

Od autora

ROMAN LONGCHAMPS DE BERIER

PRZELEW ⁺¹
DLA ZABEZPIECZENIA

LWÓW
Z DRUKARNI ZAKŁADU NARODOWEGO IMIENIA OSSOLIŃSKICH
1936

320223



ODBITKA Z „KSIĘGI PAMIĄTKOWEJ KU CZCI LEONA PINIŃSKIEGO“



1. RODZAJE ZABEZPIECZENIA KREDYTU W OGÓLNOŚCI

Nowoczesne życie gospodarcze wymaga różnych form zabezpieczenia kredytu, które strony posługują się zależnie od okoliczności, t. j. od stosunków majątkowych dłużnika, od stopnia zaufania, jakie ma do niego wierzyciel, od rodzaju interesu, od ogólnych stosunków gospodarczych, od stosunków walutowych i t. p. Wszystkie te formy możemy podzielić na dwie grupy, a mianowicie na zabezpieczenia osobiste i rzeczowe¹. Z pomiędzy zabezpieczeń, używanych w dzisiejszym obrocie, do zabezpieczeń osobistych należą: poręczenia zwyyczajne i solidarne, solidarność, zastrzeżenie odstąpienia w razie niewykonania umowy (*lex commissoria*); do zabezpieczeń rzeczowych: prawo zatrzymania, zastaw ręczny, kaucja gotówkowa, zastaw rejestrowy, zastaw antihretyczny (jeżeli pozytywne prawo go przewiduje, jak np. k. N.), hipoteka, kaucja hipoteczna, zastrzeżenie prawa własności, przewłaszczenie dla zabezpieczenia, przelew dla zabezpieczenia. Wyliczenie to nie jest wyczerpujące, ponieważ o ile zabezpieczenie nie następuje w postaci praw rzeczowych, których ilość jest ograniczona, zasada wolności umów daje stronom możliwość tworzenia także innych form zabezpieczenia.

Podział na zabezpieczenia osobiste i rzeczowe nie pokrywa się z podziałem na zabezpieczenia, regulowane prawem zobowiązaniowym i rzeczowem. Zabezpieczenie jest osobiste, jeżeli gwarancję dla wierzyciela stanowi tylko bądź od-

¹ B o n n e c a s e, Supplement, t. I, str. 26.

powiedzialność osobista innych osób niż dłużnik główny, bądź powstanie szczególnego uprawnienia wierzyciela wobec dłużnika głównego w razie niewykonania zobowiązania (jak np. przy *lex commissoria*). Te formy zabezpieczenia regulowane są prawem zobowiązaniowym. Zabezpieczenie jest rzeczowe, jeżeli gwarancją dla wierzyciela stanowi szczególne dobro majątkowe, jak rzecz zmysłowa lub niezmysłowa (np. wierzytelność). Te formy zabezpieczenia regulowane są bądź prawem rzeczowym, bądź prawem zobowiązaniowym, zależnie od tego, czy wierzycielowi służy jakieś szczególne prawo rzeczowe (jak przy różnych rodzajach zastawu, przy kupieckiem prawie zatrzymania, przy hipotece i w razie zastrzeżenia prawa własności), czy też nie (jak przy cywilnem prawie zatrzymania, przy kaucji gotówkowej, przy przewłaszczeniu dla zabezpieczenia i przy przelewie dla zabezpieczenia).

Jak już wyżej zaznaczono, liczba zabezpieczeń, regulowanych przez prawo zobowiązaniowe, zarówno osobistych jak i rzeczowych, nie jest ograniczona, z czego wynika, że nie wszystkie formy takich zabezpieczeń, stosowane w praktyce, są przewidziane w kodeksach lub ustawach szczególnych. Podlegają one wówczas przepisom o zobowiązaniach w ogólności (art. 52 k. z.). Do takich form, nieuregulowanych przepisami szczególnymi, należą także: przewłaszczenie dla zabezpieczenia i przelew dla zabezpieczenia¹.

2. POJĘCIE PRZELEWU DLA ZABEZPIECZENIA

Przy przelewie dla zabezpieczenia strony, t. j. zbywca i nabywca wierzytelności umawiają się, że przelana wierzytelność służyć ma na zabezpieczenie otrzymanego przez zbywcę kredytu. Nabywca zobowiązuje się zrealizować nabytą wierzytelność tylko o tyle, o ile tego wymaga jego zaspokojenie z tytułu udzielonego zbywcy kredytu, zarazem więc zob-

¹ O przewłaszczeniu dla zabezpieczenia por. G w i a z d o m o r s k i, Nowoczesne sposoby zabezpieczenia kredytu. Własność jako prawo zabezpieczające (Kraków, 1932, nakł. Wyższego Studium Handlowego w Krakowie). Co do zabezpieczeń, normowanych przez prawo rzeczowe, niema przepisów szczególnych dla zastrzeżenia prawa własności, poza sporadycznymi wzmiankami w k. h., w prawie upadłościowem i t. p., które tylko stwierdzają istnienie tej instytucji. Dopuszczalność jej wynika z ogólnych przepisów o prawie własności, a mianowicie z możności czasowego lub warunkowego ograniczenia prawa własności. Por. G w i a z d o m o r s k i, l. c., str. 10, 13 i 14.

wiązuje się resztę wierzytelności przelać zpowrotem na zbywcę, a gdyby ją już zrealizował, wydać mu sumę, ściągniętą ponad swoją wierzytelność. Poza tem skutki tego przelewu mają być według woli stron takie same, jak w innych przypadkach przelewu (np. z tytułu sprzedaży, zamiany, darowizny, wkładu do spółki, świadczenia w miejsce wykonania i t. p.), t. zn. nabywca ma stać się wierzycielem w miejsce zbywcy, wierzytelność ma wyjść z majątku zbywcy i wejść bez zmiany swej istoty do majątku nabywcy, słowem — wszystkie ogólne przepisy o przelewie, jako sposobie przeniesienia wierzytelności, czyli artykuły 168—176 k. z. mają mieć zastosowanie.

Nie jest zwykle przelewem dla zabezpieczenia t. zw. eskont wierzytelności książkowych, stosowany w stosunkach kupieckich. Kupiec, który ma wierzytelności do swoich klientów z tytułu sprzedanych im na kredyt towarów, stwierdzone księgami kupieckimi (t. zw. *offene Buchforderungen*), nie chcąc z różnych względów sam zajmować się ich przymusowem ściąganiem, przelewa je na instytucję eskontową wzamian za wypłaconą mu w gotówce walutę eskontową, wynoszącą zwykle 50 do 80% wysokości wierzytelności (ze względu na połączone z tem dla instytucji ryzyko). Jest to zwykła sprzedaż wierzytelności, gdyż t. zw. waluta eskontowa jest ceną kupna. Eskont wierzytelności książkowych może być jednak połączony z umową, że zbywca ma sam ściągnąć wierzytelność na rachunek nabywcy i wydać mu ściągniętą sumę i w tym celu trzeci dłużnik nie zostaje o przelewie zawiadomiony, oraz z umową, że w razie, gdyby zbywca zwrócił walutę eskontową albo dał nabywcy wzamian inne, nowopowstałe wierzytelności, wierzytelności poprzednio przelane w tej samej wysokości stają się wolne, t. j. mają być przelane zpowrotem na zbywcę albo nawet wracają *ipso iure* jako skutek spełnienia się warunku rozwiązującego, pod którym nastąpił przelew wierzytelności. Wskutek tych dodatkowych umów zaciera się różnica pomiędzy eskontem wierzytelności a przelewem dla zabezpieczenia i możliwa wydaje się także konstrukcja, że instytucja eskontowa udziela tylko kupcowi kredytu na zabezpieczenie przelanych na nią wierzytelności książkowych, co do których instytucja nabywa prawa i obowiązki, przewidziane przy przelewie dla zabezpieczenia. Sąd Najwyższy austriacki w niektórych orzeczeniach

(np. GUNF¹, nr. 4114 i 4815) uważa eskont wierzytelności książkowych za sprzedaż, w innych (np. GUNF, nr. 6085 i opinia z r. 1929, Entsch.², t. XI, nr. 15) za przelew dla zabezpieczenia. Sprawa ta wywołała na gruncie k. c. a. obszerną literaturę³, w ostatnich jednak czasach przeważa w nauce zapatrywanie, że w tych przypadkach chodzi o sprzedaż wierzytelności⁴. Rozpatrywanie prawnej natury eskontu wierzytelności książkowych nie będzie przedmiotem tej pracy. Jednak orzeczenia, upatrujące w eskoncie wierzytelności książkowych przelew dla zabezpieczenia, będą w dalszym ciągu użytkowane, jako odnoszące się do instytucji przelewu do zabezpieczenia wogóle.

Bliższe ukształtowanie uprawnień nabywcy może być różne, zależnie od umowy. Może on być tylko uprawniony do ściągnięcia przelanej wierzytelności tylko wtedy, gdy nabywca popadnie w opóźnienie z zapłatą długu, albo też wierzytelność może mu być od razu przekazana do ściągnięcia na poczet długu. Różnice te nie mają jednak istotnego znaczenia.

3. PRAWNA PODSTAWA DOPUSZCZALNOŚCI PRZELEWÓW DLA ZABEZPIECZENIA

Dopuszczalność przelewów dla zabezpieczenia w danym ustawodawstwie zależy od sposobu, w jaki ono pojmuje istotę przelewu wogóle. Jeżeli przelew pojmowany jest jako umowa ogólna czyli abstrakcyjna, t. j. taka, która może mieć różną przyczynę prawną, wówczas niema przeszkody, aby obok przelewów z tytułu sprzedaży, zamiany, darowizny lub zapłaty uznać za dopuszczalne także przelewy z tytułu zabezpieczenia.

O ile weźmiemy pod uwagę prawa, które obowiązywały w Polsce przed wydaniem kodeksu zobowiązań, widzimy, że takie ogólne ujęcie przelewu miało miejsce w k. c. n. i w k. c. a. i dlatego na obszarze obowiązywania tych kodeksów instytucja przelewu dla zabezpieczenia była w praktyce stosowana i uzna-

¹ Zbiór Glasera, Ungera, nowa serja (Wiedeń, od r. 1900).

