zarobkową.

Tak wyraźnie §. 215 nowej ust. konk. niem. Nie-wypłacalność tamże ani jest wymagana ani dostateczną do ogłoszenia konkursu. — Ob. znakomite motywa ust. niem. str. 1560, — Jaeger do §. 215 (nowej) ust. konk. niem, Kohler *Lehrb.* str. 96, 97. *De lege ferenda* domaga się tego Frankl str. 55 przy uw. 176. Sądzę jednak, że postulatowi temu jako w naturze rzeczy uzasadnionemu, można już przy racjonalnej interpretacji teraźniejszej ustawy zadość uczynić, chociaż nie zaszkodziłoby wyraźne postanowienie przy rewizyi ust. konk.

Przy obliczeniu stanu biernego mogą jednakże być brane na uwagę tylko długi spadkowe, nie zaś prawa t. zw. dziedziców koniecznych, ponieważ należitości tychże uiszczane być mogą tylko z czystego spadku (§. 784, 785 u. c.), ani też zapisy i inne z rozporządzenia ostatecznej woli wynikające ciężary, ponieważ niedostateczność majątku do pokrycia ich nie pociąga za sobą ogłoszenia konkursu lecz ich redukcję (§. 691—693 u. c.).

XIX.

O możności wzruszenia czynności prawnych w przypadkach konkursu.

A. W ogólności.

Ullmann *Der Entwurf e. Ges. über die Anfechtung w Mitteilungen des Prag. Jur. Ver.* VIII. str. 2. n.; tegoż *Die Gesetzworl. zum Schutze der Gläub.* tamże XIII. str. 71; Steinbach *Kommentar zum Ges... üb. d. Anfechtung...* (1884); Gertscher *Anfecht. v. Rechtshändl.* w *Ger. Z.* 1884 str. 31 n.; tenże w rec. dzieła Cosacka *Grünh.* XIII. str. 167; Beisser *Bem. z. oest. Anf. Ges.* w *Gellera Zentralbl.* III. (1886) str. 1 n.; Men-

zel *Das Anf. R. d. Gläub. nach oest. R.* (1886); tegoż *Die bisher. Rechtsprechung d. Ob. Ger. w Jur. Bl.* 1886 Nr. 13; Krasnopolski *Das oest. Anf. R. in seinen Grundzügen w Jur. Viertelj.* (Praga), XIX. str. 120, XX. str. 1 n.; tegoż *Studien zum Ges. üb. Anf...* w *Grünh.* XIV. (1887) str. 41, XV. (1888) str. 1; tegoż *Ueber die oertl. Herrschaft. d. Anf.-Normen* tamże XVI. str. 51, *Das Anfecht. R. d. Gl. nach oest. R.* (1889); Kornitzner *Gedanken z. Begr. d. Benachteiligungsabsicht — Grünh.* XV. (1888) str. 585; Ofner w rec. dzieł Menzla i Krasnopolskiego tamże XVII. str. 346; Pollak str. 338 n.

I. Rozporządzenia lub czynności prawne dłużnika w konkurs popadłego, przedsięwzięte po ogłoszeniu konkursu, a odnoszące się do majątku konkursem objętego są wobec wierzycieli „nieważne“, a raczej pozbawione prawnego skutku (§. 3 u. k. Ob. wyżej str. 24). Stąd wynikałoby *a contrario*, że wszelkie takie czynności prawne, podjęte przed ogłoszeniem konkursu, chociażby były umniejszły majątek na zaspokojenie wierzycieli przeznaczony, a tem samem szkodliwe były wierzycielom, musiałyby także i wobec nich być uważane za ważne i skuteczne, o ileby nieważność lub bezskuteczność ich nie dała się uzasadnić podług przepisów powszechnego prawa cywilnego. Tę konsekwencyę wysnuwała też powsz. ust. konk. stanowiąc, że kwestye, czy i jak dalece czynności prawne krydaryusza, dokonane przed ogłoszeniem upadłości na szkodę wierzycieli, jako nieważne z powodu podstępnego porozumienia się zaczepić, albo czy i jak dalece zwrotu darowizn z powodu pokrzywdzenia wierzycieli żądać można, oceniać należy podług zasad powszechnego prawa cywilnego (§. 24 u. k.).

W tym stanie rzeczy zaszła zmiana skutkiem ustawy z 16. marca 1884 L. 36 dz. u. p. — która w pośród wymienionych tamże okoliczności daje możność wzruszenia, a względnie pozbawienia skutków wobec wierzycieli pewnych czynności prawnych odnoszących się do majątku dłużnika w stanie niewypłacalności będącego, a w szczególności także przewiduje możność wzruszenia tamże

czynności w przypadkach konkursu, chociaż podjęte były przed ogłoszeniem tegoż (§. 1—27 cyt. ust.).

Z istoty swej stosunek obowiązkowy, tak jak go pojmowało pr. rzymskie, wiąże tylko osobę dłużnika, nie wiąże zaś jego majątku. Dłużnik mimo zaciągniętych zobowiązań nie traci prawa dyspozycyi, wierzyciel nie zyskuje żadnego prawa zakazu, a jeśli, udzielając dłużnikowi kredytu ściśle osobistego, zawiedzie się w swoich obliczeniach i w chwili realizowania nie znajdzie w majątku dłużnika pokrycia, musi to poczytywać za przypadek, który mu się zdarzył w jego majątku i z góry na to być przygotowany. Przeciw szalbierzczym praktykom chroni go — nie zawsze dostatecznie — droga karna, — skarga cywilna tylko wówczas, gdy dłużnik działał *mala fide* na szkodę wierzyciela. Złośliwa czynność trzeciego kontrahenta nie uzasadniała tegoż odpowiedzialności, jeśli dłużnik nie miał w niej wcale udziału, albo działał *bona fide*, a z drugiej strony odpowiadał trzeci kontrahent nawet i wówczas, gdy działał w dobrej wierze, jeśli dłużnik był *mala fide*. Skarga taka miała naturę skargi *ex delicto* i skierowaną była tak przeciw dłużnikowi jak i trzeciemu kontrahentowi na uzyskanie wynagrodzenia szkody.

Dopiero w nowszych czasach poczęło się wyrabiać przekonanie, że majątek dłużnika nawet wobec czysto osobistych zobowiązań jego nie jest całkiem wolny i że ten, kto dłużnikowi kredytu udziela, nie powinien tego czynić bez względu na inne zobowiązania majątkowe, które na dłużniku ciążyą, skąd dalej urosło przekonanie, że w przypadkach niewypłacalności dłużnika. jeden wierzyciel drugiemu może stać się odpowiedzialnym za czynności, chociażby bez zamiaru pokrzywdzenia zdziałane. Obok tego wyrobiło się przekonanie, że kto z majątku dłużnika nabył korzyści nieodpłatnie, ma obowiązek restytuować te korzyści na rzecz wierzycieli tegoż ostatniego. Uregulowanie tych stosunków jest jednym z najtrudniejszych zadań prawodawczych. Chodzi tu bowiem o pogodzenie interesu wierzycieli ze swobodą obrotu, a pogodzenie to zależy od czynników często nieuchwytnych. Do najbardziej subtelnych przepisów w tym kierunku doszło ustawodawstwo niemieckie, za którem poszło ustawodawstwo austriackie ustawą z 16. marca 1884. Ustawa ta normuje możność wzruszenia czynności i aktów prawnych odmiennie w przypadkach konkursu i poza konkursem. W niniejszem przedstawieniu uwzględniamy

przedewszystkiem możność tę w przypadkach ogłoszonego konkursu.

Wobec tych nowych przepisów może się więc zdarzyć, że na zaspokojenie wierzycieli konkursowych posłużą nie tylko majątek dłużnika istniejący w chwili ogłoszenia konkursu, lecz nawet i przedmioty majątkowe, które w owej chwili już do majątku dłużnika nie należały.

Podług prawa rzymskiego wierzyciele dłużnika, który w zamiarze pokrzywdzenia ich pozbywał przedmioty swego majątku, mieli uzasadnioną w edykcie pretorskim tak zw. *actio Pauliana* (L. 1 D. *quae in fraudem cred. facta sunt ut restituantur*, 42, 8) i t. zw. *interdictum fraudatorium* (L. 10 D. h. t.), skierowane o zwrot lub wynagrodzenie szkody, a — po upływie roku od *bonorum venditio* — o wydanie wzbogacenia przeciwko temu, kto zawarł z dłużnikiem interes, wiedząc o tem, że dłużnik wierzycieli swoich pokrzywdzić chce. Podobną tendencję miała *lex Aelia*. Ob. Windscheid II. §. 463 i cyt. tamże autorów. W prawach miast włoskich rozszerzono te skargi także na interesa zawarte przez dłużnika z żoną lub bliskimi krewnymi, uwalniając w tych przypadkach wierzycieli od dowodu *animi fraudandi* i *participationis fraudis*. Szczegóły ob. w Kohlera *Lehrb. d. Konk.* str. 195 n. — W Niemczech jeszcze przed recepcją prawa rzymskiego wierzyciele mieli przyznane sobie prawo sprzeciwiania się aktom pozbycia, podjętym przez dłużnika w zamiarze oszukańczym (*zu Fluchtsal, durch Vorflucht*), albo też gdy wierzycielności ich polegały na przyrzeczeniu wobec sądu danem (*gelobte Schuld*). Por. Laband *Vermögenssr. Klagen* str. 276. Po recepcji zastosowywano przepisy rzymskie, przyczem ułatwiano dowód zamiaru pokrzywdzenia i świadomości o tem i stawiano na równi z tem t. zw. *animus gratificandi* t. j. zamiar wyróżniania jednych wierzycieli przed innymi. Por. Unterholzner *Schuldverhältnisse* (1890) II. str. 92—100. Prócz tego utrzymują niektórzy, że wierzycielom dany był środek restytucyi *in integrum* z powodu pozbycia *in fraudem creditorum*. Ob. o tem Windscheid I. §. 116 uw. 2. — Zasady pr. rzymskiego obowiązywały także we Francyi aż do wprowadzenia kodeksów Napoleońskich. Na tej samej zasadzie opiera się art. 1167 kod. cyw. Nap. i w przypadku konkursu art. 443—447 kod. handl. — ob. co do tego ost. Bełza *O upadł. i bankr.*

I. str. 62—87. Franc. kod. handl. wychodził z założenia antedatowania konkursu do chwili, w której zaprzestano wypłat. Chwilę tę oznaczał trybunał ogłaszający upadłość, a wszelkie w tymże czasie zawierane interesa były bezwzględnie nieważne. Złagodziła te zbyt daleko idące skutki ust. z 28. maja 1838, która uznała za bezwzględnie nieważne tylko darowizny, zapłatę niezapadłych długów, *datio in solutum* i ustanowienie zastawu, — inne zaś tylko wówczas, jeśli nabywca wiedział o zaprzestaniu wypłat. Podobnie i w angielskiem prawie przyjętą była zasada retroakcy konkursu; nieważne były wszelkie przed ogłoszeniem konkursu zawarte a obostronnie oszukańcze umowy, wszelkie 3 miesiące przed ogłoszeniem dokonane przetogowanie wierzycieli, zaś, jeśli dłużnik był kupcem, wszelkie darowizny w ciągu 2, a względnie 10 lat wstecz licząc dokonane. W Niemczech wielka różnorodność praw partykularnych w tej materii uchyloną została w przypadkach konkursu ust. konk. z 10. lutego 1877 (§. 22 i nast.; — w nowej ust. konk. z 17 maja 1898 §. 29—42), poza konkursem zaś ust. z 21. lipca 1879 (obecnie 20. maja 1898). Nowsze ustawodawstwo niemieckie służyło za wzór ustawie austr. z 16. marca 1884 L. 36 dz. u. p., obejmującej przepisy o wzruszaniu czynności prawnych tak w przypadkach konkursu (§. 2—28) jak i poza konkursem (§. 29—45), a oprócz tego postanowienia wspólne (§. 1, 46—53, przy czem zauważyć należy, że §. 47—50 obecnie zniesione są proc. cyw. z 1895 r. Niemiecka literatura da się przeważnie z pożytkiem zużytkować dla nauki pr. austr. Jako najlepsze dzieło w tej materii uznane jest: *Cosack Das Anfechtungsrecht der Gläubiger... nach deutsch. Reichsrecht* (1834), inne ob. u *Windscheida-Kippa* l. §. 463 w uw.; dla zakresu konkursu nadto wszystkie dzieła nowsze o prawie konkursowem, szczeg. zaś *Jaeger Komm. zur Konk. Ord.* (1903) str. 222—355. Literatura francuska i Król. Polskiego wobec zupełnie odmiennych zasad prawodawstwa dla nauki pr. austr. jest bez znaczenia.

II. Przedmiotem wzruszenia są czynności prawne, w obszerniejszem słowa znaczeniu (*Rechtshandlungen*), a więc tak czynności ludzkie, z którymi prawo pozytywne łączy skutki prawne bez względu na wolę działającego (ob. *Pr. pryw.* I §. 78), jakoteż akty prawne, t. j. czynności, z którymi prawo pozytywne łączy skutki

prawne dla tego, że skutki te są przez działających zamierzone (*Rechtsgeschäfte*, ob. *Pr. pryw.* §. 80), a to nie tylko rozrządzenia majątkiem (pozbycie, obciążenie, opust, zrzeczenie się i inne sposoby umorzenia praw), lecz także akty prawne, mające na celu powstanie praw (jak kontrakty kupna, dzierżawy, pożyczki, poręczenia i t. p.). — W szczególności czynnością prawną jest także zaniechanie, jeśli działania pozytywnego można było oczekiwać jako normalne, a zaniechanie tego działania polega na szczególnem postanowieniu.

Binding *Die Normen u. ihre Uebertretung* II. str. 449, Cosack str. 48, Kohler *Lehrb.* str. 217, Seuffert str. 203. Por. §. 13 austr. ust. o wzr.

Podług ustawy austriackiej podlegają wzruszeniu jedynie zaniechania w §. 13 ust. wyraźnie wymienione.

Dowodzi to historia tego §-fu. W pierwotnym proj. rząd. nie było żadnego przepisu tego §. odpowiadającego postanowienia, motywa zaś (str. 29 n.) objaśniały, że z umysłu zaniechań nie brano pod uwagę ze względu na irudności praktyczne i na to, że jeśli zaniechanie jest skutkiem oszukańczej zmowy, to zmowa ta wzruszoną być może, a ze znową odpadnie także i utrata praw, którą spowodowała. Komisya Izby Posłów natomiast w całej pełni utrzymywała zasadę, że wzruszenie nie jest wykluczone przez to, iż wzruszyć się mająca czynność polega na zaniechaniu. Tak też uchwaliła Izba Poselska, Izba Panów tak daleko pójść nie chciała, ażeby wszelkie niezliczone zaniechania poddać wzruszeniu i wymieniła wyczerpująco owe, które wzruszeniu ulegać mogą. Z tem zgodziła się komisya Izby Poselskiej ze względu na to, że stylizacya Izby Panów wyczerpuje owe zaniechania, któremi wierzyciele najczęściej pokrzywdzeni zostają, Izba Poselska zaś ponowną uchwałą tę stylizacyę przyjęła. Ob. Steinbach *Komm.* do §. 13. Ust. niem. nie mieści w sobie przepisu odpowiadającego §-fowi 13 ust. austr. Mot. do ust. konk. (str. 1414) uważają wzruszenie zaniechań za niemożliwe z powodu, że wzruszenie czynności ma na celu: *geschehenes ungeschehen zu machen acsi factum non esset*, a co zaniechane, nie może być niezaniechanem, byłoby to bowiem dowolnością, gdyby chciano na miejsce zaniechania postawić jakąś pewną czynność, a jeszcze większą

dowolnością przywrócić wprost utracone prawo. W nauce niemieckiej dopuszczają z reguły tylko wzruszenia zaniechań z zamiarem pokrzywdzenia wierzycieli dokonanych, które ubytek w majątku powodują jak n. p. zamierzonego zaniechania przerwy przedawnienia lub zasiedzenia, zaniechania protestu wekslowego, środka prawnego i t. d., jeśli inne warunki wzruszenia zachodzą; — natomiast wyjątkowo tylko także bez zamiaru dokonanych wówczas, jeśli z zaniechaniem takim konkuruje pozytywne działanie trzeciej osoby. Tak C o s a c k str. 51; — jeśli mieszczą w sobie ukryte działanie (F u c h s), jeśli tyczą się aktów konserwujących, nie zaś aktów nabywczych (O t t o), jeśli są jednorazowe, krótkotrwałe (V ö l d e r n d o r f f), jeśli są wyrazem woli stron (E c k) i t. p. Zaniechanie nabycia praw uważają za niewzruszalne, ponieważ niema w tem pokrzywdzenia wierzycieli: „*es ist in keinem Moment ein zu ihrer Befriedigung verwendbares Mittel vorhanden gewesen, ihnen also auch nicht entzogen worden*“ Mot. str. 1415, ob. J a e g e r uw. 32. Pr. rzymskie uważało za czynność także zaniechanie: Paulus (L. 4. D. 42. 8) *in fraudem facere videri etiam eum, qui non facit quod debet facere*; natomiast L. 6 cit.: *cum possit aliquit quaerere, non id agit, ut adquirat, ad Edictum non pertinet*..

Wzruszeniu ulegają też akty procesowe a więc n. p. uznanie prawa przeciwnika w procesie, zrzeczenie się środka dowodowego, zaniechanie odwołania się i t. p.

Nie wyłącza wzruszenia okoliczność, że dla czynności uzyskany został wykonalny wyrok, wykonalna ugoda lub inny tytuł egzekucyjny, albo, że owa czynność nastąpiła skutkiem egzekucyi na zabezpieczenie lub zaspokojenie (§. 12). Tytuł egzekucyjny, który i tak skuteczny jest tylko między dłużnikiem a wierzycielem, jest wobec wierzycieli *res inter alios gesta* i nie wiąże ich tak samo, jak ich nie wiąże umowa dłużnika z trzecią osobą zawarta. Stąd wynika, że jeśli czynność wyrokiem choćby prawomocnym stwierdzona wzruszoną zostaje, osobnego wzruszenia wyroku lub tytułu egzekucyjnego nie potrzeba.

Ob. Mot. rząd. u Steinbacha str. 77.

III. Do wzruszenia czynności prawnej dłużnika, zdziałanej przed ogłoszeniem konkursu, potrzeba:

a) ażeby czynność ta w swoich skutkach była szkodliwą wierzycielom konkursowym, to jest ażeby wskutek jej podjęcia nastąpił bądź ubytek w stanie czynnym, bądź też podwyższenie stanu biernego majątku dłużnika, a tem samem położenie wierzycieli pod względem zaspokojenia ich wierzytelności z majątku konkursowego pogorszyło się w porównaniu ze stanem, jaki byłby istniał, gdyby czynność ta nie była nastąpiła. Nie może być więc wzruszoną czynność, która wierzycieli konkursowych w ich pretensjach nie dotyka, a zatem nie odnosi się wcale do majątku n. p. zawarcie małżeństwa, separacya, adopcya, albo też odnosi się tylko do majątku konkursem nie objętego (§. 1), (ob. wyżej str. 13 uw.), albo wkońcu, jeżeli odnosi się do przedmiotów majątkowych faktycznie w majątku dłużnika się znajdujących, lecz do niego nie należących n. p. nabycie przez osobę w dobrej wierze będącą ruchomości dłużnikowi powierzonej (§. 367 u. c).

Nie jest koniecznem, ażeby czynność prawna szkodę przyniosła w s z y s t k i m wierzycielom, wystarczy bowiem, aby była szkodliwą tylko pewnej części tychże, chociażby innym była korzystną (n. p., jeśli dłużnik przyjął na siebie obowiązki uzasadniające dla niektórych pretensye konkursowe i tym sposobem umniejszył fundusz zaspokojenia innych, lub nadał jednym z krzywdą drugich zabezpieczenie hipoteką lub prawem zastawu — §. 5. i 6.). Nie jest też w ogólności koniecznem, iżby pretensye wierzycieli opuszczających istniały już w chwili podjęcia czynności wzruszonej.

b) Czynność musi być sama przez się w a ż n ą. Czynność, która jest bezwzględnie nieważną, nie jest czynnością prawną i skutków prawnych, któreby miały być uchylone, odnosić nie może. Wzruszenie takiej czynności byłoby bezprzedmiotowem. Może wprawdzie niekiedy zależeć wierzycielom na stwierdzeniu wyrokiem okoliczności, że czynność jest nieważną. W takim przypadku dopuszczalną jest skarga o ustalenie (§. 51 ust. 2.), jeśli powód interes prawny w tem wykaże (§ 228 proc. sąd.) — nie może tu jednakże mieć miejsca skarga o wzruszenie, gdyż

niema czynności, której skutki uchyliby można. Czynność względnie nieważna skutki prawne odnosi, dopóki uprawniony do podniesienia nieważności jej, z tego prawa użytku nie uczyni, — może więc, jeśli inne zachodzą warunki, ulegać wzruszeniu przez wierzycieli.

Opinia panująca tak w Niemczech (ob. liter. u Jaegera uw. 47 cyt.) jako też i w Austrii (Menzel str. 100, w części także Krasnopolski str. 10 n.) utrzymuje, że także i nieważne czynności powodują skutki prawne, chociaż przez strony niezamierzone, więc i takie czynności, o ile ukrócają wierzycieli mogą ulegać wzruszeniu. To jest niewątpliwe, lecz do takiego „wzruszenia“ nie można stosować przepisów ust. z 16. marca 1884; co innego jest bowiem uznanie ważnego samego przez się interesu wobec wierzycieli za bezskuteczny, a uznanie nieważności interesu, o którym ustawa z r. 1884 wcale nie wspomina. Niektórzy (ob. Jaeger uw. 48) dają zarządcy prawo wyboru, czy ma użyć środka podniesienia nieważności czy też wzruszenia po myśli ustawy konkursowej wedle tego, który łatwiej do celu prowadzić może, a nawet zmiany zasady skargi w ciągu procesu, albo też nawet prawo wystąpienia z jedną z tych skarg po prawomocnem odrzuceniu drugiej bez obawy zarzutu *rei judicatae*.

Podobnie ma się rzecz z czynnością pozorną, szczególnie zaś z aktem symulowanym. — Akt taki powinien być oceniany podług prawdziwej natury swej (§. 915 u. c.), a więc bez względu na to, czy zdziałany został celem pokrycia innego, ukrytego, czy też bez takiego celu, jest jako taki nieważnym, zatem skutków „prawnych“ odnosić nie może. I tak n. p. pozorny akt przeniesienia własności, własności nie przenosi; pozorny dług, chociażby na zabezpieczenie jego prawo zastawu było ustanowione, nie istnieje. I tu więc pozostaje wierzycielom jedynie skarga o ustalenie, że akt, jako pozorny, nie istnieje, jeśli wykażą w tem interes prawny, nie zaś skarga o wzruszenie. Skutkiem takiego ustalenia być musi, że wszelkie następstwa tego aktu, a tem samem i następstwa dla wierzycieli szkodliwe, odpadną n. p. intabulacya osiągnięta na podstawie pozornego aktu przeniesienia własności, — a co najmniej wierzyciele osiągną możność dochodzenia swych

praw bez względu na akt, którego pozorność wykazaną została.

Tak motywa ust. niem. str. 1421: *Eine Simulation macht die Handlung... schon an sich ungiltig; es bedarf nicht einer Anfechtung aus dem Recht der Gläubiger; sie würde streng genommen ohne Gegenstand sein.* Przeciwnego zdania jednakże przeważna część autorów niemieckich, nadto motywa proj. rząd. (*Erläut. Bem.*) do austr. ust. o wzruszeniu (zob. Steinbach str. 26) i o ile mi wiadomo wszyscy autorowie austriacy (Steinbach l. c., Menzel str. 100 n., Krasnopolski str. 10 n.). Mot. austr. starają się (str. 32) pozorne czynności poddać pod ogólne brzmienie §. 1: *Alle Rechtshandlungen...* Oczywiście jest jednakże, że przez czynność prawną nie można rozumieć czynności pozornej, bo taką jest czynność, która skutki prawne odnosi, a pozorna jako nieważna ich odnosić nie może. Praktycznym motywem byłby przytoczony w uwagach rząd., że Najw. Tryb. często wypowiadał zapatrywanie, że prawo żądania uznania aktu jako pozorny, służy tylko stronom udział mającym, a więc nie wierzycielom. (Tak n. p. orz. 1416, 1507 także 7956). Zapatrywanie to nie jest w ustawie uzasadnione. Gdzie to jest napisane? Zapewne, że pierwsza lepsza trzecia osoba nie może skargi takiej wnieść, lecz jeśli wierzyciel ma w tem interes prawny, żadna ustawa mu tego nie wzbrania a §. 228 proc. sąd. wyraźnie mu to prawo nadaje. Zdania w tekście bronionego z niem. aut. Fitting str. 195, Seuffert str. 204.

c) Czynność prawna musiała przez to, że odjęła wierzycielom środek zaspokojenia. przynieść osobie trzeciej korzyść majątkową, t. j. coś takiego, co ma dla niej wartość majątkową, a więc nabycie prawa rzeczowego lub obligacyjnego, uwolnienie od długu, podwyższenie przez wkłady ze strony krydaryusza (arg. §. 17. cyt. ust.). Nie jest koniecznem, ażeby nabycie korzyści przez trzeciego, nastąpiło bezpośrednio z czynności dłużnika; wystarczy, jeśli między czynnością dłużnika a nabyciem osoby trzeciej istnieje pośredni związek prawny, n. p.: dłużnik poleca wypłacić trzeciej osobie i staje się odpowiedzialnym płacącemu. dłużnik płaci wprawdzie nie owej trzeciej osobie wprost, lecz umarza

pretensyę wierzyciela tej trzeciej osoby. Nawet okoliczność, że zmiana majątku nastąpiła za pomocą dwóch aktów jednostronnych — naprzykład *derelictio* z jednej, *occupatio* z drugiej strony, nie przeszkadza wzruszeniu tychże aktów, jeśli obydwie te akty zamiarem stron są połączone.

Menzel str. 66. Inaczej najczęściej obejść by można przepisy ust. o wzruszeniu, dzieląc akt przejścia praw na dwa niezależne akty jednostronne. Innego zdania z niem. aut. Seuffert str. 206. Prawdą jest, że jeśli między aktami pozbycia i nabycia żadnego niema związku, wzruszenie nastąpić by nie mogło.

XX.

B. Rodzaje wzruszenia.

Jeżeli istnieją ogólne warunki, o których mowa była poprzednio (XIX), odróżnić możemy trzy rodzaje wzruszenia czynności prawnych w konkursie, z których każdy zależy od odmiennej zasady prawnej, na której się opiera.

1) Przy pierwszym chodzi o czynności prawne, podjęte przez dłużnika w zamiarze pokrzywdzenia wierzycieli; zasadą skargi jest wówczas nie samo to przestępstwo prywatno-prawne (*delictum privatum*), które w pośród okoliczności może być nawet i publiczno-prawnie karygodnym, choć niem być nie musi, — lecz nadto wiadomość o takimże zamiarze po stronie osoby, która stąd korzyść odniosła. Wzruszenie takiej czynności prawnej nazywają pauliańskiem (*Paulianische Anfechtung*, *Absichts-* albo *Deliktsanfechtung*).

2) Drugi rodzaj wzruszenia odnosi się do czynności prawnych, podjętych w czasie t. zw. materialnego czyli grożącego konkursu, t. j. w pewnym czasie przed ogłoszeniem upadłości, o którym ustawa przypuszcza, że stan niewypłacalności albo niedostateczności majątku już istnieje, jakkolwiek jeszcze formalne ogłoszenie upadłości nie nastąpiło. Ten rodzaj wzruszenia, które tylko

w przypadkach upadłości ma zastosowanie, polega na zasadzie, że w tym stanie rzeczy majątek dłużnika interesem spólnym osobistych jego wierzycieli już jest związany. Wzruszenie na takiej podstawie, które tylko w przypadkach upadłości ma zastosowanie, nazywają *k o n k u r s o w e m* (*Konkursanfechtung*).

3) Wreszcie trzeci rodzaj wzruszenia odnosi się do czynności darmych (darowizn w obszerniejszym słowa znaczeniu) i polega na całkowicie obiektywnej zasadzie, że czynność jest darma. Subiektywne momenta, zamiar stron, a nawet świadomość pokrzywdzenia wierzycieli, nie wchodzi tu w rachubę. Wzruszenie takie nazywają wzruszeniem czynności darnej (*Schenkungsanfechtung*).

Powody wzruszenia w ustawie przewidziane nie łączą się wzajemnie, lecz mogą ze sobą konkurować, n. p. jeśli dłużnik w czasie grożącego konkursu [2] uczynił darowiznę [3] w zamiarze pokrzywdzenia wierzycieli [1]. W tych przypadkach interesowanemu służy wybór, na jakiej zasadzie skargę wytoczyć zechce. Kwestya, o ile je łączyć lub w ciągu procesu zmienić może, jest procesualną. Wszystkim trzem rodzajom wzruszenia spólnem jest, że prawo wzruszenia gaśnie, jeśli skarga nie zostanie wniesioną do sądu w rok po ogłoszeniu konkursu. Termin ten liczy się od dnia następującego po dniu ogłoszenia konkursu (rok = 365 dni, §. 902. u. c.) i jest terminem prekluzyjnym, zaczem nie mają do niego zastosowania przepisy o wstrzymaniu i przerwie przedawnienia, a prawo wzruszenia po upływie roku już nawet drogą excepcyi podniesione być nie może.

Kwestya ta sporną jest w literaturze pr. austr. Jak w tekście Steinbach str. 118 i Krasnopolski str. 110 u. — przeciwie Menzel str. 106 i uw. 10. — chociaż uwaga tegoż ostatniego, iż §. 27. ułożony jest za wzorem §. 34. dawn. ust. konk. niem. (*das Anf.-R. verjährt*) — przemawia właśnie przeciw jego zdaniu, skoro ustawa austr., idąc zresztą za ustawą niemiecką, nie użyła wyrazu *verjährt*, lecz *erlischt*. W nowej ust. konk. niem., w terażniejszym §. 41. (dawn. 34.), użyty jest zwrot, wskazujący na pewno, że nowa ust. uważa termin ten za pre-

kluzjny. O motywach, jakie skłoniły niemieckiego prawodawcę do tej zmiany, ob. Jaeger §. 41. uw. 2.

XXI.

1. Wzruszenie pauliańskie.

I. Wzruszeniu ulegają wszelkie czynności prawne, które dłużnik w ostatnich dziesięciu latach przed ogłoszeniem konkursu przedsięwziął we wiadomym drugiej stronie zamiarze pokrzywdzenia swoich wierzycieli (§. 2).

Materyalnymi warunkami takiej skargi o wzruszenie są więc:

a) zamiar pokrzywdzenia wierzycieli (*animus fraudandi*) u dłużnika,

b) wiadomość o tymże zamiarze (*conscientia fraudis*) u osoby, która z czynności korzyść osiągnęła.

