

DR MARCELI CHLAMTACZ

Profesor Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie

PROBLEM POSIŁKOWOŚCI (SUBSYDIARNOŚCI) PORĘKI W POLSKIM KODEKSIE ZOBOWIĄZAŃ

Właściwa poręce zwyczajnej cecha jej posiłkowości (subsidiarności) daje odpowiedź na pytanie, w jakiej kolejności może wierzyciel dochodzić skutecznie swej wierzytelności przeciw poręczycielowi. Niewątpliwą jest wola ręcyciela, ponoszenia majątkowych skutków długu z poręki, o ile główny dłużnik ciężącego na nim obowiązku nie dopełni, niewątpliwie zatem odpowiedzialność ręcyciela leży w dalszym polu, w drugim rzędzie; jednak umowa o porękę, jako taka, nie daje odpowiedzi na pytanie, jakie środki zastosować musi wierzyciel mające ową w dalszym polu leżącą odpowiedzialność ręcyciela uwydatnić. Wskazać na nie może pozytywny przepis danego ustawodawstwa. Zachodzi zatem pytanie, jakie to zdarzenia mogą uwydatnić tzw. posiłkowy charakter poręki, gdyż już samo pojęcie posiłkowości (subsidiarności) wskazuje, że poprzednie usiłowania wierzyciela uzyskania zapłaty były bezowocne.

1. Sięgając wstecz do prawa rzymskiego z czasów przed wydaniem noweli 4 Justyniana z r. 535 po Chr. stwierdzić należy, że prawu rzymskiemu, przed wydaniem noweli 4, nieznaną był. posiłkowość zwyczajnej poręki, dłużnik główny i ręcyciel odpowiadali równorzędnie, jak to się mówi, pryncypalnie, wierzyciel miał wolną rękę dochodzenia przed sądem swej wierzytelności, skarżył dłużnika lub ręcyciela zależnie od tego, który z nich dawał mu pomyślniejszą szansę ściągnięcia długu. Posiłkowość poręki, tkwiąca, podobnie jak dziś, w poczuciu społeczeństwa rzymskiego, w braku wszelkich w tej mierze, aż do now. 4 z r. 535 po Chr. norm prawodawczych, wchodziła w zastosowanie jedynie jako postulat etyczny, obyczajowy. Kolejność przed nowelą 4 dotyczyła jedynie szczególniejszego rodzaju zabezpieczenia wierzytelności przez tzw. *fideiulssio indemnitas*, przy której warunkiem dochodzenia praw przeciw ręcycielowi było uprzednie wniesienie skargi przeciw głównemu dłużnikowi i bezskutecznie przeciw niemu prowadzona egzekucja. Dopiero po tak stwierdzonej niemożności ściągnięcia wierzytelności miał wierzyciel prawo dochodzić swej pretensji przeciw ręcycielowi.

Justynian now. 4 z r. 535 po Chr. wprowadził przymus kolejności, przymus uprzedniej skargi przeciw głównemu dłużnikowi i dopiero od now. 4 stała się tak pojęta subsydiarność znamieną właściwością zwyczajnej poręki wypełniającą jej prawną konstrukcję.

2. Posiłkowość tę pojmuje prawo pospolite jako tzw. posiłkowość pośrednią, realizowaną jako beneficium, o ile na nie pozwany ręczytel się powołał, a w ślad za prawem pospolitym tak ją pojmują, niemal bez wyjątku, ustawodawstwa nowożytnie, które posiłkowość według now. 4 jako przymus uprzedniej skargi przeciw dłużnikowi przyjęły. Uprzednia skarga nie jest tedy fundamentem skargi przeciw ręczytelowi, jak to ma miejsce przy *fideiussio indemnitis*, przy której ma zastosowanie posiłkowość bezpośrednia. Przy zwyczajnej poręce ma ręczytel jedynie prawo powołać się na dobrodziejstwo skargi uprzedniej, może wnieść ekscepcję, gdyż, o ile z niej nie skorzysta, kolejność skargi w zastosowanie nie przyjdzie. Oczywiście, iż szansa ściągnięcia wierzytelności od ręczytela byłaby jeszcze trudniejsza, gdyby na wierzyciela nałożono bezwzględny obowiązek skargi uprzedniej, gdyby uprzednia skarga i bezowocna egzekucja przeciw dłużnikowi była wymogiem dopuszczalności i skuteczności skargi przeciw ręczytelowi, na którym to stanowisku stało np. pruskie prawo krajowe (I, 14, § 283 A. L. R.).

3. Pomysł oparcia subsydiarności poręki o uprzednią skargę przeciw dłużnikowi jest chybiony, albowiem podważa cel i znaczenie poręki i nie odpowiada wyobrażeniom obrotu. Ręczytel bierze na się obług, o ile zajdzie brak gotowości lub niemożność spełnienia obłigu przez dłużnika, lecz ani wierzyciel ani ręczytel nie liczy na ewentualność zaspokojenia dopiero po przeprowadzeniu procesu i bezskutecznej egzekucji przeciw dłużnikowi. Jeśliby ręczytel, w danym wypadku, chciał odpowiadać jedynie w razie niewypłacalności dłużnika, to taką dygresję od przeciętnego pojmowania poręki realizowano w rzymskim prawie klasycznym gwarancją w poetaci tzw. *promissio indeimnitatis*, która, wobec panującej w nowożytnych ustawodawstwach swobody umów, może mieć pełne zastosowanie jako rodzaj umowy gwarancyjnej (*Schadlosbürgschaft*, *Ausfallbürgschaft*).

