

KWESTYE PROCESOWE.

NAPISAŁ

Dr. M. ALLERHAND.



LWÓW.

CZCIONKAMI Drukarni Ludowej.

1903.

BIBLIOTEKA
Zakładni Socj. i Gw.
Uniwersytetu Wschodni

Lwów

1119

Juliusa Kappeler
o)
zu Lwów

KWESTYE PROCESOWE.

Napisał

Dr. M. Allerhand.



Dr. Juliusz Kappeler

LWÓW.

CZCIONKAMI Drukarni Ludowej

1902

PRZEDRUK Z PRZEGLADU PRAWA I ADMINISTRACJI



I. Znaczenie prawne zaniechania adnotacyi przybicia targu.

1. Omówić chcemy ze stanowiska prawnego wypadek, który zdarzył się we Lwowie z końcem roku 1900 i wywołał senszację nie tylko wśród prawników lecz i u szerszego ogółu:

Stan sprawy jest następujący. Dnia 11. lipca 1900 przeprowadzono licytację realności lk. 127 $\frac{3}{4}$ we Lwowie i udzielono przybicia Oswaldowi Z., sąd egzekucyjny zarządził wedle aktów egzekucyjnych wykonanie adnotacyi przybicia, adnotacyi tej jednak nie uwidocz-niono w księdze hipotecznej z powodu, że odezwa za-ginęła po drodze ze sądu pow. S. I. do sądu kraj. we Lwowie i do tego ostatniego wcale nie nadeszła. Kon-traktem kupna-sprzedaży z dnia 18. października 1900 sprzedała egzekutka Feiga R. realność lk. 127 $\frac{3}{4}$ we Lwowie Mendlowi M. na własność i tenże został na podstawie uchwały sądu krajowego we Lwowie za jej właściciela zaintabulowanym Mendel M. wniosk następnie do c. k. sądu krajowego prośbę o wydzielenie parceli 1656 z realności lk. 127 $\frac{3}{4}$ we Lwowie, co też nastąpiło. Po dokonaniu tych aktów prawnych zarządził c. k. sąd krajowy we Lwowie uchwałą z dnia 13.

listopada 1900 l. hip. 7541/00 wykonanie adnotacyi przybicia. Uchwałą z dnia 13. listopada 1900 lcz E II $\frac{1597/00}{79}$ zezwolił c. k. sąd powiatowy S. I. we Lwowie jako sąd egzekucyjny na intabulację licytacyjnego nabywcy Oswalda Z. za właściciela bez względu na to, że po dokonanej licytacji nabył Mendel M. realność lk. 127 $\frac{3}{4}$ we Lwowie na własność

Sąd powiatowy S. I. przyjął, że „Mendel M. został zaintabulowanym po udzieleniu przybicia targu, przeto po myśli §. 135 o. e. na podstawie prawomocnego aktu przybicia“ intabulacja Oswalda Z. za właściciela jest dopuszczalną. Równocześnie z zezwoleniem na intabulację nabywcy Oswalda Z. za właściciela wezwał sąd egzekucyjny sąd krajowy we Lwowie jako instancję tabularną, aby intabulację Oswalda Z. za właściciela uskutecznił.

Od tej uchwały sądu egzekucyjnego wniósł Mendel M. rekurs do sądu krajowego we Lwowie, który rekursu nie uwzględnił i uchwałą z dnia 17. grudnia 1900 lcz. RV. 692/00 zatwierdził uchwałę sądu egzekucyjnego.

Sąd krajowy we Lwowie jako instancja tabularna zarządził uchwałą z dn 19. listop. 1900 lcz 7699/00 wykonanie uchwały sądu egzekucyjnego i polecił zaintabulowanie nabywcy Oswalda Z. za właściciela.

Tak tę uchwałę sądu krajowego jak i uchwałę do l. h. 7541/00, którą zarządzono wykonanie adnotacyi przybicia, zaczął Mendel M. rekuresem.

C. k. wyższy sąd krajowy we Lwowie uchwałą z dn. 12. lutego 1901 lcz. R.I. 16—19/1 uwzględnił te rekursy Mendla M. i zmienił uchwały sądu krajowego we Lwowie jako instancji tabularnej w ten sposób, że nie zarządził adnotacyi przybicia i odmówił intabulacji Oswalda Z. za właściciela, a to z względu na to, że Mendel M. po przybiciu został właścicielem realności a egzekucję tylko przeciw Feidze R. prowadzono.

Od uchwały wyższego sądu kraj. we Lwowie wniósł Oswald Z. rekurs rewizyjny; a Najwyższy Trybunał orzeczeniem z dn. 11 czerwca 1901 l. 8354 uwzględnił

ten rekurs i uchwałąm sądu kraj. we Lwowie przywrócił moc prawną.

Motywa Najwyższego Trybunału są następujące:

„W myśl §. 135. ord. egz. w związku z §. 136. ust. 3 ord. egz. adnotacya wdrożenia postępowania licytacyjnego ma ten skutek, że dozwoloną licytację można przeprowadzić przeciw każdemu późniejszemu nabywcy nieruchomości i że skutek tej adnotacyi trwa tak długo, aż sąd do przeprowadzenia postępowania licytacyjnego powołany zawezwie sąd tabularny albo o wykreślenie adnotacyi postępowania licytacyjnego albo o adnotacyę dokonanej licytacyi. Odezwa o wykreślenie adnotacyi postępowania licytacyjnego z sądu egzekucyjnego nie wpłynęła i dlatego mimoto, że realność tymczasem przeszła na własność Mendla M., słusznie sąd hipoteczny na wezwanie sądu egzekucyjnego wykonał adnotacyę udzielonego Oswaldowi Z. przybicia tak w wykązie l. 105. ks. gr. II. dla Lwowa, jakoteż w powstałym z tegoż whl. 1785 teźże księgi gruntowej. Temu wykonaniu nie stało na przeszkodzie postanowienie §. 183. ustęp 3. ord. egz., albowiem zawarty w niem termin 8 dni do adnotacyi udzielonego przybicia w księdze publicznej nie jest terminem prekluzyjnym. Postanowienie to raczej jak i postanowienie §. 133. ust. 1. ord. egz. istnieje na rzecz nabywcy, aby mu umożliwić jak najprędsze osiągnięcie nieograniczonego posiadania i aby mógł nabytem dobrem wedle swej woli dysponować. Nietrzymanie tego terminu zatem nie może nabywcy pozbawić praw uzyskanych przez przybicie, ani adnotacyi z §. 135. ord. egz. skutków teźże. Jeżeli przeto wpis adnotacyi udzielonego przybicia był w ustawie uzasadnionym, to nowonabywca po dopełnieniu warunków licytacyjnych miał w myśl §. 237. ord. egz. prawo żądać intabulacyi swego z przybicciem nabytego prawa własności do sprzedanej realności, przeniesienia hipotecznych praw połączonych z własnością nieruchomości, wykreślenia wszystkich do postępowania licytacyjnego się odnoszących hipotecznych adnotacyi a Mendel M. z uwagi na po-

stanowienia §. 135 ord. egz. i §. 1089 ust. cyw. nie może zastosowywać na swą korzyść postanowienia §. 440 uc.“*).

2. Uchwała sądu tabularnego, którą zarządzono wykonanie uchwały zezwalającej na wpis licytacyjnego nabywcy, nie jest w ustawie uzasadnioną.

Nie słuszną już bowiem jest uchwała sądu egzekucyjnego. Ale gdyby nawet ta ostatnia była uchwałą wedle stanu aktów egzekucyjnych uzasadnioną, to jednakowoż mimo to powinien był sąd tabularny odmówić jej wykonania.

W myśl §. 94 ust. hip. sąd tabularny ma odmówić wykonania wpisu dozwolonego przez inny sąd wtedy, gdy wykonanie to ze względu na stan tabularny jest niemożliwym.

W niniejszym przypadku stan tabularny nie dopuszcza wpisu na rzecz Oswalda Z.

3. Wedle §. 21 ust. hip. wpis tabularny tylko przeciw temu jest dopuszczalnym, który w chwili wniesienia próśby jest wpisany jako właściciel tej nieruchomości, co do której wpis ma być skuteczniejszy.

Chodzi więc o to, kto w niniejszym przypadku jest poprzednikiem.

Licytację sądową przeprowadzono przeciw Feidze R. Oswald Z. jako licytacyjny nabywca ma być uważany za prawonabywcę Feigi R. Wedle §. 1089 ust. cyw. stoi sprzedaż licytacyjna na równi z każdą inną sprzedażą. Za sprzedawcę ma być uważany egzekut, w którego imieniu sąd przeprowadza sprzedaż. Akt prawny sprzedaży zostaje zdziałany między nabywcą a egzekutem; co do ostatniego zachodzi co najmniej fikcja prawna, że działa przy sprzedaży.

Jeżeli więc prawozlewcą licytacyjnego nabywcy jest egzekut, to intabulacja pierwszego za nabywcę jest

*) Orzeczenie to zostało ogłoszone w *Gellera Centralblatt* T. 19. str. 802, ale stan sprawy przedstawiono tam nie-dokładnie.

wtedy dopuszczalną, gdy ostatni jest w księgach hipotecznych uwidoczniiony jako właściciel. Jeżeli w chwili wniesienia prośby o intabulację nabywcy za właściciela egzekut nie jest już właścicielem sprzedanej nieruchomości, intabulacja nabywcy nie jest możebną. Tak i w niniejszym przypadku. Tylko wtedy, gdyby Feiga R. była w chwili, gdy odezwa sądu egzekucyjnego weszła do sądu tabularnego, nadal zaintabulowaną za właścicielkę realności lk. 127 $\frac{3}{4}$ we Lwowie, można by jej prawonabywcę tj. Oswalda Z. zaintabulować za właściciela. Gdy jednakowoż prawo własności w tym czasie było wpisane na rzecz Mendla M. a przeciw niemu tytuł prawa własności przysługujący Oswaldowi Z. nie został uzyskany, wpis na rzecz tego ostatniego jest niedopuszczalnym.

4. Powstaje jednak kwestya, czy nie zachodzą specjalne stosunki prawne, które czynią możliwym wpis nie tylko przeciw Feidze R. lecz i przeciw jej prawonabywcy.

Wpis przeciw prawonabywcy jest w niektórych wypadkach dopuszczalny np jeżeli uwidoczniiono adnotację pierwszeństwa w myśl §. 53 ust. hip. a po jej skutecznieniu wpisano prawo własności na rzecz osoby trzeciej bez powołania się na adnotację pierwszeństwa. W tym wypadku każdy późniejszy nabywca, który przedkłada uchwałę na adnotację, ma być i przeciw temu, który po adnotacji pierwszeństwa nieruchomość nabył, za właściciela zaintabulowanym (§. 55 ust. 2. ust. hip.).

Taki przypadek nie zachodzi obecnie.

Jeżeli sprzedaż zostaje dokonana w drodze publicznej licytacji, ma być ona w myśl §. 183 ord. egz. w księdze hip. adnotowana. Ta adnotacja przybicia, która odpowiada adnotacji licytacji w myśl §. 72 ust. hip., ma to znaczenie, że wpis hipoteczny na rzecz licytacyjnego nabywcy jest dopuszczalnym i wtedy, gdy egzekut przeniesie nieruchomość na osobę trzecią. Że tak jest, wynika z art. XXVI. ust. prow. ord. egz.,

który do adnotacji przybicia przywiązuje te same skutki, jakie w myśl §. 72 ust. hip. są ustanowione dla adnotacji sprzedaży licytacyjnej.

Wpis na rzecz osoby trzeciej dokonany wskutek aktu zawartego z egzekutem nie jest bezwarunkowo bezskutecznym. Ma on moc prawną, jeżeli sprzedaż zostanie unieważniona. Jeżeli licytacyjny nabywca dopełni warunków licytacyjnych, ma być wpisany za właściciela bez względu na wpis dokonany w czasie pośrednim na rzecz osoby trzeciej. Wpis osoby trzeciej stoi na równi z wpisem tego, który w razie adnotacji pierwszeństwa wpisany został za właściciela, ale bez powołania się na adnotację.

Jeżeliby więc w niniejszym przypadku uwidoczniona była adnotacja przybicia, to wpis na rzecz Mendla M. dokonany, byłby bezskutecznym i intabulacja prawa własności na rzecz licytacyjnego nabywcy byłaby dopuszczalną nie tylko przeciw Feidze R., lecz i jej prawonabywcom.

5. Jak się ma jednakowoż rzecz w tym przypadku, w którym nie zarządzono adnotacji przybicia? — Czy licytacyjny nabywca ma być zaintabulowany za właściciela, jeżeli nieruchomości przeszła od czasu licytacji na osobę trzecią?

Bezwarunkowo nie.

Wpis licytacyjnego nabywcy ma nastąpić przeciw egzekutowi i każdemu innemu, którego wpis ma być uważany za bezskuteczny. Bezskutecznym zaś może być wpis tylko wtedy, gdy uskutecznilo adnotację przybicia po myśli §. 183 ord. egz. Jeżeli jej nie dokonano, wpis jest skutecznym. Wynika to *a contrario* z ust. 2 §. 72 ust. hip. Licytacyjny nabywca więc nie może być zaintabulowany przeciw trzecim osobom, które po licytacji nabyły nieruchomość na własność i przeciw którym nie można się powołać na adnotację przybicia. W tym przypadku nie może być egzekut uważany za poprzednika; jest nim trzeci nabywca.

Z natury prawnej adnotacji przybicia wynika słuszność tego zdania.

Niektórzy jak Exner (w *Oesterr. Hypothekenrecht*) uważają adnotację licytacji (a więc i adnotację przybicia) za prenotację prawa własności na rzecz licytacyjnego nabywcy.

W tym wypadku wpis prawa własności jest tylko justyfikacją prenotacji ubranej we formę adnotacji. W dalszej konsekwencji tego zapatrywania przyjąć należy, że intabulacja prawa własności na rzecz licytacyjnego nabywcy z pierwszeństwem adnotacji, względnie przeciw każdemu trzeciemu, który po nim nabył nieruchomości na własność tylko wówczas nastąpić może, jeżeli adnotacja przybicia skuteczną została.

Inni są zdania, że adnotacja przybicia jest tylko adnotacją pierwszeństwa i ma na celu zapobiedz nabywaniu nieruchomości przez trzeciego. I w tym przypadku wpis licytacyjnego nabywcy nastąpić może tylko wtedy, gdy adnotację dokonano; pierwszeństwo adnotacji wtedy jest możliwem, gdy ona istnieje.

Konstrukcja prawna adnotacji przybicia jest zatem bez wpływu na rozwiązanie kwestyi, w każdym razie wpis na rzecz licytacyjnego nabywcy nie może nastąpić przeciw osobie trzeciej, która po dokonanej licytacji nieruchomości od egzekuta nabyła.

6. Powstać może kwestya, czy inne adnotacje nie wystarczają, by spowodować te skutki prawne, jakie są połączone z adnotacją przybicia, innemi słowy czy dopuszczalną jest intabulacja licytacyjnego nabywcy, w razie, gdy zaniechano li tylko adnotacji przybicia.

Sąd egzekucyjny stoi na stanowisku, że adnotacja z §. 135 ord. egz. jest wystarczająca.

Zdanie to jest mylnem.

Adnotacja z §. 135 ord. egz. ma to samo znaczenie, co adnotacja skargi hipotecznej po myśli rozp. min. z dn. 19. września 1860 Nr. 112 dz. u. p. i §. 60 ust. hip.

Aby prowadzić egzekucję przeciw dłużnikowi hipotecznemu, musi wierzyciel przeciw niemu wnieść skargę

hipoteczną. Zająć może przypadek, że dłużnik sprzeda nieruchomość trzeciemu, zanim zapadnie wyrok. Ponieważ wyrok jest skuteczny tylko przeciw temu, przeciw komu zapadł, wierzyciel znalazłby się w tem położeniu, że byłby zmuszony ponownie wdrożyć spór przeciw nabywcy Aby temu zapobiedz, zaprowadza rozporz. min. z r. 1860 i §. 60 ust. hip. adnotacyę skargi hipotecznej i nadaje wyrokowi zapadłemu przeciw właścicielowi moc skuteczną i przeciw każdemu nabywcy tak, że na podstawie tego wyroku można wprost prowadzić egzekucyę i przeciw innej osobie

Adnotacya skargi hipotecznej odpowiada swemu celowi li tylko w toku procesu. Jeżeli sprawa doszła już do egzekucyi, nie można stosować postanowienia o adnotacyi skargi Aby jednak sprzedaż dokonaną przez egzekuta uczynić bezskuteczną i umożliwić wierzycielowi dalsze prowadzenie egzekucyi przeciw nabywcy, postanawia ordynacya egzekucyjna w §. 135, że raz wdrożone postępowanie egzekucyjne ma moc skuteczną przeciw każdemu trzeciemu nabywcy t. j. że egzekucya raz wdrożona, może być dalej prowadzoną i przeciw osobie trzeciej.

Adnotacya z §. 135 ord. egz. ma na celu ochronę wierzyciela, ma zapobiedz temu, aby wierzyciel *ab ovo* prowadził egzekucyę w razie zmiany osoby właściciela nieruchomości. Z drugiej strony adnotacya z §. 135 ord. egz. ma na celu ochronę każdego trzeciego; trzeci nabywca ma być ostrzeżonym przed kupnem, trzeci ma być powiadomionym o tem, że postępowanie egzekucyjne jest toku, że zatem może być pozbawionym nieruchomości, którąby nabył na własność.

Przepis §. 135 ord. egz. stanowi, że licytacya wdrożona może być i przeciw nabywcy późniejszemu przeprowadzoną; ze słów „*durchgeföhrt werden kann*“ użytych w §. 135 ord. egz. wynika, że licytacya może być przeprowadzona, ale i wynika, że ona musi być przeprowadzona, jeżeli nabywca ma być pozbawionym nieruchomości. Nabycie nieruchomości na własność nie ma mocy

skutecznej w razie, gdy uwidoczniono adnotację wdrożonej licytacji; nabywca na nic więcej nie może być narazony, jak tylko na to, że licytacja przeciw niemu będzie przeprowadzoną. Przed licytacją może nabywca jej zapobiedz przez złożenie pokrycia na pretensję wierzyciela egzekucję popierającego. Nabywca więc ma prawo żądać, by przeciw niemu licytację przeprowadzono, by go bez licytacji nie pozbawiono nieruchomości. Przeprowadzenie licytacji jest jedynem złem, które grozi nabywcy kupującemu nieruchomość mimo uwidocznionej adnotacji wdrożonego postępowania licytacyjnego

Jak się ma jednakowoż rzecz, gdy kupno nastąpiło już po dokonanej licytacji? W tym wypadku licytacja ma być na nowo przeprowadzoną. Nabywca nie może być usuniętym z własności bez licytacji; licytacja ponowna przeciw niemu musi być przeprowadzoną. Wynika więc z tego, cośmy naprowadzili, że adnotacja z § 135 ord. egz. ma moc skuteczną tylko aż do czasu dokonanej sprzedaży. Z chwilą, gdy to nastąpi, traci ta adnotacja swoją moc; przeciw nabywcy, który nabył nieruchomość po dniu dokonanej licytacji jest ona bez wszelkiej prawnej doniosłości.

Że adnotacja z §. 135 ord. egz. ma moc skuteczną tylko po czas licytacji, tego dowodem jest okoliczność, że ordynacja egzekucyjna zaprowadza⁵ w §. 183 adnotację przybicia a więc nowy środek ostrożności

Z chwilą dokonanego przybicia nie potrzeba więcej chronić wierzyciela egzekucję popierającego. Dokonano sprzedaży i wierzyciel może otrzymać swoje pieniądze. Chronić trzeba kogo innego tj. nabywcę licytacyjnego, ten bowiem mógłby być usuniętym wskutek dokonanej przez egzekuta sprzedaży. Aby temu zapobiedz, zaprowadzono adnotację przybicia z §. 183 ord. egz.

Obydwie adnotacje z §. 135 ord. egz. i z §. 183 ord. egz. mają inne cele na oku. Pierwsza ma chronić wierzyciela i ma wobec tego moc skuteczną tylko po dzień licytacji, druga ma chronić nabywcę licytacyjnego

i dlatego dopiero z dniem przybicia nabywa moc prawną. Skutki, które łączą się z drugą adnotacją, nie są połączone z pierwszą i dlatego nie można przyjąć w razie zaniechania drugiej adnotacji, aby pierwsza mogła ją zastąpić. Gdyby tak było, gdyby już wskutek adnotacji wdrożonej licytacji prawa licytacyjnego nabywcy okazać się miały skuteczne przeciw temu, kto nabył nieruchomości od egzekuta, do czegożby miała służyć adnotacja z §. 183 ord. egz.? Byłaby ona zbyt zbyteczną i niepotrzebną a nie możemy przyjąć, aby ustawodawca zaprowadzał jakąś instytucję prawną bez wszelkiej potrzeby.

Dochodzimy więc do rezultatu, że adnotacja z §. 135 ord. egz. nie pociąga za sobą skutków tych, które są połączone z §. 183 ord. egz. Nie możemy więc też przyjąć, aby w razie zaniechania adnotacji przybicia, adnotacja z §. 135 ord. egz. wystarczyła do związania prawa własności egzekuta i aby jego robiła wyłącznym poprzednikiem, chociażby nawet inna osoba nieruchomości na własność nabyła.