² Entscheidungen des österr. Obersten Gerichtshofes (Wiedeń, od r. 1919).

³ Por. cytaty u Ehrenzweiga, System des öst. allg. Privatr., t. II, cz. I § 329, uw. 35 oraz w cytowanej w tekście opinii z r. 1929.

⁴ Por. Klang, Kommentar zum allg. Bürg. Gesetzb. t. IV, str. 294, — Ehrenzweig, l. c., t. II, cz. I § 329, III, 8.

wana przez sądy¹. Zresztą k. c. n. w § 223 wspomina wyraźnie o przeniesieniu praw dla zabezpieczenia, stanowiąc, że jeżeli nastąpiło przeniesienie prawa dla zabezpieczenia, to nie można żądać przeniesienia go zpowrotem z tej przyczyny, że roszczenie w ten sposób zabezpieczone uległo przedawnieniu. Na obszarze k. c. a. istniało znowuż postanowienie § 10 (3) austr. ord. upadł., przyznające wierzycielom, którzy nabyli dla zabezpieczenia pewne przedmioty majątkowe upadłego, takie prawa w upadłości, jakie służą wierzycielom, mającym prawo odrębności. Jak widzimy zatem, na obu tych obszarach nawet ustawodawczo przeniesienie prawa, a zatem i przelew wierzytelności dla zabezpieczenia, było uznane. Natomiast ani k. N., ani t. X, cz. 1 nie dają podstawy do pojmowania przelewu jako umowy ogólnej, gdyż k. N. łączy go ze sprzedażą i traktuje o nim w tytule o sprzedaży, a t. X, cz. 1 zawiera o przelewie wogóle przepisy czysto fragmentaryczne. Brak też na obu tych obszarach jakiegokolwiek wzmianki w ustawach o przeniesieniu praw dla zabezpieczenia. Nic też dziwnego, że w praktyce tych obszarów instytucja przelewów dla zabezpieczenia nie była stosowana i że nie znajdujemy o niej żadnych wzmianek w literaturze.

K. z. pojmuje przelew, tak samo, jak k. c. n. i k. c. a., jako umowę ogólną, która może mieć różną przyczynę prawną². Nie wylicza też k. z. w sposób taksatywny tych umów przyczynowych, które mogą stanowić podstawę prawną przelewu. Zgodnie z tem skutki przelewu, niezależne od rodzaju umowy przyczynowej, uregulowane są w części ogólnej, art. 168—176; te zaś, które zależą od rodzaju umowy przyczynowej, są uregulowane na odpowiednich miejscach części szczególnej, jak np. rękojmia za wady prawne sprzedanej wierzytelności (art. 312). Wskutek tego niema przeszkody, aby na tle k. z. uznać za dopuszczalne, obok przelewów z tytułu sprzedaży lub darowizny, także przelewy z tytułu zabezpieczenia.

¹ Por. orz. Sądu Rzeszy, t. 37, str. 106, t. 39, str. 167, i orz. Austr. Najw. Trybunału, G. U. N. F., t. XV, nr. 6085, t. XVIII, nr. 7732, i opinię tegoż Trybunału w Entsch., t. XI, nr. 15. Natomiast co do przewłaszczenia dla zabezpieczenia praktyka Najw. Austr. Trybunału jest chwiejna, por. G w i a z d o m o r s k i, l. c., str. 9. Jednak najnowsze orz. tego trybunału znowu skłaniają się do uznania dopuszczalności przewłaszczenia dla zabezpieczenia, byleby przy tem zachowano formy, przepisane dla zastawu, np. orz. z r. 1929, Entsch., t. X, nr. 26.

² Per. Uzasadnienie projektu k. z., t. I, str. 255.

Wprawdzie k. z. nie wspomina wyraźnie o przeniesieniu praw dla zabezpieczenia, jak to czyni k. c. n. we wspomnianym § 223 ust. 2, jednak odnośne postanowienie k. c. n. wynika drogą analogii z zasady, wypowiedzianej w tymże § 223 ust. 1, któremu odpowiada art. 275 k. z., a mianowicie, że przedawanie wierzytelności nie pozbawia wierzyciela prawa uzyskania zaspokojenia z rzeczy ruchomej, otrzymanej w zastaw, wobec czego zamieszczenie go osobno w k. c. n. jest zbytnią kazuistyką, której k. z. starał się o ile możności unikać. Również brak w polskim prawie upadłościowym podobnego przepisu, jak § 10 (3) austr. ust. upadł., nie może stanowić argumentu przeciw dopuszczalności przelewów dla zabezpieczenia, ponieważ, jak o tem będzie mowa, orzecznictwo niemieckie doszło do tego samego rezultatu drogą rozszerzającej interpretacji § 64 niem. ust. upadł., przepisowi zaś temu odpowiada w polskim prawie upadł. art. 207, do którego ta sama interpretacja da się zastosować. Stan prawa pozytywnego w kwestji przelewów dla zabezpieczenia jest obecnie w Polsce taki sam, jak w Szwajcarii, i stan ten wystarczył zupełnie orzecznictwu szwajcarskiemu do uznania przelewów dla zabezpieczenia za dopuszczalne¹.

4. ISTOTA PRZELEWU DLA ZABEZPIECZENIA. CZYNNOŚĆ POWIERNICZA CZY POZORNA?

Przelew dla zabezpieczenia różni się tem od przelewu z innych tytułów, jak sprzedaż, darowizna lub zapłata, że podczas gdy w tych innych przypadkach skutki prawne przelewu pokrywają się z celem gospodarczym stron, — bo celem tym jest powiększenie majątku nabywcy, — to przy przelewie dla zabezpieczenia skutki prawne przelewu wychodzą poza cel gospodarczy stron, którym jest tylko zabezpieczenie roszczenia nabywcy, ale nie powiększenie jego majątku o przelaną wierzytelność. Czynność taka da się wytłumaczyć tylko zafaniem zbywcy, że nabywca będzie z tych skutków prawnych korzystać tylko w granicach, wskazanych celem gospodarczym tej czynności. Wynika stąd, że przelew dla zabezpieczenia, podobnie jak rzymska fiducja czyli przewłaszczenie

¹ Co do k. z. szwajc. por. orz. z r. 1917, Weiss, Sammlung Eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen, t. III, nr. 4955.

dla zabezpieczenia, składanie funduszków na pewien cel na ręce osób, urządzających zbiórkę, i t. p. jest czynnością prawną powierniczą.

Przez to, że treść czynności powierniczej nie pokrywa się z jej celem gospodarczym, zbliża się ona do czynności prawnej pozornej (symulowanej), pod którą ukrywa się inna czynność prawna (dyssymulowana) (art. 34 § 2 k. z.). Istnieje jednak między obu rodzajami czynności zasadnicza różnica. Przy czynności pozornej, ukrywającej inną czynność prawną, mamy do czynienia z dwiema czynnościami, które się wzajemnie wyłączają, a mianowicie z jedną, przejawiającą się na zewnątrz, ale tylko pozorną, t. j. taką, której skutków prawnych strony nie chcą i która dlatego jest nieważna — i drugą, ukrytą, która odpowiada woli stron i jest ważna, jeżeli wszystkie wymogi jej ważności są spełnione. Przy czynności powierniczej mamy do czynienia również z dwiema czynnościami, które się jednak wzajemnie uzupełniają i których skutki prawne są w całej pełni objęte wolą stron, a mianowicie z przewłaszczeniem lub przelewem i z umową przyczynową, przy czem niewspółmierność między skutkami przewłaszczenia lub przelewu a celem gospodarczym stron ma być usunięta odpowiednim zobowiązaniem nabywcy, wynikającym z umowy przyczynowej. W szczególności strony, zawierające umowę przelewu dla zabezpieczenia, chcą, aby nabywca miał prawa wierzyciela, a nie zastawnika, nie można więc twierdzić, że tylko pozornie umawiają się o przelew, a w rzeczywistości chcą umówić się o zastaw.

Okazuje się z tego, że czynności powiernicze a w szczególności przelewy dla zabezpieczenia nie są rodzajem czynności pozornych i nie są dotknięte nieważnością z art. 34 § 1 k. z.¹ Może się jednak zdarzyć, że w konkretnym przypadku umowa o przelew dla zabezpieczenia będzie umową pozorną, jak np. w przypadku, do którego odnosi się orzeczenie Sądu Rzeszy z r. 1896, R. G. E., t. 37, str. 103. W tym przypadku

¹ Stała praktyka sądów niemieckich i austriackich stwierdza, że czynności powiernicze a w szczególności przelewy dla zabezpieczenia nie są czynnościami pozornymi. Por. orzeczenia Sądu Rzeszy z r. 1889, R. G. E., t. 24, str. 45; z r. 1890, Seufferts Arch., t. 46, nr. 91 i z r. 1912, R. G. E., t. 79, str. 121 oraz orzeczenia Austr. Sądu Najw., cytowane u S c h e y'a, Das Allg. Bürgerl. Gesetzbuch, przy § 916, nr. 2.

pretensja, dla której zabezpieczenia wierzytelność przelano, była już zaspokojona przed przelewem, a przelew miał unicestwić tylko egzekucje ze strony innych wierzycieli zbywcy. Słusznie też Sąd Rzeszy uznał w tym przypadku przelew za pozorny i umowę za nieważną.

Przelew dla zabezpieczenia nie jest jedyną formą przelewu powierniczego. Inną formą, w praktyce często używaną, jest przelew do inkassa, przy którym nabywca ma ściągnąć wierzytelność we własnym imieniu i wydać ściągniętą sumę zbywcy. Tak, jak przelew dla zabezpieczenia zbliża się swym celem gospodarczym do zastawu, tak przelew do inkassa zbliża się swym celem gospodarczym do pełnomocnictwa. Charakter powierniczy czynności występuje przy przelewie do inkassa jeszcze silniej, niż przy przelewie dla zabezpieczenia, gdyż przelew do inkassa leży wyłącznie w interesie zbywcy, tak, że nabywca jest powiernikiem w całej pełni, podczas gdy przelew dla zabezpieczenia leży w interesie obu stron. Dlatego wskazane jest różne traktowanie obu tych przypadków przelewu zarówno pod względem ważności jak i skutków.