Konstrukcja poręki zwyczajnej związana z przymusem skargi uprzedniej przeciw dłużnikowi jest eksperymentem Justyniana wybiegającym poza intencje stron umowę o poręczenie zawierających, ta konstrukcja zacieśnia intencję ręczytela wzięcia na się odpowiedzialności jedynie na wypadek, gdyby sądowe dochodzenie i egzekucja przeciw dłużnikowi były bezowocne. To też praktyka, datująca się już od czasu glossatorów, chcąc zwolnić obrót od ha-

mulca, jakim było utrudniające uzyskanie kredytu dobrodziejstwo skargi uprzedniej, dopuszczała zrzeczenie się tego dobrodziejstwa przez ręczyciela, a poza tym ustalała coraz liczniejsze wyjątki, w których posługiwanie się przez ręczyciela tym dobrodziejstwem było wykluczone.

Na ogół jednak stwierdzić należy, że ustawodawstwa nowożytne w pojmowaniu subsydiarności poręki przetrwały na stanowisku now. 4 Justyniana.

Przy obradach I i II komisji Kodeksu cywilnego niemieckiego rozważaną była myśl zarzucenia skargi uprzedniej, jednak ostatecznie uznano jako przekonywujące wywoły zwolenników tego dobrodziejstwa, zgodzono się tylko na liczne wyjątki, przyjmując jednak w zasadzie posiłkowość pośrednią.

Częstokroć przytaczany argument, iż zarzucając skargę uprzednią dochodzi się do łącznej i solidarnej odpowiedzialności dłużnika i ręczyciela, jest pozorny, gdyż posiłkowość nie musi polegać jedynie na skardze uprzedniej, a powtóre: zarzucenie uprzedniej skargi lub posiłkowości w ogóle nie jest sprowadzeniem obliwu ręczyciela do znaczenia obliwu solidarnego, gdyż i dziś praktykowana tzw. poręka solidarna, jako szczególniejszy rodzaj poręki, nie jest długiem solidarnym, mimo iż przy niej dobrodziejstwo skargi uprzedniej jest wykluczone, taka solidarna poręka pojęciowo jest poręką, jest długiem ubocznym, gdyż momentem wyróżniającym ją od długu solidarnego jest jej akcesoryjność i praktyczna z tej akcesoryjności wynikająca różnica w stosunku do zobowiązań solidarnych.

4. Zupełnie odrębne stanowisko co do pojmowania subsydiarności zajął kodeks austriacki. I on pojmuje porękę jako twór pomocniczy, posiłkowy, ale pojmuje tę posiłkowość zgoła inaczej, a to jako obowiązek wierzyciela, sądowego lub nawet pozasądowego upomnienia dłużnika, myśl odpowiedzialności ręczyciela, w dalszym leżącą polu, realizuje przez nałożenie na wierzyciela obowiązku upomnienia dłużnika, które to upomnienie stanowi fundament skargi przeciw ręczycielowi wynieść się mającej (§ 1355 K. a.), (posiłkowość bezpośrednia). Powołując się i dowodząc fakt upomnienia dłużnika wierzyciel stwierdza tym samym bezowocność zabiegów uzyskania zapłaty od dłużnika.

5. Jeśli celem poręki jest zabezpieczenie wierzytelności, ułatwienie wierzycielowi jej ściągnięcia, ale przy utrzymaniu zasady, iż ręczyciel winien odpowiadać pomocniczo, to kryterium tej pomocniczej odpowiedzialności winno być tak dobrane, aby salwując korzyść dla wierzyciela z tego zabezpieczenia płynącą, dawało przecież wyraz owej subsydiarności poręki, ale nie może to kryterium, miast ułatwiać, utrudniać ściągnięcie wierzytelności, a takim właśnie 'Utrudnieniem było dobrodziejstwo skargi uprzedniej.

Jeżeli poręka ma zabezpieczyć wierzyciela nie tylko na wypadek niemożności ściągnięcia długu od głównego dłużnika, ale i na wypadek nieuiszczenia długu w terminie, w ogóle na wypadek braku gotowości dłużnika wywiązania się z obliżu, to przyznać należy, że już samo upomnienie dłużnika jest dostatecznym wyrazem stwierdzającym ów brak gotowości po stronie dłużnika. Wierzyciel wykazując bezskuteczność usiłowań otrzymania zapłaty od dłużnika, winien być odtąd w prawie zupełnej swobody sądowego dochodzenia wierzytelności, ozy to przeciw dłużnikowi, czy też przeciw ręcycielowi, gdyż zbędnym jest wykazywanie braku tej gotowości aż przez skazujący dłużnika wyrok i bezskuteczną egzekucję. Trafnie dowodził Zeiller, jeden z najznakomitszych twórców Kodeksu austriackiego, w toku obrad nad projektem tego Kodeksu: „Der Bürge will dem natürlichen . . . Begriffe nach nur aushilfsweise sich verbinden, es ist also billig, dass der Gläubiger erst von dem Schuldner die Zahlung zu erlangen versucht . . . Sobald also sich veroffenbart, dass der Schuldner nicht zahlen könne oder nicht zahlen wolle, muss der Gläubiger berechtigt sein, sich an den Bürgen zu halten". Kodeks austriacki zarzucając dobrodziejstwo skargi uprzedniej z okresu (szkoły bizantyńskiej prawa rzymskiego uznał, w przeciwieństwie do ówczesnych innych prawodawstw, za wystarczające znamię subsydiamości poręki sądowe lub pozasądowe upomnienie dłużnika.