7. Rozpatrzmy, jaki jest stosunek licytacyjnego nabywcy do trzeciego, który nabył nieruchomości od egzekuta, a przekonamy się, że wpis przeciw trzeciemu na rzecz licytacyjnego nabywcy jest niedopuszczalnym.

a) Nie ulega wątpliwości, że w razie, gdy przeprowadzono licytację, a po jej dokonaniu trzeci nabył od egzekuta nieruchomości, mamy do czynienia z dwoma aktami prawnymi, dokonanymi przez tę samą osobę. Obydwa akty prawne są sprzedażą dokonaną przez tę samą osobę tj. przez egzekuta. Nie ulega bowiem wątpliwości, że w razie licytacyjnej sprzedaży należy uważać egzekuta za sprzedającego. Z dwu nabywców jeden został pierwaj za właściciela zainstabulowanym a mianowicie ten, który później nabył nieruchomości; prawa tego, który naprzód nabył nieruchomości, nie zostały wpisane, względnie zanotowane. Kolizję taką nabycia tego samego przedmiotu przez dwóch nabywców normuje §. 440 u. c. Stanowi on, że wpis jest skutecznym, chociażby akt

działany został poprzednio na rzecz innego. Prawa osoby, która poprzód nabyła nieruchomości, nie mogą być uwzględnione, bo są obligatoryjne. Nie ulega zaś wątpliwości, że prawa licytacyjnego nabywcy są prawami obligatoryjnymi. Przybicie nie nadaje nabywcy prawa rzeczowego. Dowodem tego jest, że intabulacja licytacyjnego nabywcy dopiero później następuje. Przybicie nadaje nabywcy li tylko tytuł do prawa własności a tytuł ten jest czysto obligacyjnym. Tytuł ten nie traci swego charakteru obligacyjnego nawet i wtedy, gdy adnotacja przybicia została skuteczną, zostaje on tylko w tym przypadku związanym (*gebundenes Recht*), osiąga moc skuteczną i przeciw osobom trzecim*).

Jeżeli licytacyjny nabywca nabywa li tylko prawa obligatoryjne, winien ustąpić każdemu, który przed nim został zaintabulowanym za właściciela tej samej nieruchomości, chociażby nawet akt, stanowiący tytuł tego nabycia, później został działanym.

Jeżelibyśmy jednakowoż stanęli nawet na stanowisku, że prawa licytacyjnego nabywcy są prawami rzeczowymi, że więc mamy do czynienia z aktami rzeczowymi, to kwestya, kto komu ma ustąpić, zawisłą będzie od dobrej lub złej wiary tego, który później nabył nieruchomości na własność a poprzód został za właściciela wpisany. Trzeci, który nabył nieruchomości po licytacji od egzekuta, mógł działać w dobrej wierze.

*) Że w §. 237 ord. egz. jest powiedziane „*Die bürgerliche Einverleibung seines mit dem Zuschlage erworbenen Eigentumsrechtes an der versteigerten Liegenschaft*“, nie przemawia za tem, jakoby prawo nabywcy było rzeczowem. Z §. 4 ust. hip. wynika, że prawo rzeczowe nabywa się dopiero przez wpis, poprzód istnieje tytuł; §. 237 ord. egz. nie zawiera przepisu normującego prawo własności i nie chce rozstrzygać spornej kwestyi, w której chwili nabywca licytacyjny staje się właścicielem. §. 237 ord. egz. chce tylko stanowić, kiedy nabywca może żądać intabulacji i nic więcej; słowa użyte na wstępie §. 237 ord. egz. są co najwięcej teoretycznem zapatrywaniem ustawodawcy, a jako takie nie mają mocy obowiązującej.

Z adnotacyi z §. 135 ord. egz. mógł tylko powziąć wiadomość, że licytacja jest w toku, ale nic więcej, w szczególności nie musiał wiedzieć, że kto inny nabył prawa rzeczowe. Licytacyjnemu nabywcy musiałby trzeci nabywca ustąpić w tym tylko razie, gdyby wykazano po jego stronie złą wiarę. Na to musiałby być dowód przeprowadzonym, ale jak długo go nie dostarczono, nie może być wpis wykreślonym. Nie ulega zaś wątpliwości, że w toku postępowania egzekucyjnego nie można o niej orzec. Do tego potrzeba postępowania dowodowego, a takie istnieje tylko w procesie.

8. Doszliśmy więc do wniosku, że wykreślenie trzeciego, który nabył nieruchomości po dokonanej licytacji wskutek aktu z egzekutem zawartego i który o przybiciu nie mógł mieć wiadomości z powodu, że nie uskuteczono w księgach gruntowych adnotacyi przybicia, może w najgorszym razie nastąpić li tylko na skutek wyroku po przeprowadzonej rozprawie uzyskanego. Na skutek zwykłego podania nie może bezwarunkowo wpis licytacyjnego nabywcy przeciw trzeciemu nastąpić.

Kwestyę tę rozpatrywano kilkakrotnie w teorii. I wszyscy uczeni prawie doszli zgodnie do tego samego wyniku.

I tak Randa *Das Eigentumsrecht* II. wyd. §. 17 str. 395 uw. 25 mówi: „*Die Unterlassung der Anmerkung hat nur die Wirkung, dass die Löschung späterer Einträge nur im Wege der Klage zulässig ist*“.

Strohal, *Zur Lehre vom Eigentum an Immobilien* str. 120—121, mówi: „*Freilich muss aber zugleich bemerkt werden, dass der Erstehrer die Löschung solcher Eintragungen nicht schon mittelst einfachen Gesuches zu bewirken vermag, sondern zu diesem Behufe zur Klage schreiten muss (Arg. §. 72 a. G. B. G)*“.

Jaworski, *Ustawy o księgach publicznych*, T. I. str. 347, mówi: „Jeżeli jednak sąd nie zarządził adnotacyi sprzedaży to zachodzi pytanie, w jaki sposób nastąpi wykreślenie tych wpisów czy na podanie, czy też dopiero na skutek skargi i wyroku.

Ponieważ §. 72 uh. mówi o wykreśleniu na proste podanie tylko w tym przypadku, jeżeli była adnotacya egz sprzedaży, przeto wykreślenie powyższych wpisów, w razie zaniechania adnotacyi sprzedaży, może nastąpić tylko na podstawie skargi“.

9. W niniejszym więc przypadku mógłby Oswald Z. tylko wtedy być zainstabulowanym za właściciela nieruchomości, którą nabył przy licytacji, gdyby uzyskał przeciw Mendlowi M. wyrok korzystny. Jak długo to nie nastąpi, wpis na rzecz Mendla M. dokonany nie może być naruszony *).

*) Podobny wypadek, jak wyżej opisany, zdarzył się w marcu 1901 Dobra tabularne K. zapisane w księdze gruntowej dla większych posiadłości przy sądzie krajowym we Lwowie wystawiono na licytację i uchwała zezwalająca na licytację stała się prawomocną; od uchwały rozpisującej licytację wniósł egzekut rekurs, który w dniu licytacji t. j. 16. stycz. 1901 nie był jeszcze załatwiony. Licytację mimo to przeprowadzono, najwięcej ofiarującemu jednak nie udzielono przybicia, lecz zastrzeżono sobie wydanie uchwały na piśmie. Dnia 9. marca 1901 weszła do sądu krajowego we Lwowie jako tabularnego prośba o odpisanie z ciała tabularnego K. kilku parcel, utworzenie dla nich wykazów hipotecznych w księdze gruntowej dla mniejszych posiadłości przy sądzie powiat. w M. oraz zainstabulowanie trzecich osób na podstawie kontraktów kupna-sprzedaży z egzekutem zawartych za ich właścicieli. Prośbie tej dano miejsce i przy sądzie powiat. w M. otworzono nowe wykazy hipoteczne. Po odmownem załatwieniu rekursu wniesionego od uchwały licytację rozpisującej, udzielił sąd krajowy we Lwowie jako egzekucyjny uchwałą z dn. 23. marca 1901 lez. E. 273/98 (75) przybicie najwięcej ofiarującemu a pod dniem 27. marca 1901 zarządził uwidocznienie w księdze gruntowej adnotacyi przybicia targu. Następnie, gdy nabywca dopełnił warunków licytacyjnych, zarządził sąd egzek. uchwałą z dn. 28. grud. 1901 zainstabulowanie tegoż za właściciela tak dóbr tabularnych K. jak niemniej i ciał utworzonych z tychże w księdze gruntowej dla mniejszych posiadłości zapisanych. Sąd krajowy przyjął, że adnotacya wdrożenia postępowania licytacyjnego i terminu licytacyjnego wystarczają, by zainstabulować nabywcę za właściciela, nawet gdy osoba trzecia tymczasem od egzekuta nieruchomości nabyła. Zdaniem naszym uchwała sądu krajow. nie jest uzasadnioną. Słusznie postąpił sąd kraj., jeżeli licytacji nie

wstrzymał z powodu rekursu wniesionego od uchwały licytacyjnej rozpisującej, gdyż wedle § 169 ust. 2 ord. egz. tylko wtedy licytacja odbyć się nie może, gdy uchwała zezwalająca na licytacyjną i ustalająca warunki licytacyjne nie jest prawomocną. Należało więc licytacyjną przeprowadzić i udzielić przybicia. Z tego powodu, że rekursu nie załatwiono, nie należało wstrzymać wydania uchwały co do przybicia. Pod tym względem niesłusznie postąpił sąd egzekucyjny. Jeżeli zaś wstrzymano się z wydaniem uchwały co do przybicia, to wedle §. 185 ust. 3 ord. egz. należało uchwałę wydać do dni 8 i w tymże terminie zarządzić uwidocznienie adnotacyi. Wedle §. 183 nast. ord. egz. bowiem ma być w przeciągu 8 dni po licytacji (a nie po udzieleniu przybicia) uwidocznioną adnotacyą przybicia. Jeżeli po upływie 8 dni od licytacji uwidoczniono przybycie w księdze gruntowej, to przeciw trzeciemu nabywcy licytacyjna nie jest skuteczną. Przyjąć należy to, cośmy wyżej powiedzieli, t. j. że tylko w drodze sporu ma nabywca licytacyjny wystąpić przeciw trzeciej osobie, która od egzekuta nabyła na własność nieruchomość względnie jej część.

II. Wpływ rewizji przeciw dwóm równobrzmiącym wyrokom wniesionej na dalsze postępowanie sądowe.

1) Rewizya wniesiona przeciw wyrokowi drugiej instancyi wstrzymuje w myśl §. 505 ust. 3 zdanie 1 proc. cyw. prawomocność i wykonalność tegoż.

Obok tej normy ogólnej, którą tak do wyroku zatwierdzającego, jak i do wyroku zmieniającego odnosićby można, zawiera ustawa (§. 505 ust. 3 zdanie 2 proc. cyw.) normę szczególną odnoszącą się li tylko do wyroku zatwierdzającego. Wedle tej normy szczególnej nie przysługuje rewizji przeciw zatwierdzającemu wyrokowi wniesionej moc wstrzymująca.

Wobec normy szczególnej zawierającej ograniczenie możnaby przyjąć, że norma ogólna jest tylko szczególną i odnosi się do wypadku, 2. zdaniem 3. ust. §. 505 proc. cyw. nie objętego, a więc do wyroku zmieniającego.

Skoro bowiem zdanie drugie 3 ustępu §. 505 proc. cyw. stanowi o wyroku zatwierdzającym i wyjmuje go z pod normy zdania pierwszego, to to ostatnie odnosi się do wyroku innej kategorii, a więc zmieniającego. Ustęp 3. §. 505 proc. cyw. zawierałby zatem dwa postanowienia, z których każde odnosi się do odmiennego wypadku.

To należałoby przyjąć bezwarunkowo, gdyby drugie zdanie 3. ustępu §. 505 proc. cyw. opiewało pozytywnie, a więc, że wyrok zatwierdzający mimo wniesionej rewizji jest prawomocnym i wykonalnym. Zdanie to jednak zawiera negację zdania pierwszego; stanowi ono, że rewizja „nie ma mocy wstrzymującej“, jeżeli została wniesioną przeciw wyrokowi zatwierdzającemu ¹⁾). Wobec tego sformułowania zdania drugiego 3. ustępu §. 505 proc. cyw. zachodzi kwestya, czy negacya odnosi się do całej treści zdania pierwszego, czy też do pierwszej części. Jeżeli zdanie drugie zawiera przeciwieństwo zdania pierwszego, to zawiera postanowienie równorzędne z postanowieniem tegoż i jest li wypadkiem odmiennym; jeżeli zaś zawiera tylko częściową negację, jest normą szczególną a zdanie pierwsze zawiera, mimo istnienia zdania drugiego, normę ogólną.

Zdaniem naszym ustawodawca nie chciał każdego z wypadków rewizji osobno unormować; w tym razie bowiem użyłby w pierwszym zdaniu ust. 3. §. 505 proc. cyw. formy nie ogólnej, lecz szczególnej. Z tego, że użył formy ogólnej wynika, że odniósł ją do rewizji tak przeciw równobrzmiącym jak odmiennym wyrokom. Zdanie drugie ust. 3. §. 505 proc. cyw. nie zawiera przeciwieństwa zdania pierwszego lecz jego ograniczenie.

Jak daleko sięga to ograniczenie, to zbadać należy. Czy odnosi się tak do wykonalności, jak i do prawomocności wyroku, czy też tylko do jednej z nich?

Jeżeli zdanie drugie ustępu 3. §. 505 proc. cyw. odnosi się tylko do wykonalności lub do prawomocności i jednej z nich nie wstrzymuje, to odnośnie do drugiej ma moc obowiązującą zdanie pierwsze, to znaczy, że

¹⁾ Inaczej stylizowany jest §. 547 proc. cyw. odnośnie do skargi o wznowienie „... hat die Erhebung einer Wiederaufnahmsklage in Bezug auf den Eintritt der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urtheiles keine hemmende Wirkung“.

ona zostaje wstrzymana. Zdanie pierwsze zawiera w tym wypadku normę ogólną.

2) Zanim przejdziemy do rozbioru znaczenia drugiego zdania 3. ustępu §. 505 proc. cyw., zastanówmy się nad tem, co znaczą pojęcia prawomocności i wykonalności wyroku.

Co do pojęcia prawomocności, to niejednokrotnie nad niem się zastanawiano, badano, co we wyroku jest prawomocnem, czy tylko tenor czy też i motywa¹⁾, rozpatrywano dalej znaczenie prawomocności tak pod względem formalno- jak i materyalno-prawnym.

Pod względem formalno-prawnym należy zauważyć, że wyrok jest prawomocnym, jeżeli w toku instancyi nie może być więcej zaczepionym. Że pewne środki istnieją, które są w stanie uchylić wydany wyrok²⁾, że nawet z tych środków skorzystano, to wszystko nie wpływa na formalną prawomocność wyroku. Pod względem materyalnym jest wyrok prawomocnym, jeżeli nim ustalono pewne prawo lub stosunek prawny. O ile wyrokiem ustalono pewien fakt, wyrok nie jest prawomocnym. Ponieważ zaś w tenorze wyroku tylko prawo lub stosunek prawny może być ustalony, a fakta mają być ustalone w powodach, przeto powody nie mają siły prawomocności, a ta odnosi się tylko do tenoru. Ustalenie faktów następuje na podstawie przeprowadzonych dowodów, które mogą być niedokładne i dlatego zezwala się, by w innym procesie użyto innego materyału dowodowego na stwierdzenie faktów, jeżeli one mają być rozstrzygające³⁾.

Wypływem materyalnej prawomocności wyroku są: ⁴⁾.

¹⁾ Wszystkie zdania pod tym względem wypowiedziane podał Savigny — *System* T. VI. str. 387—407.

²⁾ Tak skarga nieważności, o wznowienie.

³⁾ Savigny l. c. T. VI. str. 350—384 stoi na odmiennem stanowisku.

⁴⁾ Por. Burckhard *System* T. II. str. 612 i n. (§. 128), Krainz *System* T. I. str. 452 i n.

a) zarzut sprawy osądzonej; nie można ponownie dochodzić pretensyi, która albo przyznaną albo odsądzoną została;

b) wyrok jest środkiem dowodowym co do ustalonego stosunku prawnego i to środkiem, który nie może być obalonym: — tak gdy w procesie ustalono stosunek ojcowstwa, stanowi ten wyrok niezbity dowód w procesie o alimentację¹⁾;

c) strona, która proces wygrała, nie potrzebuje się powoływać na tytuł poprzedni, lecz na wyrok,

d) zadawnienie pretensyi rozpoczyna się na nowo i trwanie jego jest ustanowione na lat 30 bez względu na to, w jakim okresie pretensya materialnie się przedawnia.

3) Wykonalność pretensyi jest wpływem prawomocności. Jeżeli prawo jest ustalone i pozwany na świadczenie zasądzony, można na podstawie wyroku egzekucję prowadzić. Wykonalność i prawomocność nie są pojęciami równorzędnymi, bo pierwsza jest wpływem ostatniej. Z drugiej strony należy podnieść, że wykonalność może przysługiwać nie tylko wyrokom, lecz i innym aktom jak aktom notaryalnym tak, że wykonalność bez prawomocności istnieć może.

O wykonalności bez prawomocności i wtedy jest mowa, gdy przed prawomocnością wyrok jest wykonalny, co wtedy ma miejsce, gdy ustawa zezwala na egzekucję wyroków nie prawomocnych, a więc zacze-pionych zwykłym środkiem prawnym.

Jak o wykonalności bez prawomocności tak i o prawomocności bez wykonalności mówić możemy. Istnieją bowiem wyroki sądowe, którym nie można przyznać wykonalności.

Wyrok sądowy jest wyrokiem ustalającym lub też kondemnacyjnym. Strona może mieć interes li w ustaleniu a nie w zasądzeniu. Wyrok taki nie ma mocy wykonalności. Podnieść jednak należy, że słowo „ustala

1) *Unger System* T. II. str. 672 i n.

się“ jeszcze nie decyduje. Jeżeli wyrok ustala, że zapłata ma nastąpić w przyszłości lub że jest zawisła od ziszczenia się warunku, to wyrok taki jest wyrokiem kondemnacyjnym a nie ustalającym ¹⁾). Wyrok, który ustala tylko stosunek prawny, a nie prawa żądania, nie jest wyrokiem kondemnacyjnym; wyrok, który ustala np. prawo własności, nie nadaje prawa egzekucyi, nie nadaje prawa żądania oddania w posiadanie. Mimo prawa własności może być żądanie posiadania niedopuszczalnym.

Prawomocność więc wyroku może w specjalnym wypadku nie powodować jeszcze wykonalności.

4) Jeżeli zastosujemy zasady powyższe do naszej kwestyi i zastanowimy się nad tem, czy rewizya przeciw wyrokowi zatwierdzającemu wniesiona, wstrzymuje prawomocność tegoż, to rezultat będzie następujący:

a) Nie ulega kwestyi, że formalna prawomocność wyroku zostaje wstrzymana wskutek wniesienia rewizyi. Jeżeli rewizya jest dopuszczalną, to tok instancyi nie jest wyczerpanym a tem samem nie istnieje prawomocność wyroku.

b) Zarzut sprawy osądzonej byłby dopuszczalnym mimo rewizyi wniesionej przeciw dwóm równobrzmiącym wyrokom, jeżelibysmy przyjęli prawomocność przed załatwieniem tejże. W procesie ponownym możnaby podnieść *exceptio rei iudicatae*. Ten rezultat jest nieodpowiednim. Przekonamy się o tem na przykładzie. Przypuśćmy, że sąd uznał sprawę załatwioną dwoma równobrzmiącymi wyrokami jako osądzoną, że jednak od uchwały w ponownym procesie wydanej wniesiono rekurs. Tymczasem wydano w sporze pierwszym uchwałę znośzącą wyrok apelacyjny. Sąd odwoławczy musiałby w miejsce zarzutu sprawy osądzonej przyjąć zarzut sprawy wiszącej. Mimo słuszności uchwały sądu I należałoby ją zmienić.

¹⁾ Wach — *Civilprocessrecht* I. str. 17. 18. uw. 14.

Kwestya ta nie jest zresztą praktyczną, ponieważ czy przyjmemy, że sprawa wisi, czy też że jest osądzoną, wynik będzie ten sam. *Exceptio litis pendentis* i *exceptio rei iudicatae* polegają na tej samej zasadzie prawnej¹⁾. W każdym jednak razie wobec wniesionej w pierwszym sporze rewizyi zarzut tylko jako zarzut sprawy wiszącej może być uwzględnionym.

c) Jeżeli wyrokowi prawomocnemu przyznaje się moc dowodową, to należałoby i wyrokom równobrzmiącym mimo wniesionej rewizyi taką moc przyznać. Jeżeli więc uznano dwoma wyrokami kogoś za ojca, to tę okoliczność należałoby uwzględnić w procesie o alimentu mimo wniesionej rewizyi przeciw wyrokowi w pierwszym sporze wydanemu. Jeżeli pierwsze wyroki są prawomocne, to ich więcej badać nie wolno i wiążą one sędziego.

Ten rezultat nie może zadowolnić. Możliwem jest, że wyrok zatwierdzający może być w III instancyi zmieniony; jeżeli więc wniesiono rewizyę, nie można wyroku uznać za obowiązujący.

Dlatego też przyjmujemy, że wyrok taki nie wiąże, że sędzia nie jest wyrokiem jeszcze związany i może zarządzić przerwę procesu alimentacyjnego aż do rozstrzygnięcia rewizyi w procesie o ojcowstwo. Że tylko to przyjąć należy, przekonamy się, jeżeli uwzględnimy konsekwencye w wypadkach, w których wyrok ma moc konstytutywną a nie tylko deklaratywną. Tak np. wyrok w procesie o unieważnienie małżeństwa lub tegoż rozwiązanie nie jest deklaratywnym lecz konstytutywnym; dopiero z chwilą jego wydania małżeństwo zostaje unieważnione²⁾. Jeżeli zapadły dwa równobrzmiące wyroki, a tymże mimo wniesionej rewizyi należy przyznać prawomocność, to wyroki mają moc bezwarunkową wobec

¹⁾ Za starej procedury było spornem, czy *exceptio litis pendentis* może być tam podniesioną, gdzie obowiązywała galic. ordyn. sądowa.