W literaturze niemieckiej wystąpił przeciw przelewom powierniczym wogóle *Stammle r*¹. W rzeczywistości jednak zarzuty jego nie godzą w instytucję przelewu powierniczego jako takiego, lecz dotyczą szczególnego sposobu konstrukcji prawnej takiego przelewu oraz pewnych sposobów nadużywania go w praktyce. Mianowicie *Stammle r* występuje, i słusznie, przeciw pojmowaniu przelewu powierniczego jako instytucji, w której inaczej kształtuje się stosunek „nazewnątrz“ a inaczej „nawewnątrz“. Zapatrywanie to, reprezentowane przez *Dernburga*², przyznaje cesjonarjuszowi nazewnątrz, t. j. wobec osób trzecich, stanowisko pełnego wierzyciela przelanej wierzytelności, natomiast w stosunku do cedenta tylko stanowisko pełnomocnika, podczas gdy wierzytelność jest dla niego w stosunku do cedenta cudza. Jeżeliby rzeczywiście należało rozumieć przelew powierniczy jako przelew, który w stosunku do osób trzecich przenosi wierzytelność, a nie przenosi jej w stosunku do cedenta, to istniałaby w samym założeniu sprzeczność i słusznie *Stammle r* to podnosi, twierdząc, że jeżeli cho-

¹ *Das Recht der Schuldverhältnisse*, str. 193.

² *Pandekten*, t. I, § 100.

dzi o prawidłowe określenie jakiegoś stosunku prawnego, to oba stosunki, „nazewnątrz“ i „nawewnątrz“, muszą być w zgodności. W rzeczywistości jednak w danym przypadku chodzi o stosunek prawny, na który składają się skutki prawne dwóch czynności, a mianowicie przelewu, t. j. przeniesienia wierzytelności z jednego majątku do drugiego, i umowy przyczynowej, rodzącej zobowiązania między przelewcą a nabywcą. O ile chodzi o skutki przelewu jako takiego, to także przy przelewie dla zabezpieczenia stosunek nazewnątrz i nawewnątrz jest identyczny, wierzytelność przechodzi do majątku nabywcy i staje się jego wierzytelnością zarówno w stosunku do osób trzecich, jak i w stosunku do zbywcy. Jednak w stosunku do zbywcy działa ponadto ich umowa przyczynowa, w myśl której nabywca obowiązany jest korzystać z przebranej wierzytelności tylko w określony sposób, a nawet pod pewnymi warunkami wydać zrealizowaną sumę zbywcy lub przelać nań wierzytelność zpowrotem. Podobnie właściciel rzeczy zmysłowej może się zobowiązać wobec kogoś do niekorzystania z niej w pewien sposób; nie upatrujemy w tem żadnej sprzeczności, że w rezultacie inny będzie stosunek tego właściciela wobec osób trzecich, a inny wobec drugiego kontrahenta, albowiem chodzi także o dwie instytucje prawne, o prawo własności i o umowę zobowiązaniową. Gdyby więc nawet słuszne było twierdzenie, że przy przelewie dla zabezpieczenia (podobnie zresztą, jak przy przewłaszczeniu dla zabezpieczenia) inaczej kształtuje się stosunek nabywcy nazewnątrz a inaczej wobec zbywcy, to objaw ten znajduje swe dostateczne wytłumaczenie w złożonej naturze tej czynności prawnej. Jednak, jak o tem będzie mowa niżej, zarówno w orzecznictwie, jak nawet w ustawodawstwie objawia się tendencja do rozszerzenia skutków umowy zobowiązaniowej, stanowiącej podstawę prawną przelewu dla zabezpieczenia, także do pewnego stopnia na osoby trzecie, tak, że w rezultacie różnica między skutkami „nazewnątrz“ i „nawewnątrz“ zaciera się coraz bardziej, co tem więcej podcina oparcie dla argumentu Stammlera i powoduje, że argument ten trafia właściwie w próżnię. Dalsze wywody Stammlera dotyczą raczej przelewów do inkassa i to używanych w celach niemoralnych, np. w tym celu, aby w miejsce wierzyciela wątpliwej wierzytelno-

ści podstawić osobę całkiem ubogą, któraby, mając prawo ubogich, mogła prowadzić proces z dłużnikiem bez żadnego ryzyka. Jasne jest, że w celu zwalczenia takich praktyk nie potrzeba uciekać się do upatrywania sprzeczności w prawnej konstrukcji przelewu powierniczego jako takiego, lecz wystarczy powołać się na ogólny przepis o nieważności umów, sprzecznych z dobrymi obyczajami (art. 55 i 56 k. z.).

5. PRZELEW DLA ZABEZPIECZENIA W ŚWIETLE PRZEPISÓW O DOPUSZCZALNEJ TREŚCI UMÓW

Przypadek, cytowany przez Stammlera, wprowadza nas jednak w drugą kategorię możliwych argumentów przeciw dopuszczalności przelewów dla zabezpieczenia, a mianowicie, że są one nieważne jako sprzeczne z dobrymi obyczajami lub z ustawą. Drugą bowiem podstawą, na której opiera się teoretyczna dopuszczalność takich przelewów, obok natury abstrakcyjnej przelewu, jest zasada, że strony, zawierające umowę, mogą swój stosunek ułożyć według swego uznania, byleby treść i cel umowy nie sprzeciwiały się porządkowi publicznemu, ustawie albo dobrym obyczajom (art. 55 k. z.). Otóż powstaje pytanie, czy przelew dla zabezpieczenia nie jest nieważny ze względu na ten przepis.

Co do sprzeczności z porządkiem publicznym albo z dobrymi obyczajami, to jasne jest, że nieważność z tego powodu mogłaby mieć miejsce tylko wyjątkowo, ze względu na szczególne okoliczności przypadku, gdyż w zasadzie udzielenie wierzycielowi zabezpieczenia w postaci przelania na niego wierzycielności, z którą ma w oznaczony sposób postąpić, nie narusza ani porządku publicznego ani dobrych obyczajów¹. W szczególności Sąd Rzeszy w orzeczeniu z r. 1927, R. G. E., t. 118, str. 361, uznał przewłaszczenie (a zatem także i przelew) dla zabezpieczenia tylko wtedy za sprzeczne z dobrymi obyczajami, kiedy przewłaszczający dłużnik przez zabezpieczenie jednego wierzyciela wobec braku innych środków nie jest już więcej w stanie zaspokoić innych wierzycieli i kiedy to było obu stronom przy zawarciu umowy wiadome.

Poważniejszy byłby zarzut sprzeczności przelewów dla zabezpieczenia z ustawą. Wprawdzie niema przepisu, któryby

¹ Dowodzi tego choćby instytucja fiducji w prawie rzymskiem.

takich przelewów wyraźnie zakazywał, jednak do rzędu umów, sprzecznych z ustawą, zaliczamy także umowy, skierowane na obejście prawa i możnaby sądzić, że przelew dla zabezpieczenia jest skierowany na obejście przepisów o zastawie i jako taki — sprzeczny z ustawą. Z twierdzeniem podobnym wystąpił Schöninger w *Archiv für zivilistische Praxis*, t. 96, str. 163 nast. Zarzuca on mianowicie praktyce, że uznaje za dopuszczalne przelewy dla zabezpieczenia, ale zarazem obcina w interesie publicznym ich normalne skutki, traktując nabywców, w razie upadłości zbywcy, narówni z zastawnikami, zamiast uznać te przelewy poprostu za skierowane na obejście przepisów o zastawie i tą drogą bronić interesu publicznego ze względu na takie postanowienia kodeksu cywilnego, które, jak np. przepisy o zastawie, są najczęściej obchodzone zapomocą przelewów powierniczych (str. 199). W szczególności jako taki przepis, obchodzony przez przelew dla zabezpieczenia, podaje Schöninger § 1280 k. c. n., według którego do powstania zastawu na wierzytelności konieczne jest zawiadomienie trzeciego dłużnika przez zastawcę (str. 173).

Z tego, że strony, zamiast jednej formy zabezpieczenia, obierają inną, która oczywiście podlega innym przepisom, nie wynika jeszcze, aby należało w tem upatrywać obejście prawa. Kto, zamiast ustanawiać zastaw na wierzytelności, przelewa ją dla zabezpieczenia, uchyla się wprawdzie przez to z pod przepisów o zastawie, lecz jest to naturalną konsekwencją tego, że zawiera całkiem inną czynność prawną, wywołującą inne skutki prawne. O obejściu przepisów o zastawie możnaby wówczas mówić, gdyby strony przez przelew dla zabezpieczenia osiągały takie skutki prawne, jak przez zastaw, ale bez zachowania rygorów, dla zastawu przepisanych. Jakkolwiek słuszne jest, że, uwzględniając charakter przelewu jako zabezpieczenia, praktyka a nawet ustawodawstwo traktuje nabywcę w pewnych kierunkach tak samo, jak zastawnika, to jednak pozostaje zawsze ta zasadnicza różnica w porównaniu z zastawem, że nabywca, jako wierzyciel, może przelać tę wierzytelność na inną osobę, czego nie może uczynić zastawnik, że po zaspokojeniu długu przez zbywcę wierzytelność nie wraca ipso iure do zbywcy, podczas gdy zastaw w tym przypadku wygasa, że realizacja zabezpieczenia nie odbywa się według

przepisów o realizacji zastawu i t. p. Korzyści, osiągnięte przez strony w pewnych kwestjach przez obranie przelewu zamiast zastawu, skompensowane są zatem niekorzyściami w innych kwestjach.

Możnaby jednak uważać, że przy każdym obejściu prawa strony zadają sobie pewien trud, narażają się na pewne niekorzyści, aby osiągnąć cel, przez prawo zakazany, albo osiągnąć cel, dopuszczalny pod pewnymi warunkami, bez wykonania tych warunków. Zarówno przy zastawie, jak przy przelewie dla zabezpieczenia celem stron jest danie wierzycielowi zabezpieczenia na wierzytelności dłużnika, idzie więc o to, czy przepisy o zastawie, od których strony przy przelewie dla zabezpieczenia się uchylają, mają swe uzasadnienie tylko w odniesieniu do zastawu, czy też w odniesieniu do każdej formy zabezpieczenia rzeczowego.