Gdy co do innych przypadków wzruszenia w literaturze tak niemieckiej jak i austryackiej przeważnie istnieje zgoda, że roszczenia te nie opierają się na przestępstwie (*Deliktsonsprüche*), co do wzruszenia pauliańskiego (§. 2, 3. ust. 4., w niem. ust. §. 31.) niektórzy (a najbardziej stanowczo Kohler *Leitf.* str. 124. n.) utrzymują przeciwnie. Wobec tego jednakże, że do pojęcia przestępstwa, chociażby tylko cywilnego, potrzeba naruszenia cudzego prawa w złym zamiarze lub z winy, a wzruszenie pauliańskie po stronie tego, przeciw któremu jest skierowane, nawet spółdziałania nie wymaga i uzasadnione jest, chociażby tenże nawet nie był w możności zapobiedz działaniu dłużnika (n. p. gdyby stan rzeczy polega na jednostronnej czynności dłużnika, zrzeczeniu się lub zaniechaniu tego), gdy dalej wzruszenie to wymaga nabycia chociażby pośredniego po stronie tego, przeciw któremu jest skierowane, czego roszczenie z przestępstwa nie wymaga, — gdy wreszcie przy tem wzruszeniu jest obojętne, czy wierzyciele, w imieniu których wzruszenia żądano, w czasie podjęcia czynności już byli wierzycielami, a nawet czy dłużnik w czasie gdy czynność podjęto wogóle dłużni miał, przychylić się należy zd. m. do tego zapatrywania, że t. zw. wzruszenie pauliańskie nie opiera się na przestępstwie, lecz jest *sui generis obligatio ex lege* (Foerster-Eccius *Preuss. Priv.* X str. 774, Seuffert str. 226, Jaeger

do §. 29. uw. 4, 6, z austr. Menzel §. 3., Krasnopolski §. 5.) zarówno jak wszystkie inne rodzaje wzruszenia. Chociażby więc w konkretnym przypadku stan rzeczy przedstawiał także znamiona przestępstwa, prawo do wzruszenia mimoto nie wywodziłoby się z przestępstwa tak samo, jak skarga właściciela o oddanie rzeczy przeciw posiadaczowi nie stałaby się skargą z przestępstwa (*Deliktsanspruch*), chociażby posiadacz był tę rzecz ukradł lub sprzeniewierzył (Seuffert str. 225).

Do a). Pokrzywdzenie wierzycieli może być ostatecznym zamiarem i wyłącznym celem dłużnika, bez względu na to, czy jemu samemu stąd jaka korzyść wypadnie, czy nie, n. p. gdyby złośliwie w tym celu, aby wierzyciele niczego nie otrzymali, poniszczył lub porozdarowywał rzeczy swe. Taki zamiar jako ostateczny rzadko się tylko zdarzy; do wzruszenia czynności wystarczy jednakże, jeśli ostatecznym celem - jak to zwykle bywa — jest korzyść dłużnika, a pokrzywdzenie wierzycieli jest tylko zamierzone jako środek do tego celu. Pokrzywdzenie takie polega na pozbawieniu ich możliwości, albo chociażby tylko utrudnieniu zaspokojenia się z majątku dłużnika (por. orz. 15293) tak, że w pośród okoliczności nawet sprzedaż za odpowiednią wartości cenę może być wzruszoną, jeśli ta cena później utraconą była dla wierzycieli czy to za udziałem dłużnika lub choćby nawet przypadkowo. Obojętnem jest, czy w czasie czynności były jeszcze inne dostateczne do pokrycia wierzycieli środki. Niekoniecznie też zamierzone być musi pokrzywdzenie wszystkich wierzycieli (por. orz. 12370); wystarczy, jeśli chodzi o pewnego lub pewnych tylko a nawet przyszłych, t. j. w chwili podjęcia czynności jeszcze nie istniejących wierzycieli. Niekoniecznie też musi ono uzasadniać czynności ustawą karną przewidziane. Z ogólnych jednakże zasad (ob. wyżej XIX ust. III a.) wynika, że sam zamiar pokrzywdzenia wierzycieli nie wystarczy, jeśli czynność nie doprowadziła do pokrzywdzenia, że więc między czynnością a pokrzywdzeniem wierzycieli musi istnieć - chociażby tylko pośredni — związek przyczynowy.

Z drugiej strony nie wystarczy po stronie dłużnika świadomość, że czynność jego wierzycieli pokrzywdzić

może. Świadomość taka jest najczęściej skazówką, że pokrzywdzenie było zamierzone (t. zn. że dłużnik podjął czynność *fraudationis causa*); wniosek ze świadomości na istnienie zamiaru jest jednakże pewnym tylko wówczas, jeśli czynność taka w następstwach swoich musiała pociągnąć za sobą pokrzywdzenie; jeśli zaś pokrzywdzenie było tylko prawdopodobnem, nie jest wyłączone dowód, że dłużnik nie miał zamiaru pokrzywdzenia, lecz podjął czynność w nadziei, że ono nie nastąpi.

Tak Menzel str. 147, Kornitzer w Grünh. 15 str. 585, 598 (z powołaniem się na Zitelmann'a *Irrtum und Rechtsgesch.* str. 125), z niem.: Seuffert str. 212, Jaeger do §. 31. uw. 6. Dłużnik mógł się łudzić, że tą czynnością wierzycielom przysporzy funduszu zaspokojenia, a w tym razie o zamiarze pokrzywdzenia mimo świadomości mowy być nie może. Por. także Krasnopolski w Grünh. 15 str. 20.

Nie wystarczy także wiadomość dłużnika o stanie swej niewypłacalności lub niedostateczności majątku, jakkolwiek może być ona ważnem *indicium* w konkretnych przypadkach do przyjęcia zamiaru pokrzywdzenia za udowodnione. Zamiar pokrzywdzenia istnieć musi w chwili jedynie rozstrzygającej t. j. podjęcia (*Vornahme*) czynności.

Krasnopolski *Anf.* str. 33. — Por. Jaeger §. 31. uw. 9.

Do *b*). Po stronie drugiej, t. j. tej osoby trzeciej, która korzyść z czynności dłużnika odnosi, nie potrzeba wogóle złego zamiaru ani też zamiaru pokrzywdzenia wierzycieli, lecz tylko tego, ażeby osoba ta, w chwili, gdy nabycie odnośnego prawa nastąpiło, o zamiarze takim dłużnika miała wiadomość. Wiadomość późniejsza po dokonaniem nabyciu nie wystarczy do wzruszenia.

Krasnopolski Grünh. str. 21, Menzel str. 152: Jeśli czynność prawna a nabycie czasowo są rozdzielone, wiadomość w tym ostatnim momencie już nie szkodzi. Trudnem jest oznaczenie momentu wiadomości, jeśli czynność

polega na zaniechaniu (§. 13.). K r a s n o p o l s k i Grünh. str. 23. oznacza jako wówczas rozstrzygający: moment ukończenia czasokresu, jeśli zmiana stanu rzeczy następuje już z upływem pewnego czasokresu; jeśli zaś zmiana stanu rzeczy obok upływu czasu wymaga pewnej jeszcze czynności lub zachowania się drugiej strony, to moment ten ostatni rozstrzyga.

Jakie intencje zresztą miała osoba trzecia, czy mianowicie sama chciała się wzbogacić, czy ratować dłużnika, czy też choćby nawet przestrzegać interesu wierzycieli, jest obojętnem równie jak i to, czy wówczas wiedziała lub nie wiedziała o niewypłacalności dłużnika. Obojętnem jest nawet, czy okoliczności były tego rodzaju, iżby osoba trzecia o zamiarze pokrzywdzenia wierzycieli powinna lub przy należytej staranności musiała była wiedzieć. To ostatnie może być jednak ważnem ze względu na dówód świadomości.

Ograniczenie czasowe do lat 10 od ogłoszenia upadłości wstecz licząc, usprawiedliwia się tem, że czynności sięgające poza dziesięciolecie zwyczajnie z późniejszym onkursem już w żadnym związku nie zostają.

W konkursie niemieckim czasowego ograniczenia niema; mają więc zastosowanie zwyczajne terminu przedawnienia (§. 41. zd. 3. ust. konk. niem., §. 188, 187 niem. kod. cyw.).

II. W poprzednim przypadku wzruszenia pauliańskiego (I), wynoszący skargę winien podług zasad procesowych udowodnić tak istnienie zamiaru pokrzywdzenia po stronie dłużnika jako też i wiadomość o tymże zamiarze po stronie osoby trzeciej.

Wyjątkowo ustawa odstępuje od tych zasad procesowych w przypadku, jeśli chodzi o odpłatne umowy, zawarte przez dłużnika w ostatnim roku przed ogłoszeniem konkursu z niektórymi, bliższymi mu osobami, mianowicie z mężem lub żoną krydaryusza (przed czy po wejściu w związek małżeński) lub też z bliskimi krewnymi jego lub drugiego małżonka, jeżeli umowa taka

przedstawia się jako krzywdząca wierzycieli. W takich bowiem przypadkach wynoszący skargę nie potrzebuje dowodzić zamiaru pokrzywdzenia po stronie dłużnika, ani też okoliczności, że osoba trzecia o takim zamiarze miała wiadomość,— lecz udowodnić musi tylko, że przez zawarcie umowy wierzyciele zostali pokrzywdzeni, zaś rzeczą tejże trzeciej osoby jest udowodnić zarzut prawo uchylający, że o zamiarze takim wiadomości nie miała (§. 3. l. 4.). Materiałne warunki tej skargi są te same jak poprzednio (wyżej pod I a. i b.), a tylko dowód jest ułatwiony wnoszącemu skargę, ponieważ ustawa, opierając się na doświadczeniu, z góry przypuszcza, że interes między osobami bliskimi sobie z tytułu małżeństwa, pokrewieństwa lub powinowactwa, jeśli mieści w sobie pokrzywdzenie wierzycieli, a osoba bliska interesowana nie potrafi udowodnić, że o zamiarze pokrzywdzenia nie miała wiadomości, z takim zamiarem był zawarty.

„Podejrzaniem osobami“ (*personae suspectae*) są: oprócz małżonka te osoby, które z nim, albo z drugim małżonkiem w prostej linii lub w drugim stopniu linii pobocznej są, chociażby nieślubnie, spokrewnione albo też powinowaczone (§. 3. u. 4.).

Nieślubnego powinowactwa ustawa nie zna. Że dziecko nieślubne w stosunku do matki niewątpliwie na równi stawić tu należy z dzieckiem ślubnym, nie powinno być wątpliwości ze względu, że pokrewieństwo nie tylko jest tu naturalnem, lecz i prawnem. Wątpliwem byłoby, czy tak samo się rzecz ma ze stosunkiem dziecka nieślubnego do ojca i krewnych matki. Zdaje się, że ustawa, nie ograniczając tu pokrewieństwa do ślubnego, użyła wyrazu tego w znaczeniu §. 65. u. c., które obejmuje tak ślubne jak i nieślubne pokrewieństwo. Natomiast dzieci adoptowane nie mogą być zaliczone do t. zw. *personae suspectae*, §. 183. u. c., bowiem zrównywa je ze ślubnymi tylko pod względem stosunku z rodzicami adopcyjnymi — i dodaje, że adopcyja nie wpływa na stosunek do innych krewnych, tem mniej więc wpływać może na prawa osób obcych, t. j. wierzycieli. Por Steinbach str. 41. Charakterystycznem jest, że żona jest *pers. suspecta* chociażby była separowaną; kobieta zaś, z którą ktoś żyje „na

wiarę“, do rzędu osób podejrzanych nie należy. O osobach spowinowaconych ob. Menzel str. 161 i Beisser *Bem. zum oest. Anf. Ges. w Zentralbl.* III str. 4.

Przez „umowę odpłatną“ rozumieć należy nie tylko umowę (wzajemną), lecz każdą, choćby jednostronną czynność prawną, jeśli podjętą została w porozumieniu z osobą trzecią i za wynagrodzeniem (n. p. zezwolenie na wpis hipoteczny, porzucenie rzeczy w tym celu, aby ją osoba trzecia zawłaszczyła, wystawienie dokumentu wykonalnego na dług dotąd nie udokumentowany i t. p.). Do takich czynności odpłatnych należy także dopełnienie prawdziwego zobowiązania, ponieważ dłużnik w zamian za świadczenie zwolniony zostaje od długu, i przyjęcie zapłaty długu prawdziwego, ponieważ wierzyciel w zamian za to traci wierzytelność, — dalej *datio in solutum* (§. 1414 u. c.), rozwiązanie spółności i t. p.

Inaczej Steinbach str. 40. Jeżeli tego rodzaju czynności następują bez odpłaty, ma do nich zastosowanie §. 3. l. 1. (wzruszenie z tytułu czynności darmej).

III. Wzruszeniu pauliańskiemu w pośród warunków tegoż ulegają także zaniechania, wymienione wyczerpująco w ustawie (§. 13), w szczególności:

1) Zaniechanie przyjęcia dziedzictwa, do którego dłużnik powołany został, albo też nieprzyjęcie zapisanego mu legatu;

Ustawa wychodzi co do dziedzictwa ze słusznego założenia, że powołanie do dziedzictwa samo przez się tworzy prawo przyjęcia lub nieprzyjęcia tegoż, które przechodzi drogą transmisji (§. 537 u. c.) na dziedziców powołanego, a nawet może być przedmiotem pozbycia (§. 1278 u. c., ob. moje *Pr. Pryw.* VI z 509 i 572). Temu ostatniemu przeczą Unger *Erbr.* §. 49, Pfaff i Hofm. II str. 18, także Menzel str. 84. — ob. jednak *Pr. Pryw.* §. 572. uw. 2.), chociaż pozbycie nie uchybia prawom wierzycieli — §. 1282. u. c.). Pewnem jest wszelako, że zaniechanie przyjęcia dziedzictwa wobec tego, że do przyjęcia żaden termin nie jest oznaczony, nie powo-

duje utraty prawa dziedziczenia, lecz zmusza powołanego do skargi o dziedzictwo przeciw temu, kto je tymczasem objął (§. 823. u. c. — ob. *Pr. Pryw.* VI §. 579), a więc tylko pośrednio majątek umniejsza. Utrata mogłaby nastąpić przez zrzeczenie się (Erbverzicht §. 551. u. c.), którem ktoś pozbawia się możliwości nabycia w przyszłości prawa dziedziczenia po pewnej osobie lub odrzucenie dziedzictwa (ob. *Pr. Pryw.* §. 576.), które to obydwie czynności są dodatnie, nie zaś zaniechania. Co do „przyjęcia“ legatu, to zgoda panuje w nauce, że podług pr. austr. nabycie legatu następuje *ipso jure* bez wyraźnego przyjęcia. Ob. trafią krytykę przepisu §. 13. w Burekharda *Syst.* II str. 446. uw. 10. Austriacki ustawodawca wykroczył tu poza swój wzór niemiecki, lecz uczynił to bardzo niefortunnie.

2) Orzeczenie sędziego cywilnego, zapadłe przeciwko krydaryuszowi, a mianowicie z tego powodu, że tenże albo w zupełności się nie bronił, albo też nie uczynił użytku z przysługującego mu środka zaczepnego lub środka obrony, albo wreszcie uczynił z nich użytek nieodpowiedni.

Por. orz. N. F. I. N. 189. Tu ustawa określa tylko pośrednio to, co podlega wzruszeniu. Formalnie ulega mu orzeczenie sędziego, materialnie — zaniechanie dłużnika, które jest podstawą i przyczyną tego orzeczenia. Rozstrzygającym jest więc moment, w którym zaniechanie nastąpiło, nie zaś chwila wydania lub prawomocności orzeczenia. Tak słusznie Steinbach str. 83. Mylnie Trammer tłumaczy wyraz „*Erkenntniss*“ przez „wyrok“. Niekoniecznie musi to być wyrok, lecz także uchwała zapadła w toku procesu lub egzekucyi. Steinbach l. c.

3) Zaniechanie kroku, którego ustawa wymagała celem utrzymania, zapewnienia lub dochodzenia prawa, a do przedsięwzięcia którego krydaryusz był wzywany edyktem sądowym, z oznaczeniem do tego terminu.

N. p. zaniechanie zgłoszenia prawa przy założen u ksiąg gruntowych (§. 7, ust. z 25. lipca 1871 L. 96. dz. u. p.) albo wierzytelności konkursowej do konkursu (obcego, zaniechanie zgłoszeń po myśli §. 170. l. 5., 171

i innych ord. egz., natomiast nie: zaniechanie sprzeciwienia się wydzieleniu części ciała hip. z pominięciem ciężaru (ust. z 6. lutego 1896 l. 18. dz. u.), gdyż tu niema edyktu. Dlaczego tylko wezwanie edyktem ma być rozstrzygającym, nie można się domysleć!

Skarga w tych przypadkach ma ten skutek, że to, co druga strona zyskała na zaniechaniu, uważa się wobec wierzycieli tak, jak gdyby dłużnik tego nie był utracił. O tem poniżej.

Wszystkim tym przypadkom wspólne jest to, że stanem faktycznym, uzasadniającym wzruszenie jest nieczynność dłużnika. Nie każda jednak nieczynność wystarczy, lecz tylko świadoma i celowa, a więc polegająca na szczególnem postanowieniu. Jeśli n. p. dłużnik zaniecha zapłaty, chociaż jest zagrożony egzekucją, ponieważ nie ma na to funduszów, to jeszcze nie można powiedzieć, iżby egzekucya polegała na zaniechaniu czynności przez dłużnika, polega ona owszem na czynności wierzyciela; na zaniechaniu dłużnika polega utrata praw tylko tam, gdzie to zaniechanie jest wynikiem wolnego postanowienia w pewnym celu powziętego. Otóż wzruszeniu pauliańskiemu ulega zaniechanie tylko wówczas, jeśli nastąpiło w powziętym przez dłużnika zamiarze pokrzywdzenia wierzycieli (ob. o tem pojęciu wyżej do I. a.), a osoba, której to zaniechanie w swych skutkach przyniosło korzyść, o tym zamiarze miała wiadomość (ob. wyżej pod I. do b.).

Nie każde zaniechanie, chociażby w pośród takich okoliczności nastąpiło, ulega wzruszeniu, lecz tylko te, które powyżej (pod 1—3) wyczerpująco (taksatywnie) są wymienione (ob. rozd. XIX., wyżej uw. pod II. str. 126).

Wobec tego n. p. zaniechanie protestu i idąca za tem utrata praw regresowych, dopuszczenie do przedawnienia pretensyi, nie są zaniechaniami, któreby ulegały wzruszeniu. Menzel str. 72 uw. 16. Podobnie n. p. zaniechanie spełnienia warunku potestatywnego. Wątpliwem być może zaniechanie dochodzenia legitymy. Zd. m. podchodzi ono pod przepis §. 13. l. 1. Jakkolwiek bowiem przepis ten jest wyjątkowym, wyrazy *Antretung der Erbschaft* należy tu tłumaczyć w znaczeniu rozciąglejszem,

obejmującym także dochodzenie legitymy. Por. moje *Pr. Pryw.* I §. 23. przy uw. 7. i tę uwagę.

XXII.

2. Wzruszenie konkursowe.

I. Jakkolwiek każdemu wierzycielowi służy prawo dążyć do zaspokojenia lub zabezpieczenia swej wierzytelności wszelkimi, ustawami dozwolonemi drogami, bez względu na innych wierzycieli, to jednakże dążenie takie przestaje być godziwem wówczas, jeśli wierzyciel nabędzie wiadomość o tem, że dłużnik nie jest w możności zaspokojenia wszystkich swoich wierzycieli w całości, a więc znajduje się w stanie t. zw. materyalnego konkursu czyli niewypłacalności. Uzyskana przez jednego całkowita zapłata lub zabezpieczenie w tym stanie rzeczy naruszają w przypadku konkursu zasadę równomiernego zaspokojenia wierzycieli. Gdyby mimo objawów niewypłacalności do konkursu nie doszło, nie byłoby powodu wzruszać czynności zaspokojenia lub zabezpieczenia chociażby w tym czasie dokonanej; wówczas bowiem okazałoby się, że uzyskane zaspokojenie lub zabezpieczenie było nieszkodliwe innym. Jeśli jednakże do konkursu dojdzie, ustawa daje w pośród pewnych okoliczności możność przywrócenia zachwianej między wierzycielami równowagi (*par conditio creditorum*) przez wzruszenie czynności szkodliwej (t. zw. wzruszenie konkursowe).

Na tej podstawie wzruszone być mogą po ogłoszeniu konkursu czynności, podjęte poprzednio w stanie t. zw. materyalnego konkursu, t. j. w pośród takich okoliczności, które ustawa uznaje za oznakę stanu niewypłacalności (lub niedostateczności majątku) dłużnika, jeśli nabywca o istnieniu tegoż stanu, a przynajmniej o istnieniu tych oznak miał wiadomość.

W szczególności ulegają wzruszeniu wśród takich okoliczności:

1) nowe, wierzycielom szkodliwe akty prawne, zawierane przez dłużnika z osobami trzecimi (§. 9.);

*

2) czynności prawne, na mocy których wierzyciel dłużnika upadłego uzyskał pokrycie, t. j. zabezpieczenie albo zapłatę swej wierzytelności, a to:

a) pokrycie, którego albo wcale nie miał prawa żądać, albo nie w tym sposobie lub też nie w tym czasie (§. 5.);

b) pokrycie, chociażby nawet zupełnie odpowiadające zobowiązaniu pod względem rodzaju, sposobu i czasu (§. 6).

II. Wzruszenie nowych aktów prawnych po myśli §. 9. (1.) nastąpić może:

a) jeśli działywane zostały przez dłużnika po zaprzestaniu wypłat, albo też po wniesieniu żądania ogłoszenia konkursu, a zawarcie to wierzycielom jest szkodliwe;

b) jeśli druga strona (osoba trzecia) w czasie zawarcia aktu prawnego o zaprzestaniu wypłat lub o żądaniu ogłoszenia konkursu miała wiadomość.

Mowa tu o aktach prawnych dwustronnych ponieważ ustawa mówi o działaniu ich przez dłużnika i drugą stronę.

Krasnopolski str. 64. n. Nie należą tu więc jednostronne czynności prawne dłużnika, n. p. sądowe uznanie lub przyznanie. Natomiast takim dwustronnym aktem prawnym jest zatwierdzenie interesu bez upoważnienia podjętego. Inne przykłady: kupno za cenę nadmierną, sprzedaż niżej wartości, udzielenie pożyczki albo zaciągnięcie jej pod uciążliwymi warunkami, danie zastawu lub poręki dla długu obcego, zapłata takiego długu obcego, zaciągnięcie zobowiązania wekslowego, nowacya, cesya, umowa o kompensacyę, wogóle wszelkie odpłatne czy daremne umowy, jeśli wierzyciele niemi zostaną poszkodowani. A poszkodowani być mogą nawet, chociażby aktywa majątku dłużnika nie uległy zmniejszeniu, albo chociażby dłużnik sam nie był pokrzywdzony, a więc n. p. otrzymał zupełnie odpowiadający wartości świadczenia swego ekwiwalent, gdyż nie chodzi o poszkodowanie dłużnika, lecz wierzycieli jego. Nie tylko kupno albo sprzedaż po nieodpowiednich cenach wyrządza wierzycielom szkodę, lecz nawet i kupno albo sprzedaż po cenach odpowiednich, jeśli kupiono n. p. przedmioty trudno pozbywalne, lub przedano przedmioty, których zatrzymanie wskazane było; sprzedaż na kredyt, jeśli płatność ceny złyłt daleko była wysunięta i t. d. Por. Krasnopolski str. 65. Wzrusze-

niu nie przeszkadza nawet okoliczność, że interes przez sąd opiekuńczy został zatwierdzony (orz. 13439).

Gdy ustawa o czynnościach, mających na celu pokrycie t. j. zabezpieczenie lub zapłatę, mówi osobno (w §. 5. i 6., wyżej I. 2. a. i b.), czynności takie, chociażby były aktami prawnymi, z postanowienia §. 9. muszą być wyłączone, co zresztą ustawa sama wskazuje, mówiąc w §. 9. o aktach prawnych: „o ile nie są objęte postanowieniami §. 2—7“.

Pokrzywdzenie wierzycieli (gdyż o tych, nie o dłużnika chodzi) nastąpić musi już przez zawarcie, nie zaś dopiero przez dopełnienie aktu prawnego (*verba legis: durch deren Eingehung*). Gdyby więc umówione na rzecz dłużnika świadczenie także i ze stanowiska wierzycieli było odpowiedniej wartości, nie byłoby pokrzywdzenia podług §. 9. przez samo zawarcie, chociażby po dopełnieniu przez osobę trzecią dla wierzycieli było stracone.

W tym przypadku wzruszenia ciężar dowodu wszelkich warunków jego ponosi wnoszący skargę. Udowodnione być musi w szczególności, że wierzyciel o okolicznościach pod b. wymienionych wiedział, nie wystarczy więc dowód, iż o nich wiedzieć był powinien, lub nawet, iż przy należytej staranności wiedzieć musiał.

III. Czynności prawne, na mocy których wierzyciel uzyskał pokrycie (*Deckungsgeschäfte* — wyżej I. 2. a. i b.) odmiennie są traktowane w miarę tego, czy pokrycie, które otrzymał, należało mu się tak, jak je otrzymał także i pod względem sposobu i czasu (pokrycie odpowiednie — *kongruente Deckung* §. 6, ob. wyżej I. 2. b.), czyli też otrzymał pokrycie, do którego albo wcale nie miał prawa, albo nie w tym sposobie lub nie tym czasie (pokrycie nieodpowiednie — *inkongruente Deckung* §. 5. — ob. wyżej I. 2. a.).

Nie ma prawa do zaspokojenia wierzyciel konkursowy, jeśli wierzytelność jest zależną od warunku (Menzel str. 158, uważa pokrycie takiej wierzytelności za darowizną [?]), lub może być ubezwładnioną zarzutem błędu, przymusu i t. p. (jest względnie nieważną). Gdyby była

nieważną bezwzględnie, nie byłoby „wierzytelności“ (ob. wyżej rozdz. XIX). „Nie w tym sposobie“ ma prawo do zaspokojenia n. p. w przypadku t. z. *datio in solutum* por. orz. 16045) lub ugody, albo cofnięcia interesu (Menzel str. 192. uw. 18). Natomiast spłata weksłami długu ważnego i płatnego czekiem lub innymi papierami handlowymi, nie mogłaby być poczytana za nieodpowiednie pokrycie. Nie byłoby tu mowy o nieodpowiednim pokryciu, gdyby dłużnik z góry już miał prawo uwolnienia się od właściwego świadczenia przez spełnienie innego (*facultas alternativa*, kara za zawód — §. 909. u. c.) „Nie w tym czasie“ ma prawo wierzyciel, jeśli jego wierzytelność nie jest płatną (jest zależną od czasokresu). W takim razie ulega wzruszeniu nie tylko pod względem *interusurium*, lecz w całości (Jaeger l. c., Steinbach str. 30. przeciwie Menzel str. 158.). Niepłatne pokrycie nie staje się wolnem od wzruszenia przez potrącenie t. zw. *interusurium*. Zabezpieczenie nie ulega wzruszeniu, jeśli wierzyciel przed terminem czternastu dni od zaprzestania wypłat lub żądania ogłoszenia konkursu już miał materialne prawo do zabezpieczenia czy to na podstawie umowy, rozporządzenia sądu lub ustawy, n. p. podług art. 26. u. weksl. lub §. 1101 u. c. — Istnienie materialno-prawne prawa zaspokojenia nie mieści w sobie jeszcze prawa zabezpieczenia. Zabezpieczenie nie jest *minus* lecz *aliud*. Tak n. p. prawo żądania zwrotu (§. 1229 u. c.) a prawo zabezpieczenia posagu (§. 1245 u. c.). Wykonalny tytuł egzekucyjny nie jest materialno-prawnym tytułem, nie nadaje wierzycielowi materialnego prawa, lecz procesową możność zabezpieczenia. Por. co do tych wszystkich przypadków w pr. niem. Jaeger §. 30. uw. 43—49. Co do tytułu egzekucyjnego dla pr. austr. por. orz. Gl. U. 12405 (z r. 1888); odmiennego zdania Krasnopolski *Anf.* str. 59 i Grünh. 15. str. 47. n., tudzież orz. tamże cyt. *Ger. Ztg.* N. 40. z 1885).

Pokryciem jest w ogólności albo zabezpieczenie jakiejś wierzytelności przez nadanie wierzycielowi prawa zastawu lub hipoteki, prawa retencji, depozycję dla zabezpieczenia i t. p., albo też zaspokojenie przez zapłatę lub depozycję celem zapłaty.

Pokrycie nie odpowiadające zobowiązaniu (§. 5.) może być wzruszone :

a) jeśli czynność prawna, takie pokrycie nadająca, nastąpiła w czasie po zaprzestaniu wypłat przez dłużnika, którego firma do rejestru handl. jest wpisana, albo po wniesieniu żądania ogłoszenia upadłości, albo wreszcie na dwa tygodnie przed jednym z tych momentów, tudzież

b) jeśli wierzyciel, który takie pokrycie uzyskał, nie udowodni, że w czasie gdy je uzyskał nie miał wiadomości o tem, iżby dłużnik miał zamiar wyróżnić go przed resztą wierzycieli (*animus gratificandi*). Taki dowód jest jednakże niedopuszczalnym, jeśli udowodnione będzie, że wierzyciel w czasie podjęcia tej czynności prawnej wiedział o zaprzestaniu wypłat lub wniesieniu żądania otwarcia konkursu.

Co do treści t. zw. zamiaru wyróżnienia (*Be-günstigungsabsicht*), to niektórzy uważają taki zamiar za specjalny przypadek zamiaru pokrzywdzenia wierzycieli z §. 2. Tak mót. rząd. (Kaserer *Material.* str. 138); inni przeciwnie uważają, że te dwa „zamiary“ wykluczają się wzajemnie. O tem ob. Menzel str. 156. n., 197 n. 205, Krasnopolski str. 52. n., tenże w Grünh. 15 str. 46. n. Rozwiązanie kwestyi, czy dopełnienie niezaskarżalnego (naturalnego) zobowiązania mieści w sobie zawsze zamiar wyróżnienia wierzyciela przed innymi, którzy mają pretensye zaskarżalne (jak twierdzą Menzel str. 198, Steinbach str. 52), zależy od tego, jak sobie tłumaczyć mamy wyrazy *zu beanspruchen hatte*, mianowicie czy odniesiemy wyrazy te do istnienia pretensyi, choćby jako niezaskarżalnej, czyli do zaskarżalności jej. Wychodząc z założenia, że obligacye naturalne nie mogą być skutecznie zgłoszone do konkursu (tak większość autorów niem., z austr. Steinbach str. 52, Menzel str. 198), powszechnie uważają pokrycie takich pretensyi jako podpadające pod §. 5. (pokr. nieodpowiednie), co zd. m. nie jest słuszne, gdyż skuteczność lub nieskuteczność zgłoszenia ich zależy od tego, czy w konkursie uznane będą dobrowolnie czy nie. (Por. wyżej rozdz. XI. I.)

2) Pokrycie odpowiadające (§. 6.) zobowiązaniu może być wzruszone:

a) jeśli czynność prawna, takie pokrycie dająca, nastąpiła po zaprzestaniu wypłat lub po wniesieniu żądania

ogłoszenia konkursu (a nie wcześniej — por. tu wyżej pod 1. a.);

b) jeżeli wierzycielowi udowodnione zostanie, że w czasie, gdy ją podjęto, miał wiadomość o zaprzestaniu wypłat lub o żądaniu ogłoszenia konkursu.