²⁾ Por. Schey — *Die Obligationsverhältnisse* str. 157 uw. 119.

nowych stosunków prawnych. Strony mogłyby zawrzeć ponownie małżeństwo opierając się na prawomocności wyroków. Cóżby jednak nastąpiło, gdyby dwa równobrzmiące wyroki zostały w III instancji zmienione?

Prawomocności wyroków równobrzmiących nie można więc przyjąć, jeżeli wniesiono przeciw nim rewizję.

d) Czy wyroki równobrzmiące stanowią nowy tytuł prawny mimo wniesienia rewizji? Odpowiedzmy na to pytanie przykładem. Powoda oddalono z żądaniem dwoma równobrzmiącymi wyrokami przeciw którym wniósł on rewizję; przed jej załatwieniem płaci dłużnik, którego skarżono jako nieobecnego do rąk kuratora, kwotę zaskarżoną a dopiero potem dowiaduje się o wyrokach kuratorowi doręczonych. Dłużnik żąda zwrotu kwoty zapłaconej z pomyłki i powołuje się na dwa wyroki, które są prawomocne mimo wniesionej rewizji. Zdaje się nam, że wyroki z powodu wniesionej rewizji nie są jeszcze prawomocne, dlatego zwrotu zapłaconej kwoty żądać nie można. Należy badać tytuł pierwotny a mianowicie, czy pretensya należy się wierzycielowi czy nie. Jeżeli bowiem dłużnik zaspokoił pretensję należną wierzycielowi, zwrotu żądać nie może. Ten byłby dopuszczalnym, jeżeli zapłata nienależnej pretensyi nastąpiła. Rewizya więc i w tem znaczeniu wstrzymuje prawomocność i sędzia ma badać tytuł pierwotny lub zarządzić przerwę aż do załatwienia rewizji.

e) Co do wpływu wyroku zatwierdzającego na zadawnienie, to należy zauważyć co następuje. Pretensya z tytułu odszkodowania przyznana wyrokami równobrzmiącymi przedawniałaby się w 30 latach, jeżelibyśmy tym wyrokom przyznali moc prawomocności. Przypuśćmy, że w III instancji oddalono powoda z żądaniem z powodu przedwczesności skargi. Nie można przyjąć, że odszkodowania można się domagać w przeciągu lat 30 z powodu poprzednio zapadłych dwóch równobrzmiących wyroków.

I pod innym względem należy przyjąć, że wyroki równobrzmiące są bez wpływu na przerwę przedawnienia. Przypuśćmy, że przychyłono się w 2 instancjach do wniesionej w czas skargi o zapłatę rat peryodycznie płatnych. Przedawnienie przerwane skargą nie zachodziłoby. Cóż jednak, jeżeli w III instancji wyroki równobrzmiące zmieniono? Czy można przyjąć, że wobec równobrzmiących wyroków przedawnienie zostało przerwane, i w nowym procesie o dalsze raty twierdzić, że ono nie nastąpiło?

Zdaje nam się, że nie; wyroki równobrzmiące następnie uchylone nie mają prawomocności i nie miały jej nigdy, — przerwy przedawnienia nie ma.

5) Należałoby pomówić jeszcze o wpływie rewizji na wykonalność wyroku.

Wykonalność przyznana jest wyrokowi dopiero po prawomocności i to o ile wyrok w zasadzie jest wykonalnym. Może być ona i pierwiej wyrokowi przyznana a wierzycielowi można i we wcześniejszem jeszcze stadium pewne nadać prawa do egzekucyi.

Ustawa nadaje przed wdrozeniem procesu i w toku tegoż uprawnionemu prawo do tymczasowych zarządzeń, jeżeli zachodzi niebezpieczeństwo, — nadaje mu prawo do egzekucyi na zabezpieczenie, jeżeli tytuł nie jest jeszcze prawomocnym. Uprawniony może w razie niebezpieczeństwa (a w niektórych wypadkach i bez wykazania tegoż) żądać, by pretensya jego była ubezpieczoną (tak na podstawie nieprawomocnego w I instancji wydanego wyroku, nakazu zapłaty pozwanemu doręczonego).

Dalsze prawa nadaje ustawa, gdy wyrok jest prawomocnym. Wtedy może uprawniony żądać zaspokojenia przyznanej wyrokiem pretensyi.

Ustawa przyznaje jednak wykonalność i wyrokom nie prawomocnym, co z §. 505 ust. 3 proc. cyw. wynika. Jeżeli wyrok został w II instancji zatwierdzonym, to nie jest wymaganem wyczekiwanie wyroku III instancji, lecz wolno zaraz prowadzić egzekucyę. Dwa

wyroki przemawiają za wierzycielem i dlatego przynajmniej się egzekucyję.

Ustawa nie nadaje wierzycielowi li tylko prawo do zabezpieczenia, lecz prawo do zapłaty. Wierzyciel może na podstawie dwóch równobrzmiących wyroków żądać, by mu przyznana kwota zapłacono, przedmiot przyznany oddano. Nie jest to jeszcze prawo do zaspokojenia, lecz prawo do zapłaty, prawo procesowej natury. Wierzyciel ma prawo nie materyalne, lecz tylko prawo formalne, by jemu przyznana kwota złożono ¹⁾.

Prawa formalne w toku postępowania przysługujące są rozmaite i moc ich wzrasta z chwilą, gdy proces postępuje.

Najsłabszem jest prawo do zabezpieczenia przed wdrożeniem procesu lub przed jego ukończeniem. Silniejszym jest prawo do zabezpieczenia na podstawie wyroku lub innego tytułu nieprawomocnego. Jeszcze silniejszym jest prawo do zapłaty lub oddania przedmiotu na podstawie zatwierdzającego wyroku II instancji. Najsilniejszym jest prawo do zaspokojenia (*Befriedigungsanspruch*) na podstawie wyroku prawomocnego. To prawo stwierdza istnienie prawa materyalnego i dla tego stoi z nim na równi ²⁾.

Że prawo przysługujące na podstawie wyroku zatwierdzającego, rewizją zaczepionego, jest tylko pra-

¹⁾ Schauer — *Massnahmen zur Sicherung des Erfolges einer ausserordentlichen Revision* w *Gerichtszeitung* z r. 1900 Nr. 43 str. 349 nazywa prawo wierzycielowi na podstawie dwóch wyroków równobrzmiących przysługujące warunkowem; warunek jest rozwiązującym a mianowicie przychylnie załatwienie rewizji rozwiązuje prawo uprawnionego. Konstrukcyja ta jest mylną, co Geller w *Centralblatt* T. XVIII. str. 977 wykazał.

²⁾ Prawo materyalne może być skierowane albo na zapłatę albo na zabezpieczenie. W pierwszym razie ma zastąpić zaspokojenie i egzekucyja na to jest skierowaną, w drugim ma być dokonane zajęcie a nawet sprzedaż przedmiotów i li tylko wydanie kwoty należnej wierzycielowi nie następuje. Tak ma się rzecz w wypadkach, gdy wedle ustawy wekslowej wierzyciel ma prawo żądać zabezpieczenia.

wem formalnem, to ma praktyczną doniosłość. Przypuśćmy, że zaskarżono pretensyę z kontraktu kupna sprzedaży rzeczy ruchomych, co do którego pozwany zarzucił, że nie było to kupno, lecz gra dyferencyjna. Powodowi przyznano w 2 instancjach kwotę zaskarżoną; pozwany mimo wniesionej rewizyi zapłacił przyznaną kwotę. Gdy następnie rewizya odniosła skutek, żąda pozwany zwrotu. Nie można mu zarzucić, że zaspokoił pretensyę z gry pochodzącą i dlatego w myśl §. 1271 u. c. nie może domagać się zwrotu. Zaspokoił on bowiem nie pretensyę materyjalną lecz formalno-prawną, procesową ¹⁾.

Jeżeli więc ustawa przyznaje wyrokom równobrzmiącym mimo rewizyi wykonalność, to jednakowoż nie daje jeszcze prawa do zaspokojenia pretensyi.

6) Jeżeli to zreasumujemy, cośmy dotychczas naprowadzili, to dojdziemy do tego, że wyrok zatwierdzający nie jest prawomocnym, jeżeli przeciw niemu wniesiono rewizyę i że li tylko ma moc wykonalności to jest nadaje powodowi prawo do żądania zapłaty. W ten też sposób należy interpretować 2. zdanie 3. ustępu §. 505 proc cyw.

Jeżeli rewizya przeciw wyrokowi zatwierdzającemu wniesiona wstrzymuje jego prawomocność, to wszelkie skutki prawne, które dopiero po prawomocności wyroku następują, zostają w zawieszeniu aż do chwili wydania wyroku III instancyi. Tak jeżeli senat postanowi w myśl §. 190 proc. cyw. wstrzymać postępowanie w procesie, w którym rozstrzygnięcie jest zawisłem od rozstrzygnięcia innego procesu jeszcze się toczącego. Takie wstrzymanie ma moc aż do czasu rozstrzygnięcia prawomoc-

¹⁾ Tak samo ma się rzecz, gdy w dwóch instancjach nie przychylnono się do zarzutu przedawnienia pretensyi i powodowi całą zaskarżoną kwotę przyznano. Dłużnik, który po wyroku II. instancyi zapłacił wierzycielowi, może żądać zwrotu, jeżeli na skutek rewizyi wyrok doznał zmiany lub zniesienia. Pretensya zadawniona nie została zaspokojoną, uczyniono jedynie zadość roszczeniu formalnemu.

nego procesu prejudycjalnego. Przypuśćmy, że w tym ostatnim zapadną dwa wyroki równobrzmiące; czy wskutek tego orzeczenie jest już prawomocnem i wznowienie procesu wstrzymanego może nastąpić? Podług tego, cośmy wyżej powiedzieli, jest wznowienie nie dopuszczalnem przed wydaniem decyzji III. instancyi ¹⁾.

Tak samo ma się rzecz, jeżeli senat wydał wyrok wpadkowy po myśli §. 393 proc. cyw. Wedle ustępu 3 tego paragrafu ma być dalsze postępowanie wstrzymane aż do prawomocności wyroku, o ile nim orzeczono o zasadzie roszczenia. Jeżeli w sprawie wydane zostały dwa równobrzmiące wyroki, to nie można orzekać o wysokości pretensyi przed załatwieniem rewizyi. Wyrok nie jest bowiem jeszcze prawomocnym.

Jeżeli postępowanie sądowe bądź to niesporne, bądź egzekucyjne, ma być wdrożone lub wznowione po prawomocności wyroku, to dwa wyroki równobrzmiące nie są jeszcze do tego wystarczające w razie zaczepienia ich rewizyą.

W myśl §. 127 ces. pat. z d. 9. sierpnia 1854 Nr. 208 dz. u. p. ma być postępowanie spadkowe wstrzymane aż do ukończenia sporu wdrożonego przez jednego ze spadkobierców przeciw innym. Przez ukończenie sporu rozumieć należy załatwienie rewizyi, chociażby przeciw dwom równobrzmiącym wyrokom została wniesiona. Nie można wdrożyć dalszego postępowania spadkowego na podstawie wyroku zatwierdzającego, jeżeli tenże zaczepiono rewizyą ²⁾.

¹⁾ chyba, że senat skorzysta z postanowienia §. 192 pr. c.

²⁾ Pomijamy kwestyę, czy wobec słów użytych w §. 127 ces. pat. z r. 1854 a mianowicie „bis zur Entscheidung des Rechtstreites“ należy wyczekiwać ukończenia sporu w III instancyi; skoro brakuje słowa „rechtskräftig“ w cytowanym paragrafie, nie ulega zdaniem naszym wątpliwości, że cały spór ma być ukończony. Za starej procedury orzekł Najwyższy Trybunał w orzeczeniu zbiór Gl. U. T. XXIII. Nr. 10433, że wniesienie nadzwyczajnej rewizyi nie wstrzymuje wydania dekretu dziedzictwa. Z orzeczenia tego nie można wysnuwać jakichkolwiek konsekwencji.

Wedle ordynacyi egzekucyjnej skarga uzasadniająca opozycyę przeciw tabeli płatniczej wstrzymuje wykonanie tejże, a wedle §. 236 ord. egz. kwota złożona w depozycie ma być przechowaną aż do prawomocnego rozstrzygnięcia sądowego.

Przypuśćmy, że proces opozycyę uzasadnić mający w dwóch instancjach został przegrany i oponent nie utrzymał się ze swoją opozycyą; przeciw wyrokowi II instancyi wniesiono rewizyę. Czy wypłata kwoty przypadającej na pretensye, co do których zgłoszono opozycyę ma nastąpić przed załatwieniem rewizyi? Zdaje nam się, że nie. Jeżeli wstrzymanie ma nastąpić aż do prawomocności, to należy wyczekać załatwienia sprawy w III instancyi; wobec wniesionej rewizyi wyrok II instancyi nie jest prawomocny.

Weźmy wypadek odwrotny i przypuśćmy, że w dwóch instancjach przychyłono się do opozycyi. W tym razie uchwała działowa zostaje z reguły zmieniona (§. 233 ord. egz.) i we wyroku ma być oznaczonym, kto ma otrzymać kwotę z ceny kupna uzyskaną. Wyrok taki nie może być wykonany, gdyż całe postępowanie działowe ma być wstrzymane aż do załatwienia opozycyi w III instancyi. Wyrok uzupełnia uchwałę działową a i ta dopiero po załatwieniu w III instancyi może być wykonana. W razie przeciwnym należałoby zapłacić kwotę tym, których opozycya została uznana za słuszną, względnie osobom oznaczonym we wyroku II instancyi. Mianoby więc wypłacić kwotę pieniężną mimo niezałatwienia rewizyi i mimo możliwości utrzymania w III instancyi uchwały działowej. Jeżeli wyrok przychyłający się do opozycyi nie zawiera oznaczenia, który wierzyciel i jaką kwotę ma otrzymać, to ma być

cyi; rewizya przeciw dwom równobrzmiącym wyrokom jest bowiem zwyczajnym środkiem prawnym; za starej procedury była ona środkiem nadzwyczajnym, który tylko w sprawach ważniejszych był dopuszczalnym, a którego uwzględnienie było od specjalnych wymogów zawisłem. Por. Godlewski — *Egzekucya wobec rewizyi*, str. 4. i n.

tym wyrokiem zarządzoną ponowna rozprawa działowa (§. 233 ust. 2 ord. egz.), którą należy wdrożyć po prawomocności wyroku. I tu należy podnieść, że przez prawomocność należy rozumieć rozstrzygnięcie III instancji, wyroki równobrzmiące zaczepione rewizją nie wystarczają do wdrożenia nowego postępowania ekstrakcyjnego.

Wobec tego, że wyrok II instancji zatwierdzający wyrok I instancji nie jest jeszcze prawomocnym, nie może być zastanowioną egzekucya zezwolona w poprzednim stadyum procesu.

Jeżeli na podstawie nieprawomocnego nakazu zapłaty dozwolono egzekucję na zabezpieczenie (§. 371 l. 2. ord. egz.), to nie może być ona zniesioną mimo, że w 2 instancjach wyrokiem uchylono nakaz zapłaty. Zniesienie egzekucyi może nastąpić po prawomocności orzeczenia, którem oddalono powoda z jego roszczeniem (§. 376 l. 3 ord. egz.), wyrok zatwierdzający, przeciw któremu wniesiono rewizję, nie jest jeszcze prawomocnym mimo, że jest wykonalnym i dlatego nie można egzekucyi na zabezpieczenie dozwolonej zastanowić.

O ile wyżej wspomnieliśmy o wyrokach prejudycjalny wpływ na dalsze postępowanie mających i przyjęli, że dwa równobrzmiące wyroki nie mają mocy prawomocności i nie nadają jeszcze prawa do wdrożenia dalszego postępowania, to ten rezultat przyjąć należy i z innego powodu.

Rewizya wniesiona przeciw dwom równobrzmiącym wyrokom nie ma mocy suspensywnej, o ile chodzi o wykonalność. Jeżeli jednakowoż wyrok nie jest wykonalnym, to nie ma on wpływu na dalsze postępowanie. Wyroki ustalające nie są wykonalne. Tak wyrok orzekający, że pewnej osobie przysługują prawa spadkowe, wyrok, którym dano lub nie dano miejsca opozycji. W szczególności wyrok, którym uznano opozycję przeciw uchwale działowej wniesioną jako bezpodstawną, nie może być wykonanym. Wyrok orzeka, że opozycya jest niesłuszną, nie orzeka jednak i orzekać

nie może, że wypłata kwoty przypadającej na tę pretensję, co do której wniesiono opozycję, ma nastąpić.

Jeżeli wyrok czysto negatywnej treści nie jest wykonałym a postępowanie wstrzymane zostało wskutek wniesienia pozwu i aż do rozstrzygnięcia sporu, to wznowienie jego t. j. wypłata może nastąpić dopiero po ukończeniu procesu.

7) Wedle tego cośmy naprowadzili daje wyrok prawomocny (III instancji lub niższej niezaczepony) prawo do zaspokojenia roszczenia, wyrok zatwierdzający II instancji daje prawo do zapłaty, prawo czysto procesowej natury, wyrok I instancji daje warunkowe prawo do zabezpieczenia.

Wierzyciel, który otrzymał na podstawie wyroku zatwierdzającego kwotę, ma zwrócić ją w razie uwzględnienia rewizji ¹⁾. Obojętnem jest przytem, czy wyrok II instancji zniesiono, czy też go zmieniono. Miał on bowiem prawo procesowe do zapłaty a prawo to ustało z chwilą zniesienia wyroku. Nie potrzeba wcale wykazywać, że się ten wierzyciel wzbogacił, bo pretensya do zwrotu nie polega na tytule wzbogacenia. Prawo jest procesowej natury, z ustaniem podstawy ustaje i ono. Egzekucya zezwolona ma być zastanowiona, podobnie jak egzekucya na zabezpieczenie po myśli § 376 l. 3. ord. egz. Skutki w ostatnim ustępie §. 376 ord. egz. wymienione mają i obecnie zastosowanie. Inaczej należałoby kwestyę rozstrzygnąć, gdyby wierzyciel miał prawo do zaspokojenia; w tym razie pretensya zwrotna musiałaby polegać na tytule wzbogacenia.

W tym wypadku należałoby w razie zniesienia wyroku II instancji wyczekiwać stanowczego załatwienia sporu samego, gdyż przed jego ukończeniem nie jest wiadomem, czy się wierzyciel wzbogacił czy nie ²⁾.

¹⁾ Porównaj o tem Godlewski l. c. str. 19 i n.

²⁾ Zastanowienie egzekucji następuje całkowicie, licytacya ma być odwołaną, prawo zastawu z protokołu egzekucyjnego wykreślone. Ma to znaczenie praktyczne ze względu na pierwszeństwo; jeżeli po zniesieniu wyroku II instancji egzekucyę zasta-

Uwzględnijmy jeszcze wypadek, w którym chodzi nie o zapłatę, lecz o zabezpieczenie, n. p. gdy wniesiono prośbę o wydanie nakazu zabezpieczenia. Jeżeli sąd wydał nakaz zabezpieczenia, a przeciw niemu wzniesiono zarzuty, wierzycielowi przysługuje prawo egzekucyi na zabezpieczenie tj. może żądać prenotacyi prawa zastawu, zajęcia ruchomości itp., nie może żądać jeszcze sprzedaży, bo nie jest wiadomem, czy zabezpieczenie materialne się należy.

Po wydaniu dwóch równobrzmiących wyroków może wierzyciel żądać zabezpieczenia a więc i sprzedaży przedmiotów; kwota uzyskana ma być złożoną w depozycie (art. 25 u. w.). Wydania tej kwoty nie może żądać wierzyciel, do tego nie ma prawa nawet po wydaniu wyroku III instancyi.

Przypuśćmy, że rewizya wniesiona od wyroku III instancyi odniosła skutek i wyrok II instancyi zmieniono. W tej samej chwili egzekucya na bezwarunkowe zabezpieczenie (*unbedingte Exekution zur Sicherstellung*) tj. skierowana ma sprzedaż i złożenie do depozytu może być zastanowioną (anal. §. 376 l. 3 ord. egz.), prawo wierzyciela do tego zabezpieczenia ustało i dłużnik niczego więcej wykazywać nie potrzebuje, by z depozytu kwotę złożoną wycofać. Jeżeli zaś wyrok II instancyi tylko zniesiono, to również egzekucya skierowana na zabezpieczenie przez złożenie w gotówce ma być zastanowioną; dłużnik jednak na podstawie nieprawomocnego nakazu zabezpieczenia ma obowiązek zabezpieczyć kwotę, ale nie koniecznie przez skład do depozytu. Wolno mu obrać i inny sposób zabezpieczenia.