Zaznaczyć również należy, iż, mimo że większość komisji w toku narad nad Kodeksem niemieckim przeparała ostatecznie uprzednią skargę, to jednak bardzo problematyczną wartość przypisują jej np. Dernburg i Eck, a za zupełnym jej zarzuceniem oświadczył się Unger. Najostrzej ocenił problematyczną wartość skargi uprzedniej Kohler: „Im übrigen hat das bürg. Gesetzbuch von den Rechtswohltaten des Bürgen das Recht der Teilung gestrichen, dagegen das etwas schwachmütige Recht der Vorausklage, diese Ausgeburd der byzantinischen Verkehrtheit, die Justinian dem damaligen griechischen Rechte entnahm, dieses Scheinmittel, das meist nur zu Verzögerungen und Vertröstungen führt, übernommen".

6. Jakież więc Stanowisko co do posiłkowości poręki zajął polski Kodeks zobowiązań?

Kodeks zobowiązań, podobnie jak Kodeks austriacki zarzucił w zupełności dobrodziejstwo skargi uprzedniej. W motywach do polskiego Kodeksu zobowiązań (część szczegółowa) skwalifikowano słusznie uprzednią skargę przy poręce jako instytucję obumarłą.

W pozytywnym ukształtowaniu posiłkowości nie poszedł Kodeks zobowiązań wzorem austriackim, kryterium posiłkowości nie upatruje w upomnieniu dłużnika, lecz w niezwłocznym zawiadomieniu ręcyciela o opóźnieniu się dłużnika z zapłatą długu, z tym,

że w ciągu tygodnia od chwili zawiadomienia poręczyciel zobowiązany jest do zapłaty (art. 633 § 1, 2 K. z.). „W razie spóźnionego zawiadomienia, poręczyciel może żądać od wierzyciela naprawienia szkody, jaką wskutek tego poniósł” (art. 633 § 3 K. z.).

W motywach projektu części szczegółowej zobowiązań zaznaczono, że przez takie pojmowanie zachowaną zostaje, w pewnej mierze zasada posiłkowości, że takie pojmowanie urzeczywistnia, przynajmniej w pewnym stopniu, zasadę subsydiarności poręki. Kodeks zobowiązań nie przewiduje potrzeby wszczęcia jakichkolwiek kroków ze strony wierzyciela przeciw dłużnikowi, o ile one nie są konieczne do postawienia dłużnika w zwłokę, np. gdy termin zapłaty nie jest oznaczony lub gdy wymagalność zależną jest od wypowiedzenia.

7. Jako sankcję niezwłocznego niezawiadomienia ręczyciela o opóźnieniu dłużnika, nakłada Kodeks zobowiązań na wierzyciela obowiązek naprawienia szkody, gdyby np. tymczasem dłużnik stał się niewypłacalnym i gdyby w dalszej konsekwencji roszczenia regresowe ręczyciela do dłużnika stały się problematyczne. Więc sankcja przeciw wierzycielowi omijającemu obowiązek niezwłocznego zawiadomienia ręczyciela o opóźnieniu się dłużnika polega na nałożeniu na wierzyciela obowiązku wynagrodzenia szkody dla ręczyciela z braku zawiadomienia wyniknąć mogącej. Podkreślić zatem należy, że zaniechanie tego obowiązku nie krępuje wierzyciela w sądowym wystąpieniu przeciw ręczycielowi z pominięciem dłużnika, nie przepisuje wierzycielowi w ogóle żadnych kroków uprzednio wobec dłużnika przedsięwziąć się mających. W powyższy sposób pojęta przez Kodeks subsydiarność poręki nie jest zatem antytezą pryncypalnej odpowiedzialności dłużnika, gdyż wobec ręczyciela wierzyciel kolejności w dochodzeniu wierzytelności przez uprzednie kroki przeciw dłużnikowi podjęte przestrzegać nie ma obowiązku. Posiłkowa odpowiedzialność ręczyciela ma się — wedle Kodeksu zobowiązań — objawiać w tym, że przez zaniechanie zawiadomienia ręczyciela lub spóźnione zawiadomienie o opóźnieniu się dłużnika spaść może na wierzyciela odpowiedzialność za szkody wskutek niezawiadomienia lub spóźnionego zawiadomienia dla ręczyciela wyniknąć mogące.

