

UNIWERSYTET WROCŁAWSKI
Biblioteka Wydziału Prawa

42921

II

DF. Dr. JAN SPYRA.

15 u

O EWIKCYI

W PRAWIE CYWILNEM
AUSTRYACKIEM.



KRAKÓW 1914.

NAKŁADEM STOW KANDYDATÓW NOTARYALNYCH.
DRUKARNIA E. I DRA K. KOZIAŃSKICH W KRAKOWIE.

390

O ewikcyi w prawie cywil. austriackiem

napisał

Prof. Dr. Jan Spyra, Kraków.

Literatura tego problemu jest liczna i nazwiska autorów stwierdzają, że problem ten zajmował i zajmuje najwybitniejszych prawników; kryje on więc zapewne niejedną trudność dla nauki i praktyki prawa.

Projekt częściowej reformy kodeksu cywil. austr. obejmuje również reformę ewikcyi, i to jest najnowszą przyczyną pisania rozpraw o ewikcyi. I tak, w tomie 39. z r. 1913 czasopisma Grünhuta ukazały się równocześnie dwie rozprawy o ewikcyi, prof. Dra Adlera pod tytułem: *Kaufrechtliche Untersuchungen* i Dra Eisnera: *Zur Lehre von der Gewährleistung nach österr. allg. Privatrechte*. Prof. Adler uchodzi dzisiaj w Austrii za jednego z najlepszych prawników, jest rzeczoznawcą, powoływanym przez Rząd do wygłaszania opinii o projektach prawnych w Austrii dla reformy prawa cywilnego i wekslowego. To dostateczny powód, aby na jego rozprawy zwracać baczną uwagę. Rozprawa Dra Eisnera odznacza się tem, że zestawia skrupulatnie całą dotychczasową literaturę austriacką o ewikcyi i stara się rozstrzygnąć wszystkie najważniejsze pytania o ewikcyi, z których wiele do dziś dnia jest wątpliwych i spornych. Prof. Adler, korzystając z tej pracy, przywojuje o „przekazie“ wydrukowanej niemal równocześnie również w czasopiśmie Grünhuta, tom 40. wydaje jej pochlebne świadectwo w słowach: „eine tüchtige Abhandlung.“ To znowu ważny fakt, który piszącemu o ewikcyi poleca zwrócić swą uwagę na rozprawę Dra Eisnera.

I. Dawniejsza literatura prawnicza austr. i nowsza, panująca teoria wyraża zapatrywanie, że przepisy o ewikcyi, zawarte w §. §. 922 — 933 k. c. należy stosować przy wszystkich odpłatnych czynnościach prawnych bez względu na to, czy czynności te mają na celu przeniesienie rzeczy zmysłowych, czy przeniesienie praw. Przeciw temu powszechnemu zapatrywaniu wystąpili Habietinek i Hasenöhrł twierdząc, że przepisy §§. 1397 — 1399 o odpłatnej cesyi wierzytelności regulują w sposób odrębny i samodzielny ewikcyę, w sposób wykluczający subsydyarne posiłkowanie się przepisami z § §, 922 — 933 k. c. W obronie panującej teorii, a przeciw powyższym dwóm prawnikom wystąpił prof. Dniestrzański, a w wyżej cytowanej rozprawie także Dr. Eisner. Mojem zdaniem mają Habietinek i Hasenöhrł zupełną słuszność, twierdząc, że w § §. 922 — 933 uregulowaną jest jedynie ewikcyja za rzeczy zmysłowe, zaś w § § 1397 — 1399 osobno za rzeczy niezmysłowe (prawa), przy których nie można posiłkowo stosować norm z § §. 922 — 933 k. c. Przyznaję, że uzasadnienie tego zapatrywania u Habietinka i Hasenöhrla jest słabe, bo trudno godzić się na uzasadnienie, że prawa nie mogą mieć wad fizycznych (np. papiery wartościowe) lub, że nie mogą mieć innych wad z §, 923. Porównanie pojęcia słów „wada, przymiot“ dla rzeczy zmysłowych z pojęciami „wada, przymiot“ dla rzeczy niezmysłowych wykaże łatwo, że znaczenie i istota tych pojęć jest odpowiednio taką samą; dla stwierdzenia tej równości pojęć nie potrzeba nam pomocy z literatury i z historii redakcyjnej kodeksu cywilnego. Z tej równości pojęć dedukują Dniestrzański, Rabel i Dr. Eisner, że przy ewikcyi za wady wierzytelności należy posiłkowo stosować przepisy o ewikcyi za rzeczy zmysłowe. Dedukcyja ta, logicznie jest możliwą, ale mojem zdaniem tu nieodpowiednią, gdyż przepisy o ewikcyi za wierzytelność są wyczerpujące, więc chcąc stosować subsydyarnie normy § §. 922—933 trzeba wykazać, że w normach o ewikcyi za wierzytelność są luki prawne. Dr. Eisner uskarża się, że np. §. 1397 nie daje odpowiedzi na pytanie, jakie prawa przysługują cesyonaryuszowi w razie, gdy wierzytelność cedowana jest nierzetelną lub nieściągalną w całości lub w części; te i inne pytania, na które jego zdaniem § §. 1397 — 1399 nie dają wyraźnej odpowiedzi, zmuszają go do szukania pomocy w §§. 922 — 933 k. c. Mojem zdaniem wszystkie te kwestye rozstrzygają dostatecznie § §. 1397 — 1399, nie wykazując luki w rozstrzygnięciu jakiegokolwiek przypadku. I tak, warunkiem ewikcyi za rzecz zmysłową, jak za wierzytelność jest ważna umowa (§. 922; zaś §. 1397 w słowach: „Kommt aber die Abtretung zustande. . . .“) Przymioty i wady rzeczy wyliczone w § §. 922 nast. wyrażają i pokrywają w §. 1397



pojęcia słów „rzetelność“ (richtig) i „wypłacalność“ (einbringlich) wierzytelności.