Kwestya obecnie rozpatrywana staje się praktyczną i wtedy, gdy pretensya dwoma równobrzmiącymi wy-

nowiono a wierzyciel następnie uzyskał ponownie korzystny wyrok, to egzekucyę prowadzić może ale nie na podstawie dawnego pierwszeństwa. Tak samo ma się rzecz, jeżeli prawo zastawu in tabulowano na nieruchomości na podstawie dwóch równobrzmiących wyroków. Ten, który uzyskał prawo zastawu po zniesieniu wyroku II instancyi, ma pierwszeństwo.

rokami przyznana zostaje przez wierzyciela uprawnionego zakondykowaną. Jeżeli wierzyciel uprawnionego uzyska przekaz do ściągnięcia i kwotę na podstawie dwóch równobrzmiących wyroków ściąganie a następnie użyje na zaspokojenie swojej pretensyi, po tym zaś czasie rewizya zostaje na korzyść pozwanego załatwioną, to ma ten wierzyciel uprawnionego kwotę pobraną zwrócić. Zabrał on bowiem kwotę, do której uprawniony nie miał materyalnego prawa, uprawniony miał tylko prawo formalne. Z ustaniem tego prawa ma być kwota zwróconą; gdy wierzyciel stoi na równi z osobą, której pretensyę przekazano, ma kwotę otrzymaną zwrócić.

Inaczej należałoby kwestyę rozstrzygnąć, gdyby się stało na stanowisku wzbógacenia. W tym razie zachodziłoby wzbogacenie po stronie uprawnionego, bo ten zostaje zwolniony od długu wobec swojego wierzyciela i tylko od uprawnionego a nie od wierzyciela jego możnaby się domagać zwrotu kwoty wypłaconej.

III. Zawieszenie i osądzenie sprawy.

1. Wedle procedury niemieckiej zawieszenie i osądzenie sprawy nie są na równi traktowane¹⁾ Zawieszenie sprawy musi być we formie zarzutu dylatoryjnego podniesione (§. 247 proc. cyw. niem.); jeżeli nie podniesiono w czas tj. przed rozpoczęciem ustnej rozprawy zarzutu sprawy wiszącej, następuje prekluzya. Z urzędu nie można uwzględniać zawieszenia sprawy, jakkolwiek niektórzy (jak Bülow) to przyjmują.

Co do osądzenia sprawy nie zawiera niemiecka procedura cywilna postanowienia i dlatego nie można zarzutu sprawy osądzonej uważać jako zarzut dylatoryjny. Zarzut taki jest zarzutem peremtoryjnym; pozwany podnosząc zarzut sprawy osądzonej nie może się uchylić od wdania się w spór, jak przy zarzutach formalnych (§. 248 proc. cyw. niem.), zarzut sprawy osądzonej nie ulega prekluzji, jaka istnieje dla zarzutów dylatoryjnych (§§. 247 ustęp 3 i 490 proc. cyw. niem.), a sąd uwzględniając zarzut sprawy osądzonej ma żądaniu skargi odmówić, a nie skargę odrzucić.

W razie istnienia zawieszenia sprawy ma sąd przyjąć, iż nie zachodzi wymóg procesowy, i dlatego ma odmówić żądaniu wdrożenia procesu, a względnie zastanowić wdrożony już proces; w razie osądzenia spra-

¹⁾ Por. Wilnowski-Löwy *Civilprozessordnung* str. 400 i 503.

wy nie może sąd odmówić żądaniu wdrożenia procesu, wymóg procesowy bowiem zachodzi, w rzeczy jednak samej żądanie ma być jako nieuzasadnione uznane.

Wobec stanowiska procedury niemieckiej kwestya, czy i kiedy zarzut sprawy osądzonej może być podniesionym, czy z urzędu, czy też li tylko na wniosek, jest kwestyą prawa materialnego.

2. Projekt rządowy do austriackiej procedury cywilnej stał na stanowisku, że zawieszenie i osądzenie sprawy na równi mają być stosowane. Zarzut sprawy osądzonej miał być zarzutem dylatoryjnym, a nie zarzutem peremptoryjnym i temu chciano dać wyraz w ustawie. §. 250 projektu zawierał też bliższe określenie zarzutu sprawy osądzonej, wskazujące na jego charakter formalno-prawny. Projekt wyraża się: „*Antrag, die Klage ohne Verhandlung zur Hauptsache zurückzuweisen, weil über den Klagsanspruch bereits rechtskräftig entschieden ist*“ a w nawiasie zawiera słowa „*Einrede der rechtskräftig entschiedenen Streitsache*“. Nie ulega wobec tego wątpliwosci, że zarzut sprawy osądzonej jest zarzutem dylatoryjnym, w razie gdy zachodzi, ma być skarga odrzuconą jako nie nadająca się do wydania orzeczenia w rzeczy samej.

Tak zawieszenie jak i osądzenie sprawy nie mogły być wedle projektu z urzędu uwzględnione, lecz tylko na zarzut strony. Zarzut musiał być podniesiony na pierwszej audyencyi, po odbyciu tejże mogło podniesienie zarzutu wtedy tylko nastąpić, jeżeli pozwany uprawdopodobnił, że przy pierwszej audyencyi nie miał wiadomości o istnieniu tych zarzutów¹⁾. Mimo, że wedle §. 250 projektu nie było różnicy pod względem zarzutu sprawy wiszącej a osądzonej, mimo, że postępowanie nad obydwojma zarzutami tak samo było unormowane (§§. 269 i 270 projektu odpowiadające §§ 260 i 261 proc. cyw.), to jednak w drugiej instancyi obydwa zarzuty miały być wedle projektu inaczej rozpatrywane. Odwołanie z po-

¹⁾ Takie same postanowienie zawiera procedura niemiecka w § 247.

wodu odrzucenia zarzutu sprawy wiszącej miało być wedle §. 489 ust. 6 projektu w postępowaniu wstępnem załatwione, o zarzucie sprawy osądzonej nie było wzmianki ani w powołanym paragrafie, ani w § 493 projektu, który normował, w jakiej formie ma być uchwała wydana. Wobec tego też odwołanie z powodu odrzucenia zarzutu sprawy osądzonej miało być przy ustnej rozprawie załatwione tak, jak z powodu braków merytorycznych wyroku.

Podczas, gdy w pierwszej instancji zarzut sprawy osądzonej był zarzutem dylatoryjnym, w drugiej był on zarzutem peremptoryjnym i należało co do niego oraz w rzeczy samej orzec wyrokiem.

3. Austriacka procedura cywilna zawiera odmienne postanowienia od tych, które były w projekcie umieszczone.

Zawieszenie i osądzenie sprawy mają być uwzględnione nie tylko wtedy, gdy je na pierwszej audyencji podniesiono; w każdym stadyum procesu należy je uwzględnić. Już pod tym względem czyni ustawa wyłom nie uznając prekluzji, okoliczność, iż o ten sam przedmiot między temi samemi stronami toczył się lub też toczy proces, jest tak doniosła, że ma być uwzględnioną, chociaż pewne czynności procesowe przedsięwzięto. Zawieszenie lub osądzenie sprawy ma stać na przeszkodzie wydaniu orzeczenia w sprawie samej¹⁾.

Przyjmując, iż nie ma prekluzji zarzutu sprawy wiszącej lub osądzonej, postanowił ustawodawca tylko konsekwentnie, jeżeli zezwolił na uwzględnienie zawieszenia lub osądzenia z urzędu bez wniosku strony. Jeżeli istnienie zawieszenia lub osądzenia sprawy przeszkadza wydaniu wyroku w sprawie głównej, to należy

¹⁾ Co do zarzutu sprawy osądzonej, to 475 pr. c. wyraża się: *eine Entscheidung über den Klagsanspruch.. deshalb abgelehnt, weil über denselben bereits rechtskräftig entschieden sei*, z czego wynika, że zarzut jest dylatoryjnym. Orzeczenia w rzeczy samej wcale się nie wydaje, lecz odrzuca się skargę.

je uwzględnić bez względu na wniosek strony a więc z urzędu. To stanowi też §. 240 l. 3 proc. cyw.

Zawieszenie i osądzenie sprawy urosły w ten sposób w procedurze naszej do wymogów procesowych w najściślejszem tego słowa znaczeniu. Proces może być tylko wtedy wdrożony, gdy one nie zachodzą:— gdy istnieją, od wydania orzeczenia w sprawie samej należy się wstrzymać, choćby strona tego sobie życzyła ¹⁾.

Zawieszenie lub osądzenie sprawy przeszkadzają wydaniu orzeczenia w sprawie samej, ale sąd nie może ich uwzględnić bez wysłuchania stron. Podczas gdy w razie zachodzącej niewłaściwości sąd może bez przesłuchania stron skargę odrzucić (§. 230 pr. cyw.), ma w razie zawieszenia lub osądzenia sprawy, chociażby one były ze skargi widoczne lub też w sądzie notoryczne, wyznaczyć zwykłe postępowanie, tj. pierwszą audyencyę ²⁾.

Przy tejże nie może sąd wydać orzeczenia co do zawieszenia lub osądzenia (§. 239 pr. cyw.), to może nastąpić albo na odrębnej w tym celu wyznaczonej rozprawie (§§. 243 ust. 2 i 261 proc. cyw.), albo na rozprawie głównej

Że rozprawa w każdym wypadku musi się odbyć w razie, gdy zachodzi kwestya co do zawieszenia lub osądzenia, wypływa ze słów *nach vorgängiger mündlicher Verhandlung* w § 261 ust. 1 proc. cyw. użytych. A rozprawa ma się odbyć nietylko wtedy, gdy strona podniosła zarzut, lecz i wtedy, gdy sąd z urzędu podniósł kwestyę. Sąd nie może w tym wypadku po rozprawie stron w rzeczy samej wydać orzeczenia co do zawieszenia lub osądzenia, lecz ma wprzód stronom zakomunikować, iż

¹⁾ Właściwie należałoby zawieszenie i osądzenie sprawy zaliczyć do przeszkód procesowych. Właściwość sądu jest wymogiem procesowym, musi ona istnieć, by proces mógł być przeprowadzony; jeżelibyśmy chcieli we wypadku zawieszenia i osądzenia sprawy mówić o wymogu procesowym, to tylko ich nieistnienie za wymóg należałoby uważać

²⁾ Por. Sperl, *Vereinbarung der Zuständigkeit und Gerichtsstand des Erfüllungsortes*, str. 86 uw. 9.

kwestyje zawieszenia lub osądzenia będą rozpatrywane, by w ten sposób umożliwić stronom rozprawę. W razie gdyby nie dano stronom możliwości oświadczenia się co do zawieszenia lub osądzenia, zachodziłaby nieważność z §. 477 ust. 4. pr. cyw.

Sąd ma wydać uchwałę co do zawieszenia lub osądzenia nie tylko w razie podniesionego zarzutu, lecz i w razie, gdy z urzędu sprawę poruszy. Jeżeli sąd dojdzie do prz. konania, iż zawieszenia lub osądzenia niema, jeżeli strony także pod tym względem są tego samego zdania, to pomimo to ma być wydana uchwała. Wypływa to z ostatniego ustępu §. 261 proc. cyw.

4. Wedle tego, co wyżej przedstawiono, nie ma w I instancji prekluzji zarzutu sprawy wiszącej lub osądzonej. Aż do wydania wyroku może sąd uwzględnić zawieszenie względnie osądzenie sprawy.

Chodzi o to, czy po wydaniu orzeczenia I instancji można uwzględnić zawieszenie względnie osądzenie sprawy.

Należy uwzględnić kilka wypadków:

a). Pierwszym jest wypadek, w którym I instancja wydała orzeczenie co do zawieszenia lub osądzenia sprawy i to orzeczenie zostaje zaczepionem. Orzeczenie I instancji może być dwojakim. Albo przyjmuje sąd, że zawieszenie lub osądzenie sprawy zachodzi, albo też że nie zachodzi. W pierwszym wypadku ma być wydana w myśl § 261 pr. cyw. uchwała, rozprawa w rzeczy samej bowiem się nie odbywa¹⁾.

¹⁾ W §. 475 pr. cyw. jest mowa o wyroku I instancji, w którym przyjęto zawieszenie lub osądzenie sprawy. Jest to oczywista pomyłka redaktorska. Schuster — *Civilprocess* str. 477 uw. 7 i Trutter — *Civilprocess* str. 530 wspominają o możliwych wypadkach, w których o zawieszeniu lub osądzeniu orzeczono wyrokiem. Tak jeżeli kumulowano w jednej skardze kilka roszczeń, i co do jednych przyjęto zawieszenie lub osądzenie sprawy, zaś co do innych wydano orzeczenie merytoryczne, może być wydany wyrok. Tak samo może być wydany wyrok co do kwestyi zawieszenia lub osądzenia, jeżeli kilka osób pozwano jako uczestników sporu, a co do jednej przyjęto zawieszenie lub osądzenie jako istniejące, co do innych zaś orzeczono

Uchwałę przyjmującą zawieszenie lub osądzenie sprawy, można zacząć rekuresem. Na ten rekurs wydaje II instancja uchwałę, którą zatwierdza albo też zmienia uchwałę I instancji. W ostatnim wypadku ma I instancja bezwzględnie przeprowadzić rozprawę co do rzeczy samej, chyba żeby II instancja poleciła przeprowadzenie rozprawy dopiero po prawomocności uchwały zmieniającej (§ 527 ust. 2 pr. cyw.)

Jeżeli I instancja nie przyjmuje zawieszenia lub osądzenia sprawy, ma wydać uchwałę. Uchwała ta ma być umieszczoną dopiero we wyroku w razie, gdy sąd prowadzi rozprawę nad kwestyą zawieszenia lub osądzenia łącznie z rozprawą co do rzeczy samej, może być umieszczoną we wyroku, jeżeli sąd po przyjęciu, iż zawieszenie lub osądzenie nie zachodzi, postanawia bezwzględnie przystąpić do rozprawy w rzeczy samej (§ 261 pr. cyw.)

Odrębnie wygotowana uchwała, nie przyjmująca zawieszenia lub osądzenia, może być zaczęcioną rekuresem.

Jeżeli uchwałę umieszczono we wyroku, to zaczęcie może nastąpić dopiero łącznie ze zaczęciem wyroku, a więc odwołaniem.

Orzeczenie I instancji można zacząć bez względu na to, czy wydano je z urzędu, czy na żądanie, może je zacząć nawet i ta strona, która się przeciw zarzutowi broniła, a więc przyjęła, że nie ma zawieszenia lub osądzenia sprawy, a tem samym nie została pokrzywdzona wyrokiem. Nie dzieje się tej osobie krzywda, ale zachodzi wedle jej twierdzenia brak, który jej wytknąć wolno. Nie ma przepisu, że zaliczyć może tylko ta strona, którą pokrzywdzono.

Jeżeli orzeczenie wyroku I instancji co do zawieszenia lub osądzenia sprawy zaczęciono apelacją, to

merytoryczne. Por. Neumann, *Commentar zu den Civilprozessgesetzen*, str. 895 i n.

wedle § 471 l. 6 proc. cyw. ma sąd odwoławczy sprawę w postępowaniu wstępnem załatwić.

Jeżeli sąd odwoławczy przyjmie, że I instancja niesłusznie przyjęła nieistnienie zawieszenia lub osądzenia, a więc sam przyjmie istnienie zawieszenia lub osądzenia, to ma uchwałą odrzucić skargę za równoczesnym zniesieniem wyroku. Taką uchwałą ma powziąć sąd odwoławczy bez względu na to, czy I instancja wydała orzeczenie z urzędu, czy na zarzut. To podnieść należy wobec stylizacji § 475 ust. 3 proc. cyw. Wedle stylizacji tegoż odróżnia się zawieszenie od osądzenia sprawy. Odnośnie do pierwszego ma sąd wedle dosłownego brzmienia ustawy uwzględnić zawieszenie, jeżeli I instancja mylnie tegoż nie przyjęła. Dodatku nie zawiera ustawa żadnego tak, że przyjąć należy, iż tak wypadek, o którym na zarzut wydano orzeczenie, lub w którym z urzędu kwestyę poruszono, stoją ze sobą na równi. Inaczej opiewa dalsza treść zdania odnosząca się do osądzenia sprawy. Tu jest wymieniony tylko wypadek, w którym zarzut sprawy osądzonej został podniesiony i odrzucony. Wypadek, w którym z urzędu kwestyę poruszono i przyjęto, że osądzenie nie zachodzi, nie jest wymieniony, tak, że obydwa wypadki zawieszenia i osądzenia są odmiennie traktowane. Zdaje nam się, że tylko pozornie to przyjąć należy. Z treści § 471 l. 6 proc. cyw. wynika, że orzeczenie co do sprawy osądzonej można zaczepić bez względu na to, czy na zarzut, czy wskutek dyskusji z urzędu podniesionej zapadło.

Jeżelibyśmy §. 475 ust. 3 proc. cyw. chcieli interpretować dosłownie, to nie mielibyśmy w ustawie rozstrzygnięcia co do kwestyi, jaka ma zapasć uchwała w razie, gdy sąd I instancji bez zarzutu i z urzędu rozpoznawał kwestyę osądzenia sprawy, nie przyjął jej za istniejącą, a strona to orzeczenie zaczepiła. Że zaczepienie może nastąpić, jest pewnem, a brak byłby tylko postanowienia co do formy orzeczenia II instan-

cyi. W postępowaniu wstępnem ma być orzeczenie wydane co do kwestyi osądzenia sprawy, a gdy § 495 proc. cyw. normuje inne podobne wypadki, przeto przyjąć należy, że odnosi się i do wypadku nie wymienionego¹⁾.

b). Drugi wypadek zachodzi, jeżeli we wyroku I instancyi jest zawarte orzeczenie co do zawieszenia lub osądzenia sprawy, a tego orzeczenia nie zaczepiono, jakkolwiek wniesiono od wyroku odwołanie. Tak, jeżeli pozwany, który w I instancyi podniósł zarzut sprawy wiszącej lub osądzonej i z tym zarzutem się nie utrzymał, przegrał ponadto ze względów rzeczowych sprawę i od wyroku wniósł apelację, ale nie żali się z powodu odrzucenia zarzutu sprawy wiszącej lub osądzonej, — dalej jeżeli powoda, który się bronił przeciw podniesionemu przez pozwanego zarzutowi sprawy wiszącej lub osądzonej po nieuwzględnieniu tych zarzutów z żądaniem oddalono, a powód tylko ze względów merytorycznych wyrok zaczepia²⁾

W tym wypadku zachodzi ewentualnie brak w I instancyi, ale brak, z powodu którego strona się nie żali. Ponieważ nasze postępowanie odwoławcze wymaga wymienienia braku, dla którego się wyrok zaczepia, przeto niewytknięty brak, choćby zachodził, nie może być uwzględnionym.

¹⁾ Jak wyżej wspomniano, traktowano wedle projektu inaczey zawieszenie niż osądzenie sprawy w postępowaniu II instancyi. Dopiero w toku obrad parlamentarnych postawiono je na równi i poczyniono zmianę w §§ 471 l. 6 i 475 proc. cyw. Stąd pochodzi wadliwość stylizacyi § 475 p. c.

Podnieść należy i to jeszcze, że wedle projektu osądzenie (jak i zawieszenie) li tylko za zarzut miały być uwzględnione, co później zniesiono.

²⁾ Nie zaczepia powód wyroku ze względów formalnych, gdyż mu zależy na wygranej w rzeczy samej. Pozwany wygrywa w tym wypadku sprawę w rzeczy samej, wolno mu jednak zaczepić orzeczenie wyroku, o ile niem odrzucono zarzut sprawy wiszącej lub osądzonej.

Brak zachodzący w postępowaniu lub w wyroku I instancyi ma być z urzędu uwzględnionym wtedy, jeżeli jest nieważnością. Nieważność ma być uwzględnioną, chociaż o niej odwołanie milczy. Brak, któremu ustawa nadaje charakter nieważności, jest tak doniosłym, że ma być nawet bez wniosku strony uwzględnionym (arg. § 471 l. 7 proc. cyw.)

Do nieważności, które § 477 proc. cyw. wymienia, nie należy zawieszenie lub osądzenie sprawy i dlatego nie mają być one uwzględnione w postępowaniu odwoławczem, jeżeli wyroku z powodu ich nieuwzględnienia nie zaczępiono.

c). Trzeci wypadek zachodzi wówczas, jeżeli w I instancyi a tem samem i we wyroku nie poruszono kwestyi zawieszenia lub osądzenia sprawy i dopiero w odwołaniu podniesiono, że one zachodzą.

Zdaniem naszym nie można uwzględnić zarzutu w odwołaniu dopiero podniesionego. Wszelkie zarzuty tak materalnej jak i formalnej natury ma strona w I instancyi podnieść. Jeżeli tego nie uczyni, nie może ich już podnieść w II instancyi. Co do materalnych zarzutów wpływa to z § 482 proc. cyw. Ale i co do formalnych zarzutów przyjąć to należy. Wyrok zaczępia się z powodu braków subiektywnych, a nie z powodu braków obiektywnych. Chociaż ostatnie zachodzą, ma pozostać wyrok nienaruszony ¹⁾

Ustawa zna wprawdzie wyjątki i pozwala, by pewne braki formalne, chociaż ich w pierwszej instancyi nie podniesiono, a więc braki obiektywne, były uwzględnione w instancyi drugiej. Są to przyczyny nieważności te mogą być podniesione dopiero w II instancyi, chociaż je w I pomięto. Tak, jeżeli sąd I instancyi nie był powołanym do rozpatrywania sprawy z powodu nieusuwalnej niewłaściwości (§ 477 l. 3 pr. cyw.), lub

¹⁾ Pfr. Beisser, *Die Nova im Berufungsverfahren*, str. 18 i n.

z powodu, że sprawa nie nadaje się na drogę prawa (§ 477 l. 6). Chociaż tej kwestyi w I instancyi nie poruszono i uchwały co do niej nie wydano, można w odwołaniu podnieść niewłaściwość pierwszego sądu lub nieprawidłowość drogi prawa. Tam gdzie zachodzą przyczyny nieważności, nie ma prekluzyi. Zakończenie rozprawy pierwszej instancyi nie pozbawia możliwości podnoszenia zarzutu w tejeż nie rozpatrywanego.