Nadto czynność taka (pokrycie odpowiednie) nie może być wzruszoną, jeśli zaspokojenie odnosi się do takiej wierzytelności, która już zabezpieczoną jest tak, że wierzyciel nawet w konkursie miałby prawo żądać zaspokojenia z pierwszeństwem przed innymi wierzycielami (§. 6.).

Nie można wprawdzie wymagać od wierzyciela, ażeby swej wierzytelności nie dochodził, nie zabezpieczył lub też przyjęcia zapłaty odmówił tylko z tego powodu, że dłużnik jego w konkurs popaść może. Uzyskując jednak zabezpieczenie wpośród okoliczności znamionujących stan niewypłacalności, musi być przygotowany na to, że jeśli konkurs będzie otwarty, osiągnięte przed innymi korzyści będą mogły być wzruszone. W porównaniu z innymi krzywda mu się nie stanie, gdyż jako wierzyciel konkursowy na równi z innymi będzie brał udział nawet w korzyściach przez siebie restytuowanych. Por. J a e g e r §. 30. uw. 38.

W obydwóch przypadkach pokrycia (1. i 2.) mowa jest o czynności prawnej (nie tylko o akcie prawnym jak §. 9.), jednakże w przeciwstawieniu do wzruszenia pauliańskiego (§. 2.) ustawa nie wymaga, iżby to była czynność prawna dłużnika, a nawet iżby przez niego była spowodowaną, lub na jego żądanie albo za jego udziałem podjętą. Nawet czynność wbrew woli dłużnika podjęta podchodzi pod przepis §. 5. i 6. a więc n. p. zabezpieczenie lub ściągnięcie pretensyi drogą egzekucyi. Również nie uchyla możności wzruszenia okoliczność, że zabezpieczenie nastąpiło z polecenia danego dłużnikowi po myśli §. 63. u. k. (§. 7. u.).

W obydwóch przypadkach (1. i 2.) „stroną drugą“ jest „wierzyciel“, t. j. osoba, która już w chwili uzyskania pokrycia nim była, -- czem się obydwie te przypadki (§. 5. i 6.) różnią od przypadku §. 9., w którym chodzi o akt

prawnym, zawarty przez dłużnika z osobą, nie będącą wówczas jeszcze wierzycielem z tegoż aktu prawnego, zatem o zawiązaniu nowego stosunku prawnego.

W obydwóch przypadkach też (§. 5., 6.) jak niemniej w przypadku §. 9. czasowe ograniczenie wzruszalności stosuje się do zaprzestania wypłat lub żądania ogłoszenia konkursu. W przypadku nieodpowiedniego pokrycia (§. 5.) rozszerzony jest czas ten o 2 tygodnie wstecz od powyższych dwóch faktów licząc.

Natomiast różnią się te dwa przypadki (§. 5. i 6.) tem, że w pierwszym (§. 5.) czynność nie może być wzruszana, jeśli nastąpiła wcześniej aniżeli rok przed ogłoszeniem konkursu, a nadto wymagana jest w osobie wierzyciela wiedza o zamiarze dłużnika wyróżnienia go przed innymi, za którą to wiedzą przemawia domniemanie prawne, zaczem wierzyciel, chcąc się uwolnić od wzruszenia czynności pokrycia, musi udowodnić brak tejże wiedzy — gdy w przypadku drugim (§. 6.) a tak samo w przypadku §. 9. ograniczenia czasowego niema, a wymagana jest wiedza o zaprzestaniu wypłat lub żądaniu ogłoszenia konkursu, którą udowodnić musi wynoszący skargę. Domniemanie §. 5. uzasadnia się tem, że jeśli wierzyciel na krótki czas przed niewypłacalnością dłużnika, albo po wybuchu tejże uzyska pokrycie, którego prawnie żądać albo wcale nie albo jeszcze nie mógł, istnieje silne podejrzenie, że o zachwianiu się dłużnika swego miał wiadomość, albo że dłużnik chciał go przed innymi wyróżnić. — Przeciwnie w przypadku §. 6., kto otrzymuje zabezpieczenie lub zapłatę prawnie mu się należące, na takie podejrzenie narażony być nie powinien.

Ustawa w żadnym z tych przypadków (§. 5. 6. 9.) nie wymaga, iżby wierzyciel lub dłużnik innych wierzycieli miał zamiar pokrzywdzić. Nawet i zamiar wyróżnienia przed innymi (*Begünstigungsabsicht*) może wprawdzie, lecz nie musi być złączony z zamiarem pokrzywdzenia innych, n. p. jeśli dłużnik sądzi, że środki jego pozwolą na zaspokojenie wszystkich innych wierzycieli w czasie płatności każdej pretensyi, a jednego wyróżnia t. j. zaspokaja

przed płatnością. Także i wiedza po stronie wierzyciela o zamiarze dłużnika wyróżnienia go nie mieści w sobie koniecznie wiadomości o niewypłacalności dłużnika. Dowód braku zamiaru pokrzywdzenia u dłużnika lub u wierzyciela nie uwalnia więc od wzruszenia pokrycia.

Menzel str. 154. broni zdania, że zapłata albo zabezpieczenie prawdziwego długu nigdy nie mogą być wzruszane na podstawie §. 2., lecz tylko na podstawie §. 6. — a więc tylko jeśli nastąpią po zastanowieniu wypłat lub wniesieniu żądania o ogłoszenie konkursu czyli w stanie materialnego konkursu, gdyż przedtem dłużnik nie jest obowiązany do przestrzegania t. zw. *par conditio creditorum*, zatem zamiar pokrzywdzenia wówczas jest niemożliwy. Zdanie to uważam za mylne. Zamiar taki, jeśli n. p. dłużnik inne wierzytelności w tym celu opuguje, aby zapobiedz ich zapłacie lub zabezpieczeniu, jest możebny chociażby nie w stanie materialnego konkursu. §. 6. więc zastosowania §. 2. nie wyklucza, jeśli warunki tegoż ostatniego zachodzą.

Wyjątkowo nie można żądać na podstawie §. 6 od odbiorcy zwrotu zapłaty długu wekslowego dokonanej przez krydaryusza, jeśli podług prawa wekslowego odbiorca był obowiązany do przyjęcia zapłaty pod rygorem utraty regresu wekslowego do innych wekslowo zobowiązanych (§. 8.). Motywum legislacyjne tego przepisu polega na tem, że wierzyciel wekslowy, który byłby zmuszony do zwrotu otrzymanej sumy, nie mając warunków regresu, byłby po otrzymaniu zapłaty w gorszym położeniu, aniżeli bez niej, gdyż w razie niezapłacenia, podnosząc protest, byłby miał regres do poprzedników wekslowych, którego po otrzymanej zapłacie nie ma. Przepis ten wyjątkowo nie dopuszcza zastosowania do innych podobnych przypadków, a więc n. p. do zapłaty przedwczesnej (§. 5.), do *datio in solutum*, a zresztą choćby i do zapłaty gotówkowej, jeśli nie grozi utrata regresu, n. p. jeśli poprzedników wekslowych wcale niema, albo jeśli zapłata skuteczną została przez zobowiązanego do regresu po myśli art. 48. ust. weksl. lub po proteście.

Zwrócić tu należy uwagę na to, że chodzi o zapłatę weksła przed ogłoszeniem konkursu formalnego nie zaś o zaciągnięcie zobowiązania wekslowego. Zapłata przedwczesna albo *datio in solutum* podchodzi pod §. 5. Przepisów §. 8 nie można drogą analogii rozciągać do innych papierów handlowych, chociażby drogą indosu przenośnych. Ob. do tego Menzel str. 221. n., który jednak zd. m. idzie za daleko, uważając zapłatę po myśli §. 8. za niewzruszalną wogóle, chociażby nastąpić miała w wiadomym drugiej stronie (§. 2.) zamiarze pokrzywdzenia wierzycieli.

IV. Do czynności ulegających wzruszeniu konkursowemu zalicza ustawa także zawierane przez dłużnika w ostatnich sześciu miesiącach przed ogłoszeniem konkursu interesa kupna, zamiany lub dostaw, jeśli okoliczności, wpośród których zawarte zostały, były tego rodzaju, że nabywający poczytywać je musiał jako szkodliwe dla wierzycieli zbywanie się przedmiotów majątkowych za bezcen (*Vermögensverschleuderung* §. 4.)

Nie każde pozbywanie przedmiotów po niskich cenach, a nawet niżej wartości, podchodzi pod pojęcie zbywania się ich za bezcen, lecz tylko takie, które znamionuje co najmniej lekkomyślność i nierozwagę po stronie pozbywającego. Jeżeli n. p. kupiec, oceniając należycie koniunktury handlowe, wysprzedaje skład towarów, które się zależały albo z mody wyszły, choćby niżej ceny, za jaką je nabył, — jeżeli kto pozbywa sprzęty, maszyny lub książki, które mu się stały niepotrzebne, choćby niżej ich wartości, jeżeli kto wogóle przy tego rodzaju pozbyciach postępuje sobie z rozwagą, oceniając należycie zachodzące stosunki, nie można powiedzieć, iżby majątku się wyzbywał.

Z drugiej strony nie wymaga ustawa, aby dłużnik, podejmując takie interesa, miał zamiar osiągnąć kosztem swych wierzycieli zysk, a więc zamiar pokrzywdzenia wierzycieli. Gdyby tak się rzecz miała, mogłoby w pośród zachodzących innych okoliczności nastąpić wzruszenie po myśli §. 2. Punkt ciężkości przepisu §. 4. tkwi owszem w tem, iżby nabywca z wiadomych mu okoliczności, w pośród których nabycie następuje, musiał powziąć wiadomość, że:

1) interes przedstawia się jako nieusprawiedliwione przedmiotowo zbywanie za bezcen,

2) że jest szkodliwy wierzycielom, to znaczy, iżby towarzyszące nabyciu okoliczności były tego rodzaju, że po starannem ich ocenieniu, innego nie dopuszczaliby wniosku, chociażby w konkretnym przypadku nabywca takiego wniosku nie wysnuł.

Nie wymaga więc ustawa po stronie nabywcy nawet świadomości o powyższych okolicznościach; wzruszenie będzie więc uzasadnione, chociażby nabywca nie miał tej świadomości, ale tylko z tego powodu jej nie miał, iż nie dołożył należytej staranności przy ocenieniu zachodzących stosunków.

Nie wynika stąd, iżby nabywca miał obowiązek informowania się i badania stosunków majątkowych dłużnika, — lecz przygotowany być musi na to, że, gdyby można mu pod tym względem zarzucić brak staranności, interes będzie wzruszony. — Czy zaś warunki tego wzruszenia zachodzą, sędzia oceni; rozwiązując pytania: 1) czy przedmiotowo zaszło pokrzywdzenie wierzycieli, 2) czy ze stanowiska subiektywnego dłużnika przedstawia się interes jako zbywanie majątku za bezcen, 3) czy te okoliczności były spostrzegalne nabywcy.

Przepisu analogicznego ust. konk. niem. nie zna. Zbywanie majątku za bezcen objęte jest tam podobnie jak i w Austrii (§. 486 lit. g ust. karn.) — o ile przypisać można dłużnikowi zamiar oszukańczy — przepisami karnymi (§. 241. n. ust. konk. niem.). W Austrii §. 4. przeszedł z projektu rząd. r. 1875. (§. 5.) do projektu rządowego z r. 1880. W Izbie Posłów podniosła się przeciw temu przepisowi silna opozycja i wykreślono go wówczas głównie z powodu, że pojęcie „*Vermögensverschleuderung*“ jest zbyt nieokreślone. Izba Panów restytuowała ten §., uważając przepis ten jako pożądaný ze względu na częste, wielką szkodę wierzycielom przynoszące praktyki podpadłych lub oszukańczych kupców, którzy starają się wyprzedawać towary swe w tym celu, aby uzyskać możność ukrycia majątku. Do tej uchwały przychyliła się Izba Posłów po wysłuchaniu wywodów zastępcy rządu, który wykazywał, że przy należytem stosowaniu tego przepisu

niema obawy, iżby ucierpiał solidny kupiecki kredyt. Ob. szczegóły w Kaserera *Mat.* str. 137, 208, 214, 219 do 225, Steinbach str. 44, Menzel str. 167. Zd. m. §. ten jest z wielu względów zbędny. O ile bowiem interes tego rodzaju jest oszukańczym, sankcyja karna daleko skuteczniejszą daje obronę wierzycielom; — o ile mieści w sobie znamiona czynności, z zamiarem pokrzywdzenia wierzycieli podjętej, ulega wzruszeniu z §. 2., a wiadomość drugiej strony łatwiej tu aniżeli gdzieindziej da się udowodnić. Jeżeli zaś ustawodawca pragnął praktykoin zbywania towarów zapobiedz, to byłoby to usprawiedliwione w ograniczeniu do czasu materialnego konkursu podobnie jak to czynią §. 5, 6 i 9, gdyż wówczas są one najczęstsze i najszkodliwsze. §. ten jest zresztą wadliwie stylizowany, gdyż n. p. wyraźnie wyłącza interesa z bliskimi krewnymi zawierane (§. 3. l. 4.). Mimo uspokajających oświadczeń komisarza rząd. (ob. wyżej), które zresztą nie są ustawą i nie obowiązują nikogo, pojęcie tej t. zw. *Verschleuderung* pozostało tak niejasnem, jak niem było poprzednio.

XXIII.

3. Wzruszenie czynności darmej.

Pod względem wzruszenia czynności darmych ustawa zachowuje zupełnie obiektywne stanowisko, nie wymagając ani zamiaru pokrzywdzenia wierzycieli po stronie dłużnika, ani wiadomości o takim zamiarze po stronie drugiej, ani też w końcu zamiaru wyróżnienia wierzyciela przed innymi i ze stanowiska przedmiotowego nie wymaga, ażeby czynność w pośród pewnych na upadłość wskazujących okoliczności była podjęta. Wystarczy, jeśli podjęta była w ciągu pewnego czasu (1 roku) przed ogłoszeniem konkursu, chociażby w ciągu tego czasu żadnych nie było skazówek grożącego *status cridae*. Niema nawet potrzeby wykazywania, iż między czynnością a stanem upadłości zachodzi przyczynowy związek a nawet niedopuszczalny jest dowód przeciwny, iż takiego związku niema.

I. I tak: wzruszeniu ulegają bez potrzeby udowodnienia powyższych okoliczności następujące czynności prawne, jeśli przedsięwzięte zostały w ostatnim roku przed ogłoszeniem konkursu. przedewszystkiem:

wszelkie nieodpłatne rozrządzenia (*Verfügungen*) krydaryusza, odnoszące się do jego majątku, o ile do nich ustawą nie był obowiązany i o ile nie chodzi o zwyczajne przygodne podarunki drobnej stosunkowo wartości.

„Przygodne“ — a więc podarki imieninowe, weselne, świąteczne, noworoczne i t. p., napitki służbie dawane, t. zw. kluczowe, t. zw. pniowe przy kontraktach w używaniu będące, nawet prezenta lekarzowi za bezpłatną kurację lub adwokatowi za bezpłatne prowadzenie procesu dawane, składki na cele publiczne. Nie należy do takich przygodnych n. p. wiano. Wyraz „zwyczajne“ oznacza, że powinny być poświęcone zwyczajem w sferze towarzyskiej, do której krydaryusz należy. Podług tego ocenić należy także „stosunkową wysokość“.

Możność wzruszenia rozciąga się i do takich umów (a więc już nie zarządzeń) krydaryusza, które są częścią odpłatne, częścią darne (*negotia mixta cum donatione*, § 935. u. c.), o ile darmemi się okazują (§ 3 l. 1.).

Sama okoliczność, że między świadczeniem a wzajemnem świadczeniem przedmiotowo istnieje znaczna choćby różnica wartości, nie nadaje jeszcze sama przez się odpłatnemu aktowi prawnemu charakteru częściowej darowizny w śc. zu. Do takiej częściowej darowizny w śc. zn. potrzeba, jak i do całkowitej, *animus donandi et accipiendi* pod względem nadwyżki wartości: „jeżeli ze stosunku stron domniemywać się należy, że chciały zawrzeć umowę mieszaną z odpłatnej i darnej“ §. 935 u. c.

Przyczyna, dla której ustawa w tych przypadkach nietylko dowodów wymienionych tu okoliczności nie wymaga, lecz nawet dowodu przeciwnego nie dopuszcza, tkwi w samej naturze tych czynności. Czynności te bowiem są tego rodzaju, iż z konieczności umniejszają fundusz zaspokojenia wierzycieli konkursowych przez to, że powodują ubytek w majątku dłużnika, nie wprowadzając żadnego doń ekwiwalentu. Kolizyę, jaka stąd powstaje między interesem osób, z czynności tych korzyści odnoszących, a wierzycielami, którzy ponoszą z nich szkodę, ustawa rozwiązuje na stronę tychże ostatnich o tyle, że pozostawia w majątku obdarzo-

nego korzyść tylko wówczas, jeśli „majątek dłużnika wytrzymał próbę tym sposobem, że w pewnym czasie od chwili zdziałania czynności — upadek majątku nie nastąpił“.

Kohler *Lehrb.* str. 225. Że w tych przypadkach wzruszenia czynności darmych niema mowy o domniemaniu *fraudis*, nie ulega wątpliwości. Rozstrzygającym jest tu względ słuszności, że ten, kto otrzymał korzyść, nie ofiarując ze swej strony nic, powinien ustąpić wobec tego, kto żąda tylko ekwiwalentu za ubytek w swoim majątku doznany. Ob. Menzel str. 120.

„Nieodpłatne rozrządzenia majątkowe“ są pojęciem obszerniejszem od darowizny w ścisłym słowa znaczeniu (§ 938. 939. u. c.), obejmują bowiem, obok darowizny, przychodzącej do skutku na podstawie umowy, także wszelkie zarządzenia podjęte bez wzajemnego świadczenia, któreby podług zamiaru stron ekwiwalent stanowić miało, a nawet wymienione w § 13. zaniechania, o ile bez odpłaty następują (ob. wyżej w rozd. XXI. pod III.).

O różnicy między darowizną w śc. sł. znaczeniu a (innym) aktem darmym ob. Menzel str. 121. n. O wymogach darowizny w śc. sł. znac. ob. moje *Pr. Pryw.* I §. 102. — Darowizna w śc. zn. słowa jest aktem prawnym dwustronnym (umową), który podług zamiaru stron (z jednej *animus donandi*, z drugiej *animus accipiendi*) powoduje umniejszenie majątku jednej, powiększenie majątku drugiej strony. Tego §. 3. l. 1. nie wymaga. Wedle tego przepisu niekoniecznie musi to być akt prawny, wystarczy czynność prawna, która podjęta została bez względu na skutek prawny, zatem także o *animus donandi* chodzić nie może. Tem mniej zaś wymaga ustawa dwustronnego aktu prawnego czyli umowy (wyjątek stanowią t. zw. *neg. mixta cum donatione*, ob. wyżej), a w tym przypadku i o *animus accipiendi* mowy niema. Przeciwnego zdania pod tym względem Menzel str. 122. — Z darowizny w śc. słowa znaczeniu pozostaje tylko wymóg przedmiotowy: zmniejszenia majątku jednej strony (dłużnika), zwiększenia majątku drugiej strony. W takim przypadku czynność prawna (choć tylko jednostronna), ulega wzruszeniu już podług ogólnych zasad (ob. wyżej rozd. XIX, III a. i c.), jeśli podjęta zo-

stała w czasokresie jednego roku przed ogłoszeniem konkursu, a dłużnik do jej podjęcia nie był ustawą zobowiązany. — Na podstawie §. 3. l. 1. mogą być wzruszone: nieodpłatne pozbycie, odstąpienie, przekazanie praw, opust procentów, ustanowienie praw rzeczowych (n. p. służebności) albo obligacyjnych n. p. w kontr. wygodzenia, dozwolenie wolnego mieszkania, kart wolnej jazdy, a w końcu także utworzenie fundacyi. Pod pojęcie zarządzenia darowego podpada nie tylko wykonane już, lecz i przyrzeczone rozrządzenie, w szczególności także przyrzeczenie darowizny (darowizna *obligando* uczyniona).

Czy zaś czynność jest darumą, należy ocenić zawsze tylko ze stanowiska dłużnika. I tak zapłata cudzego długu o ile następuje bez prawa regresu do właściwego dłużnika, jest aktem darmym w obec tegoż, — chociaż nie jest darumą w obec wierzyciela jego, ten bowiem otrzymuje tylko to, co mu się należy. Interesa losowe, chociażby były uciążliwe wierzycielom, nie są aktami darmymi, więc temu rodzajowi wzruszenia nie ulegają.

Przepisem § 3. l. 1. zniesiony został § 953. u. c.

§. 953. u. c. różnił się od §. 3 l. 1. po 1) tem, że odnosi się tylko do darowizny w ścisłym znaczeniu, po 2) że prawo uchylenia darowizny nie było ograniczone do terminu jednorocznego i po 3) że prawo żądania uchylenia skutków darowizny służyło tylko tym wierzycielom, których pretensye istniały już w okresie darowizny. Por. moje *Pr. Pryw.* I §. 105. uw. 6., dalej Krainz I §. 133 I β., Krasnopolski w *Grtnh.* str. 52 n., Menzel str. 117, motywa rząd. str. 72 i orz. 13526 (I i III inst., przeciw II inst.).

II. Zasady powyższe zastosowane być winny także i do niektórych czynności prawnych, które z natury swej nie są właściwemi czynnościami darmemi, jeśli strona, na korzyść której podjęte zostały, jest mężem lub żoną dłużnika.

W szczególności ulegają wzruszeniu tak samo jak czynności darne, — zatem jeśli zostały przedsięwzięte w ostatnim roku przed ogłoszeniem konkursu:

1. W przypadku konkursu męża: zabezpieczenie posagu, oprawy lub dochodu wdowiego na majątku

tegoż, jak niemniej zwrot posagu lub wypłata oprawy albo dochodu wdowiego, o ile mąż w czasie podjęcia tej czynności prawnej ani z kontraktu przy zawarciu małżeństwa lub objęciu posagu działyanego, — ani też, w przypadku ustania spółności małżeńskiej, z ustawy do tego nie był obowiązany (§ 3. l. 2.).

Że zabezpieczenie posagu, oprawy lub dochodu wdowiego nie jest darowizną w śc. słowa znaczeniu, ponieważ nie wzbogaca drugiej strony i nie zmniejsza majątku zabezpieczającego, a nadto że nie można mówić tu o *animus donandi*, jest oczywistem. Zarówno jednakże jest pewnem, że jest czynnością darmą wówczas, jeśli następuje *nulla causa cogente*, t. j. dobrowolnie, bez poprzednio istniejącego obowiązku. Nasuwa się jednakże tu kwestya, że §. 1245 u. c. nadaje temu, kto posag ustanowił, prawo żądania zabezpieczenia, chociażby ono umówione nie było, w razie, jeśli „z biegiem czasu okaże się niebezpieczeństwo“ (*wenn in der Folge Gefahr eintritt*). W przypadku grożącego konkursu męża, gdzie właśnie takie niebezpieczeństwo istnieje, powstaje tedy kolizya między prawem do zabezpieczenia (§. 1245 u. c.) a możnością wzruszenia tegoż (§. 3. l. 2.). Ob. o tej kwestyi Uranitsch w *Jur. Bl.* z r. 1885 N. 10., o §. 1245. u. c., Geller *Die Sicherstellung des Heiratsgutes* w *Ger. Halle*. 1882. N. 17—23. Zdawałoby się tedy, że §. 1245. u. c. przepisem ust. z 1884. r. zmieniony został. Tak jednak nie jest. Żądanie zabezpieczenia posagu w razie niebezpieczeństwa nie jest czynnością zabronioną, wolno więc go żądać tak samo jak wolno przyjąć darowiznę; — kto je wszakże uzyska, musi być przygotowany na to, że innym wierzycielom ustąpić będzie musiał, jeśli ono nastąpiło w czasie krytycznym. Jestto, jak słusznie mówi Krasnopolski w Grünh. 15. str. 79, *privilegium odiosum*. Mimo to pewna sprzeczność istnieje między §. 1245. u. c. a §. 3. l. 2., gdyż sprzeciwia się niewątpliwie poczuciu prawnemu, ażeby pokrycie, które ktoś ma prawo żądać w razach niebezpieczeństwa, właśnie z powodu tego niebezpieczeństwa wzruszone być mogło. To też niem. ust. konk., która w dawniejszem brzmieniu (§. 25. u. 2.) podobne postanowienie zawierała, już dziś skutkiem noweli z 17. maja 1898 tego przepisu nie zawiera. Rozbierano też kwestyę, czy przez §. 3. l. 2. nie został zmieniony §. 1260 u. c., który w razie konkursu męża daje żonie prawo żądania

zabezpieczenia posagu i t. d. przeciwko wierzycielom. Gdy astawa z r. 1884 odnosi się tylko do czynności dłużnika podjętych przed konkursem, §. 1260. u. c. nie jest nią wcale dotknięty. Ob. Krasnopolski w Grtinh. str. 89. n. — To, co o posagu mówiono, odnosi się też do oprawy i dochodu wdowiego (oprawy we formie renty w §. 1242. u. c. — ob. wyżej rozdz. XVII B. 4. Por. także *Pr. Pryw.* V §. 460. przy uw. 4 i 5.).

Kwestya, czy ustanowienie oprawy lub dochodu wdowiego z majątku męża wzruszeniu ulega, musi być rozstrzygnięta nie podług §. 3. l. 2., lecz §. 3. l. 1. lub §. 3. l. 4. albo też w miarę zachodzących warunków podług §. 2. (Krasnopolski l. c. str. 90.)

Zwrot „przy zawarciu małżeństwa“, gdyby go brano dosłownie, mógłby wnieść wątpliwość, czy kontrakt, aby nie był narażony na wzruszenie, musiał być koniecznie zdziałany r ó w n o c z e ś n i e z zawarciem małżeństwa? Zd. m. musi to być pozostawione rozumnemu ocenieniu sędziego, czy n. p. zawarcie kontraktu takiego w jakiś czas po ślubie ma być poczytane za późniejsze, czy nie. Wszak *uno actu* z zawarciem ślubu (przy ślubie) nigdy zdziałany być nie może. Por. orz. 14025. Gdyby przed zawarciem małżeństwa zdziałany został kontrakt, nie możnaby też mówić, że był zdziałany p r z y zawarciu, a jednak nikt nie wątpi, że zabezpieczenie i t. d. podług §. 3. l. 2. nie mogłoby być wzruszone.

2. W przypadku konkursu żony: zabezpieczenie na majątku teje pretensyi męża pochodzącej z ustanowienia posagu, albo oddanie mężowi ustanowionego z majątku żony posagu, — o ile żona w czasie tej czynności nie była obowiązana kontraktem przy zawarciu małżeństwa zdziałanym (§ 3. l. 3.).

Niezrozumiałe są dla mnie wątpliwości, jakie podnoszono co do różnicy między przypadkami §. 3. l. 2. a l. 3. (w tekście 1. i 2.). Mianowicie podług brzmienia §. 3. l. 2. zabezpieczenie posagu i wypłaty oprawy i dochodu wdowiego może być wzruszone, chociażby nastąpiło nie dla żony samej, lecz dla prawonabywcy jej — podług §. 3. l. 3. wzruszeniu zabezpieczenia posagu lub oddania jego jest dopuszczalnem tylko wówczas, jeśli nastąpi na rzecz męża samego, nie zaś wówczas, gdy nastąpi na rzecz jakiego prawonabywcy jego. (Stein-

bach str. 36. Krasnopolski str. 93.) Wobec tego, że prawonabywca ma równe prawo z prawozlewczą (§. 1394. u. c.), wątpliwość ta właściwie powstaćby nie powinna, bo wypłata do rąk prawonabywcy męża umarza tak samo pretensyę, jak i wypłata do rąk męża samego. Mimo to jednakże różnica powyższa jest uzasadniona i ustawa nie bez racyi brzmieniem swoim ją uwydatnia. Nie należy bowiem zapominać, że posag nie jest wolnym majątkiem męża, lecz z reguły majątkiem żony (§. 1229. u. c.), związanym przez cel t. j. ponoszenie t. zw. *onera matrimonii*, że więc „posag“, jeśli ma być komu innemu wypłacony, przestaje być posagiem (§. 1218. u. c. „*dem Manne zur Erleichterung des mit der ehelichen Gemeinschaft verbundenen Aufwandes*“), a więc wypłata taka nie podlega wogóle wzruszeniu z §. 3. l. 3., lecz byłaby chyba czystą darowizną, wzruszalną po myśli §. 3. l. 1. — Odrębność majątku męża i posagu żony uznają orz. 67, 1540, 11235, (choć z odmiennych motywów), wyłączając je z majątku, spólności małżeńskiej poddanego.

XXIV.

O podmiotach i dochodzeniu prawa wzruszenia.

I. Celem prawa wzruszenia w konkursie jest: odzyskanie do funduszu zaspokojenia wierzycieli konkursowych tego wszystkiego, co wskutek zdarzenia, wzruszenie uzasadniającego, z niego ubyło; — treścią zaś jest żądanie uchylenia stanu prawnego i faktycznego, spowodowanego temże zdarzeniem i przywrócenie stanu przed tem zdarzeniem istniejącego. „Wszystko to, co skutkiem czynności wzruszalnej z majątku dłużnika pozbyto, wydano, lub czego się zrzeczone, musi być napowrót do majątku konkursem objętego zwrócone“, a „gdyby zwrot w naturze nie był możebny, musi być szkoda wynagrodzoną“ (§. 17, ust. 1 i 2).

Skutkiem czynności, podjętej w pośród warunków wzruszenia, tworzy się więc stosunek obowiązkowy, na mocy którego ten, przeciwko któremu roszczenie jest skierowane (*der Anfechtungsgegner*), obowiązany jest w pierwszym rzędzie do zwrotu tego, co z majątku konkursem objętego uzyskał, a dopiero gdyby zwrot już był niemożebny, do wynagrodzenia wartości. Dokonane wzruszenie ma więc skutek obligacyjny.

W zakresie prawa austriackiego pod tym względem wątpliwości niema. Podobnie też rzecz się miała dla zakresu pr. niemieckiego przed wprowadzeniem kod. niem. §. 142 tegoż kod. jednakże obecnie stanowi: *wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen*, — z czego wysnuwają wniosek, że wszelkie wzruszenie ma odtąd skutek rzeczowy. Zdanie to pierwszy podniósł Hellwig, *Verträge auf Leistung an Dritte*, §. 58 *Zeitschr. f. Zivilproz.* 26, str. 474. n., a przyłączyli się do niego Kipp w dop. do Windscheida *Pand.* II, str. 955, Crome *Bürg. R.* str. 352 n., Hellmann w Birkmeyera *Rechtsenzykl.* (1901) str. 743, R. Mayr *Bereicherungsansp.* str. 401 i inni. Przeważna jednak część autorów niem. i praktyka pozostała atoli przy dawniejszem zapatrywaniu. Ob. Jäger do §. 29. uw. 9—14 i cyt. tamże aut.

Stąd wynika:

1) że aż do skutecznego zwrotu, t. j. do dopełnienia zobowiązania, podmiotem prawa do majątku konkursowego, zwrócić się mającego, pozostaje niewątpliwie ten, kto je czynnością wzruszoną nabył.