W związku z takim pojmowaniem isubsydiarności poręki w Kodeksie zobowiązań należy pytać: Jaka jest sankcja, przyjmując jako kryterium posiłkowości, za wzorem austriackim, upomnienie dłużnika? Polega ona na tym, że, wobec bezpośredniej posiłkowości poręki w prawie austriackim, wierzyciel zaniechawszy upomnienia naraża się na oddalenie w sporze z powodu niedostatecznie substancjonowanej skargi, poręczyciel nie będzie zasądzony, choćby się na" audiencji sądowej nie jawił, a jawiąc się odmówić może na

razie, w braku upomnienia dłużnika, dopełnienia zapłaty i wywiązania się z poręki. Brak upomnienia dłużnika jest zdarzeniem przynoszącym efektywną ulgę ręczycielowi, odracza obowiązek zapłaty, stwierdza posiłkowy charakter poręki i w dalszym polu, w drugim rzędzie, leżącą odpowiedzialność ręczyciela. Czyż taką ulgę przyniesie może zaniechanie niezwłocznego zawiadomienia ręczyciela o opóźnieniu się dłużnika? Czy wierzyciel, nie zawiadomiwszy ręczyciela, czy nie zawiadomiwszy go niezwłocznie o opóźnieniu się dłużnika, nie może od ręczyciela skutecznie żądać zapłaty, a nawet skutecznie ręczyciela pozwać? Wszak konstrukcja posiłkowej poręki, tak czy inaczej zdarzenie posiłkowość znamionujące pojmując, koncentruje się przede wszystkim w kwestii kolejności sądowego dochodzenia roszczenia przeciw ręczycielowi. Czyż ręczyciel pozwany, mimo niezawiadomienia go o opóźnieniu się dłużnika, może uchylić na razie, podobnie jak przy braku upomnienia dłużnika, wzorem prawa austriackiego, grożącą mu kondemnatę, zwłaszcza iż doręczenie skargi ręczycielowi jest chyba bardzo dosadnym zawiadomieniem ręczyciela o opóźnieniu się dłużnika, wskutek czego, ręczyciel, w braku zawiadomienia, nakazanego wierzycielowi przepisem art. 633 § 1 K. z., na oddalenie wierzyciela liczyć nie może a przecież celem posiłkowości jest oddalić na razie od ręczyciela grożące mu sądowe dochodzenie roszczenia, podczas gdy sankcja Kodeksu zobowiązań w ten moment nie trafia i groźby procesu przeciw ręczycielowi nie uchyla, bo treścią swą tego celu, dla posiłkowości poręki rozstrzygającego, osiągnąć nie jest w stanie.

To też, wnikając w ukształtowanie posiłkowości w kodeksie zobowiązań, musi się dojść do wniosku, iż zapewnienie motywów do części szczegółowej projektu zobowiązań, że w pewnej mierze utrzymano w Kodeksie zasadę posiłkowości poręki, nie odpowiadają wynikom, do jakich posiłkowość przewidzieć winna. Jak długo sprawa rozgrywa się między stronami, poza sądem, to zawiadomienie ręczyciela o opóźnieniu się dłużnika może mieć pewną, znikoma zresztą, wartość, choćby tę, iż starać się on będzie skłonić dłużnika, by dług zapłacił lub sam do zapłaty, mając tygodniowe respiro, się przygotowuje. To jednak są względy i korzyści uboczne, które ręczyciel i po wytoczeniu przeciw niemu pozwu, zrealizować może i one nie mogą rozstrzygać, jaką formę i postać przybrać winien dobór środków i sposobów, uwydatnić mających subsydiarność poręki, tj. pytanie, o ile przez posiłkowość dochodzenie pretensji, przede wszystkim przed sądem przeciw ręczycielowi, winno ulec modyfikacji. Kryterium subsydiarności, wedle pomysłu Kodeksu zobowiązań, szansy dochodzenia przeciw ręczycielowi ze zwykłej poręki, a przeciw ręczycielowi solidarnemu lub ręczycielowi za wynagrodzeniem (art. 633 § 4 K. z.) w niczym nie odróżnia, sankcja

przeciw wierzycielowi z poręki zwyczajnej, wynagrodzenia szkody z powodu niezawiadomienia o opóźnieniu się dłużnika równie dobrze może mieć miejsce przy poręce solidarnej, gdyż obowiązek wynagrodzenia szkody z braku niezwłocznego zawiadomienia ręczyciela nie wiąże się z zagadnieniem posiłkowości poręki, lecz wpada w zagadnienie tzw. *diligentia in exigendo* wierzyciela, nie mające nic wspólnego z zagadnieniem posiłkowości poręki. Względnie rzeczono praktyczny uzasadnić mający zawiadomienie ręczyciela, by skargą nie był zaskoczony, nie może rozstrzygać o zastosowaniu zawiadomienia ręczyciela jako środka posiłkowości poręki znamionować mającego, gdyż kto jest dłużnikiem, choć dłużnikiem z poręki, to jego jest rzeczą o stanie sprawy w dniu zapadłości długu się informować, względnie takiej informacji od dłużnika się domagać.