Powszechnie w literaturze panuje zapatrywanie, że drugim koniecznym warunkiem dla powstania prawa ewikcyi jest p r z y j ę c i e wadliwej rzeczy jako wykonania odpłatnej umowy. Najważniejszą przeszkodą dla wszystkich prawników zastępujących powyższe zapatrywanie jest zdanie wyrażone w §. 923, że ewikcyja powstaje także wtedy, gdy ktoś odpłatnie pozbywa rzecz, która już więcej (u niego) nie istnieje („wer eine nicht mehr v o r h a n d e n e Sache. . . .“). Wybitni prawnicy, tacy jak n p. Unger, a za nimi wszyscy załatwili się z tą przeszkodą krótko. Oświadczone, że §. 923 w powyższym wypadku mówi o nieistniejącej rzeczy (nicht existierende Sache), że jest błędem redakcyjnym, gdyż ważnej umowy w myśl §. 878 u. c. nie można zawierać o rzecz, która nie istnieje. Podłożono więc pod rzecz, której ktoś już więcej nie posiada (subiektywnie), obiektywnie nieistniejącą z §. 878 i zarzucono redaktorom błąd redakcyjny, a eo ipso usunięto najważniejszą przeszkodę mówiącą przeciw zapatrywaniu, jakoby koniecznym warunkiem ewikcyi było odebranie rzeczy. Unger nazwał ten błąd redakcyjny „verba fugitiva“, przeoczeniem i ten niesłusznie czyniony redaktorom zarzut pokutuje w całej najnowszej literaturze (zobacz zamiast wszystkich cyt. Eisner.) W ten sposób postawiono zasadę, że prawo do ewikcyi z §. 932 powstać może dopiero od chwili nabycia rzeczy w posiadanie.

Dwa wstępne przepisy o ewikcyi w §§. 922 i 923 są w tak ogólny sposób wyrażone, że z nich nie można w żaden sposób dojść do bezwzględności zasady, że „wykonanie umowy“ jest koniecznym warunkiem powstania prawa ewikcyi. Zapatrywanie to błędne, znajduje się we wszystkich dziełach naukowych; wystarczy przejrzeć podręczniki: Hasenöhr I str. 434 nast. Krainz — Pfaff — Ehrenzweig II §. 321 str. 86, Stubenrauch II str. 105, Staub - Pisko II str. 297, Dniestrzański str. 140 i inne. Argumenty, na których literatura opiera swe zapatrywania są dwa. Pierwszy w słowie „odstępuje“ z §. 922 k. c. (überlässt.) Ale wyraz ten w powyższej normie oznaczać może tak dobrze samą umowę, jak także już faktyczne oddanie rzeczy, jako wykonanie umowy. Drugi argument literatury streszcza się w zdaniu, że §. 932 reguluje prawa ewikcyjne w nim wyrażone „właśnie“ na podstawie dokonanego wykonania umowy. Mimo skrupulatnej interpretacji przepisu z §. 932 nie mogą dojrzeć k o n i e c z n o ś c i tej podstawy dla praw ewikcyjnych. Zdanie wstępne §. 932 mówi tylko o wyjściu na jaw wadliwej rzeczy. Jedynie specjalne przypadki o dochodzeniu ewikcyi w §§. 924, 925, 926, 927 i 930 mają za warunek już odebraną rzecz, ale z tego nie wynika bynajmniej bezwzględna zasa-

da, którą stawia literatura. Ekonomia życia sprzeciwia się tej bezwzględności; pocóż odbierać rzecz wadliwą n p. bydłę chore zarazliwie, aby mieć prawo ją zwrócić i znieść umowę dopiero po odebraniu. Słuszność mej opozycji przeciw panującemu zapatrywaniu popierają także wszystkie inne przepisy ustawy, które in concreto rozstrzygają prawo do ewikcyi. I tak najemcy w myśl §. 1117 służy prawo odstąpić od kontraktu przed odebraniem najętej rzeczy, gdy ona z powodu wad do zwyczajnego użycia nie jest zdatną. (arg. principii temporis aequalis w §. 1117 „vor Verlauf der Zeit“). W umowie o dzieło ma zamawiający w myśl §. 1153 prawo odstąpić od umowy bez uprzedniego odebrania wadliwego dzieła. Taką samą zasadę wyraża niewątpliwie §. 1160 dla kontraktu najmu usług i §. 1210 dla odstąpienia od kontraktu spółki.

Trudno przypuszczać, by ustawa prawo ewikcyi budowała bezwzględnie na warunku i od chwili wykonania umowy. Wykonanie umowy, odebranie rzeczy jest niewątpliwie regułą w życiu tj. faktem, który zazwyczaj już zajdzie, ale nie można z niego tworzyć bezwzględnego warunku dla powstania prawa do ewikcyi.

II. Aż do najnowszych czasów przeważa zapatrywanie, że warunkiem ewikcyi za wady prawne na rzeczy jest zwrot posiadanej już rzeczy uprawnionemu. Zapatrywania tego broni również Dr. Eisner, powołując się na zapatrywanie Zeillera ogłoszone na obradach nad kodeksem zachodnio - galicyjskim przy przepisach odpowiadających dzisiejszym z § §. 1045 i 923 k. c. Dalszy historyczny argument znajduje Dr. Eisner w pierwotnej formacji dzisiejszego §. 933 k. c. który brzmiał: „Gdy kto chce żądać ewikcyi z powodu, że mu sprzedano rzecz już więcej nie posiadaną (vorhanden) lub gdy do rzeczy trzeci czyni roszczenia. . . .“

Te argumenta historyczne nie wystarczą. W braku argumentów innych wolno twierdzić, że prawo do ewikcyi powstaje, skoro tylko się okaże (§.923), że ktoś trzeci ma roszczenia do rzeczy. Stojąc konsekwentnie na stanowisku wyrażonem pod I., zgodnem z ustawą, jestem zapatrywania, że prawo do ewikcyi ma się nietylko przed odebraniem rzeczy, ale dalej przed wystąpieniem trzeciego z roszczeniami do rzeczy. Krasnopolski, Ehrenzweig, Rabel i Unger stoją na stanowisku, że posiadanie rzeczy jest konieczne, faktyczne zaś wystąpienie trzeciego z roszczeniem do rzeczy niepotrzebne. Oparcie dla drugiej części swego zapatrywania upatrują powyżsi autorowie w tem, że w myśl § 923 wada prawna wyjść może na jaw przed wystąpieniem trzeciego z roszczeniem do rzeczy, a czegoś więcej § 923 nie wymaga. —

Przeciwnicy mogą uczynić mi zarzut, że skoro mojem zdaniem

prawo do ewikcyi powstać może przed odebraniem rzeczy, a w szczególności przed wystąpieniem trzeciego z roszczeniami do rzeczy jeszcze nieposiadanej, to nabywca odpłatny nie może się uważać w tym momencie już za „ukróconego“ w myśl wyrażenia z §. 932 k. c.