2) Gdy zaś wskutek wzruszenia czynność staje się bezskuteczną nie bezwzględnie, tylko wobec wierzycieli konkursowych (§. 1. ust.), przeto także i po dopełnieniu obowiązku zwrotu, ten kto prawo wzruszone nabył, nie przestaje być podmiotem jego. Prawo to w szczególności do dłużnika nie wraca, — a jedynie wierzyciele konkursowi mogą czynność uważać za niebyłą i poszukiwać zaspokojenia z przedmiotu majątkowego, do funduszu ich zaspokojenia zwróconego. Między nabywcą a dłużnikiem czynność wzruszona pozostaje ważną i skuteczną, z czego wynika, że prawo wzruszone nie przechodzi skutkiem wzruszenia napowrót do majątku dłużnika, że więc nabywca nawet i po dopełnieniu obowiązku zwrotu pozostaje podmiotem nabytego prawa, że jednakże mimo to po wzruszeniu tem, wierzyciele zaspokojenia swego z przedmiotów zwróconych poszukiwać mogą tak, jak gdyby nie nabywca, lecz dłużnik upadły był podmiotem prawa wzruszonego. Konsekwencją tego jest przepis, że gdyby po przeprowadzeniu konkursu

pozostała jaka reszta majątku, wywalczonego przez wierzycieli w procesie o wzruszenie, reszta ta nie należy się dłużnikowi upadłemu, lecz przypada temu, kto skutkiem wzruszonej czynności do niej jest uprawniony. Mimo wzruszenia wobec wierzycieli, czynność ta wobec upadłego dłużnika wszelkie skutki prawne odnosi, jakie podług powszechnego prawa cywilnego odnieść miała (§. 24).

Jeżeli więc wzruszoną czynnością przeszła na osobę trzecią n. p. własność rzeczy dłużnika upadłego, a ta osoba trzecia (*der Anfechtungsgegner*), skutkiem wytoczonego przez wierzycieli procesu o wzruszenie, obowiązana jest zwrócić rzecz do funduszu zaspokojenia, nie przestaje ona być właścicielem jej, a dłużnik nie staje się napowrót właścicielem jej, tylko sam przedmiot wchodzi pod dyspozycję wierzycieli konkursowych. — Tę ścisłą konsekwencję §. 1. (względnej bezskuteczności) uwydatniają też mot. objaśń. (ob. Steinbach) str. 113). Nie jest ona jednak powszechnie uznana. I tak Menzel str. 243. twierdzi, że skoro skutkiem wzruszenia czynności przedmiot powinien wrócić do majątku konkursem objętego, którego podmiotem dłużnik upadły być nie przestaje, nabywca ma obligacyjny obowiązek przeniesienia własności na dłużnika upadłego, gdy zaś z tego obowiązku się wywiąże, dłużnik staje się napowrót właścicielem, a gdyby później jaka reszta pozostała, ma znowu dłużnik obowiązek obligacyjny zwrócić ją nabywcy. Menzel sam uznaje, że ten rezultat jest *befremdend* i że wykracza poza cel wzruszenia; uważa go jednak za nieunikniony, choć nie potrafi z nim pogodzić przepisu §. 24. — Zapytujemy, co zmusza nas do takiego przerwania własności? Ustawa nie, gdyż nigdzie tego nie wymaga, stanowiąc owszem, że interes staje się bezskutecznym tylko wobec wierzycieli, *eo ipso* stanowi, że akt przejścia wobec dłużnika pozostaje niezmiennym. W czyim interesie mielibyśmy tę doktrynerską konsekwencję wysnuwać, któraby nadto obciążała obydwaj majątki opłatami za przejście własności! Ze dłużnik, mimo konkursu, własności tych przedmiotów, które w chwili ogłoszenia konkursu były jego własnością, nie traci, nie pociąga bynajmniej tej konsekwencji, aby wskutek wzruszenia nabywał napowrót własność tych przedmiotów, których w owej chwili już nie miał w swoim majątku.

Zobowiązanie osoby trzeciej, która wskutek wzruszenia czynności ma to, co nabyła, do majątku konkursowego zwrócić, polega więc w pierwszym rzędzie na tem, że osoba ta winna dozwolić, aby nabyty przedmiot majątkowy do funduszu zaspokojenia wierzyciela faktycznie był przyłączony tak, jak gdyby był własnością dłużnika w chwili ogłoszenia konkursu. — Świadczenie jego jest więc w pierwszym rzędzie ujemnem, to znaczy, nie może on się sprzeciwić temu, ażeby wierzyciele konkursowi dłużnika upadłego na tym przedmiocie zaspokojenia poszukiwali. Na to też skierowane być musi w pierwszej linii żądanie skargi o wzruszenie, która o tyle przedstawia się jako prejudycjalna (o ustalenie). Na żądaniu tem wierzyciele poprzestać mogą, jeśli stosunek wywołany czynnością wzruszoną był jedynie obligacyjnym, n. p. jeśli ta czynność polegała na uznaniu ze strony dłużnika, na poręce przez niego przyrzeczonej, na opuszczeniu długu i t. p. — W przypadkach zaś, gdy wskutek czynności wzruszonej przedmioty majątkowe z posiadania dłużnika przeszły już w posiadanie nabywcy, n. p. przedana lub darowana rzecz zmysłowa oddaną mu już została, a więc, gdy czynność spowodowała już rzeczowe zmiany w majątkach, żądanie skargi skierowane być musi nadto jeszcze na zwrot, a więc na świadczenie dodatnie, na oddanie przedmiotu nabytego, a względnie wypłatę wynagrodzenia wartości, jednakże nie do majątku dłużnika, lecz do funduszu zaspokojenia wierzycieli konkursowych, czyli, jak się ustawa wyraża, do „masy konkursowej“.

Por. Mot. rząd. u Steinbacha str. 98.

Gdyby czynność wzruszona już była pociągnęła za sobą wpis praw nabywcy do ksiąg gruntowych, prawa wierzycieli do zaspokojenia się z przedmiotu mogłyby być uwidocznione w księdze gruntowej tylko we formie adnotacyi, że wpis, uskuteczniiony na rzecz nabywcy wobec nich niema skutku prawnego, co ma tę doniosłość, że wierzyciele z przedmiotu poszukiwać mogą zaspokojenia tak, jak gdyby wpis na rzecz nabywcy nie był nigdy nastąpił.

Steinbach str. 101. — Odmienne Menzel str. 247. w konsekwencji swego zapatrywania, że wskutek czynności wzruszonej przedmiot wraca do majątku dłużnika upadłego, twierdzi, że nabywca musi zezwolić na wykreślenie wpisu na jego rzecz uskutecznionego, lub, gdyby skutkiem czynności wzruszonej prawo dłużnika wykreślone zostało, na ponowny wpis tegoż prawa. — Mniej konsekwentnym jest Krasnopolski, Grünh str. 141. n., który kontentuje się adnotacją tylko w przypadku wyroku, ograniczonego do kwestyi prejudycyalnej, — w przypadku zaś, jeśli wyrok zarazem orzeka, że prawo ma być zwrócone, żąda wpisu właściwego na imię dłużnika upadłego z uwagą, wskazującą ograniczenie tegoż w dyspozycji po myśli §. 88. u. konk. (str. 147).

Przy oznaczeniu wysokości zwrotu i przy ocenieniu innych powinności osoby do zwrotu zobowiązanej, tudzież roszczeń jej z tytułu wkładów, ma być ona poczytana — o ile ustawa inaczej nie stanowi — za posiadacza w złej wierze w rozumieniu kodeksu cywilnego (§. 17. ust. ost.).

Por. *Pr. pryw.* II §. 190. — nadto Menzel st. 252, Steinbach str. 103. — Ustawa przekracza tu granice §. 328. u. c., nakazując z góry przyjęcie złej wiary, gdy tenże §. ocenienie, czy zachodzi zła czy dobra wiara, porucza sędziemu w każdym konkretnym przypadku. Zwrócić jednakże należy uwagę na to, że ustawa nie orzeka, iżby przeciwnik zawsze w złej wierze znajdować się musiał, lecz tylko, że spotykają go takie skutki, jakie podług ustawy cyw. połączone są ze złą wiarą (fikcyja ustawowa złej wiary). Zła wiara w znacz. prawa cywilnego nie pokrywa się z wiedzą wymaganą przy wzruszeniu pauliańskim i konkursowem. Ob. wyżej XXI i XXII pod II przy końcu. Por. także Menzel str. 238. uw. 4. Mot. rząd. ob. u Kaserera *Oest.-Ges. mit Materialien* T. 36. str. 90. Menzel str. 256 n.

Jedynie tylko w przypadku wzruszenia aktu darmego (§. 3. l. 1. ust.) obdarzony ma zwrócić to, co otrzymał tylko o tyle, o ile w czasie wzruszenia jest jeszcze wzbogacony (§. 19. ust. 1.).

Jeśli więc przedmiot darowany w czasie wzruszenia już był przypadkowo zaginał, wówczas już był zużyty lub

bezpłatnie pozbyty został — niema wzbogacenia. Gdyby zaś obdarzony był pozbył przedmiot odpłatnie, zwrot musiałby obejmować to, co zań otrzymał. Steinbach str. 107. twierdzi, że chociażby nabywca za przedmiot otrzymany uzyskał był większą odpłatę, aniżeli wartość przedmiotu, zawsze tylko wartość tę, a nie wyższą odpłatę zwróciłby musiał, gdyż nie wzbogacił się wówczas skutkiem wzruszonej czynności, tylko skutkiem czynności pozbycia, od tamtej niezależnej.

Tego wyróżnienia jednak nie doznaje obdarzony, jeśli nabycie jego mogłoby być wzruszone nawet i wówczas, gdyby było odpłatnem, albo też jeśli rzecz otrzymaną lub tejeż wartość w sposób nierzetelny z posiadania swego wypuścił (§. 19. ust.). W tych dwóch ostatnich przypadkach rozciągłość zwrotu stosuje się owszem do reguły §. 17.).

Ze ustawa traktuje obdarzonego łagodniej, aniżeli nabywcę z tytułu odpłatnego, wydać się może na pierwszy rzut oka dziwnem, a jednakże ma swe teoretyczne uzasadnienie w tem, że wzruszenie czynności odpłatnej nastąpić może tylko w przypadkach wiedzy (o zamiarze pokrzywdzenia przy wzruszeniu pauliańskim, o okolicznościach wskazujących na niewypłacalność dłużnika przy wzruszeniu konkursowem), gdy przeciwnie wzruszenie z tytułu aktu darmego następuje z reguły przeciw nabywcy w dobrej wierze będącemu, a gdyby był w złej wierze, dotyczą go skutki złej wiary. Praktycznie co prawda rzecz się często z powodu trudności dowodowych inaczej przedstawi w tych zwłaszcza przypadkach, gdzie złą wiarę musi udowodnić opugnujący. Więc nie zawsze ten, kto jest w dobrej wierze, skorzysta z wyróżnienia w §. 19., lecz często ten, komu choćby był w złej wierze, tej złej wiary udowodnić nie zdołano.

Jeżeli chodzi o wynagrodzenie wartości, to ze względu na to, iż restytucya nabytego przedmiotu ma na celu uzyskanie do funduszu zaspokojenia wierzycieli wszystkiego tego, co w nim znaleźćby się było musiało, gdyby czynność wzruszona nie była nastąpiła, wynagrodzenie powinno obejmować w każdym razie zwrot wartości nadzwyczajnej, t. j. tej, jaką przedmiot przedstawiał „ze względu na szcze-

gólne stosunki“ tego, komu wartość ma być zwróconą (§. 305. u. c.).

Stopniowanie wynagrodzenia w miarę winy po myśli §. 1323, 1324 i 1331 w przypadkach wzruszenia nie da się usprawiedliwić, ponieważ prawo wzruszenia nie opiera się na czynności zabronionej. Por. Jäger do §. 37. uw. 8.

II. Do wzruszenia uprawnieni są w konkursie: a) wierzyciele konkursowi — „wyjątkowo“ zaś także b) wierzyciele realni (§. 16.).

do a) Ustawa przyznaje prawo wzruszenia tak zw. ogółowi wierzycieli (*Gläubigerschaft*). Już poprzednio wykazano (wyżej rozdz. VI.), że „ogół wierzycieli“ nie jest niczem innym, jak tylko mnogością interesentów, złączonych z sobą równością interesów. Każdemu bowiem z wierzycieli konkursowych, poszukujących zaspokojenia na majątku dłużnika, zależy z natury rzeczy w równej mierze na tem, ażeby fundusz z którego wszyscy mają czerpać zaspokojenia swego, był jak największym. Nie jest to więc spólny interes wszystkich, gdyż każdemu zależy tylko na zaspokojeniu własnej, odrębnej wierzytelności, lecz jest równy w tem znaczeniu, iż jeden i ten sam środek każdemu zarówno do osiągnięcia jego odrębnego celu służy.

Licząc się z tą równością interesów wierzycieli, mianowicie z tem, że celem wzruszenia jest powiększenie funduszu, który służyć ma wszystkim zarówno wierzycielom, a więc żaden z nich sam dla siebie za powołanego do tego uważany być nie może, ustawa w sposób imperatywny orzeka, że żadnemu z nich odrębnie wzruszenia w konkursie dochodzić nie wolno, lecz, że dochodzenie to jest wyłącznie rzeczą zarządcy, który, wykonywając to prawo, spełnia nałożony nań przez ustawę publiczny obowiązek urzędu swego, ściągnięcia do funduszu zaspokojenia tego wszystkiego, co tam należy (§. 76. u. k.).

Motywa rząd. (ob. Steinbach str. 95) uzasadniają to wyłączenie wierzycieli względami praktycznymi. Niema

jednak wątpliwości, że wierzyciel jako jednostka, działając nawet w interesie wszystkich, przekraczałby swój zakres, a mógłby przekraczać i wbrew interesowi innych. — To upoważnienie zarządcy sprawa teoretyczne trudności zwłaszcza tym, którzy zarządcę uważają za zastępcę dłużnika, gdyż przyznać muszą, że w tym przypadku zastępuje on wierzycieli (ob. Pollak str. 139). O tem, że zarządca nie jest niczym zastępcą, lecz działa jako funkcyonaryusz publiczny, ob. wyżej rozdz. V pod II. Niem. ust. (§. 29. dawnej, §. 36. nowej ust. konk.), nie określając czyim zastępcą jest zarządca, nadaje mu legitymację do wzruszenia, czyniąc go przytem zupełnie niezależnym od wierzycieli (ob. Jäger do §. 36. uw. 1. i §. 83. uw. 1.), odmiennie od pr. austr., wedle którego wydział wierzycieli może zarządcy nakazać wyniesienie procesu (§. 140 n., 144. ust. 2., 147. u. konk.).

Zarządca wyłącznie jest legitymowany do wzruszenia tak drogą zaczepną (skargi) jak i obrony (§. 16. ust. 2.).

Wynika stąd, że §. 119. ust. 2., u. k. pod tym względem o tyle §-em 16. jest zmieniony, iż do opugnowania zgłoszonej do konkursu wierzytelności z tytułu prawa wzruszenia tylko zarządca, nie zaś każdy przy rozprawie obecny wierzyciel konkursowy jest uprawniony. Steinbach str. 91., Menzel str. 289., Krasnopolski *Anfecht.* str. 69.).

do b) Stanowisko prawne wierzycieli realnych skutkiem ogłoszenia konkursu — jak to już wyżej (rozd. VIII) wyłuszczone — nie ulega zmianie. Przedmiotem zaspokojenia ich jest tylko rzecz, na której ich prawo realne ciąży. Stąd wynika, że mogą być oni pokrzywdzeni tylko takimi czynnościami, które tyczą się tej właśnie rzeczy, prawami ich obciążonej. Jako wierzyciele realni, którym służy wyłączne pierwszeństwo zaspokojenia się z rzeczy obciążonej bez oglądania się na ogłoszony konkurs, nie mają oni prawnego interesu w pomnożeniu funduszu zaspokojenia wierzycieli konkursowych czyli t. zw. masy konkursowej — niema więc powodu przyłączania ich do tychże ostatnich w procesie o wzruszenie. Z drugiej strony i wierzyciele konkursowi nie mają interesu popierać praw wierzycieli

realnych, gdyż jak daleko owe prawa realne sięgają, są oni od zaspokojenia się z przedmiotów obciążonych wyłączeni. O ile więc wierzycielowi realnemu służy prawo wzruszenia czynności go krzywdzących, wykonywa on je niezależnie od konkursu i podług zasad, do wzruszenia czynności prawnych poza konkursem obowiązujących, nie w innym, jak tylko we własnym każdego interesie i ze skutkiem tylko do niego samego się odnoszącym. Stąd wynika też przepis, że proces o wzruszenie, rozpoczęty przed ogłoszeniem konkursu przez wierzyciela prawem realnem ubezpieczonego, nie ulega przerwie skutkiem ogłoszenia upadłości (§. 45), gdy przeciwnie proces taki, przed konkursem przez jednego z wierzycieli konkursowych rozpoczęty, zostaje przerwany (§. 40.).

Por. Steinbach str. 96 i mot. komisji Izby Pań-
 nów tamże przytoczone, dalej Menzel str. 36. n., Kras-
 nopolski str. 69. n. Niewłaściwie wyraża się ustawa
 w §. 16., że prawo wzruszenia nadane jest wierzycielom
 realnym „wyjątkowo“.

III. Osobą, przeciw której skierowane być może wzru-
 szenie, czyli przeciwnikiem (*Anfechtungsgegner*) jest:

1) w pierwszym rzędzie, „kto w czynności prawnej
 wzruszyć się mającej z dłużnikiem upadłym był stroną
 umawiającą się, lub kto tą czynnością został zabezpieczony,
 zaspokojony lub przed innymi wyróżniony“ (§. 15.), czyli,
 ogólnie mówiąc, kto skutkiem czynności takiej pośrednio
 lub bezpośrednio korzyść majątkową odniósł;

Słuszną jest uwaga Krasnopolskiego str. 71.,
 że brzmienie §. 15. ust. 1. nie obejmuje czynności pra-
 wnych, polegających na zaniechaniu. Stało się to praw-
 dopodobnie wskutek tego, że pierwotny projekt rząd. nie
 zaliczał zaniechań do czynności, które mogłyby ulegać
 wzruszeniu, a §. 13. ust. dodany był dopiero w ciągu
 obrad parlamentarnych (ob. wyżej rozdz. XIX pod II.).

2) dziedzic tegoż;

Zobowiązanie ze wzruszenia czynności pochodzące
 jest długiem spadkodawcy, tak samo jak i inne tegoż długi,

stawnik. Praktycznej doniosłości to odróżnienie w danym przypadku niema, gdyż jeden i drugi równo bywa przez ustawę traktowany. Steinbach str. 91.

w końcu 4) dziedzic tego, przeciw komu wzruszenie podług ust. 3. było uzasadnione (§. 15.).

Wobec tego, że zobowiązanie do restytucyi z tytułu wzruszenia jest obligacyjnem, odpowiedzialność dziedzica (ust. 2.) sama przez się się rozumie, — dziedzic tu odpowiada tak samo, jak za inne zobowiązania spadkodawcy — odpowiedzialność zaś następcy lub prawonabywcy pod tytułem szczególnym może być usprawiedliwioną tylko szczególnymi okolicznościami, które towarzyszyły nabyciu. Nie wystarczy tu sama możność wzruszenia przeciw prawozlewcy. Dziedzic odpowiada nie dlatego, że nabyte prawo na niego przeszło, lecz dlatego, że przeszło na niego z o b o w i ą z a n i e spadkodawcy; następca zaś pod tytułem szczególnym dlatego, ponieważ nabyte prawo przeszło na niego, chociaż tem samym obowiązek nań nie przeszedł; dziedzic odpowiada jako następca w *passivum*, nabywca pod tyt. szczególnym jako następca w *activum*; dziedzic odpowiada zamiast spadkodawcy, nabywca pod tyt. szczególnym obok prawozlewcy.

Menzel str. 208, Jäger do §. 40. uw. 7.

Wzruszenie przeciw nabywcy pod tytułem szczególnym zależy od dwóch warunków:

Po pierwsze: iżby uzasadnione było przeciw prawozlewcy (§. 15. l. 3), a w razie kilkakrotnego przejścia przeciwko wszystkim pośrednim nabywcom (§. 15. l. 3. ust. ost.). Nabycie bowiem, które w pierwszym ręku nie było wzruszalnem, nie może się stać takim w drugim lub trzecim. Nie wystarczy więc okoliczność, że następca wie n. p. o zamiarze dłużnika pokrzywdzenia wierzycieli przez pierwszą czynność (§. 15. l. 3. a.), jeśli pierwszy nabywca o nim nie wiedział.

Po drugie: iżby nabycie następcy odpowiadało jednemu z przewidzianych jak wyżej w §. 15. l. 3. pod a., b. lub c. przypadków.

i tak samo też dziedzic odpowiada za nie (czy to w miarę sił spuścizny, czy bez tego ograniczenia). Gdyby dziedzicem był sam dłużnik upadły, to ze względu, że prawo wzruszenia należy w każdym razie do funduszu zaspokojenia wierzycieli, a więc prawo i obowiązek zeszyłyby się w jednym majątku, musiałoby ono zgasnąć (§. 1445. u. c.), bez względu na to, czy śmierć przeciwnika nastąpiła przed, czy po ogłoszeniu konkursu (§. 1. ust. konk.). Inaczej podług pr. niem., w przypadku, gdy śmierć nastąpi dopiero po ogłoszeniu konkursu, gdyż w tym przypadku majątek spadkodawcy nie wchodzi do funduszu zaspokojenia wierzycieli, lecz staje się wolnym od konkursu majątkiem dłużnika upadłego, tem samym zaś zjednoczenie nie następuje. — Rozumie się, że to co o dziedzicu mówiono, ma zastosowanie także w przypadku następstwa fiskusa, który jest *heredis loco* (ob. *Pr. pryw.* VI §. 542.) i w przypadku nabycia dziedzictwa (ob. tamże §. 572), w którymto razie odpowiada nabywca obok dziedzica (§. 1278. u. c.). Analogicznie stosować można przepis o dziedzicu (§. 15. ust. 2.) także i do innych przypadków objęcia majątku z długami, jak: przejścia handlu z firmą, objęcia majątku spółki akcyjnej (fuzji) i t. p.

3) inny tegoż bezpośredni następca prawny lub nabywca praw jego, jednakże tylko wówczas, jeśli:

a) w czasie nabycia było mu wiadomem, że dłużnik podjął czynność w zamiarze pokrzywdzenia swoich wierzycieli (§. 2.), albo też

b) jeśli nabycie jego opiera się na takiej czynności prawnej, która, gdyby podjęta była przez dłużnika, ulegałaby wzruszeniu po myśli §. 3. l. 1., albo wreszcie jeśli

c) należy do osób wymienionych w §. 3. l. 4., a nie udowodni, że okoliczności uzasadniające wzruszenie przeciw jego poprzednikowi, w czasie nabycia nie były mu wiadome.

Ustawa pod względem następstwa pod tytułem szczególnym wprowadza nowość, terminologiczną, odróżniając następcę prawnego (*Rechtsnachfolger*) od nabywcy prawa (*Rechtsnehmer*) wedle tego, czy nabywca wstępuje w istniejące już prawo pozbywającego, (*translativer Erwerb*) jak n. p. cesyonaryusz, czyli też nabywa ustanowione przez innego nowe prawo (*konstitutiver Erwerb*) jak n. p. za-

Zobowiązanie następcy jest więc — pominąwszy że powstaje tylko w razie uzasadnionego przeciw poprzednikowi wzruszenia (ob. wyżej, po pierwsze), co także i pod względem granic czasowych zachodzić musi, — zobowiązaniem samodzielnem i odrębnem; może ono polegać na takiej samej przyczynie prawnej wzruszenia, jak zobowiązanie poprzednika, lecz niekoniecznie na takiej samej polegać musi. Następca odpowiada też tylko w granicach tego, co od poprzednika swego nabył. O ile więc poprzednik nabyte dobro użył lub zatrzymał dla siebie, następca nie odpowiada. Odpowiedzialność jego reguluje się też pod względem rozciągłości (świadczeń ubocznych i t. p.) podług jego tylko osoby: jego wina, jego zwłoka, jego zła wiara rozstrzygają.

IV. Zwrot funduszowi zaspokojenia wierzycieli obejmować musi wszystko to, czego tenże fundusz skutkiem wzruszonej czynności pozbawiony został, ale też i niczego więcej. Gdyby dłużnik w zamian za swe świadczenie, które fundusz zaspokojenia wierzycieli skutkiem wzruszenia odbiera, otrzymał był od przeciwnika (kontrahenta) jakieś wzajemne świadczenie, a przedmiot tegoż świadczenia lub wartość jego we funduszu zaspokojenia się jeszcze znajdowały, fundusz ten, odebrawszy świadczenie dłużnika, o tyle byłby wzbogacony bez powodu usprawiedliwiającego. Dla tego też ustawa przeciwnikowi nadaje prawo żądania owego wzajemnego świadczenia, dłużnikowi uiszczonemu o tyle, o ile przedmiot tegoż w funduszu zaspokojenia *in specie* się jeszcze znajduje, albo też, gdyby się już tamże nie znajdował, o ile fundusz zaspokojenia o wartość jego byłby wzbogacony (§. 25. ust. 1.). O ile przeciwnik ma prawo żądać zwrotu wzajemnego świadczenia *in specie*, prawo jego przedstawia się jako żądanie wyłączenia (*Rückforderungsanspruch*, §. 26. i 27. u. konk.), o ile chodzi o wzbogacenie jest on wierzycielem masy (*Massegläubiger* §. 28. n. u. k.). Z dalej sięgającym roszczeniem przeciwnik wystąpić może tylko jako wierzyciel konkursowy (§. 25. u. k.).

Do takich dalszych roszczeń może należeć wynagrodzenie szkody i t. p. jakoteż roszczenie, które skutkiem

wzruszenia napowrót odżyło. Tak n. p. czynnością wzruszoną dłużnik zrzekł się pretensyi do przeciwnika o zapłatę 1000 k., przeciwnik zaś wzajemnie zrzekł się pretensyi swej 500 k. Jeśli zrzeczenie się dłużnika pretensyi 1000 k. zostanie uznane jako nieobowiązujące wierzycieli, tem samem odżyje pretensya przeciwnika 500 k., wprawdzie nie do dłużnika, ale do funduszu zaspokojenia wierzycieli. Nie należy tu zdaniem mojem pretensya regresowa przeciwnika do dłużnika upadłego, ponieważ pretensya taka powstać może dopiero skutkiem zapłaty dokonanej przez przeciwnika po ogłoszeniu konkursu, zatem nie może być wierzytelnością konkursową (§. 1. ust. 2. ust. konk.). Inaczej Menzel str. 275. Pretensya taka może zd. m. podniesioną być przeciw dłużnikowi dopiero po zniesieniu konkursu.

Zauważyć należy, że pretensya, dochodzona w toku procesu o wzruszenie, nie może być drogą kompenzacyi umorzoną przez pretensyę przeciwnika do krydaryusza (§. 26.).

Motywa rządowe (ob. Steinbach) str. 118, usprawiedliwiają ten przepis tym praktycznym względem, że jest on dla zabezpieczenia rezultatu wzruszenia koniecznie potrzebnym, teoretycznie zaś tem, że zarządca majątku nie dochodzi wzruszenia *ex mandato praesumpto* dłużnika, lecz z mocy prawa przysługującego wierzycielom.

V. Prawa nabyte na przedmiocie restytuować się mającym przez trzecie osoby w pośród okoliczności, które nie dopuszczają skierowania także i przeciwko nim żądania o wzruszenie, przedstawiają się wobec wierzycieli jako umniejszenie wartości przedmiotu do funduszu zaspokojenia zwrócić się mającego, za któreto umniejszenie odpowiada przeciwnik, jeśli owe trzecie osoby uzyskały te prawa w czasie, gdy on rzecz tę posiadał (§. 21.).

XXV.

Zakończenie konkursu.

Literat. Kaserer str. 210, — Pollak str. 370, — Schwarzh I. str. 332, II. str. 450.

I. Raz ogłoszony konkurs trwa, dopokąd sąd konkursowy zakończenia jego nie orzeknie. Z natury rzeczy wynika, że stać się to musi przedewszystkiem:

1) z powodu zupełnego zaspokojenia wierzycieli, a więc wówczas, jeśli majątek dłużnika, o ile konkursem jest objęty, zrealizowany, a wszyscy wierzyciele konkursowi, którzy ze swemi pretensjami się zgłosili, w zupełności zaspokojeni zostaną.

2) Osiągnięcie tego celu w najradszych tylko przypadkach nastąpić może, najczęściej bowiem majątek dłużnika na zupełne zaspokojenie wierzycieli nie wystarczy, a skoro wszystko, co z majątku na to zaspokojenie użyte być miało, już na ten cel użyto, a więc majątek istniejący zrealizowano i w sposób ustawą przepisany między wierzycieli rozdano, postępowanie konkursowe staje się bezprzedmiotowem i wówczas sąd zakończenie konkursu orzec i ogłosić winien, z powodu wyczerpania funduszu zaspokojenia (§. 189. ust. 1. u. k.). Równocześnie zwolni sąd funkcyjonyusy konkursowych t. j. zarządcę majątku i członków wydziału od ich funkcyi i poczyni potrzebne zarządzenia, aby uchylić wszelkie środki zabezpieczenia, ograniczające dłużnika w swobodzie działania (§. 189. ust. 2. u. k.).

Gdyby przypuszczenie, że fundusz zaspokojenia wyczerpany został, okazało się mylnem, a więc gdyby po ukończeniu konkursu wyszło na jaw, że istnieją przedmioty majątkowe, które powinny były być objęte węzłem konkursu, a w czasie trwania tegoż były ukryte, sąd powinien sobie postąpić tak samo, jak z majątkiem wówczas już znanym, pod względem zabezpieczenia, zarządu i zrealizowania tudzież rozdziału uzyskanego funduszu między tych wierzycieli, którzy ze swemi w konkursie zgłoszonymi wierzytelnościami jeszcze całkowicie zaspokojeni nie zostali. — Wyłączenie wszystkich innych wierzycieli osobistych od rozdziału tego majątku usprawiedliwione jest tem, że przedmioty takie miały przeznaczenie służyć wyłącznie na zaspokojenie wierzytelności konkursowych, w czasie konkursu istniejących. Nie tyczy się to więc majątku, który dłużnik nabył już po zniesieniu konkursu. (Por. orz. z 9. lipca 1878. *Právník* 1878 str. 448., Riehl do §. 190. u. k.). Poczynienie potrzebnych w razie wznos-

wienia konkursu kroków, sąd poruczy dawnemu, a gdyby to już nie było możebne, nowo ustanowić się mającemu zarządcy i wydziałowi wierzycieli (§. 190. u. k.).

Poza przypadkami zupełnego zaspokojenia wierzycieli lub wyczerpania funduszu zaspokojenia nastąpić musi zakończenie konkursu,

3) jeśli w ciągu postępowania konkursowego okaże się, że tylko jeden osobisty wierzyciel istnieje, albo że aktywa majątku są tak nieznaczne, iż kosztów postępowania pokryć nie zdołają (§. 154. u. k.). Okoliczności te musiałyby być zapobiedz ogłoszeniu konkursu, gdyby poprzednio były wiadome (§. 66. u. k.). Choć ustawa tego nie wypowiada, rozumie się, że konkurs musiałby być zniesiony także i w tym przypadku, gdyby w ciągu oznaczonego terminu żaden wierzyciel się nie zgłosił, lub wszyscy wierzyciele prócz jednego, zgłoszenia swe cofnęli.