Do nieważności nie należy okoliczność, iż sprawa jest w zawieszeniu lub jest osądzoną. Przyczyny nieważności nie licza § 477 proc. cyw. taksatywnie, innych przyczyn nie można. Jeżeli ustawodawca nie uważa braku zarzutu ważnym, by mógł aż w drugiej dopiero instancyi być podniesionym, to z ukończeniem rozprawy w I instancyi następuje prekluzya.

Każdy brak, który jest nieważnością, jest tego rodzaju, że może być nawet dopiero w II instancyi uwzględnionym. Ustawa idzie jednak dalej, i odstepuje od zasady w § 483 pr. c. przyjętej, wedle której wszystkie wnioski i przyczyny odwoławcze mają być w piśmie apelacyjnem przytoczone. Nawet w razie, gdy strona nie zaczęła wyroku I instancyi z powodu nieważności, ma być nieważność z urzędu uwzględnioną, i to w toku postępowania wstępnego (§. 477 l. 5 i 7 pr. cyw.) Ustawodawca idzie jednak jeszcze dalej. Jeżeli w postępowaniu wstępnym przeoczono, iż wyrok I instancyi jest nieważny i rozpisano rozprawę, to przy tejeż można uwzględnić nieważność, tak gdy strona ją podnie- sie, jak i gdy tego nie uczyni (§ 494).

Można sobie w zasadzie wyobrazić, że coś nie musi być nieważnością, a pomimo to w II instancyi może być uwzględnionem. Tak, jeżeli nie ma być z urzędu w II instancyi uwzględnionem, jakkolwiek w I instancyi z urzędu i bez zarzutu strony ma być przestrzeżaniem. Ustawodawca może osłabić zarzut, który w I instancyi z urzędu może być podniesionym, w ten sposób, iż uwzględnienie jego w II instancyi nawet i wtedy, gdy go w I instancyi pominięto, może

nastąpić, ale nie z urzędu, lecz na skutek żądania strony. W niniejszym wypadku mogłoby to wtedy nastąpić, jeżeli w piśmie odwoławczym powołano się na brak z powodu zawieszenia lub osądzenia. Tego nie można przyjąć co do zawieszenia i osądzenia sprawy. Nie możemy twierdzić, iżby obydwie nie były wprawdzie nieważnością, ale mogły być w odwołaniu powołane mimo, iż w I instancji o nich nie było mowy. Przeciw temu przemawia treść ust. 6 § 471 proc. cyw. Wyraźnie stanowi ten ustęp, że rozpoczęcie wyroku może nastąpić wtedy, jeżeli umieszczone we wyroku orzeczenie co do zawieszenia lub osądzenia sprawy zostaje zażegnane. Wprawdzie powołany ustęp ma zawierać tylko normę co do postępowania i ma stanowić, że w razie rozpoczęcia wyroku z powodu zawieszenia lub osądzenia ma nastąpić rozstrzygnięcie w postępowaniu wstępnym, ale musimy przyjąć, że z tego ustępu wynika i postanowienie co do powodu odwołania i kiedy rozpoczęcie może nastąpić. Jeżeli byśmy bowiem przyjęli, że ustęp 6 § 471 p. c. nie zawiera postanowienia, kiedy rozpoczęcie wyroku może nastąpić w razie zawieszenia lub osądzenia sprawy, lecz tylko normę co do postępowania, to musielibyśmy przyjąć, że w postępowaniu wstępnym ma orzeczenie co do zawieszenia lub osądzenia sprawy zapasć tylko wtedy, gdy we wyroku I instancji orzeczenie co do tychże jest zawartem, w każdym innym razie zaś wyłączone to jest z postępowania wstępnego a więc ma być załatwione przy rozprawie. Doszlibyśmy do tego, że zawieszenie lub osądzenie może być podniesionem w odwołaniu mimo, iż we wyroku nie ma o tem mowy. Stałoby to na równi z nieważnością i różnica byłaby tylko ta, iż gdy pismo odwoławcze wzmianki nie zawiera o zawieszeniu lub osądzeniu sprawy, to z urzędu go uwzględnić nie można.

Ponieważ ustawodawca chciał by tylko nieważność można było w II instancji podnieść, mimo, że ją w I instancji pominięto, a obok nieważności nie ma wedle naszej ustawy braków, które wprawdzie w II instancji

ale tylko na wnioszek mają być uwzględnione, przeto argumentacya byłaby mylną i należy ją zarzucić. — Jeszcze jedną okoliczność jednak należy uwzględnić. Ustawodawca zezwala, aby z urzędu uwzględniono pewne braki formalne, chociaż one nie są nieważnością. Są to braki z §. 496 l 2 pr cyw. a mianowicie takie braki, które przeszkadzają wyczerpującemu zbadaniu i gruntownemu ocenieniu sprawy. Takim brakiem nie jest ani zawieszenie ani też osądzenie sprawy. Jeżeli ich nie uwzględniono, to chyba sprawy nie badano po bieżnie, lecz zbyt gruntownie. Na podstawie §. 496 pr. c. nie można więc przyjąć, by z urzędu można uwzględnić zawieszenie lub osądzenie sprawy¹⁾.

d) Czwarty wypadek zachodzi wówczas, gdy w I instancyi i we wyroku nie wspomniano o zawieszeniu lub osądzeniu sprawy. w apelacyi nie uczyniono również wzmianki i dopiero przy rozprawie odwoławczej zarzut podniesiono.

¹⁾ Młynie przyjmują Demelius, *Civilprocess* str 630, jakoby z § 471 l. 6 i 475 wynikało, że zawieszenie i osądzenie sprawy z urzędu mają być uwzględnione. Obydwa te paragrafy wspominają o uwzględnieniu lub nieuwzględnieniu sprawy w I. a nie w II. instancyi i z nich nie można wysnuwać wniosku co do dopuszczalności uwzględnienia z urzędu

Schrüttka — *Ueber das ius novorum in der Berufungsinstanz*, str. 25, przyjmuje analogię z §. 477 l 6 pr cyw i wyraża się: „*Eine Sache, die sich schon auf dem Rechtswege befindet oder die gar den Rechtsweg schon zurückgelegt hat, darf eben nicht noch einmal auf den Rechtsweg gebracht werden, gehört also nicht (noch einmal) auf den Rechtsweg*“. Argumentacya ta zapoznaje wprost znaczenie drogi prawa. Rintelen — *Berufungsgrund und Berufungsantrag*, str 47, zalicza zawieszenie i osądzenie sprawy do nieważności, wychodząc z tego, że one są wymogami procesowym. Por. str 47—48 uw 11.

Sperl l. c str. 85 i 86 uw. 5 jest zdania, że zawieszenie i osądzenie może być w II instancyi z urzędu uwzględnionem. Tak samo Neumann l. c str 895 i u Inaczej orzekł Najwyższy Trybunał w orzeczeniu z d. 21 czerwca 899 l. 9373. (Zbiór ministerjalny Nr. 102 i Gellera Centralblatt T. XVIII. Nr. 72).

Na równi z tym wypadkiem stoi wypadek, gdy żadna ze stron o zawieszeniu lub osądzeniu sprawy nie wspomniała i sąd sam w II. instancji kwestyę poruszył.

Wobec tego, cosmy wyżej wypowiedzieli, nie ulega wątpliwości, że zawieszenie lub osądzenie nie może być uwzględnione.

Jezelibyśmy bowiem przyjęli, że zawieszenie i osądzenie w każdym stadyum procesowym może być z urzędu lub na wniosek uwzględnione, to nadalibyśmy nieuwzględnieniu ich charakter nieważności, co pozostaje w rażącej sprzeczności z przepisem §. 477 p. c. który taksatywnie wylicza nieważności a o osądzeniu i zawieszeniu sprawy nie zawiera wzmianki.

Ze słów użytych w §. 240 ust. 3 proc. cyw. a mianowicie: „*jederzeit von amtswegen zu berücksichtigen*“ nie można wnosić, jakoby i w II instancji zawieszenie lub osądzenie mogły być uwzględnione. Przepis § 240 pc. odnosi się li tylko do postępowania w I. instancji i normy jego do II. instancji odnosić nie można. Jakkolwiek ustawodawca od nieistnienia zawieszenia i osądzenia sprawy czyni zawisłem wdrożenie procesu, to jednak z tego nie można wnosić, by i w drugiej instancji traktowano je tak samo, jak w pierwszej. Skoro już zapadł wyrok i postępowanie zostało ukończone, nie ma potrzeby uwzględnić niektórych zarzutów, które przeszkadzają wdrożeniu procesu. Konieczność uwzględnienia ich z urzędu nie zachodzi, skoro proces doszedł do pewnego stadyum. Nie ma w tem niekonsekwencji; ustawodawca nie chce, by po ukończeniu procesu powołano się na brak, którego poprzód nie poruszono. Nie można też przyjąć, że strona jest bardzo pokrzywdzoną. Pomijając zasadę „*iura vigilantibus scripta*“ należy podnieść, że jeżeli zachodzi osądzenie sprawy, może pozwany w myśl §. 530 l. 6 pr. cyw. uzyskać wznowienie postępowania. To, co by mógł pozwany podnieść w odwołaniu, może podnieść w skardze o wznowienie.

W razie, gdy o sprawie wiszącej w nowym procesie wydano orzeczenie, strona nie ponosi szkody, gdyż

w starym może się powołać na prawomocne osądzenie; w razie gdy wyrok w nowym procesie wydany nie jest prawomocny, można w starym podnieść zarzut peremptoryjny ¹⁾).

5. Co do postępowania w II. instancji, to w każdym wypadku ma być co do zawieszenia lub osądzenia sprawy wydane orzeczenie w postępowaniu wstępnem. Zastrzeżenie wydania orzeczenia dopiero przy rozprawie jest niedopuszczalnym. Wydanie uchwały w postępowaniu wstępnem ma nastąpić tak w razie, gdy senat odwoławczy uwzględni zawieszenie lub osądzenie, jak nie mniej, gdy ich nie przyjmuje.

§. 475 p. c. wspomina o wypadku, w którym następuje zmiana orzeczenia I. instancji. I tak, gdy sąd I. instancji przyjął we wyroku zawieszenie lub osądzenie a II. instancja stoi na odmiennym stanowisku i ich nieistnienie przyjmuje, ma załatwienie nastąpić w postępowaniu wstępnem. Tak samo, gdy I. instancja nie przyjmuje zawieszenia lub osądzenia sprawy, a druga je przyjmuje, ma być orzeczenie w postępowaniu wstępnem wydane.

To samo przyjąć należy, gdy II. instancja przyjmuje, że orzeczenie co do zawieszenia lub osądzenia lub co do nieistnienia jest słusznem. O tych wypadkach nie wspomina §. 475 p. c., ale z tego nie wynika, by po rozprawie miało orzeczenie nastąpić. Skoro wedle §. 471 p. c. we wstępnem postępowaniu kwestya zawieszenia lub osądzenia ma być rozpatrywana, nie można przekazać sprawy rozprawie. W razie przeciwnym doszlibyśmy do tego, że po powzięciu przez senat uchwały, że uchwała I. instancji jest słuszną, taka uchwała nie ma zapaść i dopiero po rozprawie ponownie miałyby być wydana.

Z §. 480 p. c. wnosić również należy, że w razie zatwierdzenia wyroku co do kwestyi zawieszenia lub osądzenia sprawy, rozprawa ma odpaść. Paragraf ten stanowi, że rozprawa ma się odbyć, gdy oprócz orze-

¹⁾ Czy wstrzymanie procesu wiszącego może być uzyskanem aż do chwili, kiedy wyrok będzie prawomocnym, jest kwestyą.

czenia co do zawieszenia lub osądzenia sprawy, co do których odwołania nie uwzględniono, i pod innym względem wyrok zaczepiono. Tylko co do innych kwestyi więc ma się odbyć rozprawa, ale nie co do kwestyi zawieszenia lub osądzenia sprawy ¹⁾

6. Ze zdaniem wypowiedzianem przez nas pozostaje w sprzeczności §. 149 instr. sąd. Zanim przejdziemy do rozpatrywania sprzeczności, musimy zaznaczyć, że tylko treść procedury cywilnej rozstrzyga. Instrukcja jako rozporządzenie ministerjalne o tyle tylko wiąże, o ile w ramach ustawy jest wydana. Jeżeli rozporządzenie wykonawcze jest sprzeczne z ustawą, nie ma mocy obowiązującej ²⁾

Gdy jesteśmy zdania, że instrukcja sądowa w §. 149 poszła po za ustawę, a raczej w sprzeczności z nią pozostaje, musimy przyjąć, że jej postanowienia nie są obowiązujące.

Czy i o ile zachodzi sprzeczność?

a) Co do postępowania stanowi §. 149 instr. sąd., że odrzucenie skargi z powodu, iż sprawa jest w zawieszeniu lub została osądzona, może nastąpić w toku postępowania odwoławczego tylko wtedy w postępowaniu

¹⁾ Nie można §. 480 p. c. tłumaczyć w ten sposób, że się odnosi do wypadku, w którym przyjęto w I. instancji zawieszenie lub osądzenie. Nie można bowiem odnosić tego paragrafu do wyjątkowych wypadków, w których przyjęto do wyroku orzeczenie co do zawieszenia lub osądzenia, §. 480 p. c. nie wyraża się zresztą tak, jak §. 475 p. c, w którym jest mowa o przyjęciu zawieszenia lub osądzenia, lecz mówi w ogóle o zawieszeniu lub osądzeniu. Kilka słów poprzód jest mowa o przyjęciu zaoczności, ale słowo „*Annahme*“ nie odnosi się do zawieszenia i osądzenia.

²⁾ Art. 7 ust. zasad. z dnia 21 grudnia 1867 Nr 144 dz. u. p. Rozporządzenie dotyczące instrukcji jest tż. *Verwaltungsverordnung* — ale zawiera i przepisy merytoryczno-prawne, jest więc i *Rechtsverordnung*. O badaniu przez sędziego ważności rozporządzeń por. Burckhard — *System* I. str. 106 i n.; Menger — *Civilprozess* str. 232 i n.; Ulbrich — *Staatsrecht* str. 392, 403 i 404

wstępnem, gdy to nie ulega wątpliwości. Zresztą ma być zastrzeżeniem orzeczenie rozprawie ustnej.

Z tego postanowienia wypływa najpierw, że ustnej rozprawie może być zastrzeżeniem orzeczenie co do zawieszenia lub osądzenia sprawy, co pozostaje w sprzeczności z §. 471 proc. cyw. To jest zastrzeżeniem wstępnej rozprawie i ma być w niej załatwione; są to pojedyncze kwestye, które rozprawy nie potrzebują, są po największej części uchwały, które we wyroku są umieszczone i w razie, gdyby osobno były wygotowane, przez sąd odwoławczy w drodze uchwały i bez ustnej rozprawie musiały być załatwione. Postanowienie więc instrukcyi, że rozprawie może być zastrzeżeniem załatwienie kwestyi zawieszenia lub osądzenia sprawy, jest sprzeczne z ustawą, a zatem nieobowiązujące. Instrukcyja nie odsyła jednak wszystkich wypadków do rozprawie; odsyła bezwarunkowo do rozprawie wypadki, w których ma być orzeczone, że zawieszenie i osądzenie nie zachodzi. To wynika z brzmienia pierwszego zdania §. 149 instr. sąd., wedle którego bez rozprawie może być orzeczeniem, że zachodzi zawieszenie lub osądzenie sprawy, zresztą, a więc gdy wedle zdania sądu nie zachodzi zawieszenie lub osądzenie sprawy, ma być po rozprawie wydane orzeczenie. Ponadto w razie gdy sąd jest zdania, iż sprawa jest zawieszoną lub osądzoną, ale zachodzą co do tego wątpliwości, ma być rozprawie wyznaczoną.

By dojsć do tego, czy rozprawie ma się odbyć nad kwestyą zawieszenia lub osądzenia, musi się sąd nad niem zastanowić i powziąć decyzję. Jeżeli przyjmie, że zachodzi, rozprawie odpada i sąd wydaje uchwałę; sąd może przyjąć ich istnienie ale zarazem, że kwestya jest wątpliwą. Jak ma opiekować ta uchwała? Chyba, że sąd przyjmuje zawieszenie lub osądzenie a ma jeszcze wątpliwości co do słuszności swojej uchwały? Czy to odpowiada stanowczości decyzji sądowych, o tem wątpić należy. Nie pozostaje więc nic innego jak wstrzymanie się z wydaniem uchwały mimo narady i uchwały,

bo ta musi być powzięta, skoro wypadek nieistnienia zawieszenia prowadzi do rozprawy.

Jeżeli sąd przyjmuje nieistnienie zawieszenia lub osądzenia, wyznacza rozprawę. Na tej mają być znowu one dyskutowane. Czy sąd może powziąć uchwałę odmienną i przyjąć ich istnienie?

„Wątpliwość“ jest pojęciem nader elastycznym. W instrukcyi jest mowa o pewności, która na podstawie aktów procesowych lub wdrożonych w celu ustalenia powodów odwołania dochodzeń może być nabrana. Jest to pewna podstawa dla ocenienia, kiedy wątpliwość zachodzi.

Cytowane w §. 149 instr. sąd. §§. 480 i 497 proc. cyw. nie uzasadniają wyznaczenia ustnej rozprawy. §. 480 proc. cyw. stanowi, że rozprawa ustna ma być wyznaczoną, gdy nie ma wymogów do wydania orzeczenia w postępowaniu wstępnem, dalej, gdy wprowadzie odwołanie odrzucono, o ile jest niem zaczepione orzeczenie o zawieszeniu lub osądzeniu sprawy, ale zachodzą i inne powody odwołania, dla których tylko po ustnej rozprawie może być orzeczenie wydanem. §. 480 proc. cyw. nie uzasadnia więc wyznaczenia ustnej rozprawy, owszem musi być dopiero wykazaniem na podstawie innych przepisów, że ustna rozprawa ma być wyznaczoną, gdy się rozchodzi o zawieszenie lub osądzenie sprawy.

I § 497. ustęp I. proc. cyw. wcale nie uzasadnia odesłania sprawy do rozprawy ustnej.

b) Ostatnie zdanie I. ustępu §. 149 instr. sąd. wypowiada zapatrywanie, że nawet w razie gdy w I. instancyi nie rozpatrywano kwestyi zawieszenia lub osądzenia sprawy, może być ona w II. instancyi rozpatrywana. W tym wypadku ma być orzeczenie wydanem przy rozprawie ustnej. Z tego wynika, że można zaczepić odwołaniem wyrok z powodu zawieszenia lub osądzenia sprawy, w którym to razie nie w postępowaniu wstępnem, lecz przy rozprawie ma zapaść orzeczenie.

Czy przyjąć można, że sąd z urzędu przy rozprawie może podnieść i uwzględnić zawieszenie lub osądzenie sprawy, nie jest jasnym z I. ustępu §. 149 instrukcji. Ustęp 2 §. 149 instr. jednak przyjmuje wprost że jest to możliwym. Jeżeli ten ustęp stanowi o wypadku, w którym można odrzucić odwołanie a zarazem przyjąć zawieszenie lub osądzenie sprawy, to wtedy tylko to jest możliwym, gdy wszystko w odwołaniu naprowadzone jest nieuzasadnione, a pomimo to znosi się wyrok. To zachodzi, gdy z urzędu uwzględnia się zawieszenie lub osądzenie sprawy. Jeżeli strona powołuje się na zawieszenie lub osądzenie i sąd uzna je za słuszne, to daje miejsce odwołaniu — o tym wypadku nie stanowi instrukcja.

Wedle instrukcji odrzucenie odwołania po przyjęciu zawieszenia lub osądzenia ma nastąpić we formie uchwały. Schauer przyjmuje, że wypadek ten wtedy jedynie zajść może, gdy pozwany apelował. Jest to możliwe. Przypuśćmy, że powód apeluje od wyroku i podnosi powody, ale nie żali się z powodu nieuwzględnienia zawieszenia lub osądzenia. Jeżeli sąd może je z urzędu uwzględnić, to może to uczynić przy odrzuceniu odwołania.

Wedle zasady przyjętej w instrukcji zawieszenie i osądzenie stoją na równi z nieważnością, nieuwzględnienie ich w I. instancyi i zaniechanie zaczepienia w odwołaniu nic nie stanowi¹⁾.

7. Druga instancya wydaje orzeczenie, którem zatwierdza lub zmienia orzeczenie I. instancyi, zawsze we formie uchwały.

a) Jeżeli I. instancya wydała uchwałę i ta zostaje zatwierdzona, to nie ma dalszego środka prawnego

¹⁾ Schauer w wydaniu instrukcji jest zdania, że zawieszenie i osądzenie ma być z urzędu uwzględnione; powołuje się on na przepisy §§. 240 l. 3 i 261 ust. 5 proc. cyw., co jest mylnem, gdyż te przepisy odnoszą się tylko do postępowania w I. instancyi.

(§ 528 pc.) Dotyczy to tak uchwały, którą przyjęto jak i tej, którą nie przyjęto zawieszenia lub osądzenia sprawy.

b) Tak ma się rzecz, gdy wydano wyrok w I instancji a II. instancja orzeczenie to potwierdza. Orzeczenie w II. instancji ma zapaść zawsze we formie uchwały. Gdy zaś i orzeczenie we wyroku I. instancji jest uchwałą, rekurs rewizyjny nie jest dopuszczalnym.