Warunek odebrania rzeczy, narzuca na odbiorcę w myśl §. 1297 obowiązek ochrony rzeczy odebranej przed szkodą, mimo, że rzecz jest wadliwą. Narzucanie tego obowiązku uważam za ukrócenie prawa. Zresztą samą możność wykonania wadliwego umowy uważa ustawa za „ukrócenie“ praw kontrahenta w myśl §.§. 919, 923, i 932 k. c. i pozwala mu przeciw temu ukróceniu już od tej chwili reagować. Zwracam nadto uwagę, że prawa do ewikcyi z §. 932 są tylko modyfikacją tych samych zasad i skutków wyrażonych w §. 919, że w §. 919 słowo „nie wykonuje umowy“ jest w czasie terażniejszym, podobnie wszystkie słowa w §§. 922, 923 i 932, a z tego wniosek, że do wywołania praw, w §. 919 i 932 wyrażonych nie potrzeba wykonania („Erfüllung“) d o k o n a n e g o t. j. odebranego (Empfang, Übernahme.) Jako dalszy argument niech służy zasada, że każdy jest zdolny do nabycia prawa pod warunkami w ustawach przepisanyymi. (§. 18 k. c.) Kto twierdzi, że ustawa pozwala nabyć prawo do ewikcyi jedynie pod warunkiem posiadania wadliwej rzeczy, winien wskazać powyższy bezwzględny warunek. Twierdzenia same są w tym wypadku bez wartości. Sięganie do historii kodeksów austriackich, nawet dalej wstecz od kodeksu terezyańskiego począwszy, celem podparcia nieuzasadnionych twierdzeń pozostawiam znawcom prawa cywilnego, piszącym obszernie prace z cytatami.

III. Omawianie przymiotów i wad fizycznych rzeczy zmysłowych ważnych dla ewikcyi nie jest w literaturze przedmiotem poważnych sporów. Na jedną lukę w literaturze chcę w tym wypadku zwrócić uwagę. Po rozbiorach poszczególnych przymiotów i wad fizycznych rzeczy zmysłowej powtarzają autorowie za Windscheidem - Kippem następujące ogólne zdanie: „Za przymioty i wady fizyczne rzeczy nie należy uważać jedynie zmysłowych przymiotów lecz także wszystkie stosunki dotyczące rzeczy, które zazwyczaj według zapatrywań obrotu wywierają wpływ na tworzenie się wartości o rzeczy.“ Zamiast tej ekonomicznej dyrektywy sędzę, że pojęcia „czasu“ i „miejsca“ dla powstania rzeczy, dla jej istnienia i dla jej nabycia przez uprawnionego do ewikcyi, obejmują wszystkie możliwe przymioty i wady rzeczy zmysłowej. „Czas“ zaś i „miejsce“ rzeczy, to nic innego, jak zmysłowe, fizyczne przymioty i wady rzeczy zmysłowej. Inne określenia uważam za niedostateczne. W ten też sposób umieścimy także całą kategorię umów z terminem nieprzekraczalnym (Fixgeschäfte), czy z wykonaniem w ściśle oznaczonym miejscu np. dostawę codzienną

wiktuałów do kuchni, czy przed drzwi do sieni, za przymioty lub wady samej rzeczy z prawem do ewikcyi w myśl §. 932 k. c. Dziwne, że dotychczasowa literatura omawia powyższe umowy jedynie jako specjalność prawa handlowego.

IV. Mało rozważaną kwestyą, a dopiero w wyżej cytowanej rozprawie prof. Adlera szeroko i w sposób polemicznie ostry omówioną, jest dla prawa cywilnego niemieckiego kwestya rozkładu ciężaru dowodowego przy dochodzeniu roszczeń ewikcyjnych.

Prof. Adler rozróżnia trzy przypadki :

1. Po przyjęciu rzeczy jako wykonania umowy, ma kupujący obowiązek udowodnić, że rzecz w czasie przyjęcia była wadliwą.

2. Gdy wykonania umowy jeszcze nie było, a kupujący dochodzi ewikcyi, mimo, że roszczenie o wykonanie jeszcze nie zapadło, to również na nim spoczywa ciężar dowodu, że dostarczenie rzeczy wolnej od wad stało się niemożliwym.

3. Gdy kupujący dochodzi ewikcyi po zapadłości roszczenia o dostarczenie rzeczy, lecz przed przyjęciem rzeczy jako wykonania umowy, to kupujący ma obowiązek tylko twierdzić, że wady rzeczy istnieją, zaś sprzedający ma udowodnić, że rzecz jest od wad wolną.

Prof. Adler argumentuje, że w tym wypadku roszczenie ewikcyjne jest środkiem prawnym z powodu niewykonania umowy i dlatego ciężar dowodu w tym wypadku winien być taksamo rozłożony, jak przy skardze o niewykonanie umowy. Jako dalsze argumenta cytuje §§. 282 i 345 k. c. n. i zapowiada prawnikom niemieckim, którzy w tym wypadku są wszyscy przeciwnego zdania, że im prawdziwość tego swego twierdzenia gruntowniej przy sposobności udowodni.

Cała kwestya rozkładu ciężaru dowodu ma i dla ewikcyi w prawie austriackim cywilnym pierwszorzędne znaczenie.

Zasady prawne ewikcyi w prawie cywilnym austriackim są niemal bez żadnych odchyień tesame, co w prawie cywilnym niemieckim i dlatego zapatrywanie powyższe prof. Adlera w tym kierunku, powinno być skrupulatnie rozważone.

Otóż pierwsze dwa przypadki uważam za zgodne i identyczne co do rozkładu ciężaru dowodu w prawie austriackim.