Zniesienie konkursu nastąpić może dalej:

4) Jeśli, po przeprowadzeniu ogólnej rozprawy likwidacyjnej wszyscy interesowani w przeprowadzeniu konkursu, a więc wszyscy wierzyciele masy i wszyscy wierzyciele konkursowi, którzy ze swemi wierzytelnościami się zgłosili, na zakończenie konkursu się zgodzą (§. 155. u. k.), a zatem zrzekną się dalszego prowadzenia konkursu (*Konkursverzicht*).

Przepisu tego w rządowym projekcie z r. 1863 nie było. Dodany został przez komisję I. posłów, a chociażby nawet nie był dodany, rozumiałby się sam przez się. W praktyce już dawniej ten sposób załatwienia konkursu był często używany. Do interesowanych w przeprowadzeniu konkursu nie liczy się uprawnionych do wyłączenia, ani też wierzycieli realnych, ponieważ ich praw konkurs nie dotyka.

W pierwszym przypadku t. j. całkowitego zaspokojenia wierzytelności konkursowych (1.), — rozumie się samo przez się — gasną one skutkiem zapłaty; w przypadkach pod 2., 3. i 4. gasną o ile są zaspokojone, czyli umniejszają się o tyle, o ile zapłata nastąpi. — Jeżeli zgoda wierzycieli na zakończenie konkursu nastąpiła (w przypadku

4) za porozumieniem się dobrowolnem z dłużnikiem, warunki między każdym wierzycielem a dłużnikiem umówione stanowią podstawę dalszego ułożenia się stosunku, który oceniony być musi podług prawideł powszechnego prawa cywilnego. Sąd nie wdaje się w badanie treści ugody; nie treść jej bowiem, lecz oświadczenie wszystkich wierzycieli, z jakiegokolwiek powodu nastąpiłoby, jest wówczas podstawą orzeczenia, kończącego stan upadłości.

Wreszcie nastąpi zakończenie konkursu:

5) jeśli sąd, czyto z własnej inicjatywy, czyli też na wnioszek interesowanych, doprowadzi do załatwienia konkursu drogą ugody. Mianowicie, jeśli w ciągu konkursu po przeprowadzonej rozprawie likwidacyjnej (§. 106. u. k.), zajdą takie okoliczności, które ugodę czynią prawdopodobną, sąd może zarządzić audyencyę t. zw. „ugodową“ (*Vergleichstagfahrt*), na którą zavezwie wszystkich wierzycieli masy (§. 29 u. k.), jako też wszystkich wierzycieli konkursowych (§. 42. u. k.) i krydaryusza z wyraźnem nadmienieniem, że celem tej audyencyi jest zawarcie ugody (§. 156. u. k.). Jeżeli na takiej audyencyi wszyscy dopieroco wymienieni wierzyciele oświadczą się wyraźnie za proponowaną ugodą, sąd bez dalszej rozprawy przyjmie ją do wiadomości i orzeknie zakończenie konkursu. Gdyby zaś nie wszyscy wyraźnie na nią się zgodzili, zakończenie konkursu mimo to nastąpić może, jeżeli wierzytelności tych, którzy na nią się nie zgodzili, a więc albo jej się sprzeciwili, albo też żadnego oświadczenia nie dali, w pełnej zgłoszonej wysokości zapłacone, albo jeżeli są sporne, w równej wysokości w sposób ustawą wymagany, zabezpieczone zostaną (§. 157. u. k.), a to, jeśli na inny sposób się nie zgodzą przez złożenie odpowiedniej sumy do depozytu sądowego (§. 1425. u. c.). Zabezpieczonym w ten sposób wierzycielom sąd zakreśli stosowny czasokres, w ciągu którego wierzytelności swych w procesie przeciw zaprzeczającym dochodzić mają (§. 157. u. k. ust. 2.). Przy zawarciu ugody sąd przestrzegać winien prawidłowości postępowania, a jeśli pod tym względem nie zachodzą żadne wątpliwości, winien zatwierdzić ją i konkurs znieść

Ugoda w ten sposób zawarta i przez sąd zatwierdzona jest tytułem egzekucyjnym (§. 158. u. k., §. 1. l. 7. ord. egz.).

Przypadek ten (5) różni się od poprzedniego (4) tem, 1) że w pierwszym przypadku (4) zgoda wierzycieli wszystkich na zniesienie konkursu następuje bez jakiegokolwiek interwencyi sądu, w drugim (5) postępowanie ugodowe między wierzycielami z jednej, a dłużnikami z drugiej strony zostaje pod kontrolą sądu, a warunki ugody ustalone i przez sąd zatwierdzone być muszą, — dalej 2) tem, że w tym drugim przypadku możebnem jest uchylenie konkursu nawet wbrew woli innych pod warunkiem, że ci inni całkowicie zaspokojeni lub zabezpieczeni, a tem samem z rzędu interesowanych w konkursie usunięci zostaną — czyli wierzycielami konkursowymi być przestaną. (Ob. mot. kom. Izby posłów z r. 1863. u Kasserera str. 211. n.).

Ugoda, zawarta podług §. 157., 158. u. k., nie zawsze jest ugodą w materyalnym znaczeniu §. 1380. u. c., może nią jednakże być — podobnie jak ugoda sądowa w procesie — jeśli materyalne warunki §. 1380. u. c. zachodzą, t. j. jeśli określa zarazem sporne lub wątpliwe prawa stron.

Por. moje *Pr. pryw.* III §. 321. ust. I przy końcu. Nie można powiedzieć jak to n. p. czyni Pollak str. 387, iżby taka ugoda nigdy nie była ugodą w materyalnym słowa znaczeniu, a więc nazwa „*Vergleich*“ nadaną jej została w ustawie tylko przez fikcyę. Por. także Schwarz str. 239. Ustawa niem. nie zna tego sposobu zakończenia konkursu, który zresztą jest mało praktycznym.

II. Po zakończeniu postępowania konkursowego wierzyciele, którzy całkowitego zaspokojenia nie otrzymali, mogą pretensyi swoich a względnie ich reszty dochodzić przeciwko dłużnikowi bez ograniczenia, a to nie tylko ci, którzy się w konkursie zgłosili, lecz i tacy, których pretensye w konkursie zgłoszone wcale nie były. Rozumie się, że pod względem istnienia i rozciągłości pretensyi rozstrzygający jest stan w chwili zakończenia konkursu. Gdyby więc w tejże decydującej chwili pretensya była przez dłużnika w konkursie uznana, ugodą lub wyrokiem

ustaloną, wierzyciel mógłby jej dochodzić w granicach tego ustalenia, gdyby nie była ustaloną lub przez dłużnika zaprzeczoną, postaraczy się musiał o jej ustalenie.

Prawo wierzycieli do żądania reszty wierzytelności, pozostającej po zakończeniu konkursu (*freies Nachfordrungsrecht*) uznane jest w przeważnej części ustawodawstw: art. 1265 n. kod. Nap., art. 539. 540 Cod. de comm., §. 237. n. ust. konk. węg., §. 134. ust. k. duńskiej, a. 195. n. ust. k. holland. W Szwajcaryi może niezaspokojony wierzyciel domagać się reszty dopiero wówczas, gdy dłużnik nabędzie nowy majątek (t. zw. *beneficium competentiae* art. 265. ust. konk. szwajc.). We Włoszech może dłużnik uchylić się od egzekucyi osobnych tym sposobem, że zaoferuje $\frac{1}{10}$ niepokrytych wierzytelności i wniesie o ponowne ogłoszenie konkursu (art. 815. k. h. wł.). Podług prawa angielskiego dłużnik, skoro otrzyma t. zw. *order of discharge*, zwolniony zostaje od zapłaty reszty niepokrytej, lecz udzielenie takiego *order* zależy od pewnych warunków. Podobnie podług praw amerykańskich. Szczegóły u Kohlera *Lehrb.* str. 440 i n.

Wyjątek od zasady dalszej odpowiedzialności dłużnika po zakończeniu konkursu stanowi w konkursie kupieckim t. zw. układ przymusowy.

XXVI.

Układ przymusowy (*Zwangsausgleich*)*.

Literat. Frankl. *Konkurs. d. off. Handelsges.* str. 66 uw. 1., — Kaserer str. 245, — Kissling str. 299., — Schwarz I str. 240., II str. 463., — Frankl. *Zur Revision* str. 113, Ofner *zur Lehre v Zwangsausgl.* w *Jur. Bl.* 1893 str. 293, Pollak str. 393.

Wprowadzeniem do konkursu kupieckiego (ob. wyżej rozdz. I pod III) układu przymusowego (t. zw. „ugody przymu-

*) Dotychczas używany jest powszechnie wyraz „ugoda przymusowa“ — który odpowiada używanemu w niem. ustawie konk. wyrazowi *Zwangsvergleich*, — nie odpowiada zaś użytemu w austriackiej ustawie wyrazowi „*Zwangsausgleich*“, ani też istocie rzeczy. Ugoda w znaczeniu prawnem jako umowa, wymaga objawionej zgody w wszystkich w niej udział mających,

sowej“ *Zwangsausgleich*, §. 207—245. u. k.), ustawa podaje środek zakończenia konkursu, niezależny ani od rozdziału całego majątku dłużnika między wierzycieli, ani też od jednomysłnej ich zgody, lecz od zgodzenia się pewnej w ustawie określonej (ukwalifikowanej) ich większości z dłużnikiem, choćby wbrew woli reszty, która się woli większości poddać musi. Skutki takiego zakończenia konkursu wiążą wszystkich wierzycieli konkursowych, a tem samem nawet i tych, którzy ze swemi wierzytelnościami do konkursu się nie zgłosili, albo też na postanowienia układu się nie zgodzili (§. 207. u. k.).

I. Po ukończeniu ogólnej rozprawy likwidacyjnej (§. 106. u. k.) w konkursie kupieckim i na wniosek odpowiedni, wprowadzone być może przez sąd t. zw. postępowanie układowe (*Ausgleichsverhandlung*), którego celem jest doprowadzenie do zakończenia konkursu w sposób, na jaki się zgodzi wskazana w ustawie większość uprawnionych do tego wierzycieli konkursowych (§. 207. u. k.).

O historii układu przymusowego ob. Fuchs *Konkursverf.* str. 76 n., Endemann w *Z. f. deutsch. Zivilproz.* 12. str. 24. n., Stobbe *Zur Gesch. d. älteren deutsch. Konkursproz.* str. 75., Kohler *Lehrb.* str. 445., *Leitf.* str. 273. n., Ciuntu *Der Zwangsausgl. im Konk.* str. 7. n. Historycznych początków układu przymusowego (*Zwangsvergleich*, *Gantvergleich*, *accord*, *concordat*), odnajdują już w pr. rzymskiem. Jeśli dziedzic powołany obawiał się objąć dziedzictwo obciążone długami, pretor zwoływał wierzycieli, a skoro większość ich zgodziła się na opust długów, mniejszość poddać się temu musiała — *famae*

inaczej do skutku dojść nie może; t. zw. „ugoda“ przymusowa charakteryzuje się zaś właśnie tem, iż przychodzi do skutku mimo sprzeciwienia się, a więc wbrew woli pewnej części wierzycieli, więc jest wprost przeciwieństwem „ugody“, a potrzeba jej okazuje się właśnie tam, gdzie „ugody“ niema. Jest to tylko kwestya terminologiczna, lecz niewłaściwa ta terminologia była, zd. m., główną przyczyną mylnej konstrukcyi prawnej samego aktu, a więc unikać jej należy tembardziej, że ustawa austryacka zna także załatwienie konkursu rzeczywistą „ugodą“ (§. 156 do 158), która istotnie różni się od układu przymusowego.

defuncti conservandae gratia. L. 7 §. 19 *D. de pactis* (2, 14). L. 8, 9, 10 eod., L. 23 *D. quae in fraudem* (42, 8). Justynian podobne postanowienie wydał pod względem prolongacyi długów (t. zw. *Quinquenell*. L. 8. *C. qui bonis ced-poss.* (7. 71.)). Włoska jurysprudencya dopuszczała majoryzowania wierzycieli w przypadkach, gdy dłużnik umknął; gdy się zaś spostrzeżono, że tym sposobem traktowano nierzetelnego dłużnika lepiej, aniżeli rzetelnego, poczęto dopuszczać majoryzowania ogólnie w przypadkach niewypłacalności. Z Włoch rozszerzyło się to postępowanie na Hiszpanię, Francję i Holandję, później i na Niemcy. Szczegóły ob. u Kohlera *Lehrb.* str. 445. i *Mot. proj. niem.* str. 1531. n. W krajach austriackich zasada majoryzowania wierzycieli przy załatwieniu konkursu znaną już była w ord. wekslowej z 10. września 1717. art. LIII, gdzie wymagano większości $\frac{2}{3}$ *chyrographariorum*, toż samo w art. 53. środk. austr. ord. handl. i weksl. (*Mercantil- u. Wechselordnung*) z 20. maja 1722. W ordynacyi konkursowej Karola VI (*Fallimentsordnung*) z 18. sierpnia 1734 dla Austrii pow. i poniżej Anizy wymagano już nawet tylko prostej większości. Treść przepisów tych podaje Kaserer str. 246. n. *Proced. józef.* (§. 354—361) i *galic.* (§. 468. n.) t. zw. *pactum praejudiciale* (o opust na podstawie zgody większości) dozwalały tylko pod warunkiem, że ktoś trzeci resztę zapłacić się zobowiąże. Projekt Lichtenfelsa z r. 1845—1848., który stanowił podstawę prow. węgierskiej ord. konk. z r. 1853, zwraca się w motywach swoich stanowczo przeciw zasadzie majoryzowania wierzycieli (ob. wyd. tego proj. str. 153 n., także u Kaserera l. c.), a w §. 221, tego proj. stanowi: *ze: eine Behandlung der Gläubiger, wodurch sie gegen ihren Willen genötigt würden, einen Teil ihrer Forderungen nachzulassen, soll nicht stattfinden.* W ciągu prac parlamentarnych w r. 1863. większość komisji oświadczyła się za układem przymusowym (sprawozd. W. Mühlfeld), mniejszość (sprawozd. W. Riehl) przeciw niemu. Obydwa sprawozdania ob. u Kaserera str. 250. n. W r. 1868 przeważało zdanie za układem przym., jednakże tylko w konkursie kupieckim — i z tem ograniczeniem wszedł układ przymusowy do ustawy. Ustawa konk. niemiecka nie wyróżnia kupieckiego konkursu — to też układ przymusowy tam dopuszczalny jest dla wszystkich konkursów.

Wniosek dłużnika powinien mieścić w sobie treść projektowanego układu, w szczególności także podać spo-

sób zaspokojenia wierzycieli i zabezpieczenia ich pretensyi. Zwyczajnie zaprojektowany zostaje opust pretensyi, wyrażony w stosunku procentowym. To jednak nie jest koniecznem, gdyż projekt dążyć może n. p. do prolongowania płatności bez opustu, albo łączyć w sobie, jak to najczęściej bywa, jedno i drugie. Czy i w jaki sposób wykonalność układu ma być zabezpieczoną, powinno być również w projekcie wyrażonem, jeśli wierzyciele mają się decydować do zawarcia go (arg. §. 214 u. k.).

Wyraźnie tego wymaga §. 174. niem. ust. konk.

Zabezpieczenie takie może nastąpić w rozmaity sposób: przez zastaw, porękę, przyjęcie długu przez trzecie osoby i t. p. Czy jest wystarczającym, ocenić jest rzeczą większości wierzycieli, uprawnionych do głosowania. Dopóki układ przez wierzycieli w sposób ustawą przepisany w całej treści przyjęty nie zostanie, dłużnik może projekt zmienić lub cofnąć.

Niektóre prawodawstwa dopuszczają wnioski na układ przymusowy tylko pod warunkiem, że pewne *minimum* procentowe wierzycielom zaoferowane zostaje (n. p. §. 200 ust. konk. węg.). Zdanie Pollaka str. 419., że sąd powinien odrzucić z góry projekt, jeśli tenże nie odpowiada ustawowym wymogom, uważam za myłne. Tę okoliczność bowiem sąd podług §. 228 u. k. oceniać ma dopiero przy badaniu, czy układ zatwierdzić ma czy nie. Odrzucenie projektu *a limine* nastąpić może tylko w przypadkach w §. 208 wyczerpująco wyliczonych.

Wniosek dłużnika sąd odrzucić musi w przypadkach w §. 208 wymienionych, mianowicie: a) jeśli firma dłużnika nie jest wpisaną w rejestrze handlowym przynajmniej od 2 lat od ogłoszenia konkursu wstecz licząc, b) jeśli krydaryusz już raz znajdował się w stanie upadłości lub w postępowaniu układowem, c) jeśli z powodu długów zbiegł i dopóki nie powróci, d) jeśli oskarżony jest o zbrodnię z chęci zysku pochodzącą lub o występpek zawinionej krydy po myśli §. 486 lit. g ust. kar., dopóki uwolnienie

od oskarżenia nie nastąpi, e) jeśli nie prowadził żadnych ksiąg handlowych, lub tylko tak wadliwe, iż mimo dochodzeń w konkursie stanu jego majątku, a szczególnie wysokości długów ocenić nie można, f) jeśli odmawia przedłożenia wykazu majątku i długów lub wzbrania się żądaniego zaprzysiężenia tegoż. Gdyby po wprowadzeniu postępowania układowego dłużnik oskarżony został o zbrodnię z chęci zysku pochodzącą, postępowanie musi być zaniechane, a wznowione być może dopiero po uwolnieniu jego od oskarżenia (§. 208).

Mylnie zd. m. podają jako motywum tych przepisów okoliczność, iż postępowanie układowe ma być dobrodziejstwem dla dłużnika, które należy się tylko rzetelnym dłużnikom (Pollak str. 401, Trammer str. 314., — por. sprawozd. komisji I. posłów z r. 1863, lecz tylko co do punktu b.). Właściwym powodem uchylenia postępowania układowego w tych przypadkach jest podejrzenie nieczystego ukrywania właściwego stanu majątku, a tem samem obawa, iżby wierzyciele nie zostali pokrzywdzeni. Okoliczność, iż dłużnik jest „niegodnym“, nie może być sama przez się decydującą, ponieważ postępowanie układowe nie tylko w interesie dłużnika, lecz — i to głównie — w interesie wierzycieli, a co najmniej w obopólnym interesie jest wprowadzone.

II. Uprawnionymi do głosowania nad układem są tylko ci wierzyciele konkursowi, którzy, ze względu na żądany stopień pierwszeństwa i na stan funduszu zaspokojenia, albo wcale nie, albo też tylko w części zaspokojeni być mogą, a to tylko co do tych wierzytelności, które w konkursie albo ostatecznie, albo też co najmniej wyrokiem pierwszej instancyi uznane zostały za prawdziwe, albo wreszcie, które sąd konkursowy uzna za zdadne do uzasadnienia prawa głosowania (§. 209 u. k.). Nie mają więc prawa głosowania 1) uprawnieni do żądania zwrotu (wyłączenia, ob. wyżej rozdz. VII), 2) t. zw. wierzyciele realni (ob. wyżej rozdz. VIII), 3) wierzyciele masy (ob. wyżej r. IX), 4) z pomiędzy wierzycieli konkursowych zaś ci, którzy ze względu na przyznane im pierwszeństwo całkowite zaspokojenie otrzymać muszą (§. 212 u. k.).

Prawa tych osób układem przymusowym w niczem naruszone nie zostają (§. 225 u. k. ob. poniżej pod III).

III. Warunkiem dojścia do skutku układu przymusowego jest, iżby na projektowaną przez dłużnika jego treść zgodziła się ilość wierzycieli, uprawnionych do głosowania, wynosząca (podług głów) przynajmniej dwie trzecie części obecnych przy rozprawie bądź osobiście, bądź przez pełnomocników, a których wierzytelności razem zliczone co najmniej trzy czwarte części wszystkich do głosowania uprawniających wierzytelności wynoszą.

Pod względem treści układu ustawa następujące stawia wymogi, w braku których do skutku dojść nie może:

1) Objęte nim być muszą wszystkie, aż do dnia jej zawarcia zgłoszone wierzytelności (§. 221 u. k.).

2) Wierzyciele konkursowi, którym służy pierwszeństwo, nie mogą być zniewoleni do ustąpienia czegokolwiek z praw swoich. Muszą być oni, jeśli się tego nie zrzekną, zaspokojeni całkowicie z rozporządzałnego funduszu (§. 222 u. k. ust. 1).

3) Wszyscy wierzyciele, którym podług ustawy służy równy między sobą stopień pierwszeństwa, muszą w układzie otrzymać równe prawa, chyba, że upośledzeni zgodzą się wyraźnie na gorsze traktowanie (§. 222 ust. 2).

Niezbędnym wymogiem układu przymusowego jest bezwarunkowo równe traktowanie wierzycieli. Układem nie mogą być przyznane inne warunki większości, a inne mniejszości, inne obecnym i głosującym, a inne nieobecnym lub niegłosującym, a to ani pod względem stopy procentowej, w jakiej zaspokojenie zastąpić ma, ani pod względem ich zabezpieczenia, czasu wypłaty i t. p. Odnosi się to jednak tylko do wierzycieli, którzy nie mają być podług ustawy całkowicie wypłaćeni, ale też do nich bez względu na to, czy są obecni lub nie, czy się z układem zgadzają, czy też mu się sprzeciwiają. Jedyne wyjątek stanowi, jeśli sami na gorsze traktowanie się zgadzają. „Równe prawa“ należy rozumieć w znaczeniu materialnem, nie formalnem. I tak n. p. gdyby wierzycielom, którzy mają wymówioną rozmałą stopę procentową od swoich wierzytelności, przyznano w układzie równy procent n. p. 5⁰/₀, ta równość formalna byłaby nierównością

materyalną, gdyż ten, ktoby miał do żądania n. p. 6%, poniósłby stratę, ten, ktoby miał 4%, zyskałby na tem (por. n. p. orz. 11118). Natomiast, gdyby komu nieprzyznano całkiem należącego mu się procentu, lecz dano mu ekwiwalent odpowiedni u. p. w przykróceniu terminów spłaty, byłby on formalnie nierówno, materyalnie zaś równo traktowany.

4) Wierzyciele konkursowi, którzy w porządku ustawą wskazanym idą po innych, nie mogą być bez przyzwolenia tychże innych w układzie uwzględnieni, dopóki ci inni potrącenia doznawają (§. 222 ust. 3).

5) Zabezpieczenie spornych wierzytelności na przypadek ich późniejszego uznania musi nastąpić podług tej samej miary, jaką przyjęto dla wierzytelności niespornych (§. 223 u. k.).

6) Układem nie mogą być ograniczone prawa, jakie służą wierzycielom do ręczycieli, solidarnych spółdłużników krydaryusza lub regresowo wobec nich zobowiązanych żyrantów (§. 224 u. k.).

7) Nie mogą być też naruszone układem prawa wierzycieli masy, uprawnionych do żądania wyłączenia (zwrotu) i wierzycieli realnych.

Każda po za ugodą przymusową zawarta umowa, którąby przedmiotom do majątku ugodowego należącym dano inne aniżeli właściwe przeznaczenie, lub wierzycielowi, na którego wierzytelność uгода się rozciąga, przyznawano większe korzyści albo lepsze warunki, aniżeli podług §. 222 i 223 u. k. są dopuszczalne — jest nieważną (§. 226 u. k.).

O ile takie, przepisowi §. 222 i 223 sprzeciwiające się postanowienia byłyby zawarte w samym układzie, musiałyby spowodować odmowę zatwierdzenia (§. 228 l. 2). Gdyby umówienia się takie zawarte były z wierzycielami poza układem przymusowym, byłyby nieważne. Przykłady takich nieważnych umów ob. Schwar z I str. 246—247.

Ustawa nie ogranicza zagrożonej tu nieważności do umów dłużnika, albo nawet do takich, w których dłużnik

choćby pośredni udział miał. Nieważne są więc takie umowy, bez względu na to, kto je zawierał, choćby nawet bez wiedzy dłużnika.

Por. orz. 15640, szczeg. mot. I inst., także orz. *Neue Folge* 173. Jeśli w takiej umowie osobnej wierzyciel przyjmuje gorsze warunki, aniżeli w wkładzie innym równouprawnionym przyznano, umowa taka nie jest nieważną (*arg. a contrario* z §. 226 u. k.). Nieważnym byłoby n. p. zapewnienie wierzycielowi wyższej dywidendy lub zabezpieczenia którego inni nie mają, ważnym zaś zrzeczenie się wierzyciela, choćby na rzecz dłużnika — dywidendy mu podług układu przypadającej. Natomiast nieważną byłaby umowa, w której dłużnik, choćby tylko warunkowo, t. j. gdyby przyszedł do majątku, wierzycielowi całkowitą lub przynajmniej lepszą aniżeli innym zapłatę przyrzeka (por. orz. 5649). Jeżeli sama umowa odrębna jest nieważna, to i wszelkie zabezpieczenie jej przez zastaw, porękę i t. p. jest nieważne (§. 1351 u. c., por. orz. 11040). W jednym przypadku (orz. 15640) Najw. tryb. przyjął zasadę, że odrębne umowy tylko wówczas są nieważne, jeśli zawarte zostały ze względu na układ przymusowy, zatem uznał, mimo później zawartego układu, umowę, mającą znamiona §. 226, za ważną, ponieważ została zawartą jeszcze przed ogłoszeniem konkursu, układem przymusowym zakończonemu.

IV. Ażeby układ mógł być skuteczny, musi być przez Sąd konkursowy zatwierdzony (§. 227 u. k.).

Przed powzięciem decyzji co do zatwierdzenia sąd powinien zbadać następujące okoliczności:

1) czy uczyniono zadość warunkom, jakich ustawa wymaga do wprowadzenia i zawarcia układu i czy dopełniono istotnych form postępowania konkursowego i układowego, do których w szczególności należą także i te, które mają na celu zapewnić wierzycielom wczesne zgłoszenie się ze swemi wierzytelnościami i wykonywanie prawa głosowania. jak niemniej ułożenia wiarygodnego bilansu;

2) czy projektowany układ odpowiada pod względem swej treści wymogom ustawowym, albo wogóle nie zawiera postanowień ustawą niedozwolonych (§. 221—225 u. k., ob. wyżej pod III).

Gdyby badanie tych okoliczności przyniosło rezultat ujemny, sąd winien odmówić zatwierdzenia projektowanego układu. W przeciwnym razie zatwierdzić go musi. W żadnym przypadku zmienić go nie może. Wolno mu tylko za pośrednictwem komisarza konkursowego usunąć braki formalne, które bez nowej rozprawy usunąć się dadzą (§. 227 u. 2). W dalsze natomiast badanie wewnętrznych postanowień projektowanego układu i okoliczności, czy jest odpowiedni celowi, sądowi konkursowemu wdrażać się nie wolno, a wątpliwości w tym kierunku poruszone, nie mogą uzasadnić odmowy zatwierdzenia (§. 228 u. k.).

Ustawa niemiecka w brzmieniu z 17. maja 1898 (§. 187) każe odmawiać zatwierdzenia układu przymusowego, jeśli w nim wierzycielom nie zapewniono przynajmniej 20% (piątej części) ich pretensyi, a rezultat ten przypisać należy nierzetelnemu zachowaniu się dłużnika, — poza wola zaś odrzucić, jeśli rezultat ten lekkomyślnemu postępowaniu dłużnika przypisać należy. Dawniejsza ustawa tego przepisu nie zawierała. Natomiast tak nowa jak i dawniejsza mieści w sobie postanowienie, że odmowa nastąpić ma (wprawdzie nie z urzędu, lecz na wniosek jednego z wierzycieli), jeśli układ spółnemu interesowi wierzycieli konkursowych się sprzeciwia. Ogólnikowe to sformułowanie daje sędziemu obszerne pole badania. W ust. austr. kwestya, jak daleko rozciągać się ma *causae cognitio* sędziego, jest natomiast dokładnie określona. Sędzia poza granice §. 228 u. k. wyjść nie jest upoważniony (por. orz. 15693, w którym Najw. tryb. zatwierdził układ, chociaż się okazywało, że wierzyciele większą dywidendę, aniżeli im w układzie przyznano, otrzymać mogli). Natomiast następuje nieważność układu już zawartego, jeśli dłużnik już po układzie zbrodni oszustwa winnym został uznany (§. 241), albo jeśli zachodzą warunki unieważnienia umowy przewidziane w powsz. prawie cyw. (§. 242 u. k., ob. poniżej). W szczególności nie jest dopuszczalnem odmówienie zatwierdzenia z powodu, że sąd dojdzie do wiadomości, iż z niektórymi wierzycielami zawarto odrębne umowy. Pominąwszy bowiem, że w §. 228 ust. 2 są powołane §. 221—225, a nie jest powołany §. 226, który o takich odrębnych umowach traktuje, unieważnienie układu z powodu takich umów już dlatego byłoby bezprzedmio-

towe, ponieważ one właśnie podług tego §-fu są bezwzględnie nieważne, zatem ich niema. Tak też przeważna część autorów (Schwarz I str. 247, Frankl *Zur Revision* str. 121 n., Nowak w *Ger. Ztg.* 1875 r. str. 298, Trammer str. 334 i judykatura: Pollak por. orz. 11118, 11559, 14662, przeciwnie str. 407, Ofner w *Jur. Bl.* z r. 1893 nr. 25).

Samo zatwierdzenie ugody jeszcze nie powoduje zakończenia konkursu. Sąd uzna konkurs za ukończony dopiero wtedy, gdy zarządca postara się o zabezpieczenie wierzycieli masy i uprawnionych do wyłączenia, tudzież o ustanowienie innych w ugodzie przymusowej postanowionych zabezpieczeń i wykaże się z tego (§. 235 u. c.).

Że układ przymusowy odpowiada potrzebom społecznym, dowodzi okoliczność, że znają go prawie wszystkie prawodawstwa świata cywilizowanego: Niemcy, Francja, Belgia, Holandia, Dania, Włochy, Węgry, Rumunia, Szwajcaria, Hiszpania, Portugalia, Anglia, Stany Zjednoczone, Brazylia, Japonia. W szczególach oczywiście się różnią. Wzorem dla tych prawodawstw był głównie kodeks handlowy francuski z 1807. Wszędzie też są przyjęte główne tegoż zasady: uchwała większości wierzycieli, badanie i zatwierdzenie przez sąd, możność zniesienia jej z pewnych powodów. Następuje ona dwie bardzo ważne korzyści, t. j. z jednej strony wierzycielom szybkie zaspokojenie, o ile ono jest możebnem, z majątku upadłego dłużnika, a to bez długiej, kosztownej i uciążliwej procedury konkursowej, — z drugiej strony dłużnikowi rychłe uporządkowanie jego stosunków majątkowych przez uwolnienie go od części ciężących na nim zobowiązań, a tem samem możność rozpoczęcia na nowo czynności zarobkowej, która uczciwym dłużnikom daje środek dobrowolnego późniejszego zaspokojenia wierzycielom ubytku, jakiego doznali. Przeciw nadużyciom możebnym chronią wierzycieli kautele ustawowe.