Wśród przepisów o zastawie, których obejście mogłoby być celem przelewu dla zabezpieczenia, należy odróżnić trzy grupy. Do pierwszej należą przepisy, zakazujące przy zastawie pewnych umów, do drugiej przepisy, określające stosunek zastawnika do zastawcy i do jego wierzycieli, do trzeciej przepisy o formie ustanowienia prawa zastawu.

1. Przepisy o zastawie, zakazujące pewnych umów lub mające charakter bezwzględnie obowiązujący, podyktowane są względami na interes dłużnika, który oddając rzecz w zastaw zachowuje jej własność, zaczem skłonny jest oddawać w zastaw rzeczy znacznie wyższej wartości, niż wynosi jego dług, a to tem bardziej, iż liczy na to, że dług sam w terminie zapłaci. Dlatego należy go chronić przed takimi umowami, jak np., że w razie niezapłacenia długu rzecz staje się własnością wierzyciela i t. p. Przy przelewie dla zabezpieczenia dłużnik wyzbywa się w zupełności swej wierzytelności na rzecz wierzyciela i liczy się zgóry z tem, że ją traci ze swego majątku, zaczem odpada potrzeba chronienia go w postaci przepisów bezwzględnie obowiązujących. Przepisy tego rodzaju mają swe uzasadnienie tylko w odniesieniu do zastawu i zawarcie umowy o przelew dla zabezpieczenia nie może być uważane za ich obchodzenie.

2. Przepisy, określające stosunek zastawnika do zastawcy i jego wierzycieli, jako to przepisy o prawach zastawnika, o re-

alizacji prawa zastawu, o prawie zastawcy i jego wierzycieli do nadwyżki, pozostałej po zaspokojeniu zastawnika i t. p. są konsekwencją tego, że zastawnik nabywa tylko ograniczone prawo rzeczowe na przedmiocie zastawu, zaczem sposób wykonania tego prawa musi się liczyć z prawem własności zastawcy i z prawami osób trzecich, za które majątek zastawcy odpowiada. Oba te względy nie grają roli, gdy chodzi o przelew dla zabezpieczenia.

Zbywca, który dobrowolnie przelał swą wierzytelność w całości, nie może żądać od porządku prawnego ochrony swoich praw co do ewentualnej nadwyżki w innej postaci, niż to wynika z umowy przyczynowej, t. j., niż w postaci zwykłego zobowiązania nabywcy do zwrotu tej nadwyżki lub do przelania wierzytelności zpowrotem na zbywcę.

Co do innych wierzycieli zbywcy, to nie da się wprowadzić zaprzeczyć, że dla nich zastaw byłby korzystniejszy, gdyż nie usuwa rzeczy lub wierzytelności z jego majątku i umożliwia im poszukiwanie zaspokojenia z tej rzeczy lub wierzytelności po zaspokojeniu się zastawnika. Jednak, jak długo dłużnik nie jest niewypłacalny, odpowiedzialność jego za długi nie idzie tak daleko, aby go krepowała w dysponowaniu poszczególnymi prawami majątkowymi. Nie byłoby dostatecznej racji ze względu na interes wierzycieli w zaspokojeniu się z jego majątku, by dłużnik, który może swą wierzytelność sprzedać lub darować, zastawić albo opuścić trzeciemu dłużnikowi, nie mógł jej przelać dla zabezpieczenia. Tak jak (poza skargą pauljańską) niema ograniczeń dłużnika w wyborze sposobów rozporządzania swojemi prawami, tak niema ich także co do wyboru sposobów zabezpieczania swoich wierzycieli. Zasada prawna, że inni wierzyciele dłużnika mogą się zaspokoić z zastawu po zaspokojeniu się zastawnika, nie jest jakimś postanowieniem bezwzględnie obowiązującym, wydanem w ich interesie, lecz jest prostą konsekwencją prawną faktu, że przedmiot zastawu nie przestaje być częścią majątku dłużnika, na którym wierzyciele mogą zawsze poszukiwać swego zaspokojenia, o ile ktoś inny nie ma pierwszeństwa. Jeżeli zaś dłużnik udzielił komuś zabezpieczenia nie w postaci zastawu, lecz w postaci przewłaszczenia lub przelewu dla zabezpieczenia i przez to uniemożliwił innym wierzycielom za-

spokojenie się z danej rzeczy lub wierzytelności, muszą oni ponieść tę konsekwencję tak samo, jak wówczas, gdyby tę rzecz lub wierzytelność komu darował lub gdyby zwolnił swego dłużnika, a tylko mogą zaskarżyć przewłaszczenie lub przelew dla zabezpieczenia, jeżeli zachodzą warunki skargi pauljańskiej¹.

Okazuje się z tego, że również uzasadnienie przepisów, określających stosunek zastawnika do zastawcy i jego wierzycieli, odpada przy przelewie dla zabezpieczenia, skutkiem czego ten, kto zawiera umowę o przelew dla zabezpieczenia, nie może być uważany ze względu na te przepisy za działającego in fraudem legis. Zresztą, o ile chodzi o wierzycieli zbywcy, to praktyka, jak o tem będzie mowa niżej pod 10, znalazła sposób chronienia w pewnej mierze ich interesów przy przelewie do zabezpieczenia, zbliżony do sposobu, w jaki to ma miejsce przy zastawie, zatem i z tej przyczyny argument o obejściu prawa odpada.

3. Przepisy o formie prawa zastawu na wierzytelności są uzasadnione tem, że zastaw na wierzytelności jest rodzajem prawa rzeczowego, zaczem sposób jego nabycia musi być dostosowany do ogólnych wymogów nabycia praw rzeczowych, któremi są: oddanie nabywcy odpowiedniego władztwa faktycznego nad przedmiotem prawa, ujawnienie nabycia wobec osób trzecich, łatwość stwierdzenia nabytego prawa rzeczowego co do przedmiotu i czasu nabycia. Jakie formy tym celem mają uczynić zadość, to jest kwestją pozytywnego prawa; przepisy, obowiązujące co do sposobu ustanowienia prawa zastawu na wierzytelnościach w Polsce, są różne. K. N. wymaga dokumentu i zawiadomienia trzeciego dłużnika przez osobę urzędową, art. 2075; k. c. n. wymaga zawiadomienia trzeciego dłużnika przez zastawcę, § 1280; k. c. a. ogólnie wymaga użycia takich znaków, z których każdy łatwo mógłby się dowiedzieć o zastawieniu, § 452). Za taki znak w rozumieniu § 452 k. c. a. uważa nauka zawiadomienie trzeciego dłużnika², praktyka natomiast uznaje za całkiem wystarczające także inne sposoby ujawnienia zastawu lub ułatwienia jego stwierdzenia, jak sporządzenie dokumentu, wręczenie zastawnikowi doku-

¹ Por. Achilles, Bürgerl. Gesetzbuch, wyd. z r. 1930, str. 203, pod 4.

² Kl a n g, Kommentar, t. II, 1, str. 275 i uw. 42.

mentu, stwierdzającego wierzytelność, uwidocznienie zastawienia w książkach handlowych zastawcy lub zastawnika i t. p.¹ T. X, cz. 1 nie zawiera wprawdzie żadnych przepisów o zastawie na wierzytelnościach, w nauce jednak uważane jest za konieczne sporządzenie dokumentu i wydanie zastawnikowi rewersu, stwierdzającego zastawioną wierzytelność².

O ile te sposoby ustanowienia zastawu na wierzytelności traktuje się jako związane z charakterem zastawu jako prawa rzeczowego, jasne jest, że nie byłoby racji uważać przelew dla zabezpieczenia, dokonany bez zachowania tych form, za sposób obejścia odnośnych przepisów, gdyż przy przelewie dla zabezpieczenia nabywca już wskutek samej umowy nabywa wierzytelność, a nie tylko jakieś ograniczone prawo rzeczowe na niej. Jednak nie da się zaprzeczyć, że sposoby ustanowienia zastawu na wierzytelności, o ile służą do ujawnienia zastawu i ułatwienia jego stwierdzenia, czynią zadość takiemu interesowi osób trzecich, który występuje z równą siłą przy innych rodzajach zabezpieczenia, a w szczególności także przy przelewie dla zabezpieczenia, i że przepisy kodeksu zobowiązań o przelewie tego interesu tak silnie nie chronią. Zawiadomienie trzeciego dłużnika o przelewie pozostawione jest woli stron jako jedynie sposób przeszkodzenia temu, by dłużnik, nie wiedzący o przelewie, płacił dawnemu wierzycielowi lub zawierał z nim czynności prawne co do przelanej wierzytelności. Wymóg dokumentu, stwierdzającego przelew (art. 172 k. z.), jest wprawdzie korzystniejszy dla wierzycieli zbywcy, niż zupełna swoboda dowodowa, panująca w prawie niemieckim i austriackim, jednak nie zabezpiecza ich przed antydatowaniem dokumentów przelewu tak silnie, jak np. wymóg dokumentu z datą pewną, zawarty w art. 2075 k. N. Wynikałoby z tego, że upatrywanie w przelewie dla zabezpieczenia sposobu, służącego in fraudem legis do obejścia przepisów o formie ustanowienia zastawu, miałoby pewne uzasadnienie. Jednak w takim razie wystarczyłoby do odparcia zarzutu działania in fraudem legis, aby strony przy przelewie dla zabez-

¹ Opinia Sądu Najw. Austr. z 15 stycznia 1929, Entsch. des Öst. Ob. Ger., t. XI, nr. 15; orz. z 15 grudnia 1909, GUNF t. XII, nr. 4833; orz. z 20 czerwca 1899, GUNF t. II, nr. 650.