Rozkład dowodu w trzecim przypadku, podany wyżej przez prof. Adlera uważam za zupełnie mylny dla prawa niemieckiego i taksamo nie może zapatrywanie to znaleźć oparcia przy ewikcyi z prawa austriackiego cywilnego.

Chcąc dojść do rozstrzygnięcia, jak przy ewikcyi rozłożony jest ciężar dowodu na strony umowne, trzeba oprzeć się na argumentach z ustawy.

Następujący tok myśli jest moją argumentacją.

Prawo do ewikcyi w myśl §. 932. k. c. jest prawem kupującego, które powstaje, gdy znajdą warunki, które prawo do ewikcyi tworzą.

Jest zasadą znaną w prawie austriackim, że kto chce nabyć prawo zależne od spełnienia warunków, to w wątpliwości sam te warunki musi posiadać, wywołać, ewentualnie spełnić (§§. 18, 699. k. c.)

Ta zasada przyświeca również prawu do ewikcyi.

Przepis §. 933. mówi, że kto chce ewikcyi się domagać, musi swego prawa dochodzić.

Wynika z tego, że dłużnik nie ma obowiązku pomagać wierzytelowi w dochodzeniu jego prawa.

Wierzyciel więc zawsze musi sam swe prawo udowodnić.

Wierzycielowi przychodzi ustawa z pomocą w szczególnych przypadkach np. po odebraniu chorego bydła w myśl §§. 924 - 926. k. c. przez to, że stawia domniemania na jego korzyść.

Gdy z tego domniemania w terminie nie skorzysta, to w myśl §. 927. kupujący musi udowodnić, że bydło było chore „przed odebraniem.“ (§. 927 mówi widocznie błędnie, że „przed zawarciem umowy.“) Również §. 932 jest tak sformułowany, że niema wątpliwości, aby ciężar dowodu spoczywał na dłużniku. Z tych argumentów wynika, że kupujący zawsze ma udowodnić wadliwość rzeczy, skoro na niej polegają i z niej wypływają jego prawa ewikcyjne. W ten sposób istniałaby zgoda zapatrywań w powyższych dwóch pierwszych przypadkach rozróżnianych przez prof. Adlera. Zapatrywanie jego w 3. przypadku uważam jednak za zupełnie mylne. Przedewszystkiem skarga o wykonanie nie jest co do podstaw materialno - prawnych równą skardze o ewikcyę. Choć zasady o wykonanie z §. 919 k. c. są identyczne z zasadami o ewikcyi z §§. 923. nast, to jednak różnica jest zasadnicza w tem, że wierzyciel w §. 919 stawia żądania zgodne z celem umowy, podczas gdy prawo ewikcyi z §. 932 jest środkiem opozycyjnym przeciw biegowi umowy; opozycją uzasadnioną, ale opozycją. Kto czerpie swe prawo z zachowania się kontrahenta, które wydaje mu się przeciwne ustawie, winien kontrahentowi niezgodność z ustawą udowodnić. Jest domniemanie, że każdy człowiek postępuje zgodnie z porządkiem prawnym.

W przypadku trzecim nie wystarczy przeto, gdy kupujący będzie tylko twierdził, że rzecz, którą ma dostać, jest wadliwą, lecz musi on wadliwość udowodnić.

Argumenty prof. Adlera z §§. 282 i 345 k. c. n. są również fałszywe; przepisy powyższe odnoszą się do wykonania umowy,

nie mogą być przeto stosowane przy ewikcyi, gdzie chodzi o wadliwość, a nie o wykonanie.

Kupujący przeto musi udowodnić, że przeciwieństwo wyszło na jaw (§. 923: „wenn das Widerspiel hervorkommt“), przeciwieństwo w przymiotach rzeczy. Trudno znaleźć argument w ustawie na zapatrywanie, by dłużnik miał udowadniać, że jakaś rzecz przez niego dłużna ma pewne przymioty; wystarczy dla idei prawa, że dłużnik poniesie szkodę za to, że przyrzeka, przypisuje przymioty pewnej rzeczy i na wypadek przeciwieństwa za to odpowie.

Zresztą różnica chwili, w której się dochodzi ewikcyi, nie może wpływać na niekorzyść dłużnika, o ile ustawa ze szczególnych względów (np. w §. 924.) inaczej wyraźnie nie postanowi.

V. Spornem jest w literaturze oznaczenie chwili, w której kupujący ma prawo wystąpić z roszczeniem ewikcyjnym. Prof. Adler twierdzi, że prawa te powstają w chwili zawarcia umowy i mogą już być w tej chwili podniesione. Düringer-H. ustalają początek powstania roszczeń ewikcyjnych na moment ukończonego zaoferowania wykonac się mającego świadczenia. Krainz, Ehrenzweig, Hasenöhr, a za nimi wielu, także Dr Eisner uważają oddanie rzeczy za moment decydujący; to ich zapatrywanie jest zgodne z ich twierdzeniem, że wykonanie umowy jest niezbędnym warunkiem dla powstania ewikcyi.

Wobec tej różnorodności zapatrywań, powstaje potrzeba zbadania ustawy, jako jedyne go miarodajnego autorytetu. Według moich wywodów wyżej pod I. II. III. powstanie praw ewikcyjnych czynię niezależnym od posiadania wadliwej rzeczy. Chwila decydująca dla ewikcyi będzie więc wcześniejszą.

Prawo ewikcyjne powstaje z wadliwości przedmiotu świadczenia. Wadliwość przedmiotu świadczenia nie należy do kryteriów samej umowy, ale do kryteriów jej wykonania. Wszelkie patologiczne świadczenie jest w pojęciu k. c. świadczeniem. Skoro zaś ustawa traktuje zasadniczo świadczenia patologiczne z §. 919. na równi ze świadczeniem wadliwym w pojęciu ewikcyi, przeto moment powstania roszczeń z patologicznych świadczeń musi być w zasadzie we wszystkich wypadkach ten sam, o ile ustawa in concreto inaczej nie stanowi. Rozumując w ten sposób musimy przyjąć wobec braku odmiennej normy że o podniesieniu roszczeń decydują przepisy ogólne z §§. 902—904k.c.