Jeżeli chce się za wszelką cenę uratować subsydiarność zwyczajnej poręki w Kodeksie zobowiązań, to zgodnie z tenorem art. 633 § 2 K. z., polegać ona będzie chyba na tym udogodnieniu, że „ręczyciel obowiązany jest wykonać zobowiązanie, za które poręczył, w ciągu tygodnia od chwili, gdy wierzyciel zawiadomił go o opóźnieniu dłużnika” (art. 632 § 2 K. z.), podczas gdy w przeciwieństwie do tego postanowienia, przy poręce solidarnej i poręce za wynagrodzeniem (art. 633 § 4 K. z.), ten obowiązek dopełnienia zapłaty ciąży na ręczycielu, zgodnie z akcesoryjnym charakterem poręki, z chwilą, gdy zobowiązanie stanie się wymagalne, więc bez udogodnienia związanego z tygodniowym *respiro*. Tak ciasno jednak pojęta posiłkowość poręki, byłaby zaprzeczeniem samego pojęcia posiłkowości, która wymagalność długu z poręki czyni zależną od pewnych kroków, przeciw dłużnikowi podjąć się mających, zaś tygodniowe *respiro* wymagalności nie ogranicza i obowiązku zapłaty nie wstrzymuje, a wskazuje jedynie na tygodniowy czasokres wykonania.

Jak zaznaczono wyżej, sankcja spóźnionego zawiadomienia ręczyciela o opóźnieniu dłużnika, polegać ma, według Kodeksu zobowiązań, na nałożeniu na wierzyciela obowiązku naprawienia szkody wskutek braku niezwłocznego zawiadomienia dla ręczyciela wyniknąć mogącej. Uprzymiarniając sobie, iż wedle Kodeksu zobowiązań, o ile dług jest wymagalny, wierzyciel nie ma obowiązku podejmowania jakichkolwiek usiłowań uzyskania zapłaty od dłużnika, wypada przejrzeć możliwe sytuacje, w jakich znajdzie się ręczyciel niezawiadomiony o opóźnieniu się dłużnika, a z przejrzania tych sytuacji okaże się, iż sankcja „naprawienia szkody” przez ręczyciela poniesionej, a na wierzycielu cięższej, tylko sporadycznie stać się może aktualną, a co gorsza, to tam, gdzie wyjątkowo będzie aktualną, to nie zawsze i nie w każdym wypadku da

się pogodzić z zasadami, na których obowiązek wynagrodzenia szkody w systemie zobowiązań w ogóle się wspiera.

Powtarzamy, że wierzyciel winien niezwłocznie zawiadomić ręcyciela o opóźnieniu dłużnika.

Pierwsza alternatywa: Wierzyciel, powodowany względnością wobec dłużnika, w nadziei, iż przecież, choćby po opóźnieniu uści się z długu, zwleka z zawiadomieniem ręcyciela. Zawiedziony jednak w swej nadziei, zwraca się do ręcyciela i od niego uzyskuje zapłatę. Płacący ręcyciel, drogą roszczeń zwrotnych, uzyskuje pokrycie poniesionego wydatku, sankcja zatem, związana z opóźnionym zawiadomieniem, pozbawiona będzie wszelkiej aktualności, zwłaszcza, że Kodeks zobowiązań nie nakłada na wierzyciela bezwzględnie obowiązku nastawiania na dłużnika, by w czas dług-zapłacił, nie zabrania mu kierowania się wobec dłużnika względnością i cierpliwością.

Druga alternatywa: Wierzyciel opóźnia się z zawiadomieniem ręcyciela, w nadziei, że dłużnik zapłaci. Ręcyciel wie o złym stanie majątkowym dłużnika i grożącej mu niewypłacalności. Zamiast niezwłocznej zapłaty do rąk wierzyciela, co by mu umożliwiło, w moc subrogacji praw wierzyciela, dochodzenie w czas roszczeń zwrotnych przeciw dłużnikowi, ręcyciel może — według Kodeksu zobowiązań — zachować się biernie, albowiem, choćby (był zmuszony do zapłaty, to — o ile regres nie dopisze — może, w myśl postanowień Kodeksu, wydatek poniesiony, drogą skargi o odškodowanie, przerwucić na wierzyciela, który, nie przeczuwając niewypłacalności dłużnika, był w prawie nienastawiania na zapłatę i winy w spowodowaniu niewypłacalności dłużnika nie ponosi. Nałożenie nań odpowiedzialności za szkodę w tej sytuacji nie ma wewnętrznego uzasadnienia, lecz ustalone pozytywnym przepisem art. 633 § 3 K. z., będzie miało ten skutek, że odstraszy wierzyciela od stosowania jakichkolwiek względów i wyrozumiałości wobec dłużnika. Czyż w takiej sytuacji nie byłoby raczej wskazanym nałożyć na wierzyciela, wzorem Kodeksu austriackiego (§ 1364 K a) obowiązek upomnienia dłużnika, z równoczesnym obowiązkiem te goż wierzyciela bezzwłocznej? żądania zapłaty od ręcyciela a w razie gdyby wierzyciel tym obowiązkiem nie uczynił zadość' przyznać ręcycielowi prawo, nie tylko żądania naprawienia szkody, o ile by, z powodu pogorszonych stosunków majątkowych dłużnika, regres ręcyciela nie dopisał, ale przyznać ręcycielowi nawet prawo uchylecia się od zapłaty, co w takiej sytuacji ma miejsce według Kodeksu austriackiego (Einrede der Saumseligkeit) W tym stanie rzeczy przerzucenie ryzyka niewypłacalności dłużnika na wierzyciela miałyby pełne uzasadnienie, gdyż można mu zarzucić że nie dopełnił obowiązku czynienia starań o zapłatę u dłużnika

i pominął jego upomnienie, jak i to, że przez opóźnione upomnienie się o zapłatę u ręczyciela, spowodował, iż dłużnik, popadłszy w międzyczasie w niewypłacalność, nie mógł zaspokoić (zwrotnych roszczeń) ręczyciela. Kodeks zobowiązań, który pomija upomnienie dłużnika, a nakłada mimo to, z powodu spóźnionego zawiadomienia ręczyciela, na wierzyciela ryzyko ponoszenia skutków niewypłacalności dłużnika, tego rodzaju postanowieniem nie tylko nie wydatnił posiłkowości zwyczajnej poręki, ale, bez uzasadnionej racji, ryzyko niewypłacalności dłużnika, integralnie w obliżu poręki na poręczycielu ciężące, przerzucił na wierzyciela.