² B o s s o w s k i, Prawo Ziem Wschodnich, str. 145 n.

pieczenia zachowały formę, która czyniłaby zadość postulatowi ochrony interesów wierzycieli w takiej mierze, w jakiej temu postulatowi czyni zadość forma ustanowienia zastawu. Kwestja zatem przesuwa się z terenu ważności przelewu dla zabezpieczenia na inny teren, mianowicie na teren formy tych przelewów, o czym będzie mowa niżej pod 9.

W rezultacie nie można uznać za trafne zarzutów Schöningera i innych przeciwników instytucji przelewu dla zabezpieczenia, opartych na twierdzeniu, że pozostają one w sprzeczności z przepisami o dopuszczalnej treści umów, a w szczególności, że są czynnościami, skierowanymi na obejście prawa. Twierdzenie to nie znalazło też uznania w literaturze niemieckiej i austriackiej¹. Słusznie też Sąd Najw. Austriacki w swojej opinji z 15 stycznia 1929 uznał za zbędne zajmowanie się zarzutami, podnoszonymi w literaturze co do dopuszczalności przelewów dla zabezpieczenia, jako to zarzut pozorności, obejścia prawa, sprzeczności z dobrymi obyczajami i t. d.

6. UMOWA PRZYCZYNOWA, STANOWIĄCA PODSTAWĘ PRZELEWU DLA ZABEZPIECZENIA

Umowę przyczynową, stanowiącą podstawę prawną przelewu dla zabezpieczenia, określa *Staudinger*², powołując się na orzeczenie sądu Rzeszy z 23 listopada 1904, jako „z reguły“ umowę zlecenia, mocą której nabywca zobowiązany jest przelać wierzytelność prawidłowo ściągniętą, a nadwyżkę ponad swoją wierzytelność wydać zbywcy. Rzeczywiście, w przeważającej ilości przypadków nabywca zobowiązany jest do prawidłowego ściągnięcia przelanej wierzytelności, gdyż, chociażby wyraźnie na siebie takiego obowiązku nie przyjął, wynika on z zasady słuszności (art. 60 k. z.); kto bowiem oddaje drugiemu swą wierzytelność na zabezpieczenie długu, który narazie nie zostaje jeszcze umorzony, nie może być narażony na to, że wierzytelność ta np. ulegnie przedawnieniu, a dług nadal pozostanie. O tyle więc tkwi w umowie o przelew dla zabezpieczenia element zlecenia. Jednak z jednej strony

¹ *Staudinger*, Kommentar, do § 398, nr. 5 — *Ehrenzweig*, System., t. II, 1, § 329, III, 3. Dla k. z. szwajc. por. *Oser*, Kommentar zum Schweiz. Oblr., Vorbem. zu art. 164—174, nr. 6.

² *Staudinger*, Kommentar, do § 398, nr. 5.

element ten nie jest niezbędny, gdyż można wyraźnie postawić, że nabywca ma tylko prawo, ale nie obowiązek, ściągnięcia przelanej wierzytelności, z drugiej zaś strony element ten nigdy nie wyczerpuje treści umowy, gdyż ponadto we wszystkich przypadkach nabywca, który staje się wierzycielem co do przelanej wierzytelności i mógłby nią dowolnie dysponować, zobowiązuje się nie korzystać z niej w większym zakresie, niż to jest potrzebne do jego zaspokojenia co do wierzytelności, jaką ma do zbywcy, sumę zaś, ściągniętą w tych granicach, zobowiązuje się zarachować na dług zbywcy. To ostatnie zobowiązanie możnaby też pojmować jako zwolnienie zgóry zbywcy z długu pod warunkiem zawieszającym, że nabywca ściągnie odpowiednią kwotę z przelanej wierzytelności. Wobec istnienia takiego zobowiązania, ograniczającego prawa nabywcy jako wierzyciela przelanej wierzytelności, obowiązek zwrotu nadwyżki lub przelania zpowrotem wierzytelności, gdyby dług zbywcy został w inny sposób pokryty, przedstawia się nie tyle jako treść zlecenia, ile jako zobowiązanie do przysporzenia majątkowego, zapobiegające niesłusznemu zbogaceniu.

Do tego dołącza się okoliczność, że i po stronie zbywcy mamy do czynienia z zobowiązaniem się do przysporzenia majątkowego na rzecz nabywcy, a mianowicie do przeniesienia wierzytelności na nabywcę, które to zobowiązanie, podobnie jak przy sprzedaży wierzytelności, dokonywa się przez samo zawarcie umowy o przelew, ale rodzi też i dalsze obowiązki w postaci udzielenia dokumentów i wyjaśnień (art. 60 k. z.) i zaniechania wszystkiego, co mogłoby skutecznym przeniesieniem udaremnić, np. ściągnięcia przelanej wierzytelności od dłużnika przed jego zawiadomieniem o przelewie (analogja z art. 299 k. z.).

Z tych powodów określanie umowy podstawowej jako zlecenia jest zbytniem uproszczeniem sprawy. W rzeczywistości mamy tu do czynienia z umową *sui generis*, łączącą w sobie elementy różnych czynności prawnych. Jest to też, jak z powyższej analizy obowiązków stron wynika, umowa obustronnie obowiązująca, jednak nie wzajemna, gdyż świadczenia obu stron nie mają charakteru równoważników.

7. PRZEDMIOT PRZELEWU DLA ZABEZPIECZENIA

Przedmiotem przelewu dla zabezpieczenia może być każda wierzytelność, nadająca się do przelewu wogóle.

W szczególności także przyszła wierzytelność może być przelana na zabezpieczenie. Dopuszczalność przelewania przyszłych wierzytelności wogóle wynika z przepisów o sprzedaży wierzytelności. Według art. 295 k. z. przedmiotem sprzedaży mogą być także prawa, mające powstać w przyszłości, a przepis ten odnosi się zarówno do sprzedaży prawa własności, jak do sprzedaży wierzytelności. To samo odnosi się ze względu na art. 353 k. z. do zamiany oraz, ze względu na art. 356, a contrario do darowizny, gdyż przepis ten wyłącza tylko darowiznę majątku przyszłego, t. j. ogółu praw majątkowych pewnej osoby, obciążonego długami, ale nie darowiznę poszczególnego prawa majątkowego przyszłego. Można z tego wysnuć ogólną zasadę, że prawa, mające powstać w przyszłości, mogą stanowić przedmiot transakcyj prawnych, jeżeli pozytywny przepis lub natura czynności prawnej temu się nie sprzeciwia. Ponieważ wierzytelność mająca powstać w przyszłości, może służyć także na zabezpieczenie, a ustawa przelewu takich wierzytelności na zabezpieczenie nie zakazuje, więc zasada ta znajduje tu w pełni swoje zastosowanie. Zresztą wobec dłużnika tytuł przelewu między stronami jest obojętny, skoro zatem są pewne tytuły, przy których przelew wierzytelności przyszłej wyraźnie jest uznany za dopuszczalny, dłużnik nigdy nie może podnieść zarzutu wobec nabywcy, że wierzytelność, jako mająca dopiero powstać w przyszłości, nie mogła być przedmiotem przelewu.

Dopuszczalność przelewu przyszłych wierzytelności wogóle jest też powszechnie uznana w nauce¹. W tym przypadku jednak konieczne jest, aby ta przyszła wierzytelność była dostatecznie określona, zarówno pod względem tytułu powstania, jak i osób dłużnika i wierzyciela, tak, aby w chwili jej powstania można było ocenić, czy objęta jest przelewem czy nie, a zatem czy należy do majątku zbywcy, czy nabywcy. Stosuje się to także w przypadku, gdy chodzi o przelew dla zabezpieczenia. Dlatego słusznie sąd Rzeszy w orz. z 18 maja 1917 (Entsch. des Reichsger., t. 92, str. 268), uznał za niedopu-

¹ Por. Baudry-Lacantinerie, t. XIX, nr. 759, — Staudinger do § 398, 1, — Ehrenzweig do § 329, t. II b.

szczalny przelew dla zabezpieczenia tej treści, że dłużnik, biorący w banku zaliczki na poczet towaru, sprzedawanego odbiorcom, dla zabezpieczenia tego kredytu przelał na bank wierzytelności, jakie ma lub nabędzie do odbiorców z tytułu sprzedaży towaru, jednak tylko do wysokości zaliczek, udzielonych przez bank, gdyż w chwili przelewu wysokość tych zaliczek nie była określona i ani trzeci dłużnik ani wierzyciele zbywcy lub nabywcy w chwili powstania poszczególnej wierzytelności z tytułu sprzedaży towaru nie mogliby wiedzieć, czy ona jest objęta przelewem, czy nie. Zarazem jednak sąd ten wypowiedział zapatrywanie, że wymogowi dostatecznego oznaczenia przedmiotu uczynionoby zadość, gdyby dłużnik przelał na bank wierzytelności, jakie nabędzie ze sprzedaży towaru bez tego dodatku: „do wysokości udzielonych zaliczek“. Dodatek ten natomiast może mieć zastosowanie w odniesieniu do wewnętrznego stosunku między zbywcą a nabywcą, gdyż wtedy oznaczałby, nie do jakiej wysokości przelew nastąpił, lecz tylko, do jakiej wysokości nabywca może w stosunku do zbywcy z przelewu korzystać.

Również Austr. Sąd Najwyższy wypowiedział w orzeczeniu z r. 1928 (Entsch. des Oest. Ob. Gerichtshofes, t. X, nr. 367) zdanie, że do ważności przelewu dla zabezpieczenia, którego przedmiotem są przyszłe wierzytelności, konieczne jest oznaczenie osób i tytułu tych wierzytelności.

Dopuszczalność przelewu przyszłej wierzytelności dla zabezpieczenia jest też jedną z korzyści, jakie przedstawia ta forma zabezpieczenia kredytu w porównaniu z zastawem na wierzytelności, gdyż przedmiotem zastawu może być w zasadzie tylko wierzytelność już istniejąca. Wynika to z natury zastawu, jako umowy realnej oraz z przepisu, że do powstania zastawu konieczne jest zawiadomienie dłużnika (art. 2075 k. N.; § 1280 k. c. n.) lub ujawnienie tego zastawu w inny sposób (§ 451 nast. k. c. a.), to zaś nie może tak długo nastąpić, dopóki wierzytelność nie powstanie, albo przynajmniej nie istnieje stosunek podstawowy, z którego wierzytelność ma powstać¹.