Dla roszczeń ze świadczeń patologicznych w myśl §. 919. potrzebny jest co najmniej ubieg chwili z §. 902—904, w której wierzyciel wogóle świadczenia żądać może. Logicznie przeto musiałyby upłynąć chwila powyższa, aby także roszczenia ewikcyjne powstać mogły.

Przepisy o ewikcyi wskazują niewątpliwie, że roszczenie ewikcyjne wcześniej powstać nie może, jak od chwili, w której wierzyciel

ma prawo żądać świadczenia wogóle. Nawet zupełna pewność wierzyciela, że dłużnik w terminie płatności da mu rzecz wadliwą, nie uprawnia go do skargi ewikcyjnej przed terminem płatności, gdyż natura praw z §. 932. (919) ma w pierwszej linii charakter środków przymuszania świadczenia, a nie charakter prewencji przed wykonaniem umowy. Norma z §. 932. mówi wyraźnie *in principio* : gdy wada uzasadniająca ewikcyję jest tego rodzaju, że nie może być więcej usunięta, a przeszkadza zwyczajnemu użyciu rzeczy, a z tego wynika, że pozwany może każdej chwili twierdzić, że do chwili płatności świadczenia wada zostanie usunięta.

Twierdzenie przeto prof. Adlera, że roszczenia ewikcyjnego można dochodzić od chwili zawarcia umowy jest nieuzasadnione i nie ma żadnego oparcia, ani w istocie ewikcyi, ani w systemie praw obligatoryjnych w kodeksie cywilnym austriackim.

Kodeks w §. 932. pojmuje prawa ewikcyjne jako prawa mające charakter żądania wynagrodzenia szkody. Prawa te mają swe źródło w bezprawnym działaniu dłużnika (§. 1294) a bezprawne działanie może się ujawnić definitywnie dopiero z chwilą obowiązku wykonywania umowy z jego strony. §. 932 *in fine* mówi wyraźnie o prawie żądania „*d a l s z e j*“ szkody, przeto środki dwa poprzednie t. j. zniesienie umowy, względnie roszczenie o dopełnienie reszty uważa za środki usuwające szkodę wierzyciela.

VI. Sporną jest dalej kwestya, czy kupującemu przysługuje prawo wyboru między roszczeniami z §. 932, czy też roszczenie zniesienia umowy, względnie dopełnienia świadczenia reszty, zależy wyłącznie i ściśle od stanu faktycznego rzeczy wadliwej, objętego §. 932. Otóż przeważa zapatrywanie, że k. c. prawa wyboru między roszczeniami w §. 932 nie daje. Argumenta Dr. Eisnera dla uzasadnienia przeciwnego zdania nie wytrzymują i w tym wypadku krytyki. Argument bowiem, że §. 1153 w umowie o dzieło daje zamawiającemu prawo wyboru między odstąpieniem od umowy a żądaniem naprawy, lub wynagrodzenia, jest przeoczeniem faktu, że §. 1153 reguluje braki dzieła w sposób specjalny, odbiegający od zasad z §. 932. Prymitywny sposób myślenia prawniczego każe argumentować, że skoro już §. 919 wierzycielowi na wypadek patologicznego wykonania umowy daje wyjątkowo prawo do zniesienia umowy, to roszczenie to samo w §. 932. nie oparte na zastrzeżeniu, nie może być od samej woli wierzyciela zależne, lecz także od stanu i jakości wad rzeczy. Nadto sam §. 932 wyraźnie orzeka, że jeśli tylko wadę da się usunąć, to wierzyciel może żądać „tylko“ usunięcia braków. Roszczenie drugie jest więc regułą zgodną z regułą w §. 919. identycznie wyrażoną w słowach „lecz tylko żądać można dokładnego wykonania umowy i szkody“. Roszczenie

o zniesienie umowy z powodu wad rzeczy jest więc w prawie cywilnem austriackiem zawsze wyjątkowem.

VII. Większość prawników austriackich jest zapatrywania, że roszczenie o zniesienie umowy w myśl §. 932 in principio jest od możności zwrotu rzeczy ze strony posiadacza—nabywcy nie zależnem. Stubenrauch, niekiedy praktyka sądowa, jest przeciwnego zdania; to zdanie wyjątkowe stara się Dr. Eisner w swej rozprawie uzasadnić. Zdaniem Eisnera, ani §. 932, ani inne przepisy kodeksu nie dają mu jednak argumentów dla poparcia tego zapatrywania, i dlatego zwyczajem zakorzenionym w literaturze zwraca się po argumenta do historii źródeł i bada skrupulatnie protokoły kodeksu zachodnio—galicyjskiego, Landrecht pruski, kodeks francuski, Ofnera, woła na pomoc prawo rzymskie, słowem wszystko, tylko nie ustawę i rozum. Jeżeli na tle takich źródeł dochodzi ktoś do zapatrywania, że warunkiem żądania zniesienia umowy w myśl §. 932 jest, aby żądający mógł zwrócić rzecz w stanie istotnie nie pogorszonym, to przecież ani badań takich pozaustawowych, ani ich rezultatu za wartość prawniczą w znaczeniu nauki prawa pozytywnego uważać nie można. Trudno wymagać, aby w ustawie wszystko było wyraźnie wypowiedziane; ustawa jest naukowem ujęciem życia, jest dziełem twórczem, więc na nazwę prawnika ten zasługuje, kto przy pomocy tego dzieła i z niego dla objawów życia ochronę prawną wydobyć potrafi. Cała nauka prawa pozytywnego polega i zdąża do tego, aby prawnik umiał i poznał w sposób naukowy wszystkie siły dzieła pozytywnego i umiał tymi siłami regulować życie. Literatura, nauka, praktyka prawa pozytywnego, która co krok ucieka od tej siły twórczej, woła co chwila, że w kodeksie nic nie ma, szuka rozumu w kodeksie terezyańskim, w Ofnerze, w orzeczeniach, w Szwajcaryi i. t. d. świadczy o najgorszym upadku umysłowości prawników, jako fachowców. Każda dzisiaj rozprawa prawnicza o prawie pozytywnem austr. cyw. jest świadectwem, że piszący nie mają prymitywnego fachowego wykształcenia prawniczego, a każdy z nich mimo to uważa się za powołanego do tworzenia pomysłów, czynienia wskazówek de lege ferenda.