Trzecia alternatywa: Wierzyciel, znając niepomyślny stan majątkowy dłużnika, ociąża się z zawiadomieniem ręczyciela, gdyż liczy na to, że w miejsce dłużnika zapłaci ręczyciel, co uniemożliwia ręczycielowi (zaspokojenie wierzyciela w czas jeszcze, nim dłużnik stanie się niewypłacalnym. Oczywiście, iż w tej sytuacji ręczyciel, nie uzyskawszy regresu, może dochodzić swych szkód na wierzycielu, gdyż jego postępowanie, w tym wypadku niewątpliwie zawinione, wedle ogólnych zasad o obowiązku wynagrodzenia szkody czynem niedozwolonym spowodowanej taki obowiązek nań nakłada i czyni zupełnie zbędnym przepis odrębny w sensie art. 633 § 3 K. z., boć zresztą, mimo iż wierzyciel jest stroną, mającą w zasadzie prawa, a nie wzajemne obowiązki wobec ręczyciela, to jednak i on stoi pod rygorem, wszelkie stosunki obowiązkowe przenikających, nakazów postępowania wedle zasad dobrej wiary i uczciwości (art. 135 K. z.). Jak nie może ulegać wątpliwości, że wierzyciel odpowiada, np. w wypadku, gdy przez grę hazardową wyeksploatował zasoby majątkowe dłużnika, a potem zwraca się do ręczyciela o zapłatę długu poręczonego, tak samo i w wypadku, gdy umyślnie, lub przez niedbalstwo, naraził ręczyciela na bezowocność jego roszczeń zwrotnych, winien ponieść wynikającą dla ręczyciela szkodę, względnie narażonym być może nawet na uchylenie się ręczyciela od zapłaty zasłaniającego się skutecznie *exceptione doli generalis*.

7. Powyższe uwagi naprowadzają w oderwaniu od zagadnienia posiłkowości poręki na pytanie, szeroko w literaturze cywilistycznej omawiane, staranności wierzyciela w dochodzeniu pretensji przeciw dłużnikowi (*diligentia in exigendo*). Z pojęcia poręki jako takiej nie wynika ogólny obowiązek wierzyciela przestrzegania w stosunku do ręczyciela jego interesu, by w szczególności ewentualne zwrotne roszczenia ręczyciela do dłużnika wzięty pomyślny obrót. Jeśli wierzyciel udzielił dłużnikowi prolongaty, a on w międzyczasie stał się niewypłacalnym, i tym samym iluzoryczny stał się regres płacącego ręczyciela, to wierzyciel nie jest za szkodę odpowiedzialnym, gdyż tylko drogą przeciwną, wyraźną, lub do-

mniemanej umowy, odpowiedzialność taka wierzyciela może być ustaloną, ale też wtedy dołożenie owej diligentia in exigendo ze strony wierzyciela objawić się winno w przedsięwzięciu prób otrzymania zapłaty od dłużnika i w tym właśnie punkcie odrębną drogę obrał Kodeks zobowiązań. Bez względu na treść umowy o poręczenie w konkretnym wypadku, Kodeks zobowiązań formułuje diligentium in exigendo wierzyciela, nakładając nań obowiązek niezwłocznego zawiadomienia ręczyciela o opóźnieniu dłużnika, pogarszając w ten sposób wydatnie sytuację wierzyciela, by przez względy wobec dłużnika nie ściągnął na siebie skutków ujemnych tej pobłażliwości, w razie, gdyby roszczenia zwrotne, płacącego dług ręczyciela, nie dopisały. Pozytywny przepis art. 633 § 3 K. z. podtrzymuje, acz w bardzo ograniczonej mierze, postulat diligentiae in exigendo, z tendencją nienarazania ręczyciela na straty w razie niepowodzenia w dochodzeniu roszczeń regresowych. Ta troska jednak Kodeksu o interes ręczyciela jest bronią obusieczną, ona nie będzie podnietą dla kapitalisty angażowania się w udzielenie kredytu zabezpieczyć się mającego gwarancją personalną. Ta troska jest zresztą zbędną, albowiem najpewniejszym dla ręczyciela sposobem strzeżenia swego interesu jest własna zapobiegliwość ręczyciela przez zaspokojenie wierzyciela i wszczęcie w czas zwrotnych roszczeń przeciw dłużnikowi. Kodeks zobowiązań postanowieniem swym o obowiązku niezwłocznego zawiadomienia ręczyciela o opóźnieniu się dłużnika w zapłacie, nie uratował kolejności w dochodzeniu pretensji przeciw ręczycielowi, która to kolejność pojęciowo z posiłkowością poręki zwyczajnej jest związana, lecz przepisem art. 633 § 3 K. z., diligentiam in exigendo wierzyciela wobec dłużnika stosować się mającą, a np. w niemieckim Kodeksie cywilnym zarzuconą, przestawił na diligentia przez wierzyciela wobec ręczyciela i w jego interesie przestrzegać się mającą. Tak jednak pojęty obowiązek diligentiae krępuje wierzyciela, odbiera mu ochotę cierpliwego, łagodnego i pełnego wyrozumiałości traktowania dłużnika, co raczej, wśród przeżywanych obecnie stosunków ekonomicznych, ze względów socjalnych jest pożądane i w szerokiej, często nawet przesadnej mierze, w stosunkach kredytowych jest stosowane.