Jeżeli nawet staniemy na stanowisku instrukcyi i przyjmiemy, że we wyroku odwoławczym może być orzeczenie zawarte, to i w tym wypadku orzeczenie jest uchwałą i rekurs rewizyjny nie jest dopuszczalnym.

c) Jeżeli w I. instancji wydano wyrok, którym przyjęto zawieszenie lub osądzenie, a II. przyjmuje, że one nie zachodzą, to w myśl §. 475 p. c. ma pierwsza instancja przeprowadzić rozprawę co do rzeczy samej i wydać wyrok.

Uchwała taka nie podlega natychmiastowemu zaczepleniu, chyba, że II instancja poleci wyczekiwanie prawomocności (§. 527 p. c.).

Powstaje kwestya, czy rewizyą można zacząć wyrok, jeżeli następnie zapadną wyroki I. i II. instancji, z powodu nieuwzględnienia zawieszenia lub osądzenia. Zdaniem naszym: tak, i to z powodu §. 503 l. 4. p. c.

d) Jeżeli II. instancja przyjęła zawieszenie lub osądzenie sprawy, podczas gdy pierwsza ich nie uznała, to zapada uchwała odrzucająca skargę (§. 475 ust. 3 p. c.). Od tej uchwały nie może być wedle §. 519 p. c. wniesionym rekurs. Jest to brak w ustawie, któremu zaradzić nie można¹⁾.

Jeżeli staniemy na stanowisku instrukcyi i przyjmiemy, że w II. instancji i z urzędu może być orzeczeniem zawieszenie lub osądzenie sprawy, to dwa należy odróżnić wypadki, raz wypadek, w którym strona żali się, że zachodzi zawieszenie lub osądzenie, drugi. gdzie tego nie czyni.

¹⁾ Klein — *Vorlesungen* str. 275 — stoi na odmiennem stanowisku i przyjmuje, że rekurs jest dopuszczalny.

W pierwszym wypadku sąd przychyła się do apelacji.

Jeżeli sąd przyjmuje z urzędu zawieszenie lub osądzenie sprawy, to odrzuca apelację przyjmując jednak zawieszenie lub osądzenie. W tym wypadku wydaje uchwałę odrzucającą apelację i ta wedle §. 519 l i proc. cyw. może być zaczepioną rekursiem rewizyjnym.

W obec tego stanu rzeczy odmiennie ma być traktowany wypadek, w którym z urzędu się uwzględnia zawieszenie lub osądzenie sprawy, od wypadku w którym wnioskowi strony daje się miejsce. W pierwszym tak ten, który wnosił apelację jak i przeciwnik może wnieść rekurs rewizyjny, w drugim przeciwnik pozbawiony jest środka prawnego mimo, że za nim przemawia I. instancja.

IV. Dwustronność wyroku.

1. Wedle zasad powszechnie przyjętych jest celem procesu zbadanie, czy prawo powoda zostało naruszone, a w konsekwencji zapobieżenie temu naruszeniu. Jeżeli sąd nie stwierdzi naruszenia prawa, może powoda z żądaniem skargi oddalić. Więcej jak oddalenie z żądaniem skargi nie grozi powodowi, na świadczenie materialnej natury nie można go zasądzić. Można zaś powoda zasądzić na ponoszenie kosztów sporu. Tak, jeżeli z żądaniem zostaje oddalony, jeżeli powód spór wygra, może być zasądzonym na ponoszenie kosztów w razie, gdy się okaże, że spór niepotrzebnie spowodował (§ 45 p. c.).

Nałożenie na powoda obowiązku zapłacenia kosztów sporu nie jest wyjątkiem od zasady, że zasądzenie powoda nie jest możliwym. Obowiązek bowiem ponoszenia kosztów sporu ma źródło swoje w procesie i z procesu powstaje. Sąd zasądza powoda na świadczenie spowodowane wniesieniem skargi, nie zaś na świadczenie wypływające ze stosunku materialno-prawnego po za procesem istniejącego.

Od zasady, że powoda nie można zasądzić w procesie, czyniło już prawo rzymskie wyjątki. Znało ono *actiones duplices, iudicia duplicita*, w których zasądzenie tak pozwanego jak i powoda było możliwym¹⁾.

¹⁾ Keller — *Der römische Civilprocess* (6 wyd.) str. 471 (§ 90); Savigny — *System des heutigen römischen Rechts* T. V. str. 150 i n., T. VI. str. 328 i n. — W dawniejszym prawie rzymskim był proces windykacyjny dwustronnym, pretor

Zasądzenie powoda mogło w niektórych wypadkach nastąpić ze względu na szczególny stan rzeczy; rozchodziło się o stosunki prawne, w których powodowi zależało mniej na zasądzeniu pozwanego, jak raczej na uregulowaniu stosunku do niego.

Do skarg, w których zasądzenie nietylko pozwanego lecz i powoda mogło nastąpić, należały trzy skarg, o zniesienie wspólności (*actiones divisoriae*) jak *actio communi dividundo*, *familiae herciscundae* i *finium regundorum* dalej dwa *interdicta retinendae possessionis: uti possidetis* i *utrubi*

W sprawach o zniesienie wspólności można było orzec, że każda ze stron otrzymuje część fizyczną albo też, że jedna otrzymuje cały przedmiot za wynagrodzeniem udziału drugiej w gotówce; takie orzeczenie mogło zapasć i przeciw powodowi. W sprawach o naruszenie posiadania można było w razie gdy stwierdzono naruszenie ze strony powoda orzec, że powód ma z posiadania ustąpić, a już sama treść formułki przy interdyktach a mianowicie użyta liczba mnoga wskazuje na to, że były one przeciw obydwu stronom skierowane¹⁾.

Ponieważ zasądzenie powoda było wyjątkowem, przeto w sprawach o wspólność mogło ono tylko o tyle nastąpić, o ile się rozchodziło o zniesienie współwłasności. Jeżeli się rozchodziło o inne roszczenia ze stosunku wspólności wypływające np. o zwrot owoców lub odszkodowanie, nie można było orzec przeciw powodowi²⁾.

2. Nie ma mowy o zasądzeniu powoda tam, gdzie wydano przeciw niemu orzeczenie wskutek wniesionej przez pozwanego skargi wzajemnej. W tym wypadku

mógł przyznać przedmiot jednej z dwóch stron. To znaczenie ma też *contravindicatio* ze strony pozwanego. Por. Ihering — *Über den Grund des Besitzschutzes*, 1869, 2 wyd. str. 72 i n.

¹⁾ Wetzel — *System des ord. Civilprocesses*, 3 wyd. str. 39 i 561.

²⁾ Windscheid — *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 6 wyd. I. str. 341 § 127 uw. 2.

zasądza się powoda nie jako takiego, lecz jako pozwanego w procesie wzajemnym

Tylko gdy skarga wzajemna została wniesiona, można powoda zasądzić; zasądzenie nie może nastąpić, jeżeli roszczenie zostało podniesionem we formie zarzutu kompensaty. W tym bowiem wypadku nie zasądza się powoda na zapłatę pretensyi do kompensaty podniesionej, lecz oddała się go z żądaniem. O ile pretensya przeciwstawiona do kompensaty przewyższa pretensyę główną, nie może być przeciw powodowi na podstawie wyroku dochodzoną, pozwany musi wnieść osobny pozew przeciw powodowi¹⁾.

3. Rozpatrzmy, czy wedle naszej ustawy jest dopuszczalnym zasądzenie powoda.

Ustawa nasza trzymała ze zasadą, wedle której wszystko jest pozostawionem dyspozycyi stron i przyjęła zasadę dochodzenia z urzędu. Dotyczy to jednakowoż li tylko przeprowadzenia dowodów, samo roszczenie nie jest wyjętem z pod dyspozycyi stron. Sąd nie może stronie przyznać więcej niż ona żąda, nie może jej też czego innego przyznać (§ 405 pc.)²⁾.

Z tej zasady i z dalszej, że tylko na skutek skargi wyrok sądowy wydany być może, wypływa, że powoda zasądzić nie można; pozwany ma się bowiem tylko bronić przeciw roszczeniu powoda, nie może on żądać, by jemu przyznano pewne prawa. Obok żądania kosztów nie może pozwany stawiać innego na świadczenie ze strony powoda skierowanego. Chociażby pozwany wykazał, że jemu przysługują prawa przeciw powodowi, chociażby

¹⁾ Zasada ta znalazła wyraz w § 411 pc.

²⁾ *Judex ne eat ultra petita partium*. Spornem było w prawie powszechnem, czy sąd mógł bez wniosku powoda przyznać mu przynależności roszczenia i kosztu sporu. Por. Menger — *System des oesterr. Civilprocessrechtes* I, str. 300 i 301 uw. 61. Nasza procedura rozstrzyga co do przynależności kwestyę w ten sposób, że żądanie jest koniecznem, co do kosztów natomiast nie wymaga żądania, lecz tylko przedłożenia spisu tychże (§§ 405 i 52 ust. 3 pc)

wykazał, że nie powód jest właścicielem rzeczy, lecz pozwany, to jednak nie można orzec na rzecz pozwanego przeciw powodowi, lecz można tylko powoda z żądaniem oddalić. Zasady „*actore non probante reus absolvitur*“ i „*nemo iudex sine actore*“ obowiązują u nas nadal

a) Od zasady, że wyrok nie może zasądzać powoda, względnie orzekać przeciw niemu, mamy wyjątek w procesie małżeńskim. Wedle dekr. nadw. z d. 23. sierpnia 1819 Nr. 1595 zb. u. s. (§ 12) i rozp. min. z d. 9. grudnia 1897 Nr. 283 dz. u. p. (§§ 6 i 11) ma sąd we wyroku orzec, kto, czy powód, czy pozwany, czy też obydwie strony ponoszą winę w separacji, rozwiązaniu lub unieważnieniu małżeństwa. Jakkolwiek powód występuje z żądaniem, to jednakowoż sąd ma ewentualnie i przeciw niemu orzec i uznać, że on winę ponosi.

Wyjątek pochodzi stąd, że postępowanie małżeńskie oparte jest na daleko idącej zasadzie oficjalności, która dotyczy i samego nawet roszczenia. Nawet za panowania dawnych norm procesowych, które wszystko pozostawiały dyspozycji stron, zezwalała ustawa na wydanie orzeczenia przeciw powodowi ¹⁾.

b) Oprócz tego jedyne wyrażenie przepisu nie ma innego w ustawie, wedle którego wyrok i przeciw powodowi może być skierowanym.

Rozchodzi się jednak o to, czy z istoty pewnego stosunku prawnego nie wypływa, że nietylko przeciw pozwanemu, lecz i przeciw powodowi może być wydane orzeczenie?

O ile się rozchodzi o ustalenie prawa lub stosunku prawnego, możnaby twierdzić, że wyrok i przeciw powodowi może być skierowanym. Savigny (l. c. T. V str. 152 uw. e) przyjmuje, że tam gdzie zapadają *praeiudicia*, a więc wyroki ustalające, żadna ze stron nie zostaje

¹⁾ W dekr. nadw. z r. 1819 zawarte było postanowienie co do orzeczenia o winie li tylko odnośnie do separacji od stołu i łoża, wedle rozp. min. z r. 1897 ma wyrok w razie rozwiązania lub unieważnienia małżeństwa orzekać i o winie. Por. Pereles w Gellera *Centralblatt* T. XVI str. 371.

zasądzoną. Zdanie to nie jest trafnem, gdyż w procesie o wygranej nietylko wtedy jest mowa, gdy pozwany zostaje na świadczenie zasądzony, lecz i wtedy, gdy się w inny sposób chroni roszczenia powoda, a więc przez ustalenie. Przez orzeczenie, że prawo lub stosunek prawny po stronie powoda zachodzi, zasądza się pozwanego.

Rozchodzi się jeszcze o to, czy zasądzenie powoda przy ustaleniu jest możliwem. Ustalenie może nastąpić, gdy powód wykaże interes prawny w bezwłocznem ustaleniu a ponadto istnienie prawa lub stosunku prawnego. Jeżeli sąd uzna, że interes prawny nie zachodzi, ma żądaniu skargi odmówić bez badania, czy prawo lub stosunek prawny zachodzi. W tym wypadku wyrok nie jest przeciw powodowi skierowany. Gdy jednak sąd uznaje żądanie ustalenia jako dopuszczalne, przyjmuje że powód ma interes prawny w tem, by bezwłocznie prawo lub stosunek prawny ustalono, ale dochodzi do wniosku, że prawo lub stosunek prawny nie zachodzi, powstaje kwestya, czy sąd ma odmówić żądaniu skargi, czy też orzec, że prawo twierdzone względnie stosunek prawny nie istnieje

Zdaniem naszym to ostatnie przyjąć musimy. Wyrok ustalający jest więc w tym wypadku orzeczeniem przeciw powodowi skierowanym, zaczem zasądzenie powoda jako możliwe przyjąć należy¹⁾.

c) Wedle § 259 ust 2 p. c. może pozwany w toku sporu postawić żądanie na ustalenie. W tym wypadku nie ulega wątpliwości, że orzeczenie przeciw powodowi zapaść może. Powołany przepis normuje wyjątek od zasady,

¹⁾ Jeżeli powód skarży o ustalenie, że kontrakt przyszedł do skutku a sąd orzeka, że kontrakt do skutku nie przyszedł z powodu, że wedle umowy stron miał on być na piśmie sporządzony (§ 884 u. c.), powód zostaje z żądaniem oddalony, ale orzeczenie ma moc przeciw powodowi. Wyrok wprowadzie nie jest wykonalnym przeciw powodowi, ale w procesie pozwanego przeciw powodowi o zwrot kwoty uszczonej przed zawarciem kontraktu, musi sąd wyjść z założenia, iż kontrakt nie przyszedł do skutku i powoda zasądzić.

że zasądzenie powoda nie jest możliwym Tylko ustalenie przeciw powodowi jest dopuszczalnem, zasądzenie na świadczenie nie może nastąpić. Jeżeliby więc w toku sporu posiadacz skarżący o uznanie własności nie wykazał ostatej, przeciwnie pozwany wykazał swoje prawo własności, to jednak nie możnaby powoda na zwrot przedmiotu zasądzić.

d) Czy w sprawach o zniesienie współwłasności jest możliwym zasądzenie powoda?

Zdaniem naszym bezwarunkowo nie. Jeżeli powód skarży o zniesienie współwłasności przez sprzedaż licytacyjną tylko co do niej można orzec, — sąd nie może orzec, że w miejsce licytacyjnej sprzedaży ma nastąpić podział fizyczny.

Sąd nie może też orzec, że w miejsce żadanego przez powoda sposobu podziału fizycznego ma nastąpić podział odmienny, albo też, że nie proponowana przez powoda sprzedaż licytacyjna, lecz inna ma się odbyć.

Wedle nowych ustaw procesowych spór o zniesienie współwłasności ma się prowadzić li tylko co do kwestyi zasadniczej, czy sprzedaż względnie podział fizyczny ma nastąpić. Przeprowadzenie zniesienia wspólności ma nastąpić w postępowaniu egzekucyjnym (§§ 351 i 352 ord. egz.) i w tem postępowaniu ma sędzia wydać orzeczenie co do bliższych warunków podziału¹⁾; nie jest

¹⁾ Kwestya, czy zniesienie wspólności ma nastąpić w drodze licytacji, czy w drodze fizycznego podziału ma być w procesie i tylko w procesie rozpatrywaną i rozstrzygniętą. Rozchodzi się bowiem o sposób zniesienia, a o tem ma być orzeczonem wyrokiem. Tylko bliższe postanowienia co do pewnego zniesienia wspólności mają być w postępowaniu egzekucyjnym ustalone. Inaczej Tilsch *Über den Einfluss der Civilprocessgesetze auf das a. b. G. B.* wyd. I str. 70, chociaż przyjmuje, że skarga może być wprost skierowaną na pewien sposób zniesienia wspólności. Wedle Tilsch'a sędzia miałby orzec, czy zniesienie wspólności ma nastąpić a kwestyę, czy licytacja, czy podział fizyczny ma się odbyć, miałby sędzia egzekucyjny załatwić. Należy uwzględnić, że przed orzeczeniem co do sposobu zniesienia wspólności mają być niektóre kwestye badane, których rozstrzygnięcie od prze-

jednakowoż sędzia związany wnioskiem powoda, może on ten wniosek całkiem pominąć i wbrew temu orzec. Powód może więc przy fizycznym podziale otrzymać nie żadaną część lecz całkiem inną. Przez wysunięcie kwestyi uregulowania wzajemnych stosunków w stadium egzekucyi sąd nie może w procesie orzekać przeciw powodowi. W procesie powszechnym sąd mógł wydać orzeczenie przeciw powodowi, tu bowiem uregulowanie stosunku wzajemnego następowało nie po wydaniu wyroku, lecz w samym wyroku miało być zawartem.

W procesie prowadzonym wedle zasad nowej procedury nie jest potrzebnem przedkładanie warunków licytacyjnych do skargi o zniesienie współwłasności. Jakie warunki mają być przy sprzedaży licytacyjnej ustanowione, to ma być obecnie w postępowaniu egzekucyjnym rozpatrywane. W dawnym procesie było to koniecznem, a spór toczył się nietylko około kwestyi czy sprzedaż w drodze licytacji ma nastąpić, lecz dotyczył i poszczególnych ustępów warunków licytacyjnych¹⁾. Wyrok więc mógł być i przeciw powodowi wydany, sąd mógł poszczególny warunek licytacyjny zmienić, a nie musiał powoda z żądaniem skargi oddalić, jeżeli jeden z warunków uznawał jako niedopuszczalny.

e) W sporach o naruszenie posiadania rozchodzi się u nas również tylko o to, czy powód ma być utrzymanym w posiadaniu. Przeciw powodowi nie może zapaść orzeczenie. Jeżeli powód zabrał rzecz pozwanemu, pozwany następnie mu ją odebrał, a powód skarży o naruszenie w posiadaniu, sąd ma orzec, czy powoda w posiadaniu naruszono. Jeżeliby się okazało, że powód pierwszy zabrał rzecz pozwanemu, że w przeciągu dni 30 pozwany mu ją odebrał, a powód ponownie wdarł się w posiadanie, sąd ma powoda oddalić z żądaniem skargi.

prowadzenia ścisłych dowodów jest zawisłem, jak kwestya, czy podział fizyczny jest możliwym (§ 817 pc.). To przemawia za tem, że tylko postępowanie sporne jest wskazanem.

¹⁾ Por. R a n d a — *Das Eigenthumsrecht*. 1. wyd. str. 236 i. n.

Nie może jednak sąd orzec, że się pozwanego utrzymuje w posiadaniu i tem samem nie może orzec na niekorzyść powoda. Pozwany musi wnieść osobną skargę przeciw powodowi o naruszenie w posiadaniu.

f) Co do kwestyi odnowienia i sprostowania granic, należy zauważyć co następuje¹⁾:

a) Odnowienie granic może wedle przepisu § 850 uc. nastąpić na żądanie każdego ze sąsiadów; jednostronne żądanie wystarcza do wdrożenia postępowania, które jest niespornem. Zgoda wszystkich sąsiadów nie jest potrzebną, aby wdrożyć postępowanie w celu odnowienia granic. W każdym jednak razie postępowanie wtedy tylko może być wdrożonem, jeżeli znaki graniczne istnieją, chociaż zostały naruszone i zachodzi obawa ich zatarcia. Jeżeli granica całkiem się zatarała, odnowienie granic nie jest²⁾ możliwem i wtedy tylko sprostowanie granic może się odbyć (§ 851 uc.).

Na skutek żądania odnowienia granic ma sąd wezwać wszystkich interesowanych i następnie granice dokładnie opisać (§ 850 uc.). Z postanowienia tego wynika, że sąd ma bezzwłocznie przystąpić do oznaczenia granic, że zatem to bez poprzedniego przeprowadzenia sporu ma się odbyć. Postępowanie jest więc postępowaniem niespornem, w którem sąd po przesłuchaniu stron czynności dokonuje.

W postępowaniu należy odróżnić dwie kwestye, raz czy odnowienie ma nastąpić, czy więc zachodzą wymogi odnowienia, powtóre samo odnowienie granic

Jeżeli po postawieniu żądania odnowienia granic wszyscy inni interesenci godzą się na nie, to sąd ma do tegoż przystąpić.

Jeżeli jednak inni interesenci oprócz petenta nie godzą się na odnowienie granic, to należy odróżnić dwa wypadki. Pierwszy wypadek zachodzi wtedy, gdy inni

¹⁾ Por. Randa — *Der Besitz*. 4 wyd. str. 254, 260; Junghaus — *Neue Klagen w Gerichtshalle* Nr. 52 z r. 1898 (str. 587—599).

interesenci nie godzą się na odnowienie z powodu, że ono nie jest potrzebnem. W tym wypadku ma sąd badać, czy znaki graniczne zostały naruszone tak, że zachodzi obawa ich zatarcia.

Jeżeli sąd dojdzie do tego, że nie ma obawy zatarcia granic, ma odmówić żądaniu odnowienia, gdyż wedle przepisu § 850 uc. obawa zatarcia granic jest wymogiem ich odnowienia.

Jeżeli sąd dojdzie do tego, że obawa zatarcia zachodzi, ma orzec, że odnowienie granic ma nastąpić

Takie samo orzeczenie ma sąd wydać, jeżeli strony godzą się na to, że zachodzi obawa zatarcia granic, jednakowoż niektóre nie chcą ponosić kosztów odnowienia.