W całej literaturze prawniczej austriackiej i w orzeczeniach praktyki sądowej niema uzasadnienia na to, czy prawo żądania zniesienia całkowitego umowy w myśl §. 932 zależnem jest od możności zwrotu posiadanej rzeczy, czy rzecz ta musi być zwróconą w stanie nie pogorszonym, czy też zniesienia umowy można żądać, choćby rzecz się u nabywcy już pogorszyła, lub przepadła. Oczywiście, że w tych wypadkach nie chodzi o pogorszenie jako następstwo wad z §. 923, gdyż zwracający, jak wiadomo, ma wykazać, że pogorszenie to powstało z wad, istniejących w chwili odbioru rzeczy. Z tego postanowienia

możnaby wnioskować, że rzecz musi być zwróconą w stanie nieporogorzonym.

Skoro bowiem sprzedający w myśl §. 927 in fine ma prawo zawsze przeprowadzić dowód, że zaskarżona wada powstała dopiero po wydaniu rzeczy kupującemu i przez to od odpowiedzialności za wady w myśl §. 932 się uwolnić, to eo ipso w tym wypadku nabywca już zniesienia umowy żądać nie może i nie może zwracać rzeczy, w której wada powstała po oddaniu. Gdyby się nabywcy dało bezwzględnie prawo do zwrotu rzeczy z wadami powstałymi u niego dopiero po odebraniu rzeczy, to pozycja prawna sprzedającego na tle §. 932 byłaby niesprawiedliwością. Jeżeli bowiem sprzedający ma odpowiadać za wady rzeczy z czasu jej posiadania, to równomiernie nabywca winien odpowiadać za wady i uszkodzenia rzeczy, które powstały dopiero od chwili posiadania przez niego rzeczy. Logicznie i prawnie stwarzałoby to sytuację, że przeciw prawu nabywcy żądania zniesienia umowy, stanęłoby naprzeciw równorzędne prawo sprzedającego do odparcia skutków żadanego zniesienia umowy, a więc roszczenie zniesienia umowy ze strony nabywcy z §. 932 zostałyby odparte i nie powinny w tym wypadku mu przysługiwać.

Roszczenie zniesienia umowy jest w myśl §. 919 i 932 obroną wyjątkową i dla tego nabywcy nie mogłoby przysługiwać prawo do użycia tej obrony, w ten sposób, aby wyrządzać szkodę sprzedającemu; byłoby to przekroczeniem granic obrony, na szkodę dłużnika, na co ustawa w prawie cyw. niewątpliwie nie pozwala. Przy umowach dwustronnie obciążających, jakimi są umowy z §. 922 jest myślą przewodnią ducha ustawy, że obie strony doznają równomiernej ochrony. (zob. np. §. 915 k. c.). Przekroczenie obrony koniecznej, jaką daje nabywcy §. 932 jest w k. c. niedozwolone, a zasada ta należy w myśl §. 19 k. c. do naczelných sił dla utrzymania porządku prawnego - cywilnego.

We wszystkich przypadkach, w których nabywca sensu largo ma prawo i obowiązek z umowy zwrócić rzecz po wygaśnięciu nabytego do rzeczy prawa, ma rzecz zwrócić w stanie nieuszkodzonym. (§. 964, 965, 979, 991, 1109, 1111, k. c.). We wszystkich tych przypadkach ma odstępujący rzecz prawo, do żądania jej natychmiastowego zwrotu i wcześniejszego zniesienia umowy, gdy nabywca w czasie wykonywania swego prawa naraża rzecz na szkody (zob. np. §. 1118, 978 k. c.); wynikałoby z tego, że „sprzedający“ w rozumieniu §. 922 k. c. nie ma obowiązku odbierać rzecz uszkodzoną przez „kupującego“. Skoro zaś kupujący w myśl §. 932 chce mu rzecz z powodu wad przymusowo zwrócić, to sprzedający winien mieć prawo odrzucenia zwrotu rzeczy uszkodzonej przez nabywcę. Nawet w razie umownego zastrzeżenia so-

bie prawa zniesienia umowy nie możnaby tego prawa wykonać, gdy zwrot rzeczy może nastąpić już tylko w stanie uszkodzonym.

Do autorów, którzy prawo do zniesienia umowy w myśl §. 932 k. c. czynią niezależnym nawet od możliwości zwrotu rzeczy, należy: Hasenöhr, Rabel, Ehrenzweig, Unger, Dniestrzański i inni. Ten ostatni powołuje się na analogię z §. §. 1068 i 1069 k. c. której użycie jest bardzo wątpliwe, a w całej rozciągłości z pewnością niedopuszczalne. Zastrzeżenie odkupu z §. 1068 i zastrzeżenie odsprzedaży z §. 1071 są umowne, przy nich więc uszkodzenie rzeczy nie usuwa prawa odkupu i odsprzedaży, o czym wyraźnie mówią §. §. 1069 i 1071 k. c. zgodnie z zasadami podanymi w §. §. 1047 - 1051 k. c. przy kontrakcie zamiany. Są jednak zapatrywania, że (odkup i) odsprzedaż w myśl §. 1071 nie może nastąpić, gdy rzecz się pogorszyła. Takiego zdania są Krainz, Ehrenzweig, Stubenrauch, Krasnopolski, Kafka i Dr. Eisner, który w tym wypadku przeciw Dniestrzańskiemu dyskutując oświadcza, że jest „w szczęśliwym położeniu“, bo może jako argument przytoczyć korzystne zapatrywanie Zeillera w czasie obrad nad §. 1071 kodeksu. Ten jedyny historyczny argument i zdanie Zeillera nie są widoczne z §. §. 1069 i 1071 k. c. Gdybyśmy jednak przyjęli, że nawet przy kupnie z zastrzeżeniem odsprzedaży musi rzecz znajdować się w stanie nie pogorszonym, choć zdanie to sprzeciwia się normie wyrażonej w §. 1069 (- 1071) i zasadom z kontraktu zamiany, to tembardziej przy przymusowym dla sprzedającego zwrocie rzeczy z §. 932 należałoby się spodziewać, że rzecz winna znajdować się w stanie nie pogorszonym, gdyż inaczej zniesienia umowy domagać się nie możnaby było.