Od układu przymusowego odróżnić należy urządzenia zaprowadzone w niektórych ustawodawstwach w celu odwrócenia grożącego konkursu (*Präventivakkord, concordat préventif, Konkursabwendungsvergleich, Vor konkurs, Ausgleichsverfahren*). Takie urządzenia istnieją we Francji, Anglii, Szwajcaryi, Holandyi, Hiszpanii, Portugalii, Norwegii, Brazylji, Argentynie, Japonii, a w najnowszych

czasach także we Włoszech (1903). Ob. Kohler *Leitf.* §. 28. W Austrii t. zw. postępowanie ugodowe (*Ausgleichsverfahren* zaprowadzone było rozp. z 18. maja 1859 l. 90 dz. u. p., a względnie ust. z 17. grudnia 1862 l. 97 dz. u. p. (ob. o tem Reich *Das Ausgl. Verf. in Oesterreich* 1865) i obowiązywało aż do powsz. ust. konk. z 1868 r. *De lege ferenda* przemawia za tem gorąco Frankl *Zur Rev.* str. 12 n., 15 n., przeciw temu Pollak str. 12 uw. 27, który z pewną słusnością podnosi, że wobec tego, iż do takiego prewentywnego postępowania potrzeba dokładnego stwierdzenia aktywów i pasywów i zaufania godnego zarządu temi ostatniemi, więc niezego nie brak do postępowania konkursowego — prócz tegoż porządku i pewności.

XXVII.

O skutkach układu przymusowego i nieważności jego.

I. Skoro uchwała, którą sąd zatwierdzi układ przymusowy (§. 227 u. k.), stanie się prawomocną, komisarz konkursowy winien wygotować go „we formie i ze skutkiem prawnym ugody sądowej, zawartej między wierzycielami konkursowymi z jednej, a dłużnikiem i tymi, którzy jako ręczyciele i płacący i t. p. do niego przystąpili, z drugiej strony“ (§. 232 u. k.). Wygotowanie to jest dokumentem publicznym z mocą zupełnego dowodu na fakt, że układ treści w nim zawartej stanął i przez sąd prawomocnie został zatwierdzony (§. 292 proc. cyw.). Materyalnie uzasadnia układ przymusowy prawa i obowiązki, treścią objęte.

Ugodą w znaczeniu prawa materyalnego, ani też ugodą sądową układ przymusowy nie jest. Każda bowiem umowa, a tem samem i ugoda, obowiązuje i uprawnia tylko osoby, które ją zawierały, a względnie na treść jej się zgodziły; — układ przymusowy przeciwnie obowiązuje i uprawnia podług swej treści wszystkich wierzycieli konkursowych, których wierzytelności nim objęte zostały, a zatem i tych, którzy ze swemi wierzytelnościami wcale do konkursu się nie zgłosili, w układzie udziału nie brali, lub też, biorąc w nim udział, treści układu się sprzeciwili

(§. 207 u. k.). Ponadto układ przymusowy nie odpowiada znamionom §. 1380 u. c., wedle którego istota ugody polega na tem, że nią sporne lub wątpliwe prawa określone zostają między stronami, czyli innymi słowy, że wątpliwe lub sporne prawa stają się na mocy ugody prawami niewątpliwymi i niespornymi. Tymczasem układ przymusowy takiego skutku nie odnosi. O ile bowiem objęte nim zostały wierzytelności w konkursie ustalone (§. 119 ust. 3 i 4 u. k.), nie są one ani sporne, ani wątpliwe, o ile zaś w czasie zawarcia układu były sporne lub wątpliwe, — nie przestają być takimi przez zawarcie układu i mimo zawarcia tegoż drogą procesu muszą być dochodzone (§. 223, 224, 236, 237 u. k.). Gdy w końcu ani wierzyciele, ani dłużnik nie mają bynajmniej obowiązku przy układzie uznawać prawdziwości lub stopnia zaspokojenia zaprzeczonych przez siebie w konkursie wierzytelności, układ przymusowy sam przez się nie może stanowić tytułu egzekucyjnego, jakim jest ugoda sądowa (§. 1 ust. 5 ord. egz.). Jeżeli więc wierzyciele, których wierzytelności w konkursie nie zostały zaprzeczone a zatem są ustalone, po zawartym układzie przymusowym nie potrzebują wytaczać procesów lecz drogą egzekucyi mogą dochodzić swych wierzytelności przeciwko dłużnikowi, to dzieje się to nie na podstawie układu, lecz na podstawie ustalenia w konkursie (§. 55 u. k.), a tytułem egzekucyjnym jest wówczas nie układ przymusowy jako taki, lecz wyciąg z protokołu likwidacyjnego (§. 121 u. k.).

Większość autorów (z wyjątkiem może Pollaka szczeg. str. 426 n.), przyznaje układowi przymusowemu charakter tytułu egzekucyjnego, opierając się na §. 1 ust. 7 ord. egz. Tak Schwarz II str. 482, Trammer str. 336, Czörnig Vorles. str. 4, Neumann Kom. z. Exec. Ord. str. 21, Schauer Exc. Ord. ad §. 1 ust. 7 ord. egz. Brzmienie tegoż paragrafu wcale do tego nie uprawnia: „*im Konkursverfahren abgeschlossene, gerichtlich bestätigte Vergleiche*“. Podobnie kwestya stała także i w Niemczech na podstawie §. 194 u. k., który wyraźnie przyznaje moc egzekucyjną układowi przymusowemu co do pretensyi w konkursie ustalonych. Jednakże i tam,

mimo tak wyraźnego uznania w ustawie — poczytują za tytuł nie układ, lecz ustalenie konkursowe. Ob. J ä g e r str. 794.

II. Jeżeli w układzie postanowiono opuścić dłużnikowi część długu (co niekoniecznie nastąpić musi, lecz najczęściej się zdarza), dłużnik zwolniony zostaje od obowiązku zapłaty ubytku, jaki stąd wierzycielom powstaje (§. 233 ust. 1 u. k.). Ten skutek zwolnienia dłużnika od zapłaty niedoboru może być wprawdzie w układzie ograniczony, lecz ograniczenie takie ważne jest tylko o tyle, o ile nie narusza zasad równego traktowania wierzycieli, wyrażonych w §. 222 i 223 u. k.

Uwolnienie dłużnika od zapłaty niedoboru ponad kwotę w układzie przymusowym ustanowioną, nie umarza pretensji wierzycieli, lecz ma tylko ten skutek, że wbrew woli swej dłużnik do zapłaty tego niedoboru zmuszony, a tem samem także o to sądownie skutecznie zaskarżony być nie może, a względnie, że przeciw ewentualnej skardze o zapłatę opuszczonej części pretensji służy mu zarzut opustu z zawartego prawomocnie układu przymusowego. Istnieje więc wierzytelność, o ile układem przymusowym pokryta nie została, i nadal, lecz tylko jako niezaskarżalna, której odpowiada zobowiązanie naturalne. Że się tak rzecz ma, wynika nie tylko stąd, że ustanowiona poprzednio poręka lub zobowiązanie solidarne spółdłużników układem przymusowym w niczem dotknięte być nie może (§. 224 u. k. i §. 1351 u. c.), lecz i stąd, że ustawa sama zupełną rehabilitację upadłego dłużnika, którego konkurs skończył się układem przymusowym, czyni zależną od tego, iżby tenże dłużnik się wykazał, że cały niedobór jakiego wierzyciele doznali, został im wyrównany (§. 253 u. k.).

O zobowiązaniach naturalnych ob. moje *Pr. pryw.* III §. 319 pod II c i cyt. w uw. 15, nadto Unger w *Grünh. Ztsch.* 15 str. 379, Frankl *Konk. d. off. Handelsges.* str. 73, Schruttk a *Kompens.* str. 130, Pollak str. 426. Nie jest to tylko „moralny“ obowiązek, jak K a s e r e r str. 270, Trammer str. 337 utrzymują, ani też tylko „honorowy“ dług, lecz zobowiązanie rzeczywiste, ale niezaskarżalne.

Zwolnieniem od reszty długu nie może się jednak bronić dłużnik, który dopuścił się zbrodni oszustwa z §. 199 lit. f ust. karn. (t. z. krydy oszukańczej) lub występku z §. 486 lit. f ust. kar. (t. z w. zawinionej krydy), bez względu na to, czy przestępstwa te odnoszą się do konkursu, w którym układ był zawarty i bez względu na to, kiedy skazanie nastąpiło lub czyn popełniony został (§. 234 ust. 1 u. k. i arg. *a contr.* z §. 241 u. k.). Jeżeli z powodu takiego przestępstwa układ nie zostanie przez sąd uznany za nieważny, co nastąpić może w przypadku zbrodni oszustwa dopiero po zakończeniu konkursu a przed zupełnem tegoż wykonaniem, a w przypadku zawinionej krydy wcale nie (§. 241, 242 u. k., ob. niżej), każdy wierzyciel dochodzić może swej wierzytelności przeciw dłużnikowi w pełnej kwocie (bez opustu), jednakże bez uszczerbku prawom, jakie wierzycielom służą z mocy układu między sobą, jako też względem dłużnika i trzecich osób, które do układu jako ręczyciele i wypłatcy i t. p. przystąpiły (§. 234 ust. 2 u. k.), to znaczy, że dłużnik traci zarzut niezaskarżalności pretensyi, która jednakże może być poszukiwaną, o ile w układzie nie jest ubezpieczoną, tylko na majątku dłużnika, nie przeznaczonym dla wierzycieli konkursowych w układzie uwzględnionych, a przeciw osobom trzecim, które do niego przystąpiły tylko do wysokości w układzie ustanowionej.

III. Gdyby się okazało, że istnieją wierzyciele, których wierzytelności w zatwierdzonym prawomocnie układzie uwzględnione nie zostały, należy odróżnić, czy nieuwzględnienie ich w układzie a) należy przypisać ich winie, b) czy nie, lub c) czy krydaryusz zawinił pominięcie ich wierzytelności.

W żadnym z tych trzech przypadków pominięci wierzyciele nie mogą żądać zaspokojenia z majątku, przeznaczonego na dopełnienie układu, ani z majątku który pozostać ma w ręku wierzycieli albo ich pełnomocników, ani też zaspokojenia z przychodów przedsiębiorstwa krydaryusza, dopóki to przedsiębiorstwo wedle treści układu służyć ma na zaspokojenie uczestników tegoż (§. 236 u. k.).

Atoli w przypadku pierwszym (a) wierzyciele w układzie nieuwzględnieni wcale wierzytelności swej przeciw dłużnikowi dochodzić nie mogą. Cała ich wierzytelność staje się bowiem niezaskarżalną (*arg. a contr.* z §. 236 ust. 1), w drugim przypadku (b) mają prawo po zniesieniu konkursu dochodzić wierzytelności swej, jednakże tylko w procentowej części, ustanowionej w układzie (§. 236 ust. 1). W trzecim przypadku (c) mogą dochodzić całej swej pretensyi przeciw dłużnikowi, zawsze — jak wyżej powiedziano — z ograniczeniem do majątku przeznaczaniem układu niezwiązanego (§. 236 u. k. ust. 2).

IV. Prawomocnie zawarty układ przymusowy, który we wszystkich swych postanowieniach wykonany został, nie może być uznany za nieważny, chociażby się później okazało, że był zawarty na mylnych podstawach. Może on jednakże, zanim zostanie całkowicie wykonany, stać się nieważnym :

1) jeśli po zniesieniu konkursu skutkiem zawarcia układu dłużnik zostanie uznany winnym prawomocnie zbrodni oszustwa z §. 199 ust. f ust. karnej, a zbrodnia ta odnosi się do tego samego konkursu, w którym układ zawarto (§. 241 u. k.). W tym przypadku nieważność następuje już z mocy ustawy, t. j. bez potrzeby podniesienia jej przez jedną z osób interesowanych; sąd zaś winien skoro skazanie dłużnika dojdzie do jego wiadomości, orzec. że układ przymusowy stał się nieważnym, zarządzić ponowne otwarcie konkursu i ogłosić to zarządzenie edyktem (§. 243, 69 u. k.). Uznanie układu za nieważny, ma doniosłość jedynie deklaratoryjną, — zarządzenie otwarcia konkursu następuje z urzędu jako konieczne następstwo ustawowe nieważności układu. Wykazania, że między oszustwem a treścią układu istnieje związek przyczynowy, ustawa nie wymaga, a nawet dowód, że związek taki nie istnieje, nie zapobiega nieważności układu.

2) Nadto może nastąpić uznanie układu przymusowego za nieważny na żądanie jednego z interesowanych. W szczególności dozwala ustawa, po zakończeniu konkursu i zanim układ w całości został wy-

konany, każdemu wierzycielowi wniesienia skargi o unieważnienie układu przymusowego, opartej na okoliczności, która według powszechnego prawa cywilnego zdolną jest unieważnić zawartą umowę. Sąd wówczas zarządzi audyencyę celem ustalenia stron procesowych i zawiadomi o tem wszystkich wierzycieli, których wierzytelności układem objęte zostały, z tym dodatkiem, że wolno każdemu z nich przystąpić do procesu w charakterze towarzysza sporu po stronie powoda lub pozwanego. Wyrok na taką skargę zapadający, którym układ za nieważny uznany lub w ważności utrzymany zostaje, wiąże wszystkich w układzie interesowanych (§. 242 u. k.). Prowadzenie więcej takich procesów jest niedopuszczalne.

W czasie układania ust. konk. nie podnoszono wątpliwości co do tego, że układ przymusowy jest umową. Wątpliwości te podniósł dopiero o wiele później Schulze w swoim *Das deutsche Konkursrecht in seinen jurist. Grundlagen* (1880). Ustawa wychodzi tu z założenia, że układ jest umową i że tedy przepisy powszechnego prawa cywilnego, uzasadniające nieważność umowy, do kwestyi ważności układu przymusowego wprost zastosowane być mogą. W tem przypuszczeniu do danego wypadku zastosowane być mogą tylko §. 869—878 u. c. o „prawdziwem zezwoleniu“, gdyż kwestya „zdolności stron“ (§. 865 u.) i „możności świadczenia“ (§. 878 u. c.) już przy zatwierdzeniu układu rozpatrywaną i rozstrzygniętą być musi. Ażeby więc błąd lub przymus wpłynąć mógł na ważność układu, muszą zachodzić wszelkie warunki §. 871—878 u. c. Mimo to pozostaje wątpliwość, czy warunki te zachodzić muszą w osobie tego, kto na tej podstawie unieważnienia układu się domaga, czy też obojętnem jest, w osobie jakiego wierzyciela zaszły, a więc czy n. p. wierzyciel A., chociażby sam nie był działał pod wpływem błędu, może domagać się unieważnienia układu na tej podstawie, że wierzyciel B. przez dłużnika w błąd wprowadzony został? Potwierdzająco rozstrzyga tę kwestyę Pollak str. 430, twierdząc, że skarga jest uzasadnioną, chociażby błąd nie zaszedł w osobie skarżącego, a nawet ten, kto w błąd wprowadzony został, wcale nie głosował. Że to rozstrzygnięcie nie odpowiada przepisom §. 869—878 u. c., które do skargi legitymują tylko

tego, kto w pośród okoliczności tam wymienionych działał pod wpływem błędu, zdaje mi się niewątpliwem.

Jeśli wyrokiem nieważność układu orzeczoną zostanie prawomocnie, nastąpić musi i w tym przypadku ponowne ogłoszenie konkursu. Konkurs po unieważnieniu układu przymusowego ponownie ogłoszony, układem przymusowym zakończony być nie może.

Przepisy o nieważności układu przymusowego zd. m. nie odpowiadają ogólnej potrzebie i często wchodzić mogą w sprzeczność z interesem wierzycieli. W szczególności tyczy się to tych postanowień, w których unieważnienie następuje z urzędu t. j. bez żądania interesowanych (§. 241 u. k.). Względem moralności publicznej, którymi motywują takie postanowienie (n. p. Kaserer str. 275, *...weil dadurch dem allg. Sittlichkeitsprinzipie ...Rechnung getragen wird...*, podobnie Pollak str. 430), staje się już zadość przez skazanie dłużnika za oszustwo. Pomijając zaś, czy między skazaniem takim a układem przymusowym istnieje zawsze związek przyczynowy (którego ustawa nawet nie wymaga), kwestya, czy takie skazanie ma pociągnąć za sobą skutki cywilne dla osób interesowanych, powinna być tymże interesowanym pozostawioną. Bardzo być może, że interesowani, mimo takiego skazania, poprzestają zechcą we własnym interesie przy postanowieniach i ubezpieczeniach układu przymusowego i nie zechcą się zapuszczać w dalsze komplikacje tem bardziej, że z reguły przewidzieć nie można, czy tracąc dotychczasowe korzyści i zabezpieczenia, przez ponowne ogłoszenie konkursu lepszy osiągną rezultat. Drugą niewłaściwością przepisów austriackich jest, że na żądanie jednego choćby wierzyciela, który potrafi udowodnić, że n. p. w błąd wprowadzony został, unieważnienie układu następuje ze skutkiem dla wszystkich (§. 242 u. k.), którzy może wcale pod wpływem błędu nie działali, a obecnie tracą wszelkie, należycie przez siebie obliczone korzyści i z konieczności wdawać się muszą w procesa i komplikacje, których wcale nie pragną. To ostatnie postanowienie może nawet doprowadzić do tego, że dłużnik nierzetelny, który załuje zawarcia układu, w porozumieniu z jednym z wierzycieli umyślnie doprowadzi do wyroku unieważniającego układ cały, z krzywdą dla wszystkich innych. Daleko odpowiedniejsze wydają mi się przepisy ust. konk. niemieckiej, wedle których bezskuteczność układu przymusowego nigdy z urzędu, lecz

tylko na żądanie interesowanego i tylko ze skutkiem dla niego samego orzeczoną być może, a tylko w razie skazania dłużnika za oszustwo ten skutek za sobą pociąga, że dłużnik taki uwolnienie od płacenia reszty wobec wszystkich wierzycieli traci, natomiast wszelkie korzyści i zabezpieczenia w układzie ustanowione wierzycielom i nadal pozostają. (§. 196—198 nowej §. 181—184 dawnej ust. konk. niem.), Ob. *Mot.* str. 1548 n.

W obydwóch w tekście przytoczonych przypadkach (1, 2) granicami czasu, w pośród których nieważność nastąpić może, są: z jednej strony zakończenie konkursu, z drugiej zupełne wykonanie układu. Te granice czasu są mi całkiem niezrozumiałe. Jeżeli oszustwo, za które dłużnik skazany został, zdolne było wpłynąć na treść układu, nie powinno czynić różnicy, czy skazanie nastąpiło przed, czy po wykonaniu tegoż. Co najwyżej należało ustanowić pewien ściśle określony czas przedawnienia (n. p. trzech lat), po upływie którego skazanie już nie miałoby pociągać za sobą nieważności jego, a nie zaś czynić zależną ważność lub nieważność układu od okoliczności tak przypadkowej, jak data prawomocności wyroku karnego. Zresztą pytanie zachodzi często trudne do rozstrzygnięcia, czy układ jest już całkowicie wykonany. Cóż n. p. jeśli dłużnik zapłacił już krociowe sumy, a przez zapomnienie lub pomyłkę rachunkową jednemu z wierzycieli nie dopłacił dziesięciu koron? Cóż jeśli dłużnik został uznany usiłowanej zbrodni oszustwa? Wobec tego, że podług §. 8 ust. karn. już samo usiłowanie czynu karogodnego jest zbrodnią, zdawałoby się, że pytanie to potwierdzająco rozwiązać należy. Z drugiej strony jednak brak związku między oszustwem a treścią układu jest w tym przypadku oczywisty. Dlaczegoż więc burzyć mozolnie często dokonaną budowę układu, jeśli jest stwierdzone, że taki sam układ byłby zawarty, choć dłużnik byłby sobie najrzetelniej postępował. Podobnie nieusprawiedliwiony jest przepis, że po unieważnieniu jednego układu już drugi nie może być zawarty. Wszak możliwość zawarcia układu wprowadzono nietylko w interesie dłużnika lecz i wierzycieli. Dlaczego wierzyciele mają być pozbawieni korzyści, jakie im następuje z ważnością układu, z tego powodu, że dłużnik popełnił oszustwo? Czy nie wystarczyłoby pozbawić w takim wypadku dłużnika opustu lub innych korzyści z układu, tak jak to czyni §. 234 u. k., a pozostawić wierzycielom zabezpieczenia i rygory przyznane im w układzie? Jak więc z jednej strony ustawa, pod złe użytem hasłem

moralności publicznej, wbrew woli interesowanych, burzy układ i przez cofanie wykonanych już może w wielkiej części postanowień jego tworzy nieskończone komplikacje, tak z drugiej strony, aby to przeprowadzić, zrywa z podstawowymi zasadami procesowymi, rozciągając skutki wyroku unieważniającego na osoby, które w procesie udziału nie miały, które tych skutków nie pragnęły, a którym one znaczną często szkodę spowodować mogą.

V. Skutkiem nieważności układu powraca w ogólności wszystko do stanu, w jakim się znajdowało przed jego zawarciem. Korzyści i opusty, przyznane w układzie dłużnikowi, tracą więc skuteczność, a wierzytelności, zredukowane pod względem możliwości dochodzenia, odzyskują pełną moc prawną. Z drugiej strony odpadają też wszelkie zobowiązania przyjęte wobec wierzycieli przez trzecie osoby, które do układu po stronie dłużnika przystąpiły, jak niemniej zabezpieczenia, które wierzycielom w układzie przyznano (§. 244 u. k.).

W ponownie otwartym konkursie mają prawo wziąć udział nie tylko dawni wierzyciele konkursowi, chociażby poprzednio nie byli zgłosili swych wierzytelności, lecz także i ci, których wierzytelności powstały w czasie między uchycieniem a ponownym otwarciem konkursu (§. 234 u. k.). W projekcie rozdziału, który w ponownie otwartym konkursie miały być sporządzone, dolicza się do nowego stanu długów dawny stan długów, o ile jest ponownie zgłoszony, a do istniejącego majątku dolicza się fundusz, wypłacony na podstawie ugody tym wierzycielom, którzy ponownie się zgłosili i na tej podstawie oblicza się dywidendę przypadającą na każdego dawnego wierzyciela. Tego co dawni wierzyciele w dobrej wierze już otrzymali, w żadnym razie zwrócić już nie są obowiązani — natomiast mają prawo pobrać nadwyżkę, jakaby im przypadła z istniejącego majątku.

Zugsehwerdt str. 246 n. twierdzi, że przypadek, iżby wierzyciele dawni mogli być obowiązani do zwrotu nigdy nastąpić nie może i przytacza przykład taki: Gdyby majątek w nowym konkursie do rozdziału przypadający

wynosił 24.000 a dawni wierzyciele, którzy się zgłosili ponownie, skutkiem układu poprzedniego już byli otrzymali 6.000, doliczyć należałoby owych 6.000 do 24.000, co dałoby sumę 30.000. Gdyby dalej nowy stan dłużny wynosił 40.000, a dawni wierzyciele zgłosili ponownie 6.000, stan dłużny wynosiłby 100.000. Dla wszystkich tych wierzycieli wypadałaby więc dywidenda 30%. Gdy jednak dawni wierzyciele otrzymali już 6.000 to zn. 10% swoich pretensyi, mieliby otrzymać przy nowej repartyeyi już tylko 20%, czyli 12.000, pozostałoby więc z efektywnej sumy 24.000 (j. w.) 12.000 dla nowych wierzycieli to znaczy właśnie także 30%. Gdyby zaś dawni wierzyciele na swoje pretensye 6.000 już byli otrzymali na mocy układu 40% t. j. 24.000, stan czynny przedstawiałby się w kwocie 48.000 (t. j. efektywny nowy majątek 24.000 — doliczone wypłaty, dawnym wierzycielom uskutecznione). Wobec stanu długów 100.000 (j. w.) przypadałaby wszystkim wierzycielom dywidenda 48%, więc dawni wówczas jeszcze 8% otrzymują, t. j. 4.800 — nowi zaś otrzymają resztę 19.200, co reprezentuje 48% ich wierzytelności. Przy takim obliczeniu w ustawie wskazanem przedstawia się to, co wierzyciele dawni otrzymali, a co potem znowu potrącone być musi, jako pozycya „przebiegająca“ (*durchlaufende Post*) tak, że przypadek, iż wierzyciele dawni przy nowym rozdziale zawsze jeszcze coś otrzymać muszą, a więc nigdy do zwrotu zniewoleni być nie mogą.

XXVIII.

Prawna istota układu przymusowego.

I. Z przedstawionych powyżej przepisów ustawy da-
dzą się wysnuć następujące właściwości układu :

1) Podstawą jego jest treść projektu dłużnika i oświadczenie woli osób, które przyjęły gwarancję za dopełnienie obowiązków jego w projekcie zawartych.

2) Treść ta staje się normą obowiązującą, skoro na nią zgodzi się określić w ustawie ilość wierzycieli i skoro nastąpi zatwierdzenie sądowe. O ile chodzi o układ stosunków prawnych między dłużnikiem i jego gwarantami z jednej, a tą ilością wierzycieli z drugiej strony, układ taki może być niewątpliwie uznany za umowę w materialno-prawnym znaczeniu, a o ile treść tej umowy odpo-

wiada wymogom §. 1380 u. c., za ugodę w znaczeniu materialnem.

3) Stanowisko umowy materialno-prawnej, a tem samem i ugody, nie wystarcza jednak do objaśnienia mocy obowiązującej układu przymusowego, o ile ona wykracza po za grono osób, w umowie udział biorących, mianowicie o ile taka umowa miałaby obowiązywać wierzycieli, którzy z projektem dłużnika się nie zgodzili i bądźto wyraźnie oświadczyli się przeciwko niemu, bądź też nie brali w nim udziału. Nie wystarczy tu w szczególności domniemanie, że kto na wezwanie nie stanął, ma być poczytany za zgadzającego się (zasada procesowej zaoczności); nie wystarczy nawet zasada, że mniejszość ma się poddać woli większości (zasada majoryzacyi); — wobec tego bowiem, że układ wiąże wszystkich istniejących wierzycieli, a zatem także i tych, którzy są całkiem nieznanymi, pozostaje w zasadzie wątpliwość, czy owa większość faktycznie głosujących, jest także większością istniejących wierzycieli.

Uznanie więc układu przymusowego za umowę, a raczej rozciągnięcie skutków takiej umowy na osoby z treścią jej się niezgadzające lub w niej udziału niebiorące, jest niedopuszczalne, jeśli nie mamy porzucić fundamentalnej zasady prawnej, że do umowy potrzeba objawu zgodnej woli osób ją zawierających.

II. Wobec tego powstaje kwestya, czy przyczyny mocy obowiązującej układu przymusowego nie należy szukać gdzie indziej aniżeli w umowie. Nastręcza się tu przede-wszystkiem orzeczenie sądowe, zatwierdzające układ, a w szczególności nadanie temu orzeczeniu charakteru wyroku, który — z natury swej — wiąże strony bez względu na ich wolę.

Pomijając wszelako wątpliwości, jakie się tu nasuwają z pojęcia wyroku, który — odpowiednio do istoty swej, — nie tworzy nowych, ani umarza istniejących praw, lecz tylko autorytatywnie ustala istniejący, a przedmiotem procesu będący stosunek prawny, należałoby przedewszystkiem rozwiązać pytanie, między jakimi osobami ustalenie to miałyby nastąpić. Jeżeliby poczytać chciano za stro ny

procesowe z jednej strony dłużnika (i jego gwarantów), z drugiej wszystkich wierzycieli, którzy w układzie udział brali, bez względu, czy się nań zgadzali, czy też mu się sprzeciwili, — jeżeliby w konsekwencji poczytano projekt dłużnika za wniosek celem wywołania wyroku (czyli skargę), a zgodzenie się większości ukwalifikowanej nie za to czem jest t. j. za objaw woli, lecz jedynie za materiał informacyjny dla sędziego przy tegoż *causae cognitio*, nie usunięto by tem trudności, jakie się nastęrczały przeciw przyjęciu umowy, gdyż — jak przy umowie brakło zgody wszystkich jako warunku mocy obowiązującej ze względu na osoby, które w niej udziału nie miały, tak i tu brakłoby warunków mocy obowiązującej wyroku, ze względu na tych, którzy nie byli stroną w procesie.

Możnaby uznać stronami procesowemi nie dłużnika z jednej a wierzycieli z drugiej strony, lecz zgadzających się na układ wierzycieli z jednej, a sprzeciwiających się mu wierzycieli z drugiej strony. Jednakże i w takim razie pozostałoby niebiorący udziału, nieznani, przy układzie niezastąpieni wierzyciele, którzy nie byli stroną w procesie, a o których prawach wyrokiem orzeczono.

Do tego dodać należy, że jakkolwiek bądź rozdzielilibyśmy role w tym procesie o szczególnym, od innych zupełnie odmiennym organizmie, układ, czyli też wyrok na jego podstawie zapadły, mimo prawomocności formalnej, materialnej prawomocności nie osiąga, gdyż może być uznany za nieważny z powodów prawa materialnego (§. 242 u. k.), staje się nieważnym z powodu skazania dłużnika za oszustwo (§. 241 u. k.), niemógłby nastąpić, gdyby się ukwalifikowana większość nie zgodziła i t. p. A w końcu wyrok, któryby miał polegać nie na uznaniu lub nieuznaniu praw, lecz jedynie na względach użyteczności i z takich względów niszczył lub odbierał prawa dobrze nabyte wbrew lub bez woli uprawnionych, — któryby z takich powodów zmuszał ich do poddania się decyzji choćby wielkiej większości osób im obcych i do dyspozycyi prawami ich nie upoważnionych, bo w nich żadnego udziału nie mających, — byłby nie wyrokiem, lecz dyspozycją prawami, która

z istoty wyroku żadną miarą usprawiedliwiłoby się nie dała, bo nawet i tam, gdzie sąd wyrokiem rzeczywiście nie rozstrzyga, lecz dysponuje (n. p. w procesach o podział rzeczy wspólnej), dysponuje prawami stron procesowych, a nie osób, w procesie udziału nie mających.

Niepotrzeba dodawać, że tak przy teorii umowy, jak i przy teorii wyroku, fikcja zastępstwa (mniejszości przez większość, nieobecnych wierzycieli przez obecnych i udział biorących), nie byłaby zdolną wyjaśnić objawów powyżej podanych.