¹ Planiol-Ripert, *Traité pratique de droit civil*, t. XII, nr. 90, — Staudinger, *Kommentar*, do § 1273, 1, b, — Klang, *Kommentar*, do § 448 II C i III B. Orzecznictwo niemieckie i austriackie uznaje jednak za dopuszczalne zastawienie przyszłych wierzytelności pod pewnymi warunkami.

8. WIERZYTELNOŚĆ ZABEZPIECZONA

Zapomocą przelewu dla zabezpieczenia można zabezpieczać nietylko już istniejące, lecz także przyszłe wierzytelności, np. mogące powstać z otwartego, ale nie wyczerpanego jeszcze kredytu. Zabezpieczenie przyszłych wierzytelności obejmowane jest pospolicie nazwą kaucji, która może być udzielona np. w postaci zastawu ręcznego, hipoteki albo jako t. zw. kaucja gotówkowa. Skoro zatem niema wątpliwości, że powyższe trzy rodzaje kaucji są dopuszczalne, byleby zgóry określona była maksymalna wysokość mającej powstać wierzytelności¹, należy uznać za możliwą także kaucję w postaci przelewu dla zabezpieczenia. Przelew dla zabezpieczenia przyszłej wierzytelności jest nawet analogiczną instytucją do kaucji gotówkowej. W obu przypadkach przedmiot, służący na zabezpieczenie, przechodzi na własność (odmiennie, niż przy zastawie) osoby, która może się stać w przyszłości wierzycielem, i osoba ta może jeszcze przed powstaniem tej wierzytelności przedmiotem tym swobodnie rozporządzać, obowiązana jest jednak, gdyby wierzytelność nie powstała lub powstała w mniejszej, niż zabezpieczenie, wysokości, przedmiot zabezpieczenia lub nadwyżkę zwrócić².

9. FORMA PRZELEWU DLA ZABEZPIECZENIA

Co do formy przelewu dla zabezpieczenia, to z przepisów k. z. o przelewie wynikałoby, że do jego ważności żadna forma nie jest wymagana, a natomiast stosuje się także i do tego przelewu ogólny przepis dowodowy art. 172 k. z., że przelew winien być pismem stwierdzony. Przepis ten odnosi się jednak tylko do przelewu jako takiego a nie dotyczy umowy przyczynowej, której według ogólnych przepisów o przelewie można dowodzić świadkami.

Powstaje jednak kwestja, wspomniana już wyżej, czy ze względu na obawę obchodzenia przepisów o zastawie nie potrzeba do ważności lub przynajmniej skuteczności przelewu dla zabezpieczenia wobec wierzycieli zbywcy zachowania przepisów formalnych, dotyczących zastawu. Uzasadnieniem tego

¹ Por. Baudry-Lacantinerie, t. XXV, nr. 52, — Colin-Capitant, Traité, wyd. 3, tom II, str. 757, — Ehrenzweig, System, t. I, cz. 2, wyd. 6, str. 422 oraz § 1204 k. c. n.

² Planiol-Ripert, Traité, t. XII, nr. 77, str. 74.

poglądu byłoby zapatrywanie, że osoby trzecie, t. j. wierzyciele zbywcy i osoby, które chcą mu udzielić kredytu, mają równie silny interes w tem, aby o przelewie dla zabezpieczenia mogły się dowiedzieć, jak wierzyciele i osoby chcące udzielić kredytu zastawcy. Wobec tego jednak, że interes ten istnieje niewątpliwie także w innych przypadkach przelewu, np. z tytułu sprzedaży, darowizny lub świadczenia w miejsce wykonania, a w tych ostatnich przypadkach prawo tego interesu nie chroni inaczej, jak tylko przepisem art. 172 o formie piśmiennej jako wymogu dowodowym, przeto należy zbadać, czy rzeczywiście przy przelewie dla zabezpieczenia interes tych osób trzecich wymaga udzielenia silniejszej ochrony. Jeżeli porównamy te różne przypadki przelewu ze sobą pod względem niebezpieczeństwa, jakie może grozić osobom trzecim z powodu trudności dowiedzenia się o dokonaniu przelewu, to rzeczywiście porównanie to wypada na niekorzyść przelewu dla zabezpieczenia. Przelew z tytułu sprzedaży lub zamiany wprowadza do majątku zbywcy świadczenie wzajemne, darowizny wierzytelności zdarzają się stosunkowo rzadko, przelew w miejsce wykonania usuwa bierną pozycję z majątku dłużnika i zmniejsza tem samem konkurencję wierzycieli w razie egzekucji, zarazem zaś nie usuwa z majątku dłużnika więcej, aniżeli ta pozycja bierna wynosiła. W przeciwieństwie do tego przelewy dla zabezpieczenia mogą usuwać z majątku dłużnika wierzytelności większej wartości, niż wynosi dług zabezpieczony, nie wprowadzają niczego do majątku dłużnika na miejsce przelanej wierzytelności i, wobec powszechnego posługiwania się kredytem, mogą być częste.

Z tych względów myśl zasadniczą, aby przy przelewach dla zabezpieczenia chronić silniej interes osób trzecich, niż przy innych przypadkach przelewu, należy uznać za słuszną¹, idzie jednak o to, na czym ta ochrona ma polegać. Jak zaznaczono wyżej, Sąd Najw. Austr. wyobraża sobie tę ochronę w ten sposób, że przy przelewie dla zabezpieczenia będą zachowane te formy, jakie są wymagane przy zastawie. Podobne stanowi-

¹ Nauka niemiecka i austriacka pozostaje jednak na stanowisku, że przelew dla zabezpieczenia nie wymaga żadnej formy, w szczególności nie wymaga ani zawiadomienia trzeciego dłużnika, ani innych sposobów ujawnienia przelewu, ponieważ nie chodzi o zastaw. Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch, t. II, 1 § 176, uw. 9. — Kl an g, Kommentar, t. IV, str. 294, przy uw. 46 b.

sko zajmuje on też przy przewłaszczeniu dla zabezpieczenia¹. Jednak Sąd Najw. Austr. nie określił bliżej, czy zachowanie tych form ma być, jak przy zastawie, warunkiem skuteczności przelewu dla zabezpieczenia wogóle i wobec wszystkich, czy też ma być tylko warunkiem skuteczności przelewu wobec wierzycieli zbywcy i innych osób trzecich. Wobec tego, że w danym przypadku chodzić może tylko o ochronę interesu wierzycieli i osób trzecich, — bo co do samych stron niema powodu traktowania przelewów dla zabezpieczenia inaczej od innych przypadków przelewu, — wydaje się jedynie trafne zapatrywanie, że na brak form, przepisanych dla zastawu, mogliby się powoływać tylko wierzyciele zbywcy i inne interesowane osoby trzecie.

Powstaje jednak dalsze pytanie, czy w razie niezachowania tych form przelew dla zabezpieczenia wobec tych osób trzecich jest bezskuteczny bez potrzeby jakichkolwiek z ich stron dowodów, czy też muszą one wykazać, że w danym przypadku to niezachowanie form miało rzeczywiście charakter obejścia prawa. I tej kwestji Sąd Najw. Austr. wyraźnie nie porusza; z brzmienia odnośnych jego wywodów wynikałoby raczej, że jest za pierwszą alternatywą. Alternatywa ta nie wydaje się jednak słuszna. Nie można bowiem twierdzić, że wszystkie przelewy dla zabezpieczenia, przy których nie zachowano form przepisanych dla zastawu, są tem samem czynnościami, skierowanemi na obejście prawa. Nie będą niemi np. z reguły przelewy, dokonywane przez dłużników, nie mających zresztą, poza nabywcą wierzytelności, innych wierzycieli. Sama obawa, że gdyby nie było wymogu zachowania form, możnaby nadużywać przelewu dla zabezpieczenia celem obchodzenia przepisów o zastawie, może być wystarczającym motywem dla ustawodawcy, aby taki wymóg ustawy wprowadzić, nie wystarczy jednak do wprowadzenia takiej ogólnej zasady przez samo orzecznictwo. De lege lata można uznać przelew dla zabezpieczenia, dokonany bez zachowania form przepisanych dla zastawu, za bezskuteczny wobec wierzycieli i osób trzecich tylko wówczas, gdy z okoliczności wynika, że w danym przypadku obranie przelewu zamiast zastawu było obejściem

¹ Orz. z. r. 1927, Entsch. t. IX, nr. 279, i z. r. 1929, Entsch. t. X, nr. 26.

prawa. Że takie ujęcie kwestji odpowiada duchowi kodeksu zobowiązań, to wynika z analogji z art. 35, dotyczącego czynności prawnych pozornych. Sam fakt, że czynność pozorna może być zawierana na szkodę osób trzecich, jeszcze nie uprawnia tych osób do powoływania się na pozorność, jakkolwiek ona rzeczywiście miała miejsce, lecz trzecie osoby muszą wykazać, t. j. z okoliczności musi wynikać, że w danym przypadku czynność pozorna była działana na ich szkodę (art. 35 § 2).