Gdybyśmy zaś przekroczenie obowiązku skrupulatnego przechowywania rzeczy przez uprawnionego do jej zwrotu w myśl §. 932 nie uważali za przeszkodę do żądania zniesienia umowy, lecz jedynie za źródło odpowiedzialności uprawnionego za tę szkodę, to na tej drodze doszlibyśmy do normy, że nawet zaginięcie rzeczy u „kupującego“ uprawniałoby go do żądania zniesienia umowy, gdyby tylko już przedtem wykazał, lub mógł wykazać, że rzecz choć dziś stracona, miała wady, które nie mogły być usunięte i przeszkadzały w jej zwyczajnym użyciu. Ta norma jednak sprzeciwiałaby się celowości instytucji o odpowiedzialności za wady, byłaby normą która pozwalałaby na bezwartościowe zniesienie umowy.

Widzimy, że powyższe argumentacje żadnemu zapatrywaniu nie dały stanowczego jeszcze zwycięstwa. I dlatego trzeba szukać w ustawie innego toku myśli, który przekona.

Sprzedający rzecz z zaletami w myśl §. 923 odpowiada za nie bez względu na to, czy wady powstały z jego winy, czy z przypadku.

W myśl §. 927 k. c. sprzedający nie odpowiada za wady powstałe dopiero po oddaniu rzeczy. Ta jego odpowiedzialność jest źródłem roszczeń kupującego z §. 932. Za inne pogorszenia rzeczy aż do chwili jej oddania odpowiada sprzedający w myśl §. 1049 względnie 1051 k. c. Rozumie się samo przez się, że, jeżeli te inne pogorszenia rzeczy nie usuną przymiotów rzeczy w myśl §. 923 przyrzeczonych, lub nie wywołają wad w §. 923 nast. wyliczonych, lecz poza stanem faktycznym z §. 923 rzecz się pogorszy, to kupujący musi rzecz pogorszona przyjąć i w tym wypadku nie ma praw z §. 932, tylko prawo do żądania odpowiedniego ekwiwalentu za pogorszenie świadczenia, lub wolno mu odpowiednio ograniczyć swą własną wzajemną odpłatę. Prawo to przysługuje mu bez względu na to, czy pogorszenie rzeczy u oddawcy powstało z przypadku, czy z tegoż przewinienia (§. §. 1049 i 1051 k.c.) Tylko zaginięcie rzeczy całkowite, lub pogorszenie jej ponad połowę wartości wywołuje ten skutek, że umowę uważa się za niezawartą. A skoro z powyższych przepisów wynika, że pogorszenie rzeczy, nie będące wadą rzeczy z §. 923 nast. nie uprawnia nabywcy do zerwania umowy, lecz zmusza go do przyjęcia rzeczy pogorszonej i ekwiwalentu za pogorszenie, to tasama zasada co do obowiązku odebrania rzeczy musi być stosowaną na niekorzyść sprzedającego przy §. 932. Również więc sprzedający, skoro się mu wykaże, że rzecz ma wady nieusuwalne i dla tego jest niezdolną do zwyczajnego użycia musi ją przyjąć z powrotem, choćby rzecz ta doznała pogorszenia u nabywcy przypadkowo lub z tegoż winy. Uprawniony z §. 932 może więc żądać zniesienia umowy, choć zwraca rzecz przez siebie uszkodzoną; oczywiście, że szkodę zawinioną, nie przypadkową, musi wyrównać, ale uszkodzenie nie może mu przeszkodzić w wykonywaniu swych praw z §. 932. Tylko na wypadek utraty rzeczy lub zdeprecjonowania jej u siebie nad połowę wartości, nie mógłby wykonać swego prawa z §. 932, skoro takie fakta w myśl §. 1048 znoszą eo ipso nawet umowę na korzyść tego, kto ma rzecz odebrać. Ustawa nie może więc gorzej sytuować do odbioru zobowiązanego przy prawie danem jednostronnie z ustawy kupującemu. Widzimy, że odpowiedzialność za wady rzeczy i roszczenia z tej odpowiedzialności są zupełnie niezależne od przepisów o ponoszeniu niebezpieczeństwa rzeczy. Norma w §. 932 nie mogła też roszczeń ewikcyjnych czynić zależną od norm ustanowionych dla ponoszenia niebezpieczeństwa świadczenia.

Odpowiedzialność za wady rzeczy jest obustronnie niezależną od kwestyi ponoszenia niebezpieczeństwa rzeczy. W ten sposób do obu stron kontraktujących o przymioty rzeczy stosuje się równomierną normę prawną co do obowiązku przyjęcia rzeczy pogorszonej ze strony nabywcy (§. 1049) i co do obowiązku przyjęcia zwrotu tej

rzeczy w myśl §. 932 k. c. ze strony sprzedającego choć pogorszonej w czasie posiadania jej przez nabywcę. Oczywiście, obowiązek nabywcy, zwracającego rzecz, wynagrodzenia zawinionego pogorszenia rzeczy, wypływa z ogólnej zasady, wyrażonej w §. 1297 k. c. Pogorszenia przypadkowe, o ile zwracający nie dopuszcza się żadnego zaniedbania, (np. co do czasu zwrotu rzeczy), ponosi „sprzedający“, gdyż w wypadku zniesienia umowy w myśl §. 932 k. c. niebezpieczeństwo rzeczy w myśl §. 1051 k. c., na nabywcę wogóle nie przeszło, skoro na sprzedającego z powodu dostawy rzeczy wadliwej, spada co najmniej wina z zaniedbania (arg. z §. 1051 k. c.). Inna norma co do pogorszeń przypadkowych, obowiązuje „kupującego“ przy kupnie w myśl §. 1069 i odsprzedaży w myśl §. 1071, gdzie „niebezpieczeństwo“ w obu wypadkach już na niego przeszło, i dlatego jeszcze z tego powodu analogia z tych przepisów przy §. 932, jak to doradza Dniestrzański, jest mojem zdaniem niedopuszczalną.