III. Skoro porzucimy stanowisko umowy materialno-prawnej i wyroku, skutki układu przymusowego wytłumaczyć sobie możemy jedynie tylko siłą ustawy, która z oświadczenia woli dłużnika z jednej, a zgodzenia się ukwalifikowanej większości wierzycieli z drugiej strony, wśród warunków ustawą przepisanych tworzy faktyczny stan rzeczy, uzasadniający przewidziane w ustawie zmiany praw prywatnych jako prawne skutki tego stanu rzeczy. Objaw to w zakresie prawa prywatnego nie odosobniony. Wszak przypadki nabycia własności od osoby nieuprawnionej (§. 367, 824 u. c.), instytucja wyłączenia, instytucje zasiedzenia i przedawnienia na niczem innym nie polegają, jak tylko na tem, że ustawa z pewnym przewidzianym przez siebie stanem rzeczy jako skutek prawny łączy powstanie, zmianę lub zgaśnięcie praw prywatnych. I w danym przypadku nic innego się nie dzieje. Podobnie jak, przy zachodzących warunkach otwarcia konkursu, ustawa upoważnia i zobowiązuje sąd do otwarcia tegoż, nie wymagając pozwolenia wszystkich wierzycieli ani dłużnika, chociaż to wpływa w wysokim stopniu na istniejące w owej chwili stosunki prawne nie tylko formalne lecz i materialne (płatność, trwanie umów, kompensacja itp.), podobnie jak w przypadkach egzekucji przejście własności, zgaśnięcie praw zastawu, praw służebności itp., następuje bez względu na wolę interesowanych, tak też w przypadku układu przymusowego, skoro nastąpi po myśli ustawy, konkurs złożony, a zmiana praw wierzycieli, o ile następuje, niezależnie od ich woli nastąpić musi. Usprawiedli-

wienie swoje znajduje taki przepis ustawy w prawodawczych względach nie tylko na interes osób bezpośrednio interesowanych, lecz, co jest rzeczą powszechnie uznaną, także we względach użyteczności publicznej.

O tych względach ob. szczeg. Schultze w rozpi. poniżej cyt. str. 117 n. Panująca dotąd w Niemczech teoria poczytuje układ przymusowy za umowę, a raczej znajduje przyczynę mocy obowiązującej jego i zmiany praw w umowie między większością wierzycieli i dłużnikiem, powołując się na terminologię ustawy (*Zwangvergleich*) i historycznie ustaloną nazwę jego w różnych językach (franc. *concordat*, hiszp. *convenio*, ang. *composition*, *arrangement*, szwajc. *Nachlassvertrag*, holland. *akkoord* i t. d.), tudzież na to, że zatwierdzenie sądowe nie jest niczem innym, jak tylko skonstatowaniem okoliczności, iż przy zawarciu umowy zachowane zostały wszelkie warunki, od których ustawa czyni zależną jej moc obowiązującą, bo sędzia może jedynie zatwierdzić albo nie zatwierdzić, lecz żadnej zmiany najmniejszej w umowie czynić nie może. Nie orzeczenie sędziego, lecz wola umowna wedle tej teorii określa treść umowy i stanowi istotę układu. Związanie wierzycieli nie biorących udziału w umowie objaśnia panująca w Niemczech teoria w sposób rozmaity. Jedni usprawiedliwiają to związanie organizacją ogółu wierzycieli (tak *Motywa* str. 1531. n., A. Wach *Hdb. d. Zivilproz.* §. 6 uw. 21, F. Wach *Der Zwangvergleich* (1896) §. 12, Seuffert *Konk-Proz.* str. 408 n.), inni tłumaczą je z punktu widzenia ustawowego zastępstwa mniejszości — choćby wbrew jej woli — przez większość (tak Endemann *Konkursverfahren* (1869) §. 91, Jäger str. 948 n.), lub stąd, że prawo aresztu (*Beschlagsrecht*) może być tylko jednolicie rozwiązaniem (Köhler *Lehrb.*). W czasie układania ust. niem. (a tem bardziej wcześniejszej austr.) teoria umowy była wyłącznie panującą. Pierwszy podniósł opozycję przeciwko niej A. S. Schultze *Das deutsche Konkursrecht in seinen jurist. Grundlagen* (1880) str. 114 n., przyjmując teorię wyroku. Praca ta, o ile krytycznie zwróciła się przeciw teorii umowy jest znakomitą, słabszą zaś o ile uzasadnia teorię własną autora. To też pod wpływem tej pracy odpadło wielu zwolenników od teorii umowy, nie poszło jednak za teorią wyroku. I tak Fitting *Reichskonkursr.* (wyd. 3) str. 422 n., przyznaje układowi dwoiistą naturę: jest on najpierw umową, a to umową procesową, o ile dąży do zniesienia konkursu, zmiany zaś

materyalne w prawach wierzycieli następują z rozkazu państwa (*staatlicher Machtspruch*), L o e h r *Ueber die rechtliche Natur des Zwangsvergl.* w *Zt. f. Zivilproz.* 16. str. 335 n, twierdzi, że mniejszość związaną nie jest aktem prawnym. ale też i nie wyrokiem, lecz z mocy ustawy. Odrębne zdanie uzasadnia O e t k e r *Konkursr. Fragen* str. 30, *Konkursr. Grundbegr.* I str. 223 n., utrzymując, że układ nie jest umową ani wyrokiem, lecz jednolitym aktem prawnym *sui generis*, którego faktyczny stan rzeczy składa się: z projektu dłużnika, uchwały wierzycieli i orzeczenia zatwierdzającego. W austr. literaturze C a n s t e i n w G r ü n h. 9 str. 463 skłania się do teorii F i t t i n g a, zwracając się przeciw S c h u l t z e m u, — P o l l a k str. 399 n. do teorii S c h u l t z e g o, z tą jednakże odmianą, że orzeczenia sądowego nie uznaje za wyrok, lecz za orzeczenie, zapadające w postępowaniu niespornem, które uprawnia dłużnika do wypełnienia zobowiązań swoich wobec wierzycieli jedynie tylko podług treści układu, z większością wierzycieli zawartego. Znakomity krytyczny pogląd na teorye o układzie przymusowym (do r. 1891) podaje L o e h r w cyt. rozpr.

Gdyby zaś przed dopełnieniem zupełnem układu przymusowego i bez unieważnienia go, n o w y konkurs otwarto, to i wówczas dawny wierzyciel nie jest obowiązany zwrócić tego, co w dobrej wierze otrzymał. Jeżeli jednak otrzymał już całą podług układu na niego przypadającą kwotę, uważany być musi za zaspokojonego całkowicie i niczego więcej z nowego konkursu domagać się nie może. Jeżeli zaś w czasie ogłoszenia nowego konkursu jeszcze w całości nie był zaspokojony z kwotą podług układu mu przypadającą, za umorzone uważać należy wówczas tyle procentów wierzytelności, ile procentów kwoty, na tę wierzytelność wedle układu przypadającej, wypłacono (§. 245 u. k.), wierzyciel zatem ma prawo z resztą procentów wierzytelności zgłosić się do nowego konkursu. Wierzyciele, którzy otrzymali przy układzie rzeczowe zabezpieczenie kwot na ich wierzytelności przypadających, w nowym konkursie muszą być uważani za wierzycieli realnych aż do wysokości tychże kwot.

Przepis §. 245 jest całkiem zbędny. Wobec tego bowiem, że w czasie nowego konkursu pretensya dawnego

wierzyciela jest już zredukowaną układem, a względnie dłużnik do zapłaty reszty nie jest obowiązany, pretensya skutkiem nowego konkursu żadnej nie może ulegać zmianie i może być zgłoszoną do nowego konkursu tylko o ile procentowo została umniejszoną i o ile tymże procentem nie została umorzona. § ten dał jednakże powód do mylnej zd. m. interpretacji. I tak n. p. Kissling do §. 245 u. k., a za nim Trammer str. 351 n., twierdzą, że wprawdzie, skoro kwota układem przyznana już przed nowym konkursem spłaconą została, uważa się za umorzoną całkowicie, — jeśli jednak kwota układem przyznana nie całkowicie została spłaconą, może wierzyciel pretensyę w pierwotnej wysokości, jedynie z uwzględnieniem umorzonej procentowo kwoty, zgłosić do konkursu nowego. Takby się stać mogło, że wierzyciel z nowego konkursu otrzymałby więcej, aniżeli gdyby konkursu nowego wcale nie ogłoszono, a więc dłużnik pozostał wypłacalnym. N. p. w układzie przyznano wierzycielom 50%. Wierzyciel za 1000 miałby więc otrzymać 500 i gdyby konkursu nowego przed zupełnem spłaceniem tej sumy nie było, otrzymałby owych 500 i nie więcej nie miałby do żądania. Jeśli by zaś konkurs otwarto przed spłaceniem tych 500, n. p. po spłaceniu 250, które reprezentują 50% całej pretensyi zredukowanej, miałby wedle tej teorii prawo zgłosić do nowego konkursu jeszcze 500, to zn. trzebaby przypuszczać, że, mając podług układu otrzymać jeszcze tylko 250, skutkiem konkursu mógłby po otrzymaniu 250 jeszcze zgłosić pretensyę 500. Przypuściwszy, że w nowym konkursie wypłaconoby 80%, dywidenda z tego nowego konkursu wynosiłaby 400, którato suma, doliczywszy ją do otrzymanych już 250, reprezentowałaby 65% pierwotnej wierzytelności, gdy podług układu mu się tylko 60% tejże należały. Por. *Zugsehwerdt* str. 247 n. i *Pollak* str. 452 n.

XXIX.

Konkurs osób prawnych i spółek.

Piętak *O tow. zarobk. i gos p* (1874) str. 184 n. — Ullman. *Bemerk. betr. d. Konkurs üb. d. Verm. e. off. Handelsges. w. Mitteil. d. deutschen Jur. Vereins in Prag* 10 (1878) str. 71 n. — Frankl *Konkurs d. off. Handelsges.* (1891). — Canstein *Handelsr.* I. str. 601 n. — *Staub-Pisko Kom. z. Handelsg.* I. do art. 240 §. 12—16, do art. 242 §. 6., do art. 122 123 §. 4 u, art. 133, 111 §. 9, art. 200. §. 1—4, art. 169 §.

4, 5, art. 144 §. 15. — Wróblewski I. dopiski do tych samych art., II. dop. do §. 60 n. ust. o stow. zarej. (3. wyd.) str. 174 n., II. dop. 84 85 (str. 601 n.), — Randa *Handelsr.* II. str. 24. 1.

Mówiąc o dłużniku upadłym, ustawa konkursowa ma wprost i bezpośrednio na myśli osobę fizyczną. Te same jej zasady muszą być zastosowane tam, gdzie dłużnikiem upadłym jest osoba prawna (§. 26 u. c.), bez względu na to, czy osoba taka zawdzięcza byt swój woli osób prywatnych (korporacja prywatna, fundacya, spółka akcyjna, spółka z odpowiedzialnością ograniczoną), czy też byt jej polega na przepisie prawa publicznego (państwo, kraj, gmina, spółka wodna i t. p. — ob. moje *Pr. pryw.* §. I, §. 46). Kwestya, czy dłużnik jest osobą prawną, w szczególności, czy pewien związek osób lub majątek dla pewnych celów przeznaczony ma być poczytany za osobę prawną, rozwiązaną być musi wyłącznie podług zasad powszechnego prawa cywilnego (wątpliwe przypadki: komitety kościelne, szkolne, zakłady dobroczynne, szpitale i t. p.). Jeśli stwierdzone jest, że dłużnikiem jest samodzielna osoba prawna, osoba ta wstępuje w rolę dłużnika upadłego z zachowaniem całego swego ustroju i przez swoje organa wykonywa prawa, ustawą konkursową dłużnikowi upadłemu pozostawione i obowiązki nań nałożone, z wszelkimi skutkami, o ile one do niej zastosować się dadzą. Przepisy ustawy konkursowej łącznie ze specjalnemi dla pewnych osób prawnych istniejącemi normami, wystarczą w ogólności do uregulowania stosunków prawnych, w konkursie takim się wywiązujących.

Dla pewnych społeczności osobowych istnieją na przypadek konkursu odrębne w niektórych kierunkach, do ich właściwości zastosowane przepisy.

Z pomiędzy spółek handlowych osobami prawnemi są, podług zgodnego prawie zdania teoryi jak i praktyki, tylko spółki akcyjne (przeciwnie z austr. tylko *Canstein Handelsr.* I, str. 443 n.), obecnie zaś także t. zw. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, zawiązane po myśli ust. z 6. marca 1906, l. 58 dz. u. p., natomiast spółki komandytowe, komandytowo-akcyjne i jawne nie są osobami pra-

wnemi (odmiennie z austr. autorów jedynie Stubenrauch-Schuster-Schreiber do §. 1202/3, chwiejnie Krainz-Pfaff-Ehrenzweig I §. 80 uw. 81. Spółkę komandytową na akcyje uważa Wróblewski *Ust. handl.* wyd. 3 str. 266 za osobę prawną). Co do t. zw. stowarzyszeń zarejestrowanych (zarobkowych i gospodarczych) zdania są podzielone (ob. moje *Pr. pryw.* I §. 47 uw. 3, Lemayer *Ueb. d. Haftung aus genossensch. Schuldverh.* w *G. Z.* 1869 n. 1—9, Krasnopolski *Die Haftung aus genossenschaftl. Verbindlichkeiten* w *Grünh.* 8 str. 54 n. i cyt. tamże w uw. 2 literaturę; w najnowszym czasie (przeciw osob. prawnej) Randa *Handelsr.* II str. 29 i uw. 24 c i 25. Niepodobna wdawać się na tem miejscu w szczegółowe badanie tej kwestyi, której rozwiązanie zależy z jednej strony od ustalenia naukowego pojęcia osoby prawnej, a z drugiej od tego, czy i o ile pozytywne przepisy o tych spółkach przyjętemu pojęciu naukowemu odpowiadają. Pewnem atoli zdaje mi się, że, przy pomocy pojęcia osoby prawnej jako odrębnego od członków podmiotu prawnego, stosunki prawne tak spółek jawnych i komandytowych jak i stowarzyszeń zarejestrowanych łatwiej objaśnić i skonstruować się dadzą, aniżeli ze stanowiska teoryi, zaliczającej te spółki i stowarzyszenia do t. zw. *societates* szczególnego rodzaju. Jeśli spółka jawna i komandytowa pod swoją firmą nabywać mogą nieruchomości, a więc zapisane być mogą za właścicieli w księgach grunt. (art. 111 164 kod. handl. (tak samo jak spółka akcyjna art. 213), jeśli przystąpienie nowego spółnika do istniejącej jawnej lub kom. spółki ma ten skutek, iż wstępujący odpowiada za zaciągnięte przed wstąpieniem jego zobowiązania (art. 113, 166), jeśli kompensacya między wierzytelnościami spółki, a wierzytelnością prywatną dłużnika spółki przeciwko spółnikowi w czasie istnienia spółki nastąpić nie może (art. 121, 169), jeśli kod. handl. daje spółce samodzielną właściwość sądu (art. 111 ust. 2, 164 ust. 2), jeśli spółka może samodzielnie skarżyć i być skarżoną (art. 111, 164 ust. 1) i popaść odrębnie w konkurs (art. 122, 169 ust. handl., §. 199, 200 u. konk.), to niema przeszkody uważać ją za odrębną od spółników osobę prawną (Anschütz i Völderndorff *Komment. z. allg. d. Handels-G.-B.* II str. 11 n., Endemann *D. deutsche Konkursverfahren* str. 633, Kohler *Leitf.* str. 170). To samo da się powiedzieć o stow. zarejestrowanych (§. 12, 53, 76 i t. d. ust. o stow. zarej.). Moznaby raz na zawsze porzucić sztuczne i zawile konstrukcyje „spółkowe“ jak *Gesellschaften mit kollektiver*

Personeneinheit (Unger Syst. I §. 42, 43), *Sozietäten gesonderer Art* (Randa), *unpersonifizierte Personengesammtheiten* (Unger), *relative, formelle jurist. Persönlichkeiten* (Gareis-Fuchsberger *Das allg. d. Handelsger.* 1891 str. 210), *personenrechtliche Gesellschaften zur gesammten Hand* (Gierke, Beseler) i t. p. experymenta konstruktywne. Prakt. austr. jest nader chwiejną. Por. zamiast wielu innych n. p. orz. A. Cl. 715 *ein von den einzelnen Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt*, orz. 1884: *keine besondere juristische Person*. Tem bardziej zalecałoby się porzucenie tych teorii w nauce prawa austr., które pojęciu osoby prawnej nadaje niezmierną rozciągłość, a którego autorowie co najmniej pełnej nie mieli świadomości o różnicy między *universitas* a *societas*, osobą prawną a spółką nawet czysto cywilną. (Por. n. p. koment. Zeillera I str. 129 n., III str. 560, gdzie tenże *eine erlaubte Erwerbsgesellschaft* nazywa *eine moralische Person*).

I tak:

I. 1) Co do spółek akcyjnych ustawa kładzie nacisk na to, że z otwarciem konkursu nie należy zwlekać aż do chwili, w której zajdzie niemożność płacenia (*Zahlungsunfähigkeit, Insolvenz*), lecz konkurs winien być otwarty już wówczas, gdy się okaże, że stan bierny przewyższa stan czynny majątku. Wówczas bowiem zarząd ma obowiązek donieść o tym stanie rzeczy sądowi celem otwarcia konkursu (art. 240 ust. 3 kod. handl.). Ustawa wychodzi bowiem z założenia, że podczas gdy za innych dłużników odpowiada nie tylko ich w danej chwili istniejący, lecz także i przyszły majątek, a za inne spółki (jawne, komandytowe, stowarzyszenia zarejestrowane) odpowiadają wierzycielom majątki i zobowiązania innych osób, jak spółników osobiście, chociażby tylko do pewnej kwoty odpowiedzialnych, — wierzyciele spółki akcyjnej ograniczeni są wyłącznie do istniejącego w danej chwili majątku jej, nie mając w przypadku niedostateczności tegoż majątku regresu do nikogo innego.

Niesłusznie zd. m. Staub-Pisko I str. 757, 759 n. uważa przepis art. 240 ust. 3 kod. handl. za pozbawiony doniosłości dla pr. austr. z powodu, że samo donie-

sienie o niedostateczności majątku podług ust. konk. nie może powodować otwarcia konkursu, że owszem otwarcie konkursu nastąpić może z urzędu tylko w razie zaprzestania wypłat (§. 198 u. k.), a w przypadkach niedostateczności majątku tylko na wyraźne żądanie dłużnika. Niema jednak dla mnie wątpliwości, że przepisane w art. 240 k. h. doniesienie „w celu otwarcia konkursu“ mieści w sobie także wyraźne żądanie otwarcia tegoż, a nie jest tylko doniesieniem, któreby sąd do wiadomości przyjął i do aktów złożył miał.

Kwestya, czy niedostateczność majątku zachodzi, nie może być ocenioną wyłącznie tylko na podstawie bilansu zwyczajnego. W takim bowiem bilansie zwyczajnym są po stronie biernej wpisane pozycye, które nie są długami, jak n. p. kapitał akcyjny, rozmaite rezerwy i t. p. Przy ocenieniu zaś, czy majątek pokrywa długi, rozstrzygającym jest tylko zestawienie majątku czynnego podług tegoż rzeczywistej (nie bilansowej) wartości, z długami w ścisłym słowa znaczeniu t. j. zobowiązaniami spółki wobec osób trzecich.

Ob. Staub-Pisko str. 758, Jäger str. 816 i cyt. tamże autorów. Że akcyonaryusze nie są wierzycielami konkursowymi, uznał Najw. Tryb. w orz. Adler-Cl. 350 i 1215 (Gl. U. orz. 105/5). Przeciwnie uważa ich za wierzycieli konkursowych (na ostatnim miejscu) Pollak str. 187, bez żadnej podstawy w ustawie. Akcyonaryusze mogą być owszem nawet dłużnikami spółki, mianowicie o ile chodzi o zaległe wpłaty na kapitał akcyjny. Staub-Pisko str. 769 n. Przeciwnie orz. A. Cl. 664, które wychodzi z (mylnego j. n.) założenia, że spółka przestaje istnieć wskutek ogłoszenia konkursu. Że argumentacya ta idzie za daleko, okazuje się już stąd, iż w takim razie nawet otwarcie konkursu byłoby już niedopuszczalne dla braku dłużnika. Co do tego orz. ob. Canstein *H. R.* I str. 604 uw. 68.

Bezpośredni następstwem ogłoszenia konkursu do majątku spółki akcyjnej jest jej „rozwiązanie“ (art. 242 l. 3 kod. handl.). Przez to jednakże spółka akcyjna jako osoba prawna t. j. jako podmiot praw i obowiązków

istnieć nie przestaje; rozwiązanie jej bowiem nie jest przyczyną zgaśnięcia jej praw i obowiązków, które owszem istnieją i nadal bez zmiany, lecz powoduje tylko, że zmienia się cel jej istnienia t.j. że wyłącznym celem jej istnienia odtąd staje się zlikwidowanie (rozwikłanie i załatwienie) jej stosunków prawnych. Dopóki to nie nastąpi, istnieje spółka jako podmiot swych praw i obowiązków, może podejmować akty prawne czynnie i biernie, a nawet zawieranie nowych interesów nie jest wykluczone, o ile to potrzebnem się okaże dla celów likwidacji (art. 244 i 137 kod. handl.). Dowodem tego jest, że nawet już po rozwiązaniu w likwidacji będące spółki mogą popaść w konkurs, a nawet likwidatorowie są za zgłoszenie konkursu w odpowiednim czasie — odpowiedzialni (§. 197 u. konk.). W przypadkach, gdy „rozwiązanie“ następuje po za otwarciem konkursu, spółka jako osoba prawna działa przez likwidatorów, — w przypadku rozwiązania przez konkurs traci wolną dyspozycję swoim majątkiem tak samo jak każdy inny w konkurs popadły dłużnik (§. 1 u. k.), jednakże tak samo, jak każdy inny, nie przestaje być podmiotem swoich praw i obowiązków. Rozwiązanie więc, przewidziane w art. 242 l. 4 kod. handl., niczem innem nie jest, jak tylko przygotowaniem zaniknięcia osoby prawnej, które następuje dopiero po umorzeniu długów i rozdzieleniu majątku między akcyonaryuszów (art. 245 kod. handl.). W czasie trwającego konkursu wykonywają prawa dłużnika upadłego powołane statutem organa spółki: dyrekcyja, rada nadzorcza, ogólne zgromadzenie, likwidatorowie, przyczem jednak normalny zakres ich działania ograniczony jest z natury rzeczy i z ustawy do czynności takich, do których skutkiem ogłoszenia konkursu wierzyciele a względnie zarządca majątku nie są wyłącznie uprawnieni i zobowiązani.

Jest to powszechnie uznanem. Dla pr. austr. ob. Staub-Pisko I str. 767 i cyt. tamże autorów, orz. Adler-Cl. 543, 821, 1215, orz. Tryb. adm. Budw. 1020, 1759. Że stosunki prawne, istniejące przed ogłoszeniem konkursu nie gasną ani nie ulegają zmianie, stanowi zresztą wyraźnie §. 22 ust. 4 u. k. Podobnie też i w pr. nie-

mieckiem. Ob. orz. Najw. Tryb. Rzeszy z 18. stycznia 1876. „*Die Auflösung beendigt nur die produktive Seite der Gesellschaft; im Uebrigen muss bis zur Beendigung der Liquidation die Gesellschaft als in ihrer Organisation verbleibend behandelt werden, soweit dies für die Zwecke der Liquidation notwendig und mit denselben vereinbar ist.* Por. I. Goldstein *Konkurs d. Aktienges.* w *Annalen d. deutsch. R.* 1901 str. 721 n. Staub *Deutsch. H. G. B.* do §. 292 ust. handl. (nowej z r. 1897). Co do funkcyonowania organów spółki akc. por. Canstein I str. 604, Frankl w *Jur. Viertelj.* (prask.) 1888 str. 18 i mot. orz. Adler-Cl. 821.

Pod względem przeprowadzenia i zakończenia konkursu spółek akcyjnych niema w ustawie odrębnych postanowień. Zakończenie konkursu spółki akcyjnej przez układ przymusowy nie jest zabronione.

Tak też w najn. czasie Wróblewski *Ust. handl.* str. 369. Przeciwnie zdanie uzasadnić się nie da, wobec tego, że ust. konk. układ przym. dopuszcza we wszystkich przypadkach konkursu handlowego (§. 207 u. k.), a wyjątku dla spółek handl. nie zawiera. To też uzasadniano niedopuszczalność tę z art. 242 ust. 4 u. handl., wedle którego spółka akcyjna skutkiem konkursu rozwiązana zostaje, a zatem jak twierdzi przytoczone orzeczenie, podmiot, z którym układ mógłby być zawarty, odpada. Twierdzenie to za daleko sięga, gdyż w konsekwencyi musiałoby doprowadzić do konkluzji, że chyba aktywa takiej spółki w chwili ogłoszenia konkursu stają się *res nullius*, a w takim razie nawet i konkurs byłby niemożliwy dla braku dłużnika. Ob. Frankl *Ueber die Zulässigkeit d. Zwangsausgl. im Konk. e. Aktienges.* w praskiej *Viertelj.* 1888 str. 18 n., także Trammer str. 344, Canstein *Handelsr.* I str. 603 uw. 64. W Niemczech obowiązywała ta sama ustawa handl., a zmieniona obecnie ust. z 10. maja 1897 art. 292 ust. 3 to samo postanowienie co do rozwiązania spółki akc. przez konkurs zawiera, a jednakże tam nie podnoszono nigdy wątpliwości co do dopuszczalności układu przymusowego. Ob. Jäger do §. 173 u. k. uw. 18 i do §. 207, 208 uw. 2.

2) Podobnym prawidłom jak spółka akcyjna podlegają pod względem konkursu spółki z ograniczoną odp

wiedzialnością, utworzone podług ustawy z 6. marca 1906 l. 58 dz. u. p. Przez otwarcie konkursu do majątku takiej spółki — tak samo jak przy spółce akcyjnej — następuje jej rozwiązanie (§. 84 l. 4 cyt. ust.). Za dokładne dopełnienie przepisów ust. konkursowej o zgłoszeniu konkursu odpowiadają zawiadowcy, a po rozwiązaniu spółki likwidatorowie. Wniosek otwarcia konkursu może wyjść od jednego albo od wszystkich zawiadowców lub likwidatorów. Jeśli nie wyjdzie od wszystkich, sąd przesłucha resztę, a zaniechać może przesłuchania tych, którym wezwania nie można rychło doręczyć z powodu nieobecności lub nieznanego pobytu. Konkurs ogłoszony być musi, jeśli wszyscy zawiadowcy lub likwidatorowie tego żądają, a gdyby nie wszyscy żądali, jeśli powstrzymanie wypłat lub niedostateczność majątku do pokrycia długów (przeciążenie majątku długami, *Ueberschuldung*) uprawdopodobnione zostaną (§. 85 cyt. ust.).

Mot. rząd. (ob. Skerlj *Ges. m. beschr. Haftung* str. 112) każą ten przepis analogicznie stosować do zgłoszenia konkursu spółek akcyjnych i jawnych. Przepis taki mieści się w §. 208 i 105 niem. ust. konk. „Uprawdopodobnienie“ nastąpić winno po myśli §. 274 proc. cyw. Także i przy tych spółkach konkurs powinien być zgłoszony już w przypadku przeciążenia t. j. gdy stan czynny nie pokrywa już stanu biernego. Ze spółkami akcyjnymi spółki z ogr. odp. mają to wspólne, że wierzycielom nie odpowiada nic innego, jak tylko majątek spółki. Spólnicy wprawdzie osobiście odpowiadają za zebranie i utrzymanie tego kapitału i ewentualne na ten kapitał dopłaty (*Nachschüsse*), nie odpowiadają zaś osobiście za zobowiązania spółki. Jedynym funduszem zaspokojenia wierzycieli i podstawą kredytu spółki jest — jak przy spółce akcyjnej — majątek spółki. Ob. Doliński *Ekonomiczne znaczenie spółek z ogr. odpowiedzialnością* w Przegl. prawa i administracyi 32 (1907) str. 184, Grünhut *Gesellsch. m. beschr. Haftung* (1906), Randa *Das oest. Handelsr.* II §. 269, Stross *Die oester. Gesellschaft m. b. H.* (1906).

3) Konkurs do majątku stowarzyszeń zarejestrowanych, utworzonych po myśli ustawy z 9. kwietnia 1873 l. 70 dz. u. p., odbywa się podług ogólnych zasad ustawy

konkursowej z tą jednak różnicą, że układ przymusowy jest niedopuszczalny (§. 52 ust. cyt.). Ogłoszenie konkursu do majątku stowarzyszenia nie pociąga za sobą ogłoszenia konkursu do majątku członków tegoż. Stanowisko prawne dłużnika upadłego obejmuje dyrekcya, a w razie likwidacyi likwidatorowie (§. 60 cyt. ust.). Z postępowaniem konkursowem łączy się szczególny rodzaj postępowania repartycyjnego, które ma na celu uzupełnienie funduszu zaspokojenia wierzycieli stowarzyszenia przez skorzystanie z odpowiedzialności członków. Taka repartycja musi nastąpić w konkursie stowarzyszeń o poręczę nieograniczonej, a obowiązana do jej przeprowadzenia jest tam dyrekcya, a względnie likwidatorowie (§. 61, 71 cyt. ust.); w stowarzyszeniach o poręczę ograniczonej do takiej repartycji uprawniony jest zarządca majątku (§. 85 cyt. ust.). Celem repartycji w konkursie pierwszych jest pokrycie niedoboru, jaki okazał się wierzycielom w tymże konkursie (§. 61), zaczem repartycja nastąpić może dopiero w tem stadyum, w którym już wysokość tego niedoboru jest ustaloną, — celem repartycji w konkursie ostatnich jest jedynie ściągnięcie tych kwot, za które odpowiadają członkowie (§. 76), zaczem nastąpić ona może w każdym stadyum konkursu.

O odpowiedzialności członków stowarzyszeń ob. Lemayer l. c. (1869) i Krasnopolski (1881) l. c., Piętaś *O towarzystwach zarobk. i gospodarczych* (1874). Pogląd na teorye o prawnej istocie stow.: Stross *Das oester. Genossenschaftsrecht* (1887) str. 96 n.

II. Nie wchodząc w rozbiór pytania, czy spółka jawna (art. 85 kod. handl.), komandytowa (art. 150 cyt.) i komandytowa na akcye (art. 173 cyt.), są osobami prawnymi, stwierdzić należy, iż majątek poświęcony celom spółki jest samodzielnym o tyle, że w pierwszym rzędzie służy na zaspokojenie wierzycieli spółki z wyłączeniem wierzycieli spółników (art. 119 kod. handl.). Z tego powodu też i konkurs do majątku spółki jest wobec majątków spółników konkursem samodzielnym. Wierzyciele

spółki zaspokojenie otrzymują odrębnie z majątku spółki, a do majątku spółników zwrócić się mogą tylko o tyle, o ile z majątku spółki zaspokojenia nie otrzymają (art. 122 k. h.). Ze względu jednak na zasadę, że spółnicy za wszystkie zobowiązania spółki odpowiadają solidarnie i całym swoim majątkiem (art. 112 k. h.), ustawa austr. wymaga, ażeby równocześnie z otwarciem konkursu do majątku spółki, otwarte zostały (przy tymże samym sądzie) z urzędu także konkursy do majątku każdego spółnika osobiście odpowiedzialnego (§. 199 u. k., §. 30 ust. wprov. kod. handl.).