Pozostaje jeszcze do rozpatrzenia kwestja, jakiej formy należy dochować, aby osoby trzecie nie mogły się powoływać na to, że przelew jest wobec nich nieważny, jako skierowany na obejście przepisów, wydanych w celu ochrony ich interesów. Przedstawiliśmy wyżej, że pod względem form, wymaganych przy zastawie, ustawodawstwo, obowiązujące dotychczas w Polsce, jest bardzo niejednolite. Wymaganie tedy zachowania na obszarze obowiązywania każdego z kodeksów form, przez ten kodeks wymaganych, sprzeciwiałoby się zasadzie unifikacji prawa w dziedzinie zobowiązań, przez k. z. zamierzonej, a przecież przelew dla zabezpieczenia, jako zabezpieczenie rzeczowe, regulowane prawem zobowiązaniowem, do dziedziny zobowiązań należy. Poza tem przepisy o formie zastawu, jak już zaznaczono, mają na celu nietylko ochronę osób trzecich, lecz także są wynikiem zapatrywania danego ustawodawstwa na sposób nabywania praw rzeczowych wogóle i nie byłoby racji, aby różnice, istniejące w tym ostatnim względzie, miały odgrywać rolę w kwestji, w której chodzi jedynie tylko o ochronę osób trzecich. Dlatego wystarczy, naszym zdaniem, zachowanie jakiegokolwiek formy, któraby umożliwiała osobom trzecim dowiedzenie się o przelewie, oczywiście przy zachowaniu z ich strony pilności, jakiej można wymagać w interesach, gdyż wówczas odpada argument, że strony dlatego obrały przelew dla zabezpieczenia, aby to zabezpieczenie ukryć przed okiem osób trzecich. Jako taka forma nadaje się z reguły najlepiej zawiadomienie trzeciego dłużnika o przelewie, gdyż u niego informują się wierzyciele zbywcy, i to z reguły zawiadomienie, dokonane przez zbywcę, gdyż na takim zawiadomieniu trzeci dłużnik może polegać, udzielając informacyj wierzycielom zbywcy, i oni nie będą narażeni na wykręty ze strony zbywcy. Jednak czasem może wystarczyć i za-

wiadomienie ze strony nabywcy, jeżeli jest nim osoba, budząca zaufanie, np. władza państwowa lub poważna instytucja kredytowa. Zamiast zawiadomienia trzeciego dłużnika mogą jednak strony użyć także innego środka ujawnienia przelewu, byleby był równie dostępny dla osób trzecich, jak zawiadomienie trzeciego dłużnika. Np. przy przelewie wierzytelności książkowych wystarczy odpowiednio dokładny zapisek w książkach zbywcy, jak słusznie orzekł Austr. Sąd Najw. w swojej opinii z r. 1929. Niekiedy bowiem jest żywotnym interesem kupca, korzystającego z kredytu na podkład wierzytelności, aby jego dłużnicy, t. j. klienci, o przelewie tych wierzytelności się nie dowiedzieli, bo to podcina w ich oczach opinię kupca a zarazem podraża kredyt. Normalnie w tych przypadkach nie dochodzi do tego, aby nabywca żądał zapłaty od trzeciego dłużnika, bo albo zbywca zapłaci pożyczkę i wierzytelności, dane na zabezpieczenie, staną się wolne, albo na podstawie praktykowanego upoważnienia do inkassa sam ściągnie tę wierzytelność i ściągniętą sumę wyda instytucji kredytowej, albo da jej w przyszłości inne wierzytelności w miejsce poprzednio przelanych.

Na obszarze obowiązywania k. N. i t. X, cz. 1, powstaje jednak jeszcze kwestja, czy mimo zachowania jakiegokolwiek formy, umożliwiającej osobom trzecim dowiedzenie się o przelewie, zarzut obejścia przepisów o zastawie na niekorzyść wierzycieli nie byłby uzasadniony tem, że przepisy obowiązujące na tym obszarze nietylko umożliwiają osobom trzecim dowiedzenie się o zastawie (przez obowiązek zawiadomienia trzeciego dłużnika), lecz także utrudniają w interesie tychże osób machinacje w postaci antydatowania dokumentów, ustanawiających zastaw, a to przez wymóg dokumentu z datą pewną (art. 2175 i 1329 k. N.; art. 1674 t. X, cz. 1). Możliwość sądzić, że gdyby nie było takiego wymogu przy przelewie, to dłużnicy mogliby się posługiwać przelewem dla zabezpieczenia w celu udaremnienia egzekucji, prowadzonej przez innych wierzycieli, niż nabywca wierzytelności, a mianowicie mogliby powoływać się na przelew, który nastąpił już po wdrożeniu egzekucji, twierdząc, że nastąpił on jeszcze przedtem. Sąd ten nie byłby jednak trafny, a to z następujących powodów: przedewszystkiem k. z. utrudnia takie machinacje już przez to, że wymaga do dowodu przelewu pisma a zatem wyłącza dowód ze świad-

ków, czego nie czyni ani k. c. n. ani k. c. a. Wprawdzie nie jest wymagane, aby to pismo miało datę pewną (urzędownie ustaloną), jednak niebezpieczeństwo antydatowania dokumentu przelewu nie wydaje się poważne w świetle obecnego prawa procesowego i karnego. Według art. 264 k. p. c. dokument prywatny stanowi jedynie dowód tego, że zawarte w nim oświadczenie pochodzi od osoby, która go podpisała. Co do daty dokumentu obowiązuje ogólna zasada swobodnej oceny dowodów przez sąd (art. 250, ust. 1). Ponadto osoby trzecie mogą zawsze prowadzić dowód wszelkimi sposobami, że dokument został później sporządzony (art. 265 a contrario). Wreszcie antydatowanie dokumentów podpada pod sankcję karną (art. 276 lub 264 k. k.). Z tych powodów spólczesne polskie ustawodawstwo stosuje wymóg daty urzędownie ustalonej tylko bardzo wyjątkowo, w przypadkach zwłaszcza, w których twierdzony na podstawie dokumentu stan prawny nie pokrywa się z zewnętrznym stanem rzeczy albo dokument ma uzasadniać prawa, stanowiące pewnego rodzaju wyłom od ogólnych zasad (por. np. art. 543 k. h. lub art. 399 § 2 k. z.). W każdym razie fakt, że dwa poważne ustawodawstwa, k. c. n. i k. c. a., nie żywiły takich obaw i ani przy zastawie ani przy przelewie, zarówno co do samej umowy jak co do zawiadomienia trzeciego dłużnika, nie wymagały nietylko urzędowego stwierdzenia daty, ale nawet wogóle pisma, jeżeliby nie mógł być wystarczającym argumentem de lege ferenda co do tego, czy nie należałoby przy przelewie a przynajmniej przy przelewie dla zabezpieczenia wymagać na piśmie z art. 172 daty urzędownie potwierdzonej, to w każdym razie jest wystarczającym argumentem na to, że także na obszarze k. N. i t. X, cz. 1 brak dokumentu z datą pewną nie uzasadnia dostatecznie potrzeby ochrony osób trzecich w postaci uznania takiego przelewu wobec nich za bezskuteczny.

10. SKUTKI PRZELEWU DLA ZABEZPIECZENIA

Skutki przelewu dla zabezpieczenia należy rozpatryć oddzielnie w stosunku między stronami, zawierającymi umowę o przelew, w stosunku do dłużnika przelanej wierzytelności i w stosunku do osób trzecich, t. j. wierzycieli zbywcy i nabywcy.

1. W stosunku między stronami skutki te wynikają z umowy przyczynowej, określonej wyżej, pod 6. Tam też określono bliżej obowiązki obu stron. Skutki niewykonania tych obowiązków regulują się według ogólnych zasad, t. j. art. 239 nast. k. z.

2. W stosunku do dłużnika przelanej wierzytelności przelew dla zabezpieczenia ma wszelkie skutki przelewu wogóle, gdyż dla niego tytuł przelewu jest obojętny¹. Dotyczy to w szczególności także sposobu i skutków zawiadomienia dłużnika o przelewie, o ile chodzi o stosunek do dłużnika, które to kwestje regulują wyłącznie art. 170 i 173 k. z. Wynika stąd również pewne ułatwienie w porównaniu z zastawem na wierzytelności według k. N., gdyż zawiadomienie notarialne (art. 2075 k. N.), nawet na obszarze k. N., nie jest wymagane.

3. W stosunku do wierzycieli obu stron wobec tego, że wskutek przelewu wierzytelność przeszła z majątku zbywcy do majątku nabywcy, należy przyjąć, że nie podlega ona egzekucji na rzecz wierzycieli zbywcy i nie należy do jego masy upadłości, że natomiast wierzyciele nabywcy mogą na niej poszukiwać zaspokojenia, a w razie upadłości nabywcy zbywca nie może żądać jej wyłączenia z masy upadłości.

Jednak w tej kwestji, podobnie jak w kwestji formy przelewu dla zabezpieczenia, orzecznictwo niemieckie i austriackie i przeważająca nauka a także ustawodawstwo austriackie uznały za stosowne wyciągnąć konsekwencje z natury tego przelewu jako zabezpieczenia rzeczowego i rozciągnąć w pewnej mierze na ten przelew te skutki zastawu, które wynikają z jego charakteru, jako zabezpieczenia rzeczowego.

a) W przypadku ogłoszenia upadłości do majątku zbywcy Sąd Rzeszy najpierw w orzeczeniu z r. 1889, R. G. E., t. 24, str. 45, a następnie w orz. z r. 1917, R. G. E., t. 91, str. 12, wypowiedział zapatrywanie, że stanowisko nabywcy wierzytelności dla zabezpieczenia jest takie samo, jak stanowisko zastawnika, t. zn., że nabywca nie może żądać pełnej dywidendy dla swej wierzytelności a oprócz tego zrealizować dla siebie przelaną wierzytelność aż do swojego pełnego pokrycia i tylko nadwyżkę zwrócić do masy upadłości, lecz może się zaspokoić w całej

¹ Por. Uzasadnienie projektu k. z., t. I, str. 255.