Sąd ma orzec, że odnowienie ma się odbyć, a co do kosztów odnowienia orzec w myśl § 850 u. c ¹⁾. Po wydaniu orzeczenia, że odnowienie granic ma się odbyć, sąd przystępuje do samego odnowienia a więc do wykonania swego orzeczenia. Tu ma zastosowanie przepis § 351 o. e., który powołuje się na wykonalne orzeczenie co do ustalenia granic, a wykonalnem jest także orzeczenie w postępowaniu niespornem zapadłe (§ 1 ust. 5 i 6 o. e.).

Drugi wypadek zachodzi wtedy, jeżeli przy przesłuchaniu co do wniosku na odnowienie granic, jeden ze sąsiadów twierdzi, że granica została bezprawnie przesunięta. W tym wypadku odnowienie nie może się odbyć, bo powstaje spór co do miejsca, gdzie ma być umieszczona granica. Jedna ze stron twierdzi, że granica znajduje się tam, gdzie jest umieszczony znak graniczny, druga, że ona ma być gdzieindziej.

Sporu tego nie można rozstrzygać w postępowaniu niespornem i dlatego należy strony odesłać na drogę prawa.

¹⁾ Koszta odnowienia nie są kosztami postępowania, lecz wydatkami, które każdy ze sąsiadów ma ponosić. Co do tych kosztów nie mają więc zastosowania przepisy o kosztach procesowych.

Na żądanie każdej ze stron ma sędzia ochronić ostatni stan posiadania (§ 851 uc.) Sędzia ma w postępowaniu niespornem orzec, że prowizorycznie ma być utrzymany dotychczasowy stan.

Orzeczenie sędziego nie zapada na skutek skargi lecz na skutek zwykłego żądania, sędzia nie przeprowadza też rozprawy, jaką się prowadzi w sprawie o naruszenie posiadania. Postępowanie, które ma na celu wydanie tymczasowego orzeczenia, jest niespornem, przy czem należy uwzględnić ostatni stan posiadania ¹⁾.

Każda ze stron, która z tego orzeczenia nie jest zadowolona, może dochodzić granicy w drodze sporu i to sporu o własność lub sporu o naruszenie w posiadaniu. Ten ostatni spór jest również dopuszczalnym, gdyż sąd w postępowaniu niespornem chroni ostatni stan posiadania tak, jak w rzeczywistości istnieje; jeżeli on został spowodowany naruszeniem, to naruszony może wystąpić z pozwem i uzyskać zmianę granicy ²⁾. Ponieważ ochrona w postępowaniu niespornem jest tymczasowa, przeto nie jest zawisłą od tych wymogów, od których zawisłem jest utrzymanie w posiadaniu.

β) Sprostowanie granicy wtedy ma nastąpić, gdy granica całkiem się zatarła, albo też, gdy granica istnieje, ale jeden ze sąsiadów twierdzi, że bezprawnie została przesunięta. Sprostowanie granicy może się odbyć w drodze procesu o naruszenie posiadania, o własność lub o inne prawo, tak w drodze skargi publicyjańskiej (§ 851 u. c.).

¹⁾ Randa — *Der Besitz*, 4 wyd. str. 259—260, przyjmuje, że w tym wypadku mamy spór o posiadanie. Orzeczenie jest *iudicium duplex*, a spór ma być sporem prejudycyalnym co do posiadania. Wedle tego, cośmy wyżej powiedzieli, nie mamy sporu, lecz tymczasowe uregulowanie granicy i to według stanu posiadania. Orzeczenie sędziego odpowiada orzeczeniu w postępowaniu niespornem zapadłemu, którem sędzia odsyła strony na drogę prawa, a tymczasowo dla ubezpieczenia stron wydaje pewne zarządzenia (§ 2 ust. 7 pat. niesp.).

²⁾ § 851 uc. wyraża się „*den letzten Besitzstand*“ a nie „*bisherigen ruhigen Besitzstand*“ jak § 853 uc

Jeżeli która ze stron twierdzi, że została w posiadaniu naruszona i że wskutek tego granicę przesunięto, może wnieść skargę o naruszenie w posiadaniu. Jeżeli tej skargi wnieść nie może z powodu upływu czasu tj. 30 dni od naruszenia w posiadaniu, lub też jej wnieść nie chce, może dochodzić praw do spornej granicy a więc do gruntu w drodze petytoryjnej.

Skargi o naruszenie w posiadaniu i o własność, jeżeli dotyczą granicy, są zwykłymi skargami i postępowanie co do nich nie różni się od skarg, w których się nie rozchodzi o graniczny grunt lecz o inny.

Oprócz tych skarg jest jednakowoż dopuszczalną skarga specjalna o sprostowanie granicy. Tam gdzie granica jest sporną, nie rozchodzi się o własność gruntu, — ta może być niesporną — jak raczej idzie o to, gdzie się ten grunt kończy. Z tego powodu wprowadza ustawa osobną skargę o ustalenie granicy. W sporze o ustalenie granicy jednakowoż można rozpatrywać nie tylko kwestyę, gdzie ma być umieszczona granica, lecz i kwestyę własności względnie posiadania części gruntu.

O tem, w jaki sposób ma się odbyć ustalenie granicy, stanowią §§ 852 i 853 uc. O tem, w jakim stadium postępowania ma się odbyć sprostowanie granicy, stanowi § 351 ord. egz.

Wedle tego ostatniego przepisu sprostowanie granicy odbywa się w postępowaniu egzekucyjnym na podstawie wykonanego orzeczenia. Ustawa nie wspomina o wyroku lecz o orzeczeniu, z czegoby wnosić można że i orzeczenie niesporne jest nią objęte. Orzeczenie niesporne zapada w postępowaniu odnowienia granic a § 351 ord. egz. odnosi się i do tego a nie tylko do sprostowania granic. Z § 351 ord. egz, który się odnosi tak do odnowienia jak i sprostowania granic, nie można więc wnosić, by sprostowanie granic miało się odbyć w postępowaniu niespornem.

Nie możemy przyjąć, że sprostowanie granic odbyć się ma w drodze niespornej, gdyż nie ma przepisu, któ-

ryby wprowadził dla sprostowania granic postępowanie niesporne i uchylił przepisy ustawy cywilnej.

§ 352 ord. egz. stanowi wprawdzie, że sprostowanie ma się odbyć z uwzględnieniem przepisów §§ 850—853 u. c. Moznaby z tego postanowienia wnosić, że sprostowanie granic przesuniętem zostało w stadyum egzekucyjne. Sędzia egzekucyjny miałby wobec tego badać, gdzie ma być granica umieszczoną, miałby rozpatrywać kwestyę własności, miałby przeprowadzać dowody, słowem to czynić, co należy do sędziego procesowego.

§ 351 ord. egz. stanowi jednak, że sprostowanie ma nastąpić na podstawie orzeczenia, wychodzi więc z założenia, że inny sędzia wydał orzeczenie.

Co ma ten sędzia badać? Jeżeli wszystkiego ma dokonać sędzia egzekucyjny, to sędzia procesowy miałby tylko badać, czy sprostowanie ma się odbyć, czy też nie. Postępowanie sporne dotyczyłoby zatem tylko kwestyi, czy granica jest w rzeczywistości zatarta, czy nie i czy ją bezprawnie przesunięto. Każda inna kwestya — tak kwestya własności, posiadania — miałaby być rozpatrywaną w stadyum egzekucyjnem ¹⁾

Zdaje się nam, że tego nie możemy przyjąć. Takie przesunięcie postępowania nie było zamierzonym a słowa § 351 ord. egz. „mit entsprechender Bedachtnahme“ wskazują na to, że nie całe postępowanie przekazano stadyum egzekucyjnemu. Jeżeliby bowiem każdy podział był przekazywany stadyum egzekucyjnemu, to ustawa wyrażałaby się „mit Bedachtnahme“, skoro się wyraża „entsprechende Bedachtnahme“, to zezwala tylko na stosunkowe uwzględnienie przepisów ustawy cywilnej. Wobec tego przyjąć należy, że niektóre kwestye w procesie, a niektóre w postępowaniu egzekucyjnem mają być rozpatrywane, przy czem w ostatniem mają być zarówno jak w procesie przepisy ustawy cywilnej uwzględnione.

¹⁾ Tak też kwestyę rozstrzyga Tilsch — *Über den Einfluss der Civilprocessgesetze auf das allg. bürg. Gesetzbuch* str. 70 — 71.

Odróżnić musimy postanowienia dotyczące prawa od tych, które się odnoszą do sposobu oznaczenia granic. Postępowanie co do pierwszych nie zostało zmienione i nadal ma sąd procesowy o nich orzekać. Bliższe zaś oznaczenie granic należy do sędziego egzekucyjnego.

O prawach stanowi przepis § 853 uc Te mają być więc w procesie stosowane. O sposobie oznaczenia granic stanowi § 852 u. c. Jeżeli strona wnosi skargę o sprostowanie granic, to ma określić w skardze, jakiego sobie życzy sprostowania, ma podać, pokąd ma sięgać granica. Skarga ma zawierać uzasadnienie żądania, dalej twierdzenie, że własność parceli sięga dalej, niż stan posiadania na to wskazuje, że przez zasiedzenie część parceli sąsiada nabyto, że powód poprzód posiadał większy kawał gruntu, ale został przez sąsiada wyrugowany itp.

Pozwany może zarzucić w pierwszym wypadku zasiedzenie, w drugim może się powołać na swoją własność w trzecim, że przez powoda jeszcze wcześniej został naruszonym.

Wszystkie te kwestye ma sąd w procesie badać i przeprowadzić dowody.

Jeżeli powód wykaże słuszność swoich twierdzeń, ma być orzeczonem, że granicę umieszcza się wedle jego żądania. Jeżeli jednak pozwany wykaże silniejsze swoje prawo, ma być powód oddalonym. Ponieważ rozciąga się o granicę, przeto pozwany może wykazać, że granica idzie dalej niż dotychczasowy stan wykazuje, że zatem powód część z gruntu musi odstąpić. Czy w tym wypadku ma być orzeczenie przeciw powodowi wroczane? Naszem zdaniem nie; powoda należy z jego żądaniem oddalić, po myśli żądania pozwanego nie można orzec. Jeżeli powód twierdzi, że mu własność spornego gruntu granicznego przysługuje a dowód wypada na jego niekorzyść, powstaje pytanie, czy sąd ma badać inne warunki ustalenia granicy jak ostatni spokojny stan posiadania itp. Zdaniem naszym tylko wtedy, gdy powód na nie się powołuje. Tak samo ma sąd tylko w edy wydać się w badanie, czy grunt jest wspólnym z powodu, że

stan posiadania nie da się wykazać, jeżeli powód to twierdzi. Jak się ma rzecz, gdy powód prawa swego nie wykaże a pozwany nie chce nawet podjąć próby udowodnienia swego prawa? Jeżeli żadna ze stron nie wykaże prawa, a stan posiadania nie da się ustalić przyjmuje się sporność co do spornej części, orzeka się, że podział ma nastąpić pomiędzy sąsiadów. Czy sąd ma orzec, że grunt jest wspólnym. Zdaniem naszym nie, lecz ma powoda oddalić z roszczeniem. Rzeczą więc powoda jest twierdzić w każdym razie, że i stan posiadania nie da się oznaczyć, by sąd mógł grunt sporny uznać jako wspólny

W każdym więc razie wyrok nie zapada przeciw powodowi, lecz tylko na jego korzyść albo też wyrok odmawiający jego żądaniu.

Jeżeli pomiędzy stronami nie ma sporu co do kwestyi uprawnienia, lecz co do tego, pokąd sięga grunt, wtedy sprostowanie ma nastąpić na podstawie pomiaru. W tym wypadku wyrok nie ma co do praw orzekać, lecz tylko, że oznaczenie ma nastąpić według niespornej własności.

Oznaczenie bliższe granic ma się odbyć w tym wypadku w postępowaniu egzekucyjnym a do tego odnosi się przepis § 852 uc. Jeżeli sąd orzeka, że granice mają odpowiadać wymiarom katastralnym lub hipotecznym, ma być granica w drodze egzekucyi odpowiednio oznaczoną. Jeżeli sąd orzeka, że granica ma być taką samą, jaką była w czasach poprzednich bliżej określonych, to również ma ją sędzia egzekucyjny oznaczyć. Tak samo ma się rzecz, gdy sąd uzna sporny grunt za wspólny, a on dopiero ma być podzielonym.

Z przedstawienia sprawy wynika więc, że sprostowanie granic nie tylko w stadyum egzekucyjnym następuje, że owszem i w procesie o niem orzekać należy a mianowicie wtedy, gdy powód twierdzi, że mu prawo przysługuje i tego dowodzi. Gdy prawo nie jest spornem, lecz tylko określenie granicy, ma sędzia egzekucyjny granicę określić.

Przeciw powodowi w sporze wyrok zapaść nie może. W toku egzekucji może orzeczenie i przeciw niemu zapaść.

4. Od kwestyi, czy wyrok może zapaść przeciw powodowi, odróżnić należy drugą a mianowicie, czy można na podstawie wyroku na jego korzyść zapadłego prowadzić przeciw powodowi egzekucyę.

Rozchodzi się tu o dwa wypadki, raz o wypadek, w którym świadczenie pozwanego jest zawisłem od świadczenia powoda, powtóre o wypadek, w którym sąd orzeka, że pewien stosunek prawny ma uleść zmianie.

W pierwszym wypadku orzeka sąd, że pozwany ma świadczyć, ale z orzeczenia jego wynika, że i na powodzie spoczywa też obowiązek; tak jeżeli pozwany ma płacić za wydaniem mu towaru. Tu możnaby przyjąć, że pozwany może za złożeniem ceny kupna prowadzić egzekucyę przeciw powodowi.

Ta argumentacja jest jednakowoż mylną. Wyrok orzeka na korzyść powoda, że pozwany ma świadczyć, jeżeli powód swemu obowiązkowi zadość uczyni (§§ 7 i 8 ord. egz.) Tytuł egzekucyjny jest wydany li dla powoda, a nie dla pozwanego, powód nie jest zobowiązany, a tylko przeciw zobowiązanemu można w myśl § 7 ord. egz. wyrok wykonać. Możliwym jest, że powodowi przysługuje prawo odmówienia świadczenia, że wedle umowy stron wolno mu żądać zapłaty za dostarczeniem towaru, ale nie jest zobowiązany świadczyć. W procesie przeciw powodowi wdrożonym należałoby zbadać, czy przeciw niemu można wydać wyrok kondemnujący; gdy w procesie przeciw pozwanemu tego nie badano i badać nie miano, wyrok nie jest wykonalnym przeciw powodowi.

Tak samo ma się rzecz, jeżeli np. wyrok orzeka, że pozwany ma pełnić usługi pomocnika handlowego lub przemysłowego u powoda. Z wyroku tego wynika tylko obowiązek pozwanego, ale żadną miarą wnosić nie można, by tenże miał prawo domagać się od powoda przyjęcia do pracy. Na podstawie wyroku zasądającego

go, nie może pozwany prowadzić egzekucyi przeciw powodowi na przyjęcie do zajęcia.

Drugi wypadek tj., że sąd nie kondemnuje pozwanego, ale orzeka, że stosunek ma uleść zmianie, zachodzi np. jeżeli na podstawie wyroku ma nastąpić zniesienie współwłasności przez sprzedaż licytacyjną. I w tym wypadku może tylko powód domagać się egzekucyi a nie pozwany, bo na rzecz jego nie została sprzedaż zezwoloną¹⁾.

Nie jest to częścią tylko formalnością. W procesie bowiem podnoszono zarzuty przeciw powodowi a nie przeciw pozwanemu; ten ostatni mógł się możliwie wobec powoda zobowiązać pozostać we wspólności tak że powód nie był związany i jemu wolno się domagać sprzedaży licytacyjnej mimo, że takiego prawa nie ma mieć pozwany. Dlatego też nie można przyznać pozwanemu prawa egzekucyi na podstawie wyroku przeciw niemu a nie na rzecz jego wydanego.

Wobec tego, że wyrok tylko na rzecz powoda jest wykonalnym a nie na rzecz pozwanego, nie można przyjąć, aby prawo pozwanego zostało uznanem, jeżeli tenże w sporze się utrzyma. Jeżeli w sporze o uznanie własności i oddanie posiadania oddała się powoda z żądaniem skargi, to jeszcze nie przyjmuje się, że pozwany jest właścicielem. Pozwany wprawdzie jako posiadacz nie potrzebuje na podstawie wyroku prowadzić egzekucyi, ale może przyjść w to położenie, jeżeli powód po wydaniu wyroku nabywa posiadanie przedmiotu, co do którego wniósł poprzed skargę windykacyjną, a z którą się nie utrzymał²⁾. Pozwany musi wnieść przeciw powodowi skargę, wyrok poprzedni jest bez znaczenia, a już wcale nie ma mocy wykonalności.

Jeżeli tabularny właściciel skarży fizycznego o oddanie posiadania i zostaje ze skargą swoją oddalony, to fizyczny nie może na podstawie wyroku oddalającego

¹⁾ Inaczej Randa — *Das Eigenthumsrecht* (I. wyd.), str. 235; Unger — *System* II. § 131.

²⁾ Savigny — l. c. — T. VI str. 346.

powoda, żądać na swoją rzecz intabulacji prawa własności. Tak samo jeżeli fizyczny posiadacz skarży tabularnego właściciela o uznanie prawa własności i zostaje ze skargą oddalonym, nie może żądać właściciel tabularny na podstawie wyroku oddania w posiadanie nieruchomości. Musi on wnieść nową skargę, przyczem w procesie sprawę na nowo rozpatrzyć należy, a poprzedni proces ma być jako nieistniejący uważany¹⁾.

Jeżeli przy skardze negatoryjnej pozwany wykaże, że mu służebność przysługuje a tem samem powód z żądaniem zostaje oddalony, to nie wynika jeszcze z tego, jakoby sąd przyznał pozwanemu służebność i ten mógł na rzecz swoją uzyskać intabulację²⁾.

Że wyrok nie jest wykonalnym przeciw powodowi, to jest wynikiem zasady wypowiedzianej w § 7 ord. egz., a mianowicie, że tytuł egzekucyjny musi obejmować dokładne oznaczenie osoby uprawnionego jak i zobowiązanego, przedmiotu, sposób, rozciągłość i czas świadczenia.

Ponieważ ustawodawca uznał, że zachodzi niejednokrotnie potrzeba zezwolenia egzekucji mimo, że dosłowne brzmienie wyroku na to nie zezwala, przeto poczynił wyjątki. Wyjątki są wymienione w ordynacji egzekucyjnej, ale ich rozszerzać nie wolno. I tak, jeżeli prawo lub obowiązek przechodzi na osobę inną, to może być egzekucya zezwoloną na rzecz względnie przeciw nabywcy. Przejście prawa lub obowiązku musi być jednak udowodnionem i to w pierwszym rzędzie wyrokiem sądowym (§ 10 ord. egz.). Ustawa zezwala jednakowoż na wykazanie przejścia prawa lub obowiązku zapomocą dokumentu publicznego (§ 9 ord. egz.).

Wyjątkiem od zasady w § 7 ord. egz. wypowiedzianej jest przepis § 11 ord. egz., który zezwala na prowadzenie

¹⁾ Dawniej rozstrzygały motywa poprzedniego wyroku i miały moc prawomocności. Por. Savigny l. c. Obecnie są motywa wyroków pozbawione mocy prawomocności i dlatego sąd musi na nowo materyał badać

²⁾ Por. Savigny l. c. str. 349 i 350.

egzekucyi przeciw spółce handlowej na podstawie wyroku wydanego przeciw spółnikowi.

Ustawodawca rozwinął dalej zasadę o wykonalności wyroku li tylko, o ile się rozchodzi o następcę osoby uprawnionego lub zobowiązanego. Do zasady, że wyrok i przeciw osobie, na rzecz której został wydany, może być wykonany, nie posunął się ustawodawca, jakkolwiek kwestya ta dałaby się *de lege ferenda* łatwo załatwić w sposób § 11 ord. egz przewidziany tj. przez przesłuchanie powoda ¹⁾).

5. W ustawodawstwie naszym znany jest jedyny wypadek, w którym orzeczenie jest wykonalne i przeciw powodowi.

Jest to uchwała awizacyjna.

Uchwała awizacyjna jest antycypatywnym orzeczeniem. Na skutek prośby zapada orzeczenie sądowe, -- to co podaje strona awizująca, przyjmuje się za prawdę, a tem samem uznaje się uchwałę sądową, jeżeli nie zostaje zaczepioną, za wykonalną.

W zasadzie mogłaby być uchwała wykonalną li na rzecz tego, który o jej wydanie prosił, a nie przeciw niemu. Możliwym jest, że wedle umowy stron li tylko awizujący ma prawo w pewnym czasie zerwać umowę, nie zaś awizat. Tego mogą obowiązywać inne terminy, tak np. wynajmujący ma prawo wypowiedzieć na 14 dni

¹⁾ Do czego doprowadza zasada § 7 ord. egz, tego dowodem jest przykład następujący :

A. skarży osobę B. o uznanie aktu notaryalnego za nieważny Spór ten wygrywa A. w I instancji. Po wyroku uzyskuje B na podstawie aktu w I instancji unieważnionego wpis prawa zastawu. Wyrok staje się prawomocnym, ale A. nie może uzyskać na podstawie wyroku wykreślenia wpisu, lecz musi wnieść nową skargę. Poprzedni wyrok nie dotyczy bowiem wpisu.