Ten, z dawnej ustawy konk. pruskiej wyjęty przepis ani teoretycznie, ani też *de lege ferenda* usprawiedliwić się nie da. Teoretycznie ze stanowiska prawa materialnego nie, ponieważ podług art. 122 kod. h. wierzyciele spółki w przypadku konkursu tejeż poszukiwać mogą na majątku spółników tylko niedoboru, zatem odpowiedzialność spółników za długi spółki, chociaż solidarna i całym majątkiem (art. 112 k. h.) jest tylko subsydyarną (orz. A. Cl. 715, 766, przeciwnie 232, 1013, 1014, 1370, 1381, 1884, także Wróblewski str. 190; tenże przypuszcza w razie konkursu zmianę odpowiedzialności bezpośredniej na pomocniczą); — formalnie nie, ponieważ ogłoszenie konkursu bez żądania wierzyciela lub wniosku samego dłużnika sprzeciwia się zasadzie, iż konkurs z urzędu ogłaszany być nie powinien (zob. wyżej rozdz. III), a jeśli ogłoszony zostaje, to dzieje się to bez sprawdzenia, czy zachodzą w danym majątku warunki otwarcia konkursu. *De lege ferenda* uzasadniają przepis ten tem, że zagrożone spółnikom otwarcie konkursu ma stanowić pobudkę, ażeby spółnicy jak najdłużej starali się zapobiedz konkursowi spółki, dostarczając tejeż ze swego majątku zasiłków. Niema jednak wątpliwości, że pobudka ta za daleko sięga i mieści w sobie niesprawiedliwość wobec spółników, którzy pod tą presją zniewoleni bywają ponosić częstokroć daremne ofiary na rzecz spółki, bez korzyści, a często ze szkodą dla wierzycieli tejeż, to ostatnie, ponieważ wierzycielom bardziej zależeć może na tem, ażeby w przypadku niewypłacalności spółki mieli dłużników solidarnych, zostających w uregulowanych stosunkach, aniżeli dłużników w konkursie będących. Niedogodności te stają się tem dotkliwyszemi w przypadkach, gdy spółnicy należą równocześnie do kilku spółek handlowych, które skutkiem ogłoszenia konkursu do majątku spółnika muszą być roz-

wiązane (art. 123 l. 3, 170, 200 kod. handl.). Ob. Frankl *Der Konk. d. off. H. Ges.* str. 47 n., *Z. Revis.* str. 125, Ullmann w *Mitteil. d. deutsch. Jur. Ver. in Prag* 1878 str. 79 n., Randa w *Arch. f. d. Wechslr.* 15 str. 26 uw. 32, tegoż *Handelsr.* II str. 25 uw. 21. Niemieckie ustawodawstwo pozbyło się tej niewłaściwości pruskiej ustawy. Por. *Mot.* str. 1558 n.

Nadto upoważnia ustawa wierzycieli spółki, ażeby swe pretensye równocześnie zgłosili także i w konkursie każdego, osobiście odpowiedzialnego spółnika w pełnej wysokości, dodając, że jeśli prawdziwość pretensyi w konkursie spółki ustaloną zostanie, w konkursie żadnego spółnika zaprzeczoną być nie może (§. 201 ust. 1 i 2 ust. k.). Ze względu, że odpowiedzialność spółników osobiście odpowiedzialnych odnosi się tylko do niedoboru, jakiego wierzyciele spółki w konkursie teje doznawają (art. 122 k. h.), pretensye te w konkursie spółnika przedstawiają się jako warunkowe, t. j. wypłata ich zależną jest od warunku zawieszającego ustalenia niedoboru w konkursie spółki i aż do ziszczenia się warunku tego, nie wypłacone, lecz zabezpieczone być muszą (§. 16, 184 u. k.). Gdy zaś spółnicy między sobą również solidarnie odpowiadają, przeto niedobór ten zaspokojony być winien z majątków spółników w sposób §. 19 ust. konk. wskazany (ob. wyżej rozdz. XV pod IV).

Por. Frankl *Konkurs d. off. Handelsges.* str. 53 n., tegoż *Revis.* str. 126 n., Ullmann l. c. str. 82, Pollitzer *Handelsr.* str. 170, Blaschke-Pitreich *Handelsr.* str. 139, Górski *Pr. handl.* I str. 246, Staub I str. 301 — orz. A. Cl. 128, 1738 — z drugiej strony Pollak str. 171 i Trammer str. 308, których twierdzenie, iż art. 122 k. handl. zmieniony został §. 31 ust. wpraw. kod. h. i §. 201 u. k., nie ma zd. mojem uzasadnienia. Między tymi przepisami niema bowiem żadnej sprzeczności, a to ani materyalnej, ani — jak twierdzi Staub-Pisko — formalnej, gdyż tak §. 31 cyt. jak i §. 201 cyt. zgodnie z art. 122 k. handl. mówią o zaspokojeniu niedoboru i tylko w tym celu każą zgłosić do każdego konkursu całą pretensyę.

Do majątku spółki jawnej konkurs może być ogłoszony, chociażby jeszcze nie była protokołowaną, a z drugiej strony chociażby już była rozwiązana i znajdowała się w stanie likwidacji, a gdyby likwidacji nie było, jak długo istnieje odrębny majątek spółki, konkurs zaś do majątku spółników, chociażby ci nie byli wpisani do rejestru handlowego.

Tak przeważające w nauce zdanie. Ob. Frankl *Konk.* str. 27 n. Do majątku spółnika za granicą zamieszkałego otwarcie konkursu nastąpić nie może nawet w przypadkach konkursu spółki — dla braku kompetencji sądu (§. 58 u. k.), Frankl str. 49, chyba tylko w przypadku, gdyby spółnik posiadał w kraju nieruchomości.

Natomiast ogłoszenie konkursu do prywatnego majątku spółnika osobiście odpowiedzialnego nie pociąga za sobą potrzeby ogłoszenia konkursu do majątku spółki (§. 200 ust. 3 u. k.), lecz — a to tylko z konieczności — rozwiązanie i likwidację tejże, o ile ona jest potrzebną ze względu na udział upadłego spółnika. Między pozostałymi spółnikami bowiem może spółka istnieć dalej, jeśli spółnicy tak postanowią, art. 127 kod. handl., a bez względu na to, czy dalej istnieje, czy też całkowicie likwiduje, udział spółnika upadłego musi być zlikwidowany i po strąceniu udziału tego w długach zarządcy majątku jego wydany (§. 200 u. k.). Rozumie się, że gdyby długi spółnika, pochodzące ze spółki, przewyższały jego czynny udział w spółce, spółka pod względem tej nadwyżki długów stałaby się wierzycielką konkursową w konkursie spółnika.

Do uczynienia wniosku o otwarcie konkursu spółki powołaną, a do doniesienia o wstrzymaniu wypłat i podpisaniu bilansu (§. 194, 195 u. k.) obowiązana jest każda do zastępstwa spółki przed sądem upoważniona osoba, a nadto odpowiadają za to osobiście odpowiedzialni spółnicy, a w przypadkach likwidacji, likwidatorowie (§. 197 u. k.).

Między 1 i 2 ust. §-fu 197 nie widzę sprzeczności, jakiej dopatrują się niektórzy autorowie (ob. Frankl

Z. Rev. str. 126, *der Konkurs* str. 32 n. i powoł. tamże autorów, tudzież *Trammer* str. 361,) chociaż przyznać należy, że § ten niejasno jest stylizowany. Pierwszy ustęp tego §-fu bowiem nie nakłada na wszystkich spółników obowiązku doniesienia o wstrzymaniu wypłat, lecz czyni ich tylko za to odpowiedzialnymi, gdyby powołane podług drugiego ustępu osoby takiego doniesienia nie uczyniły. Rzeczą jest tedy spółników osobiście odpowiedzialnych, celem zastąpienia się od odpowiedzialności, spowodować zastępców do dopełnienia ciężącego na nich obowiązku, lub odwołać ich po myśli art. 101 ust 3 i 125 l. 3 kod. handl., a w takim razie po myśli art. 102 k. h. sami są do tego upoważnieni.

Zresztą konkurs spółki jawnej, komandytowej i komandytowej na akcyje, ogłoszony być może z tych samych przyczyn jak każdy inny (§. 62—64 u. k.), a oprócz tego jak wogóle w konkursie kupieckim nawet i bez żądania wierzycieli, skoro sąd dowie się o wstrzymaniu wypłat bądź przez doniesienie spółki samej, bądź przez wniosek wierzycieli, należytymi dowodami poparty (§. 198 u. k.). Prawa i obowiązki, jakie ciężą na dłużniku w konkursie wykonywają spółnicy osobiście odpowiedzialni sami, nie zaś tylko uprawnieni do zastępstwa; z chwilą bowiem ogłoszenia konkursu (art. 123 kod. h.), upoważnienie tychże ostatnich do zastępstwa gaśnie, komandytystom zaś ani ust. konk. ani kod. handl. (art. 158 k. h.) żadnych praw nie nadaje, ani żadnych obowiązków na nich nie nakłada.

Tak przeważnie rozstrzygają autorowie niemieccy, ob. *Jäger* str. 833 i cyt. tamże autorów, z austr. *Frankl* str. 36.

Konkursowymi wierzycielami są tylko wierzyciele spółki z wyłączeniem wierzycieli spółników, którzy to ostatni mają prawo tylko do majątku prywatnego tychże, a ewentualnie do tego, co z majątku spółki pozostanie po zaspokojeniu wierzycieli spółki. Gdy zaś ten, kto do istniejącej spółki przystępuje, odpowiada za długi tejże przed jego wstąpieniem zaciągnięte (art. 113 k. h.), majątek jego do spółki wniesiony dzieli losy majątku spółkowego, a więc

wyłączony jest zarówno z reszłą majątku spółki od praw wierzycieli prywatnych. I tu jak przy spółce akcyjnej, udziały spółników w spółce nie są długami jej, chociaż je w stanie biernym teje się bilansuje. Natomiast prawo do nadwyżki zysków ostatniego roku (art. 108 kod. handl.), jest czystem prawem obligacyjnem spółnika, przystępnem więc dla jego wierzycieli prywatnych.

Majątkiem konkursowym jest cały majątek poświęcony celom spółki, a przede wszystkim udziały członków. O ileby te nie były całkowicie wpłacone, prawo żądania ich stanowi aktywum spółki.

Podawano to w wątpliwość z powodu, że prawo żądania wpłacenia udziałów nie jest prawem spółki jako takiej, lecz wzajemnem prawem spółników, które docho-dzone być ma za pomocą skargi *pro socio*. Tak *Cosack Handelsr.* str. 421. Słusznie jednak przeciw temu *Frankl* str. 42 podnosi, że wpłata udziału ma nastąpić do kasy spółki i na cele teje, prawo więc do niej, chociażby spółnicy upominać się o nią mieli, należy do majątku spółkowego, a przez otwarcie konkursu przynależności do tegoż majątku nie traci.

Pod względem ukończenia konkursu do majątku spółki ogólne zasady ustawy konkursowej (§. 154—156, 189 u. k.) mają zastosowanie, przyczem ustawa zastrzega, że układ przymusowy nastąpić może tylko za zgodą wszystkich osobiście odpowiedzialnych spółników, a zarazem, że układ ma skuteczność prawną na korzyść każdego spółnika wobec wierzycieli spółki (§. 238 u. k.), zaczem zwolnienia od obowiązku spłacenia wierzycielom spółki niedoboru do-znawają także spółnicy osobiście odpowiedzialni. Dalszem następstwem układu przymusowego w konkursie spółki jest uchycenie konkursów do majątku spółników — jeśli w konkursach tych nie okażą się inne przeszkody zniesienia ich ze względu na wierzycieli prywatnych (§. 239 u. k.). Podobnie i każdy konkurs spółnika, ogłoszony skutkiem konkursu spółki może być zakończony układem przymusowym — przyczem wierzyciele spółki mają równe prawo głosowania z wierzycielami osobistymi i to co do całej

wierzytelności, każdemu z nich się należącej. Układem objęty być może wyłącznie tylko prywatny majątek spółnika, który skutkiem układu staje się wolnym od solidarnej odpowiedzialności za długi spółki (§. 240 u. k.), to znaczy, że odpowiedzialność za długi spółki redukuje się wówczas do miary, przyznanej wierzycielom spółki w układzie.



INDEKS.

- Actio Pauliana* 5, 146, 153, 155.
Adnotacya — w ks. grunt. 14.
Adoptowane dzieci 159.
Adwokatów — pr. zast. 57.
Akcept — in bianco 91.
Akcyjna spółka 222, 224.
Akcyonaryusze — nie są wierzycielami w konk. spółki akc. 225.
Akty prawne — ob. czynności prawne.
Akuszerki — należitości ich 99.
Alimenta — pro praeterito 95.
Alimentacye 13.
Aninus — *donandi*, *accip.* 174, *fraudandi* 155, *gratificandi* 167
Areszt majątkowy 4, 29.
Aptekarze — należitości ich 99.
Autonomiczny kierunek 3.
Autorskie prawa 14.
Błąd — przyczyną nieważn. układu przym. 212.
Causae cognitio — przy ukl. przym. 203.
Cessio bonorum — 4, 27.
Chirographarii 102.
Chirurdzy — należyty ich. 99.
Conscientia fraudis 155.
Contradictor 34.
Communio incidens — między wierzycielami 43.
Corpus creditorum 42.
Czynności prawne dłużnika — po ogłoszeniu konk. 25, 144, — wzruszenie 147, — nieważnych 150, — pozornych 151, — darmych — ob. darowizny.
Darowizny — w 5 klasie wierz. 102, różnica od innych akt. darm. 175, wzruszanie 173.
Datio in solutum — wzruszenie 166, 170, 171.
Decretum de aperiundo concursu 5
Depozycya — gotowizny i kosztowności 14.
Distributionsbescheid 5.
Długi masy — 68, ogólnej i szczegółowej 72.
Dłużnik — zdolność prawna 24, czynności prawne 25, 144, zdolność do działania 25, — zarobek 30, niemajątk. skutki konkursu 31, prawo zaprzeczenia wierzyt. konk. 106, stanowisko pr. w procesach o wzruszenie 180, — w konk. spuścizny 139, — w konk. spółek i osób pr. 222, 226.
Dochód na przyp. śmierci małżonka 133.
Dochodzenie — wierzytelności poza konkursem 2, praw o wyłączenie 47, odrębnego zaspokojenia 54, pr. zatrzymania 60, pr. „zaspokojenia“ 62, pr. z listów zast. 64, —

- wierzyt. masy 72, — wierzyt. konkursowych 104, — prawa wzruszenia 179.
- Doglądacze chorych — ich należyt. 99.
- Dopełnienie umów 75, 79.
- Dos* — ob. posag.
- Droit de suite* 52.
- Dzieci — utrzymanie 94.
- Dziedzic 18, 22, w konk. spuścizny 139, — przeciwnika przy wzruszeniu 187.
- Dziedzictwo — przyjmowanie 26, 160, 187, odrzucenie 26, 160.
- Dzierżawa 80, podatku konsumcyjnego 101.
- Egzekucya — luźne jej popieranie 2, generalna 28.
- Emerytura 13.
- Exceptio — non adimpl. contr.* 61, 77.
- Faworyzowanie wierzycieli 2, 167.
- Fixgeschäfte* 79.
- Formalne — pr. konk. 9, uczestnictwo sporu wierzycieli 43.
- Giełdy — przywileje 57.
- Gminy — konk. do maj. 222, pretensye do urzęd. gm. 101.
- Groźący konkurs 23.
- Handlowe czynności 10.
- Hereditas jacens* 140.
- Hipoteczne prawa 56.
- Imię 13.
- Indosant wekslowy 90.
- Interusurium* — przy potrąceniu 117.
- Invecta et illata* 80.
- Inwentarz 14.
- Ist-Masse* 16.
- Jawna spółka 223, 229.
- Kary pieniężne 102.
- Kasy chorych — przywilej 99.
- Komandytowa spółka — 223, 229.
- Komisant — pr. zast. 57, pr. wyłączenia 52.
- Komisarz konkursowy — stanowisko prawne 32, — przy układzie przym. 206.
- Kompensacya — ob. potrącenie.
- Konkurs — należy do post. niespornego 7, pospolity i kupiecki 9, groźący 23, chwila ogłoszenia 10, warunki ogłoszenia 17, skutki majątk. 22, niemajątkowe 31, ze wzgl. na istniejące stos. umowne 75, na wierzytelności 81, na stos. spółdłużników i poręczycieli 88, na potrącenie 114, na pr. małżonków 124, partykularny 136, spuścizny 138, materyalny 163, ponowne ogłoszenie 212, 220, członków spółki jawnej 230.
- Konkursanspruch* 8.
- Korzyść majątkowa — warunkiem wzruszenia 152.
- Koszta — masy 70, ogłoszenia konk. 70, pogrzebowe 98, postępowania i zarządu 70.
- Kraj — konkurs do maj. 222, pretensye do urzędników 101.
- Kupiec 9.
- Kurator — posiadaczy listów zast. 66, — spuścizny 18, 22, 140, 142.
- Lekarzy — należyt. 99.
- Lekkomyślne postępowanie dłużnika 204.
- Lex Julia* 4.
- Likwidacya wierz. konk. 105.
- Listy zastawne (hipot.) 63.

- Majątek konkursowy 11.
 Masa — ogólna i szczegółowe 54, 58.
 Materyalne prawo konkursowe 8.
 Materyalny konkurs 23.
 Małżeńskie umowy 126, pełnomocnictwo domniemane 125.
 Małżonków — prawa 124.
 Mąż — konkurs tego ze wzgl. na żonę 176.
Missio in bona 4.
 Mnogość wierzycieli — warunkiem ogł. konkursu 21, 193.
 Możliwość opugnowania, wzruszenia ob. wzruszenie, — rozrządzenia 25.
 Nabycie translatywne, konstytutywne 189, praw przeciwnika przy wzruszeniu 188.
 Najem 76, 80.
 Następstwo — wierzycieli w prawa dłużnika 26, 27, w odpowiedzialności przy wzruszeniu 187, 188.
Negotia mixta cum donatione 174.
 Niedostateczność majątku — przyczyną konk. 2, 224.
 Niemożliwość zaspokojenia — przyczyną konkursu 2, płacenia 17, 19.
 Nieruchomy majątek 16.
 Nierzetelność dłużnika 204.
 Nieślubne dzieci 159.
 Nieusprawiedliwione wzbogacenie się 71.
 Nieuwzględnieni przy ukł. prz. wierzyciele 209.
 Nieważność czynności dłużnika 23, 41, — układu przymus. 206, 210, granice czasowe 210, 213, skutki 214, ponowne otwarcie konk. 214.
 Niewypłacalność 17, 19.
 Niezaskarżalność wierzytelności zgłoszonej 83, opuszczonej przy ukł. przymus. części wierzytelności 208.
 Obowiązek — zgłoszenia konk. 20, — przy spółce akcyjnej 224, — jawnej 232.
 Ochrona znaków i wzorów 14.
 Odpłatne umowy — dopełnienie przez zarząd 75, — przy wzruszeniu 158, 160.
 Odpowiedzialność — spółników jawnych 231.
 Odrębne — umowy obok układu przym. 203, — zaspokojenie 54.
 Odrębny majątek 17, 44, 70.
 Odrzucenie — dziedzictwa lub zapisu 26, 160, — wniosku na ukł. przym. 199.
 Odsetki i opłaty powrotne 102, 103.
 Ogół wierzycieli 35, 38, 41, 68, przy wzruszeniu 185.
Operae liberales 99.
 Opieczętowanie 14.
 Opłaty publiczne — pr. zast. 57, przywileje 100.
 Prawa 131.
 Ordynacja egzek., deroguje przepisom §. 31—41 u. k., 58.
 Orzeczenie sędziego — wzruszenie 161.
 Osoba prawna — konkurs do jej maj. 222, organa 26.
 Osobiści wierzyciele 17.
 Oszustwo karne — wpływ na układ przym. 209.
 Owoce 58.
Pacta de contrahendo 76.
 Państwowe pretensje do urzędnika 101.

- Par conditio creditorum* 3, 4, 170.
- Parapherna* 128.
- Partitionsfrist* — długów masy 73.
- Patentowe prawa 14.
- Pauliana* 5, 146, 153, 155.
- Początki pr. konkurs. 3.
- Podatki 57, 100.
- Podmiotowość — ogółu wierz. 44.
- Pokrycie — listów zast. 65, wierzytelności warunkowych 85, 165.
- Pokrzywdzenie wierzycieli 156, 165.
- Pominięcie wierzycieli — przy układzie przym. 209.
- Poręczyciele 88, przy ukł. przym. 202.
- Porządek pierwszeństwa wierzytelności konk. 97.
- Posag — zabezpieczenie 178, dowód odbioru 129.
- Posiadacze listów zastawnych 65.
- Postępowanie konkursowe — należy do spraw niespornych 7.
- Potioritas* dawnego pr. polskiego 5.
- Potrącenie 114, — warunki w konkursie 116, warunkowych wierzyteln. 118, odstąpionych wierzyt. 121, niedopuszczalne 120, forma 122.
- Powierniczy interes 49.
- Powrotne świadczenia 92.
- Prawo — materyalne, formalne, konkursowe 8, 9, — o wyłączenie 47, 52, — odrębnego zaspokojenia 54, — zastawu 55, — służebności 55, zaspokojenia (*Befriedigungspr.*) 62, opugnowania (wzruszenia) 42, 143, wykupienia zastawu 58, osób trzecich przy wzruszeniu 191.
- Präventivakkord* 205.
- Prekluzya — termin zgłoszeń 109.
- Prenotacya — pr. zast. 57.
- Pretium succedit in locum rei* 51
- Prioritätsverfahren* 5, 7.
- Procesowy związek osób 44.
- Procesy — złączenie ich w sądzie konkursowym 23, — likwidacyjne 106, o wierzyteln. konk. 104, o wzruszenie 185.
- Projekt — rozplaty tymczasowej 108, rozplaty formalnej 108, układu przymusowego 198.
- Przeciwnik procesowy przy wzruszeniu 187.
- Przedawnienie 110.
- Przedsiębiorstwo — przy ukł. przym. 209.
- Przychody 58.
- Przyjęcie — dziedzictwa lub zapisu 26, 160, 187.
- Przymusowa sprzedaż i zarząd w konk. 57.
- Przysięga dłużnika 21.
- Przywileje — zakładów kred. 57, konkursowe 97.
- Quinquennell* 198.
- Realni wierzyciele 17, — ich prawo wzruszenia 186.
- Regresowe zobowiązanie 202.
- Rehabilitacya — dłużnika po układzie przym. 208.
- Rejestr handlowy (i stowarzyszeń) 14.
- Restytucya terminu do zapreczenia wierzyt. konk. 106.
- Retencya 23, 60.
- Ręczyciel ob. poręczyciel.
- Right of stoppage* 52.
- Rodziców — utrzymanie 93.

- Roszczenie konkursowe 8, 38, 45.
- Równe traktowanie wierzycieli przy układzie przym. 201.
- Rozrządzanie majątkiem 26, 28, 30, darne 174.
- Rozszerzenie prawa wyłączenia 52.
- Rozwiązanie spółki skutk. konkursu 225.
- Ruchomy majątek 16.
- Ryczałty podatkowe 100.
- Ściganie egzekucyjami 19.
- Separatyści — *ex jure domini, crediti* 48, 55.
- Siła robocza dłużnika 13.
- Skargi rzeczowe i obligacyjne 47.
- Skutki — ogłoszenia konkursu, ich rozpoczęcie 10, majątkowe 22, niemajątkowe 31, zakończenia konkursu 193, układu przymusowego 206, wrzucenia dokonanego 180.
- Służbowy stosunek 80.
- Służebności 55.
- Solidarne zobowiązania 111, 112, 202.
- Soll-Masse* 16.
- Spedytor — pr. zastawu 57.
- Spółność — wierzycieli 41, do niepodzielnej ręki 44.
- Spółdłużnicy 88, przy układzie przym. 202.
- Spółeczności osobowe 222.
- Spółka — akcyjna 18, 222, 224, z ogran. odpowiedzialnością 222, 226, jawna, komandytowa i komandytowa na akcyje 223, 229, rozwiązanie skutkiem konkursu 75, 225, 228, 232.
- Spuścizna 22, 88, 138.
- Stanowisko prawne — sądu 32, komisarza konk. 34, zarządcy 35, wydziału wierz. 37.
- Stowarzyszenia zarejestrowane 18, 223, 228.
- Sukcesja ob. następstwo, dziedzictwo.
- Suspectae personae* 159.
- Świadczenia równoczesne 61.
- Świadomość pokrzywdzenia wierzycieli 156.
- Symulacja 152.
- Termin zgłoszenia 108.
- Terminowe interesa 79.
- Tytuł egzekucyjny 104, 106, 195, 207.
- Ucieczka dłużnika 19.
- Udziały spółników jawnych nie są długami spółki 234.
- Uгода 194.
- Układ przymusowy 9, 107, 196, istota prawna 211, 215, dopuszczalny w konk. spółki akcyjnej 227, niedopuszczalny w konk. stow. zarejestrowanego 229, tylko w konk. kupieckim 197, historyczne uwagi 197, wniosek dłużnika 198, uprawnieni do głosowania 200, dopuszczalna treść 201, zatwierdzenie 203, nie jest tytułem egzekucyjnym 207, nieważność 210, przy czynna mocy obowiązującej 215.
- Układowe postępowanie 197.
- Ukrycie majątku 2.
- Umowa — wpływ konkursu 75.
- Uniwersalność konkursu 54.
- Upadłość ob. konkurs.
- Uprawnienie — do żądania ogłoszenia konk. 21, do wy-

- łączenia 47, 202, do odrębnego zaspok. 54, 202, w konk. spuścizny 140, w konk. spółek 222, do wzruszania 185, 186, do głosowania przy układzie przym. 200.
- Usługi osobiste 81.
- Utrzymanie — dłużnika 30, żony 93, dzieci, rodziców 93, dzieci nieslubnych 94.
- Uznanie wierzytelności 105.
- Vorsorgliches Zwangsverfahren* 4.
- Warunki — ogłoszenia konk. 17, — wierzyteln. warunkowe 85, — mocy obow. układu przym. 201.
- Wiadomość - o zamiarze pokrzywdzenia 155, 157, o niewypłacalności 158, o zaprzestaniu wypłat lub niewypłacalności 168.
- Wiano 133.
- Wierzyciele — konkursowi 38, nie tworzą osoby prawnej 41, 43, „konkurujący“ 39, „prawdziwi i możliwi“ 40, uprawnienie ich do uznawania wierzyt. zgłoszonych 106, w konk. spuścizny 140, 142, — masy 67, rzeczowi (realni) 54, 56, ich prawo do wzruszenia 185, 186, prywatni spółników jawnych 233.
- Wierzytelności -- konkursowe 81, hipoteczne, pokryciem listów zast. 65, ubezpieczone zastawem 87, warunkowe 85, muszą istnieć w chwili ogł. konk. 83, niezaskarżalne 82, 208, nie na pieniądze opiekujące 82.
- Wniosek na układ przym. 198.
- Wpływ dłużnika na tok interesów w konkursie 26.
- Wstrzymanie egzekucyi 23, wypłat 19.
- Wybór — wstąpienia lub niewstąpienia w interes 78.
- Wyciąg z prot. likw. 104.
- Wyczerpanie funduszu zaspokojenia 192.
- Wydatki pogrzebowe 98, zwrot przy wyłączeniu 53.
- Wydział wierzycieli 33.
- Wygotowanie — układu przym. 206.
- Wykonanie układu przymusowego 210.
- Wymowa 13, 55.
- Wynajmujący -- pr. zast. 57.
- Wyróżnienie wierzyciela 167 169.
- Wzajemne umowy 76.
- Wzbogacenie 183.
- Wzruszenie — w ogóln. 144, przedmiot 147, rodzaje 153, pauliańskie 153, konkursowe 163, czynności darmej 173, cel i skutek 179.
- Zabezpieczenie — wierzytelności niepłatnych 96, umów małżeńskich 176, wzruszalne 164, — wykonalności układu przym. 199, 205, spornych wierzyt. 202.
- Zakłady kredyt. — przywileje 57.
- Zakończenie konkursu 191, — z powodu zaspokojenia 192, — wyczerpania funduszy 193, — zgodzenia się wierzycieli 193, — ugodą 194, stos. prawny, po — 195, — po układzie przym. 206.
- Zamiana zobowiązań niepieniężnych na pieniężne 82.
- Zamiar pokrzywdzenia 155.
- Zaniechanie zgłoszenia wie-

- rzetelności konk. 109, —
 wzruszenie 148, 160, — kro-
 ków celem utrzymania praw
 161.
 Zapis — przyjęcie 42.
 Zapłata — długu prawdziwe-
 go (wzruszenie) 160, — dłu-
 gu wekslowego 170.
 Zaprzeczenie — wierzyt.
 konk. 105, 107.
 Zaprzestanie wypłat 18.
 Zarobek dłużnika 13, 30.
 Zarządca majątku — obo-
 wiązki 33, stanowisko pra-
 wne 35, uprawniony do uzna-
 nia wierz. konk. 106, wyłąc-
 znie uprawniony do skargi
 o wzruszenie 186.
 Zasługi robotnicze — 98.
 Zaspokojenie — wierzyt.
 konk. 189, 192, — bez inter-
 wencyi sąd. 57.
 Zastępstwo — dłużnika 29.
 Zatrzymania prawo 60.
 Zatwierdzenie — układu
 przym. 203.
- Zawarcie aktu pr. (wzru-
 szenie) 165.
 Zawiniona kryda 209.
 Zbrodnia 199, 210.
 Zbywanie majątku 171.
 Zdolność — prawna i do
 działania dłużnika 24, 25,
 — procesowa ogółu wierzy-
 cieli 42.
 Zgłoszenie — wierzytelności
 konk. 104.
 Zgodzenie się wierzycieli na
 zakończenie konk. 193.
 Zrzeczenie się — dziedzic-
 twa lub zapisu 25 — wzru-
 szenie 160.
 Zwolnienie — przedmiotów
 maj. od konkursu 30, — dłu-
 żnika przy układzie przym.
 208.
 Zwrot — spłat otrzymanych
 przez wierzycieli, 74, 214, —
 po dokonaniem wzruszeniu
 183, 190.
 Zwroty — ojca, opiekunów,
 kuratorów 99.
-

Pomyłki i uzupełnienia.

Do cyt. str. 10 wiersz 1. z góry dodać należy ustawę z 6 marca 1906 L. 58 dz. u. p. o spółkach z ogran. odpowiedzialnością.

Na str. 20 wiersz 11. z góry zamiast „zalegających“ czyt. „należących“.

Na str. 29 w. 3. z góry dod. cyt.: Ob. Kohler w Grünb. 33 str. 568 n.

Na str. 36 w. 15. z dołu dodać należy: Ob. także Ohmeyer *Hypothek und Zwangsverwaltung* w *Ger. Ztg.* z 1905 n. 33 i zacyt. tamże wyczerpująco literaturę.

Na str. 62 w. 21. dodać należy: Juster: *Das Zurückbehaltungsrecht im Konkurse* w *Ger. Halle* 1906 n. 47, 48.

Na str. 81 w. 4. z góry dod.: Tak też najnowszy proj. aust. o umowie służbowej n. 192. Alleg. Izby posłów, sesja 18 1907.

Na str. 124 do literat. rozdz. XVII. dod.: Anders *Familienrecht* str. 153 n.

Na str. 152 w. 8. z dołu przed słowem „przez“ do „z“, słowo „wartości“.

Na str. 205 w. 8. z góry zam. „ugody“ czyt. „układu“

Na str. 206 przy końcu rozdz. XXVI. dodać należy z literat. o post. celem odwrócenia konkursu: Gertscher *D. Entw. e. Ges. über Einberufung d. Gläubiger* w *G. Z.* 1905 n. 16.