Zapatorywanie moje zatem brzmi: Dochodzenie prawa o zniesienie umowy w myśl §. 932 jest niezależne od faktu, czy uprawniony jest w możności zwrócić rzecz w stanie nieuszkodzonym, czy nie. Uszkodzenie może nastąpić przypadkowo lub z przewinienia. Prawo o zniesienie umowy gaśnie, gdy rzecz u u prawnionego posiadacza całkiem zaginie, lub straci w czasie posiadania przez uprawnionego nad połowę swej wartości.

Wyżej zaznaczyłem, że wszelkie zapatorywania na tę sprawę w literaturze brzmią albo inaczej, przynajmniej częściowo inaczej, a żadne z nich nie zostało uzasadnione. Wywody Dniestrzańskiego nie stawiają w należytem świetle problemu „Gefahr“ z problemem „Gewährleistung“, tylko przerzucają §§. 1068 i 1069 w całej rozciągłości do §-u 932, co jest niedopuszczalnem, Dr. Eisner zaś był w tem „szczęśliwem położeniu“, że dla swych twierdzeń nietylko w ustawie, ale w protokołach Offnera tym razem nic nie znalazł. A to co znalazł w kodeksie zachodniogalicyskim, w Offnerze i w Landrechcie pruskim jest stwierdzeniem ogólnej zasady, że zniesienie umowy wogóle, zobowiązuje obie strony do zwrócenia ewentualnie już odebranych świadczeń i korzyści, względnie ich równowartości. Dr. Eisner twierdzi, że tej zasady nie ma wyraźnie wyrażonej w k. c. ale że ustawa zapewne ją uznaje. Na dowód, że ustawa wyraźnie tę zasadę wypowiada, wystarczy przytoczyć §. 887 lub §. 1447 k. c. Widzieliśmy, że zasada ta ma również zastosowanie przy zniesieniu umowy w myśl §. 932 w formie zwrotu rzeczy i korzyści za zwrotem odpłaty, lub zwrotu uszkodzonej rzeczy i korzyści za zwrotem pomniejszonej odpłaty o wartość uszkodzenia (zawinionego).

VIII. W sprawie obustronnego zwrotu pobranych korzyści z rzeczy

wadliwej i odpłaty, prof. Dniestrzański powołuje się znowu mylnie na analogię z §. 1068 k. c. twierdząc, że pożytki przez obie strony w tym przeciągu czasu z pieniędzy i rzeczy odniesione, nawzajem się znoszą, a nie zwracają. Dr. Eisner przyjmując zdanie przeciwne, wyznawane przez innych, nie znajduje dla jego poparcia, również wyraźnego przepisu w ustawie, i zadawała się argumentami z prawa rzymskiego o istocie i celu zniesienia umowy. Dla tej sprawy wystarczy wskazać wyraźną normę w §. 877 i w §. 1447 k. c., które wyraźnie mówią o zwrocie wraze zniesienia umowy przy nierównych świadczeniach, i wyraźnie określają rozciągłość tych zwrotów. W szczególności zysku uzyskanego ze świadczenia, zwracać nie potrzeba, o czem wyraźnie świadczy argument z §. 1447 in fine.

Dr. Eisner na tę ostatnią okoliczność, znalazł tylko potwierdzenie oczywiście w przepisach kodeksu cyw. niem. (§. 347 i 987) i kodeksu szwajc. (art 195.), gdzie kwestya ta jest rostrzygnięta *expressis verbis*.

O obowiązku zwrotu równowartości i jej wysokości za nakłady wyłożone na rzecz wadliwą, rozstrzyga również zasada w powyższych przepisach, a w szczególności w §. 1447 wyrażona. Dniestrzański zupełnie fałszywie, a za nim dr. Eisner powołują dla tej sprawy jako dyrektywę: §. 1069, względnie przepisy o prowadzeniu cudzych interesów bez zlecenia. A w szczególności fałszywem jest ich zdanie, że po stwierdzeniu wady rzeczy należy posiadacza czyniącego wkłady uważać za nierzetelnego.

IX. Rozbiór powyższy wszystkich najważniejszych sił, kierujących problemem odpowiedzialności za wady rzeczy zmysłowej w prawie cywilnem austriackiem wskazuje drogę, na której można dojść do rozpatrzenia wszystkich pytań tego problemu. Uwzględnione, najważniejsze zapatrywania z literatury austriackiej, obejmujące wiele tomów druku, nie dają żadnej pomocy w badaniu, a są jedynie przyczyną trudu daremnego. Kontrola tej literatury jest przy rozpoczęciu każdej pracy konieczna. A jak różne mogą być oceny rozpraw prawniczych, wystarczy w tym wypadku przypomnieć, że prof. Karol Adler uważa obszerną rozprawę Eisnera o ewikcyi wyżej cytowaną za „dzielną“; z punktu widzenia mych rozważań nie tęgą jest cała literatura o ewikcyi a rozprawa Eisnera ma wartość tylko informującą o literaturze, pozatem żadnej. Nie dziwi mnie przeto wcale, że nawet największe ozdoby nauki prawa w Austrii, jak Unger (w „Handeln auf fremde Gefahr“ 1894 str. 23.) zaliczają normy o odpowiedzialności za wady do najwadliwszych części kodeksu. Jak bezwartościowe i niebezpieczne są wskazówki uczonych podawane Rządowi i parlamentowi dla projektu reformy tych norm, łatwo sobie przedstawić. Rozpatrzenia

tych reform podjąć się może każdy, kto ustalił sobie pogląd na normy obowiązujące. Wogóle pomyślnie dla prawa zapowiada się reforma kodeksu, jeżeli zauważę z własnej lektury, że normy dziś obowiązujące dla odpowiedzialności za wady wierzytelności są przez literaturę w wielu kierunkach nie rozpoznane a rzeczoznawca rządowy dla reformy kodeksu, prof. Karol Adler w swej najnowszej rozprawie o przekazie (Grünhut, tom 40.) głosi, że do dziś dnia np. instytucji przekazu w Austrii nikt nie rozumie. Rozpocząłem publikację artykułu, w której wykażę, że zapatrywania prof. Adlera o przekazie mogą również i przedewszystkiem przeciw niemu wywołać tensam zarzut niezrozumienia przekazu, który sam czyni całej literaturze.