Jeżeli akt jest bezzwłocznie wykonalnym i w drodze egzekucyi uzyskano wpis, choćby po wydaniu wyroku I. instancji orzekającego nieważność aktu, można w drodze egzekucyi uzyskać wykreślenie wpisu, a to na podstawie przepisu § 39 l. 1 ord. egz., który zezwala na zastanowienie egzekucyi, jeżeli tytuł egzekucyjny prawomocnym wyrokiem został uchylony.

wprzód, biorący w najem na 3 miesiące. Jeżeli wynajmujący wypowiada na 14 dni wprzód, to z tego jeszcze nie możnaby wnosić, że i awizat może w tym terminie odstąpić od umowy. Ustawa stanowi jednakowoż, że wykonalność istnieje i przeciw temu, który wniósł awizację. Wedle § 561 pc. awizacja doręczona stronie daje jej prawo żądać wykonania i przeciw awizantowi.

Racza tego przepisu jest następująca: Jeżeli ktoś otrzyma wypowiedzenie najmu, jest przekonany, że musi pomieszkanie opróżnić (lub też odebrać). Czyni on już ze względu na to przygotowania i dlatego stanowi ustawa, że awizacja ma być i na jego rzecz skuteczną¹⁾.

6. *De lege ferenda* należy się oświadczyć przeciw zdaniu, że zasądzenie powoda nie powinno się odbyć, jak nie mniej przeciw zdaniu, że wyrok nie powinien być wykonalnym przeciw powodowi.

Podług dawnych ustaw procesowych rozstrzygała dyspozycja stron; tylko te fakta, które strony podały, istniały dla sądu, — tylko te dowody, które strona ofiarowała, mogły być dopuszczone i przeprowadzone. Czego strona nie naprowadziła, to nie istniało dla sądu, chociażby sądowi było znanem.

Tę zasadę porzucono częściowo w nowszym ustawodawstwie procesowym, ale nie wyciągnięto wszelkich konsekwencji. Dowody przeprowadza się z urzędu, — można dopuścić i dowód, którego strona nie ofiarowała. Co do faktów i co do zarzutów jednak stoi ustawa jeszcze na stanowisku dyspozycyi stron; chociażby pewien fakt był podany przez świadka, nie może być uwzględniony, jeżeli się nań strona nie powołała; do uwzględnienia we

¹⁾ Por. Wawel-Louis Ustawa z d. 16. listopada 1858 Lwów 1885 str. 48 odnośnie do dawnych przepisów, które w tym punkcie nową procedurą nie zostały zmienione

Przepis o skuteczności odnosi się wedle treści ustawy tylko do awizacji, nie zaś do nakazu rumacyi. Racza jest jednak ta sama przy nakazie rumacyi względnie odebrania i dlatego przyjąc musimy wykonalność nakazu przeciw temu, który go uzyskał.

wyroku jest potrzebnem, aby strona naprowadziła fakt jako swoje twierdzenie.

To samo co się odnosi do faktów, należy odnieść i do zasady skargi jak nie mniej i do jej żądania.

Co do zasady skargi i zarzutów zajmuje ustawa w całej pełni stanowisko, że dyspozycya strony rozstrzyga. To też wyrok zawsze musi odpowiadać zasadzie skargi i cały proces tylko odnośnie do zasady w skardze wyrażonej może być prowadzonym. Powód może wprowadzić zmianę zasady skargi, ale sąd nie koniecznie musi się do zmiany przychylić. Już wcale nie może sąd z urzędu uwzględnić innej zasady aniżeli tę, na którą się powód powołuje. Jakkolwiek proces wykazuje, że zasada skargi nie jest uzasadnioną, ale inna jest słuszną i że ona upoważnia do przychylenia się do żądania pozwu, musi sąd oddalić powoda z żądaniem skargi.

Pouczy nas o tem przykład. Powód zaczepia testament z powodu, że spadkodawca nie był przytomny w chwili jego sporządzenia. Rozprawa nie wykazuje, jakoby testament nie odpowiadał woli spadkodawcy, jakoby on był niezdolnym do oświadczenia woli, ale przy przesłuchaniu świadków testamentu okazuje się, że jeden z nich jest niezdolnym świadkiem testamentu. Sąd nie może uznać testamentu za nieważny, bo mamy do czynienia z nową zasadą skargi, która wtedy tylko, gdy się strona na nią powołała, może być uwzględnioną. Tylko w drodze nowego sporu można korzystać z nowego powodu zaczepienia ważności testamentu.

Wskutek utrudnienia zmiany skargi i to tak zasady jej, jak i żądania, mnoży się procesy. To co może być rozstrzygnięciem w jednym procesie, musi być w innym badaniem.

Jak bardzo nasza ustawa jest na punkcie żądania formalistyczna, tego dowodem jest, że powodowi tylko to przyznać można, czego się on domaga. Chociażby rozprawa wykazała, że powodowi więcej się należy niż żądał w skardze, pomimo to sąd więcej przyznać nie

może, powód musi osobną wnieść skargę, by resztę uzyskać.

Może sąd przyznać powodowi część tego, czego on się domaga, tak wtedy, gdy świadczenie skierowane jest na rzecz zamienną jak i wtedy, gdy się rozchodzi o rzecz niezamienną, — w ostatnim wypadku można przyznać nie całość lecz część idealną, a i część fizyczną, gdy ta da się oddzielić. Przyznanie w ten sposób, by powodowi przyznano zamiast własności np. użytkowanie, jest niedopuszczalne.

Są to zabytki dawnego procesu, w którym sąd twierdzeniem i wnioskiem strony był związanym.

De lege ferenda oświadczamy się za tem, że sąd nie musi się trzymać zasady skargi, dalej i żądania skargi, że może pójść *ultra petitum*. Jesteśmy dale; zdania, że sąd nie powinien się trzymać ściśle *petitum* skargi i może orzec nawet wbrew temu; tak w razie gdy się żąda ustalenia, może orzec o świadczeniu a w razie ostatnim o ustaleniu, skoro świadczenie jeszcze nie stało się płatnem.

Dzisiejszy proces nawet zreformowany toczy się tylko koło *petitum* skargi. Czy ono jest słusznem, czy nie, to ma sąd rozstrzygać. Chociażby sprawa była po stronie powoda słuszną, to jednak skutek mylnego *petitum* może on spór przegrać. Jest to zbyt formalizm, któremu nawet przymus adwokacki nie może zaradzić. Każdy wie, jakie zachodzą trudności przy układaniu *petitum* skargi ¹⁾

¹⁾ Wypadek z praktyki wykaże, do czego prowadzi formalizm. Sprzedawca skarży kupującego, który towaru nie chce odebrać, o ustalenie, że on winien jest towar przyjąć; o zapłatę ceny kupna nie mógł skarżyć, gdyż ona była płatną za 4 miesiące. W I. instancji oddalono powoda z żądaniem skargi z powodu, że sprzedawcy nie przysługuje prawo domagania się odbioru towaru

Druga instancja stała na odmiennem stanowisku, z powodu jednak pewnych zarzutów pozwanego zniósła wyrok I. instancji celem zbadania ich słuszności. Przy ponownej rozprawie rozszerzył powód żądanie skargi w ten sposób, że żądał obok ustalenia, zasądzenia pozwanego na zapłacenie ceny kupna, która stała się

Wyrok powinien jednakowoż załatwiać nie tylko skargę strony, lecz powinien stosunek prawny stron jak najdokładniej normować. Skoro już raz opuszczono stanowisko dyspozycyi stron, skoro ze względów publicznych sąd ma badać prawdę rzeczywistą, powinien też i prawdę w orzeczeniu wypowiadać. Wyrok powinien być o ile możności orzeczeniem końcowem a to powinno cały stosunek prawny załatwiać, regulować stanowisko wzajemne stron tak, by nowy spór więcej nie powstał.

Nie można przeciw temu podnieść, że żądanie powoda powinno decydować. Powód ma rozstrzygać o tem, czy proces ma być przeprowadzonym, ale sam proces jest własnością obydwu stron, stanowisko powoda i pozwanego powinno być jednakowem. Jak powód może żądać zasądzenia pozwanego, tak ostatni zasądzenia powoda. Sąd badając stosunek prawny może też to orzec i dlatego nie powinno się odsyłać pozwanego do nowego procesu.

Przyjmując, że proces ma normować stosunek prawny stron przyjmujemy zarazem, że chociażby żądanie świadczenia nie było możliwem, powinno nastąpić ustalenie, chociaż nie żądanie skargi, ale inne jest uzasadnione, należy o tem ostatniem orzec, należy dalej przychylić się do żądania bez względu na to, czy zasada skargi jest słuszną, jeżeli tylko z powodu innej zasady nie naprowadzonej przez powoda, ale przy rozprawie na jaw wyszłej żądanie samo jest słusznem.

Skoro przyjmujemy, że proces ma mieć na celu nie ochronę prawa, lecz uregulowanie stosunku prawnego, to musimy przyjąć, że wyrok może zapasć i przeciw powodowi. Można na powoda nałożyć świadczenie, gdy się okaże, iż on jest do tego obowiązany i jeżeli ono wypływa ze stosunku prawnego, o który się właśnie spór toczy

tymczasem płatną. Na zmianę skargi nie zezwolił sąd z powodu, że toby doprowadziło do przewleczenia sprawy, żądaniu ustalenia odmówił sąd z powodu, że powód wobec płatności ceny kupna nie ma więcej interesu w ustaleniu!

W dzisiejszym procesie pozwany chcąc dochodzić swoich roszczeń musi wnieść przeciw powodowi skargę. Ta skarga, chociaż wypływa z tego samego stosunku prawnego, nie musi być koniecznien wnieioną do tego samego sądu, można ją wnieść do sądu właściwego dla sprawy powoda przeciw pozwanemu, ale tylko wtedy, gdy ten sąd jest właściwym, w każdym innym razie dwa sądy muszą o tym samym stosunku prawnym decydować.

Nie potrzeba się nad tem rozwodzić, że to jest niewłaściwym; zamiast dwóch procesów powinno być możliwym tylko jeden przeprowadzić.

Ekonomia procesowa, która wymaga, by stosunki prawne stron o ile możności jednym procesem były załatwione, wymaga też, aby sąd nie orzekał o petitum skargi, lecz o stosunku prawnym. Dzisiejsze postępowanie, które się obraca koło petitum skargi, może spowodować mnóstwo procesów. I tak, jeżeli strona, która nie jest w posiadaniu gruntu, skarży o zniesienie współwłasności, to może na podstawie korzystnego wyroku uzyskać tylko zniesienie współwłasności. Domagać się oddania współposiadania nie można na podstawie wyroku, do tego należy dążyć w drodze osobnego procesu. Jeżeli zaś przyjmemy, że na skutek skargi ma być stosunek między współwłaścicielami uregulowany, to sąd orzeka, że współwłaściciel może się domagać oddania we współposiadanie albo też zniesienia wspólności, a orzeka też o zarządzie.

Do czego doprowadza postanowienie, że sąd ma orzekać o żądaniu skargi, że jest niem związany, tego dowodzą procesy, w których nie jeden punkt sporny zachodzi, lecz gdzie ich cały szereg istnieje. Są to n. p. procesy ze stosunku spółki. Odnosnie do tych procesow podnosi Menger l. c str 24—25 n., że do nich bezwarunkowo nie nadaje się postępowanie sądowe. I w rzeczywistości jest to zdanie słusznem. Sąd jest związanym petitum i po za to isc nie może. Jeżeli sąd nie jest związanym ani materiałem przez strony naprowadzonym ani żądaniem stron, lecz ma orzekać

o stosunku prawnym między stronami, wtedy sporne postępowanie sądowe do każdego sporu może być zastosowanym.

W procesie ze stosunku spółki żądać może powód złożenia rachunku, pozwany może twierdzić, że nie on lecz powód prowadził przedsiębiorstwo, lub, że i pozwany ma złożyć rachunki. Sąd powinien orzec ewentualnie, że powód, lub, że obie strony mają rachunki złożyć.

W razie złożenia rachunku może się okazać zwyczajka na rzecz powoda, lub na rzecz pozwanego. Na korzyść powoda może w obecnym procesie orzec sąd po myśli art. 42 u. wpr. do pr. cyw. *De lege ferenda* należy się oświadczyć i za tem, by nie tylko na rzecz powoda, ale i na rzecz pozwanego możliwem było orzeczenie co do wypłaty zwyczajki dochodu po nad rozchód.

Powód może żądać uznania spółki za rozwiązaną z powodu winy pozwanego. Pozwany może wykazać winę po stronie powoda, sąd powinien być w możności orzec o tem.

W praktyce wykazują procesy z kontraktu najmu usług pochodzące, jak koniecznem jest postanowienie, że sąd nie ma orzekać o żądaniu skargi, lecz ma uregulować stosunek prawny stron

Przypuśćmy, że fabrykant zatrudnia u siebie inkasenta, który wstąpił do zajęcia 1 stycznia. Po upływie dwóch miesięcy inkasent przestaje pracować, i twierdząc, że go fabrykant bez powodu wywalił, skarży tegoż o zapłatę wynagrodzenia za 10 miesięcy, przyczem powołuje się na to, że wedle umowy czas trwania stosunku został oznaczony na przeciąg jednego roku. Fabrykant zarzuca, że inkasenta nie przyjął na jeden rok, że czas trwania stosunku nie był oznaczony, twierdzi, że umowę zerwał sam inkasent i ze swej strony żąda by powrócił na 14 dni do zajęcia. Przeciw żądaniu zapłaty wynagrodzenia za 10 miesięcy zarzuca, że nawet na wypadek stwierdzenia, iż umowa na przeciąg jednego roku zawartą została, nie może się inkasent doma-

gać zapłaty wynagrodzenia, lecz tylko odpowiedniego odszkodowania po myśl §. 1155 uc. O ile inkasent żąda zapłaty płacy, nie jest ona płatną

Inkasent /e swej strony twierdzi, że w myśl § 84 ust. przem należy mu się za cały rok płaca, w najgorszym razie przysługiwało mu jako pomocnikowi handlowemu wypowiedzenie w myśl art 62 u. h, a gdy tego nie przestrzegano, należy się odszkodowanie za 4 miesiące (tj. koniec czerwca). Fabrykant twierdzi, że inkasent jako u producenta zatrudniony nie jest pomocnikiem handlowym, że zatem przepisy ustawy handlowej nie mają zastosowania. Gdy zaś inkasent nie jest robotnikiem pomocniczym, lecz robotnikiem wyższej kategorii, do którego przepisy ustawy przemysłowej (§ 77) nie mają zastosowania, wolno go każdej chwili oddalić.

Nie chcemy rozbiierać kwestyi materalno-prawnej, ale chcemy tylko podnieść, wiel^o zasad żądania istnieje.

Czy żądanie inkasenta jest żądaniem płacy, czy odszkodowania? Jeżeli jest pierwszym, to sąd w razie gdy przyjmuje, że mu się należy odpowiednie odszkodowanie, tegoż przyznać nie może, bo zasada tegoż żądania byłaby inną niż zasada skargi. Jeżeli sąd stwierdzi, że umowy na rok nie zawarto, nie może przyznać odszkodowania z powodu niedotrzymania terminu wypowiedzenia, bo powód żądał wynagrodzenia, a nie odszkodowania. Jeżeli sąd przyjmuje, że powód żąda wynagrodzenia i że to mu się należy, może przyznać tylko raty zapadłe; nie może sąd wydać orzeczenia ustalającego, iż umowa przez 10 jeszcze miesięcy ma obowiązywać, nie może też przyznać pozwanemu prawa domagania się, by powód dalej pracował i tylko pod tym warunkiem zapłata miała nastąpić.

Tym wszystkim trudnościami zapobiegłoby się wtedy, gdyby sąd miał stanowczo uregulować wzajemny stosunek i orzec, co ma pomiędzy stronami nastąpić,

gdyby sąd miał też orzec o świadectwie i odszkodowaniu / powodu tegoż niewydania¹⁾.

Jeżeli wypowiadamy zdanie, że w procesie sąd nie powinien być kierowanym żądaniem skargi, że powinien orzec o stosunku prawnym, a nie o żądaniu, że nawet przeciw powodowi powinno ewentualnie zapaść orzeczenie, to przemawiamy za dalszym rozwojem zasady, że proces ma wypowiadać prawdę, że proces nie ma prowadzić do nieuzasadnionego wyroku. Przeciw prawu stron uzyskania nieprawdziwego wyroku wystąpiła nowa procedura, ale nie postąpiła konsekwentnie. Dowody mają być z urzędu przeprowadzone, ale co do dokumentów i świadków wolno stronom wedle § 183 p. c. żądać, by dowodu z nich nieprowadzono. Wolno więc stronom wykluczyć pewien rodzaj dowodu. Przyznanie pozwanego wiąże sąd bezwarunkowo, choćby się odnosiło do całkiem nieprawdziwej okoliczności.

Są to wszystko całkiem a całkiem nieuzasadnione postanowienia, które wtedy mają jakąś wartość, gdy dyspozycja stron rozstrzyga.

Proces przestał być narzędziem w ręku stron. Zasada, że wolno stronom dowolnie postępować, została zarzucona, w miejsce jej wystąpiono ze zasadą, że państwo rozporządza prawem procesowym. Powoli tylko ta zasada się przebija, powoli wkracza zasada oficjalności w sferę praw prywatnych. Ale nie w jednym kierunku objawia się ograniczenie swobody stron ze względów publicznych²⁾, proces małżeński jest zbudowany

¹⁾ Inny przykład często w praktyce się powtarzający: Kupujący skarży o oddanie na własność i w posiadanie nieruchomości, którą kupił po złożeniu zadatku. Sąd odmawia żądaniu z powodu, że w ob e umowy stron co do sporządzenia dokumentu pisemnego kontrakt nie przyszedł do skutku. Mimo, że sąd przyjmuje, iż zadatek ma być dla braku kontraktu zwrócony, nie może zasądzić pozwanego na zwrot — do tego jest potrzebnem wdrożenie osobnego procesu.

²⁾ Por. o tem zajmującą pracę Steinbacha — *Vertretung der öffentlichen Interessen auf dem Gebiete des Privatrechts*, 1902

na zasadzie oficjalności, a ta idzie tak dalece, że — jakto najwyższy Trybunał niedawno orzekł, nawet za zgodą stron nie można we wyroku poninać orzeczenia, kto ponosi winę w separacyi.

Swoboda stron powinna być i o tyle ograniczoną, że żądanie skargi nie powinno rozstrzygać w procesie, sąd nie powinien być skrepowanym temże i powinien na żądanie całkowicie badać stosunek i nie ograniczać się do pewnej części tegoż. Wtedy proces doprowadzi do prawdziwie słusznego orzeczenia, do załatwienia sprawy i to stanowczego. Idziemy jednak dalej i oświadczamy się za tem, by sąd nietylko z urzędu przeprowadzał rozprawę, ale i z urzędu wdrażał w wielu wypadkach proces.

Odczuwał to ustawodawca i zaprowadził reformę, ale wobec zasady, że strony mają procesem dysponować, obrał drogę niewłaściwą. Zamiast wdrożyć z urzędu proces nakazuje się stronie, by kroki poczyniła, w razie zaś niewdrożenia procesu ściga się stronę karą.

I tak w interesie zgodności księgi gruntowej z katastrzem wprowadzono postępowanie w myśl ust. z d. 23 maja 1883 Nr 82 dzpp. Stronę ma się przynaglić do wdrożenia kroków, by do zgodności doprowadzić, zniewała się ewentualnie stronę, by skargę wniosła. Jeżeli jednak ogołowi zależy na tem, by stan tabularny zgadzał się z katastrzem, nie jest potrzebnem nakazywanie wnoszenia skargi; przeprowadzenie dochodzenia ewentualnie w drodze procesu może doprowadzić do rezultatu. Zamiast ścigać stronę grzywną, lepiej przeprowadzić spor i to z urzędu.

Sprostowanie stanu tabularnego i uzyskanie zgodności z katastrzem może być w takiej samej formie osiągnięte, jak unieważnienie małżeństwa, a więc w drodze procesu z urzędu toczyć się mającego

Wdrożenie postępowania z urzędu powinno nastąpić i tam, gdzie sąd nakazuje np. opiekunowi wdrożenie procesu o ojcostwo. Zamiast wydania nakazu opiekunowi, należy z urzędu wdrożyć postępowanie.

Proces o ojcostwo, jak w ogóle każdy proces stanu osoby dotyczący powinien być z urzędu wdrożony i z urzędu prowadzony. Na podstawie owego procesu dojsć może do tego, że kogos można uznać za ojca dziecięcia, który nigdy z matką tegoż nie stał kawał. Uznanie ojcostwa, przyznanie spoikowania, konumacya pozwanego mogą do tego prowadzić. Zdaje się nam, że ten wynik nie jest odpowiednim, sąd nie powinien być wiazanym twierdzeniem stron

Wobec tego stanowiska, które zajmujemy, postępowanie procesowe zrówna się prawie z postępowaniem niespornem. Różnica między nimi powinna istnieć tylko co do tego, w jaki sposób wdraża się postępowanie, czy z urzędu, czy też na żądanie. Zresztą nie wiedzieć, dlaczegoby sąd w jednym wypadku miał inaczej postępować niż w innym

Obecnie już odczuwa się potrzebę postępowania z urzędu we wielu wypadkach. Też praktyka swobodnie interpretując przepisy ustawowe dopuszcza niejednokrotnie postępowanie niesporne tam, gdzie sporne nie może do celu prowadzić. Praktyka ta wskazuje drogę, po której proces przynajmniej w pewnych stosunkach prawnych kroczyć powinien.

Jeżeli proces będzie w ten sposób zreformowany, to zaoszczędzi się dość niepotrzebnej pracy, jaka obecnie jest potrzebną przy przeprowadzeniu ponownych procesów. Wyrok ustali wzajemny stosunek stron, orzecznie ewentualnie i przeciw powodowi, w każdym zaś razie wyrok i przeciw powodowi będzie wykonalnym.