8. Jakkolwiek upomnienie (sądowe lub pozasądowe) dłużnika opóźniającego się z zapłatą, które, jak wyżej wzmiankowano, według Kodeksu austriackiego otwiera wierzycielowi swobodną drogę dochodzenia skutecznie pretensji przeciw ręczycielowi i jest znamieniem posiłkowości, porzuconym zostało, w odniesieniu do poręki zwyczajnej, przez Kodeks zobowiązań, to jednak ślad tego upomnienia dłużnika spotyka się w Kodeksie zobowiązań, co prawda w przystosowaniu do innego stanu faktycznego. Oto artykuł

634, § 1, 2 K. z. postanawia, co do poręki za dług przyszły, że wierzyciel po upływie 6-ciu miesięcy od chwili powstania długu, przy takiej poręce za dług przyszły, winien na żądanie ręcyciela wezwać dłużnika do zapłaty. Jeśli wezwał, to oczywiście ma obecnie swobodę dochodzenia wierzytelności przeciw ręcycielowi, w czym uwydatnia się zarazem posiłkowy charakter poręki za dług przyszły w Kodeksie zobowiązań. Jeśli zaś wierzyciel nie wezwał dłużnika, to sankcja niespełnienia obowiązku wezwania dłużnika jest wedle Kodeksu zobowiązań bardzo dotkliwa dla wierzyciela, albowiem nie tylko że ręcyciel, w braku wezwania dłużnika, jest w prawie odmówienia na razie zapłaty, co ma miejsce przy każdej poręce zwyczajnej podług Kodeksu austriackiego, lecz wierzyciel przy poręce za dług przyszły, który zaniechał wezwania dłużnika, narażony będzie, według Kodeksu zobowiązań, na stratę tej gwarancji personalnej i ręcyciel z poręki zostaje zwolniony.

Stwierdzić zatem należy, że — aczkolwiek co do poręki (zwyczajnej w gruncie rzeczy o jej posiłkowości w obliczu postanowień Kodeksu zobowiązań mówić trudno — to jednak, w odniesieniu do poręki za dług przyszły, owa posiłkowość w obowiązku uprzedniego wezwania (upomnienia) dłużnika została zrealizowana, a sankcją jej jest nie prawo ręcyciela uchylenia się od zapłaty w braku wezwania dłużnika, lecz dotkliwe dla wierzyciela, ignorującego obowiązek upomnienia dłużnika, zgaśnięcie poręki. Jak ulgą zatem było dla ręcyciela beneficium exoussions noweli 4 Justyniana i prawa pospolitego, jak ulgą jest posiłkowość poręki według Kodeksu austriackiego, gdyż w braku upomnienia dłużnika uchyla, przynajmniej na razie, obowiązek zapłaty przez ręcyciela, tak samo, inną w swej treści ulgę przynosi zaniechanie upomnienia dłużnika przy poręce za dług przyszły, gdyż zwalnia ręcyciela z jego obliгу z poręki.

9. Reasumując powyższe wywody dochodzi się do wniosku, że w ukształtowaniu Kodeksu zobowiązań posiłkowość poręki zwyczajnej nie istnieje, obrót powszechny w tym względzie nie będzie się różnił od obrotu handlowego, który w ogóle posiłkowości poręki nie zna; w tym punkcie nie różni się również poręka zwyczajna od poręki solidarnej i poręki za wynagrodzeniem, które stanowią pryncypalne obliги dłużnika i ręcyciela pozwalające wierzycielowi swobodnie dochodzenie pretensji przeciw jednemu lub drugiemu dłużnikowi z ominięciem kolejności. Udogodnienie przewidziane w art. 632 § 2 K. z., iż mianowicie ręcyciel obowiązany jest w ciągu tygodnia od chwili zawiadomienia o opóźnieniu się dłużnika wykonać zobowiązanie, nie może uchodzić za wyraz posiłkowości poręki, gdyż przyznanie tej ulgi w niczym nie zmienia zapadalności długu z poręki, który, jako dług akcesoryjny, jest wy-