pełni z przelanej wierzytelności, a tylko niedobór może zgłosić do masy upadłości i żądać dywidendy w stosunku do tego niedoboru. Rozszerzenie powyższej zasady, wypowiedzianej w ordynacji upadłościowej tylko w odniesieniu do zastawników (§ 64 niem. ord. upadł.), na cesjonariuszy dla zabezpieczenia uzasadnia Sąd Rzeszy tem, że podstawą jej jest przeświadczenie, iż wierzyciele, mający prawo odrębności, t. j. zabezpieczeni na pewnych przedmiotach należących do masy, powinni być co do prawa do dywidendy traktowani narówni z wierzycielami niezabezpieczonymi. Uregulowanie praw wierzycieli, zabezpieczonych zastawem, nastąpiło w ordynacji upadłościowej w interesie publicznym i należy je stosować analogicznie do powierników, gdyż w obu przypadkach chodzi o wierzycieli zabezpieczonych. W orzeczeniu z r. 1917 dodano jeszcze, jako dalszy motyw, że wierzytelność przelana dla zabezpieczenia, należy do nabywcy tylko formalnie i prawnie, zaś materialnie i gospodarczo należy do zbywcy, t. j. w danym przypadku do masy upadłości. Ten ostatni argument jest chybiony, gdyż nie uchodzi określać przynależności prawa do pewnego majątku według kryterjów prawnych lub gospodarczych; doprowadziłoby to do największego zamieszania, możnaby np. twierdzić, że przedmiot sprzedany i zapłacony, ale nie wydany kupującemu, należy już gospodarczo do kupującego, ale prawnie jeszcze do sprzedawcy i t. p. Natomiast pierwszy argument jest słuszny, gdyż niewątpliwie przelew dla zabezpieczenia jest rodzajem zabezpieczenia rzeczowego i ratio legis przepisu, ograniczającego w konkursie prawa wierzycieli zabezpieczonych zastawem, stosuje się w całej pełni także do przelewów dla zabezpieczenia. Powyższe stanowisko Sądu Rzeszy znalazło też pełne uznanie w uchwale 31 Zjazdu prawników niemieckich. Pod wpływem tej judykatury wstawiono w § 10 (3) nowej austriackiej ordynacji upadłościowej z r. 1914 wyraźne postanowienie, że o ile ustawa ta nie zawiera wyjątku, przepisy dotyczące wierzycieli, mających prawo odrębności, stosuje się także do wierzycieli osobistych, którzy dla zabezpieczenia swoich roszczeń nabyli oznaczone przedmioty majątkowe upadłego, zwłaszcza wierzytelności książkowe¹.

¹ Por. motywy do § 10 w „Denkschrift des Justizministeriums zur Einführung einer Konkursordnung etc.“ (Wiedeń, 1914).

Polskie prawo upadłościowe nie zawiera wprawdzie podobnego postanowienia, jednak jego art. 207 odpowiada artykułowi 64 niemieckiej ordynacji konkursowej i te argumenty, które orzecznictwu niemieckiemu posłużyły do analogicznego stosowania tego przepisu do nabywców powierniczych, mogą być w całej pełni zastosowane do art. 207 prawa upadłościowego polskiego¹. Z tego powodu przyjąć należy, że i według polskiego prawa upadłościowego w razie upadłości zbywcy nabywca wierzytelności dla zabezpieczenia ma takie samo stanowisko, jak zastawnik, a to na podstawie rozszerzającej interpretacji art. 207 pr. upadł.

b) Trudniejszym do wytłumaczenia jest dalsze odstępstwo od ścisłej konsekwencji przelewu (jak i przewłaszczenia) dla zabezpieczenia, jakie zarówno orzecznictwo jak i nauka niemiecka stosują w razie upadłości nabywcy a nawet w razie egzekucji, prowadzonej na przelanej wierzytelności (lub przewłaszczonej rzeczy) przez wierzycieli nabywcy. Mianowicie Sąd Rzeszy w kilku orzeczeniach (z r. 1899, t. 45, str. 80; z r. 1890, Seufferts Archiv, t. 46, nr. 91; z r. 1895, t. 35, str. 77; z r. 1912, t. 79, str. 121; z r. 1917, t. 91, str. 12) wypowiedział zasadę, że jeżeli do majątku powiernika ogłoszono upadłość, to zbywca ma prawo wyłączyć z masy upadłości rzeczy lub wierzytelności, które upadły otrzymał tylko powierniczo. Wprawdzie § 35 dawnej a § 43 nowej niemieckiej ustawy upadłościowej mówi tylko o wyłączeniu rzeczy, które „nie należą“ do upadłego, jednak trzeba to rozumieć w ten sposób, że ustawa uważa za należące do majątku upadłego tylko takie rzeczy, którymi on może rozporządzać we własnym interesie.

¹ Charakterystyczne jest, w jaki sposób orz. Sądu Rzeszy, t. 24, str. 45, tłumaczy, dlaczego niemiecka ordynacja konkursowa z r. 1877 nie uwzględniła przewłaszczeń i przelewów dla zabezpieczenia, określając prawa odrębności wierzycieli zabezpieczonych. Podczas obrad był taki wniosek, jednak nie przyjęto go z uwagi, „że takie przypadki są rzadkie i zwykle chodzi o czynności pozorne.“ Na to Sąd Rzeszy zauważa, że motyw ten jest bez znaczenia, o ile nie zgadza się z praktyką życia i z rzeczywistym stanem prawnym, który nie pokrywa się z przypadkami czynności pozornych. Może motyw ten miał pozory słuszności w Prusiech, gdzie sądy skłonne były dopatrywać się w takich przewłaszczeniach dla zabezpieczenia czynności symulowanych, ale nie odpowiada praktyce życia w prowincjach prawa pospolitego. Nasuwa to myśl, że i u nas praktyka życia w województwach centralnych, gdzie przewłaszczenia i przelewy dla zabezpieczenia były nieznanne, bo k. N. nie dawał do nich podstawy, wpłynęła na to, że polskie prawo upadłościowe, regulując prawa odrębności, o tych przypadkach nie wspomina.

Takimi rzeczami nie są rzeczy przewłaszczone lub wierzytelności przelane powierniczo, bo temi rzeczami upadły mógł rozporządzać tylko w interesie zbywcy, wierzyciele zaś jego nie mogą mieć na majątku jego więcej praw, niż on sam miał, nie mogą więc rozporządzać temi rzeczami w taki sposób, w jaki on sam nie mógł rozporządzać. I znowu powtarza się tu zwykle argument o własności powiernika tylko formalnej i prawnej, ale nie materialnej i gospodarczej. W nauce, która to zapatrywanie podziela¹, pojawia się ponadto argument, że wierzyciele upadłego nabywcy byłiby niesłusznie zbogaceni, gdyby zbywca nie miał prawa wyłączenia. To samo stanowisko zajmuje orzecznictwo austriackie (orz. z r. 1930, Entsch., t. XII, nr. 295, i argumenty na jego poparcie przytaczane, gdyby je uznać za słuszne, mogłyby mieć pełne zastosowanie do artykułów 28 i 40 polskiego prawa upadłościowego. Wreszcie zarówno w orzecznictwie niemieckim, jak i austriackim (Orz. Sądu Rzeszy, t. 79, str. 121; Orz. Sądu Najw. Austr., Entsch., t. XII, nr. 295), rozszerzono tę zasadę na przypadki egzekucji poza konkursem, przyznając zbywcy prawo sprzeciwu przeciw egzekucji, prowadzonej przez wierzycieli nabywcy na rzeczach, które on nabył tylko powierniczo i to samo uznaje nauka niemiecka².

Zaznaczyć jednak należy, że przypadki, będące podstawą powyższych orzeczeń, miały charakter powiernictw w najściślejszym tego słowa znaczeniu, działających wyłącznie w interesie zbywcy (przewłaszczenie w celu zbycia dalszego na rachunek zbywcy, przelew do inkassa, ustanowienie hipoteki na imię osoby trzeciej jako powiernika kilku wierzycieli, który miał sumę zrealizowaną między nich rozdzielić). Dlatego zasadę powyższą możnaby stosować do przelewów dla zabezpieczenia, które następują w interesie nabywcy, tylko z tą modyfikacją, iż prawo wyłączenia z masy upadłości lub sprzeciwienia się egzekucji służyć może zbywcy jedynie pod warunkiem przeprowadzenia dowodu, że nabywca został już co do swej wierzytelności zaspokojony, tak, iż ma obowiązek przelać wierzytelność zwrócić, przelać zpowrotem. Jednak i z tem

¹ Por. Enneccerus-Kipp-Wolff, t. I, § 139, uw. 15, — Staudinger, do § 398 pod 5.

² Staudinger, j. w.

ograniczeniem zasada ta wydaje nam się nie do przyjęcia. Skoro bowiem wierzytelność jest wierzytelnością nabywcy, skoro on może ją dalej przelewać, niewiadomo, dla czego by jego wierzyciele nie mogli się z niej zaspokoić. Argument, że wierzytelność, przelana powierniczo, należy do majątku nabywcy tylko formalnie i prawnie, ale nie materialnie i gospodarczo, jest, jak już wyżej była o tem mowa (pod a), chybiony. Przeciw dalszemu argumentowi, podnoszonemu w nauce, że wierzyciele nabywcy byłiby niesłusznie zbogaceni, gdyby wierzytelność nabyta powierniczo mogła służyć do ich zaspokojenia czyto w upadłości, czyto poza upadłością, należy podnieść, że wierzytelność ta, co najmniej w przypadku przelewu dla zabezpieczenia, nie dostała się do majątku nabywcy bez tytułu, że zbogacenie się nabywcy jest usprawiedliwione kredytem, jakiego udzielił zbywcy i że dopóki ta wierzytelność znajduje się w majątku nabywcy, słusznie jego wierzyciele mogą się z niej zaspokoić tak samo, jak mogą się zaspokoić z rzeczy, którą ich dłużnik sprzedał i za którą cenę kupna otrzymał, ale której jeszcze kupującemu nie wydał. Argument wreszcie, że art. 35 niemieckiego (art. 28 naszego) prawa upadłościowego ma na myśli tylko szczególny sposób należenia rzeczy do majątku upadłego, który nie ma miejsca przy należeniu powierniczym i skutkiem tego można przepis o prawie wyłączenia tłumaczyć rozszerzająco, jest mało przekonujący, bo prawo upadłościowe miało raczej na myśli interes wierzycieli upadłościowych, a nie innych osób, i tylko z konieczności dopuszcza prawo wyłączenia. W rezultacie nie widzimy dostatecznych powodów do odstępstwa od normalnej konsekwencji przelewu, gdy chodzi o stosunek nabywcy do jego wierzycieli, czyto w upadłości czyto poza upadłością, ani de lege ferenda, ani tem bardziej de lege lata. To są niebezpieczeństwa, z którymi musi się liczyć zbywca, a przeciw którym jego wierzycielom nie pozostaje inna broń, jak skarga pauljańska.