magalny z chwilą zwłoki dłużnika (art. 632 § 1 K. z.). Nie może również jako wyraz posiłkowości poręki zwyczajnej uchodzić przepisane w art. 633 § 1 K. z. niezwłoczne zawiadomienie ręczyciela o opóźnieniu dłużnika, albowiem przewidziana w art. 633, § 3 K. z. sankcja, na wypadek zaniechania tego zawiadomienia, nie pozbawia wierzyciela swobody dochodzenia wierzytelności przeciw ręczycielowi z pominięciem dłużnika, a okoliczność, iż w wyjątkowych wypadkach wierzyciel ściąga na się obowiązek naprawienia szkody, o ileby ręczyciel, wskutek niewypłacalności dłużnika, swych roszczeń zwrotnych zrealizować nie mógł (art. 633, § 3 K. -z.), nie pozostaje w swiązku z posiłkowością jako taką, lecz ustala szczególniejszy wypadek obowiązku staranności wierzyciela, przy czym wątpić można, czy w praktyce obrotu odnośny przepis tę staranność na wierzyciela nakładający, będzie żywotny, gdyż z dużym prawdopodobieństwem raczej przyjąć można, iż mając udzielić kredytu za poręczeniem, wierzyciel zgodzi się na to przy równoczesnym zrzeczeniu się ręczyciela pretensji odszkodowawczych na wypadek niezawiadomienia go o opóźnieniu się dłużnika, podobnie jak to miało niegdyś miejsce na terenie prawa pospolitego odnośnie do dobrodziejstwa skargi uprzedniej, now. 4 Justiniana.

Zadaniem polityki prawodawczej wprowadzającej do konstrukcji poręki moment posiłkowości jest pogodzić z sobą sprzeczne i krzyżujące się interesa wierzyciela z jednej, a ręczyciela z drugiej strony. Technika prawodawcza, dobierając środek, posiłkowość uwzględnić mający, jak z jednej strony nie może na szwank narazić bezpieczeństwa kredytu, który przez porękę doznaje wzmocnienia przez to, że ręczyciel swoją zdolność kredytową oddaje na usługi kredytowo słabszego dłużnika, tak z drugiej strony przez dobór odpowiedniego środka dać winna wyraz temu, że dochodzenie pretensji przeciw ręczycielowi i, w ostateczności, użycie przymusu prawnego przeciw niemu, winno być dopuszczalne, o ile usiłowania uzyskania zapłaty od dłużnika okazały się bezowocne. Uprzednia skarga przeciw dłużnikowi, pojęta czy to jako fundament skargi przeciw ręczycielowi, czy to jako exceptio, owej požądanej równowagi sprzecznych interesów nie realizuje, łatwości uzyskania kredytu nie daje, a z drugiej strony bezowocność uzyskania zapłaty wiąże bez istotnej racji, z bezskutecznym zapoznaniem i bezskuteczną egzekucją dłużnika. Jedynie konstrukcja posiłkowej poręki Kod. austr. pod względem techniczno - prawodawczym wzmiankowaną sprzeczność interesów wierzyciela z jednej, a ręczyciela z drugiej strony, odpowiednio pogodziła i nie utrudniając łatwości realizacji pretensji, daje mimo to wyraz powszechnie w społeczeństwie ugruntowanemu przeświadczeniu, że ręczyciel

odpowiada za dług w drugim rzędzie. Konstrukcja poręki zwyczajnej w prawie austriackim uwydatniła dwa momenty w poręce pojęciowo tkwiące: warunkowe przyrzeczenie świadczenia i posiłkowość tego świadczenia. Spełnieniem warunku niezaspokojenia długu jest zwłoka dłużnika, zaś uwydatnieniem posiłkowej odpowiedzialności ręczyciela jest upomnienie dłużnika.

Natomiast obowiązek zawiadomienia ręczyciela o opóźnieniu się dłużnika z zapłatą, mający uwydatnić posiłkowy charakter poręki zwyczajnej w polskim Kodeksie zobowiązań¹⁾, został ze stanowiska techniczno-prawodawczego nieodpowiednio dobrany. Poniechanie tego obowiązku przez wierzyiciela i ewentualna jego odpowiedzialność za niepowodzenie regresowe ręczyciela osłabia bezpieczeństwo kredytu, a z drugiej strony, zostawiając opóźniającego się dłużnika w spokoju, nie wstrzymuje, chociażby na razie, dochodzenia i przymusu prawnego przeciw ręczycielowi. Konstrukcja zwyczajnej poręki Kodeksu zobowiązań, przedstawiając upomnienie dłużnika na zawiadomienie ręczyciela o opóźnieniu dłużnika, utrzymała wprawdzie w pojęciu poręki — według nowożytnego wyobrażenia — tkwiącą odpowiedzialność warunkową, ale, przez zarzucenie upomnienia dłużnika, przyprawiła porękę o utratę znamienia posiłkowości, którą, skoro się odrzuca uprzednią skargę, jedynie upomnienie dłużnika uwydatnić jest w stanie. Brak upomnienia dłużnika zdolny jest unicestwić dochodzenie płatnej pretensji przeciw ręczycielowi, obarcza roszczenie wierzyiciela zarzutem i w tym leży siła i znaczenie posiłkowości poręki; brak zawiadomienia ręczyciela o opóźnieniu się dłużnika takiego skutku spowodzić nie jest w stanie, tym samym zawiadomienie ręczyciela za kryterium posiłkowości poręki zwyczajnej uchodzić nie może.

¹⁾ Por. Longchamps de Berier w recenzji pracy Chlamtacza pt. Zagadnienie posiłkowej poręki w prawie rzymskim i w prawach nowożytnych (Przegląd prawa i administracji, rok LVIII, 1933, str. 40 n.).