

The Roman concept of ownership was used in many modern European civil codifications and also in the Polish project of property law of 1937. However, the Polish Civil Code of 1964 contains a different and mistaken definition. It is impossible to define ownership in a positive way, only a negative definition seems acceptable because the only obstacle the owner meets in law. It is an example of how destructing it may be to get detached from Roman legal traditions.

AGNIESZKA KACPRZAK

Uniwersytet Warszawski

JULIAN, ULPIAN I NIETYPOWA POŻYCZKA.
ZASTOSOWANIE ANALOGII
W ROZWAŻANIACH PRAWNICZYCH

Porównywanie stanów faktycznych o niejasnej kwalifikacji prawnej, z przypadkami podobnymi, których prawna kwalifikacja nie budziła wątpliwości, należało do ulubionych form argumentacji jurystów rzymskich. Zwykle zestawienia takie miały sugerować, że różnice między porównywanymi stanami faktycznymi były z prawnego punktu widzenia nieistotne, a tym samym uzasadniać przyjęcie w przypadku wątpliwym tego samego rozwiązania, co w sytuacji typowej. Znalezienie adekwatnego punktu odniesienia, tj. takiej sytuacji modelowej, która byłaby pod istotnymi względami podobna do rozważanego przypadku, lub której podobieństwo w punktach prawnie znaczących można by wykazać, i która tym samym mogła dostarczyć rozstrzygnięcia dla przedłożonego juryście problemu, wymagało nie tylko pomysłowości, lecz również rozległej wiedzy prawniczej. Zestawianie różnych stanów faktycznych, lub wariantów tego samego stanu faktycznego, mogło również pełnić funkcję eksperymentu myślowego, zmierzającego do wyłonienia elementów koniecznych, a zarazem wystarczających dla przyjęcia określonej kwalifikacji prawnej, a tym samym do ustalenia zakresu rozważanej instytucji. Tego rodzaju eksperyment myślowy znajdujemy w tekście Africanusa, który referuje rozważania Juliana, dotyczące pożyczki.

D. 17,1,34 pr. (Afric. 8 Quaest.): *Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistulam ad eum emisit qua significaret certam summam ex administratione apud se esse eamque credam sibi se debiturum cum usuris semissibus: quaesitum est an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint. Respondit non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Nec huic simile esse quod, si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt: item quod, si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est. His argumentum esse eum qui, cum mutuum pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum. Et in proposito igitur dicendum actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo nummi fierent, tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat¹.*

¹ „Ten, kto zarządzał sprawami Luciusa Titiusa, odebrał pieniądze od jego dłużników, po czym wysłał do niego list z informacją, że ma u siebie określoną sumę <pożyczką> w związku z zarządem, którą będzie mu dłużny jako pożyczkę, wraz z odsetkami: zapytano, czy na tej podstawie można żądać zwrotu pożyczki i czy można żądać odsetek. Odpowiedział, że <pieniądze> nie zostały pożyczone: w przeciwnym razie należałoby uznać, że <dług> z każdego kontraktu można przekształcić w pożyczkę pieniężną na mocy samego porozumienia. Od powyższego różni się sytuacja, w której umawiamy się, abys zdeponowane u ciebie pieniądze miał jako pożyczkę, wówczas bowiem pieniądze, które były moje, stają się twoje. Tak samo, jeśli polecę ci przyjąć pieniądze od mojego dłużnika, stają się one pożyczką, to jednak zostało przyjęte dla wygody. Argumentem na rzecz powyższych <rozstrzygnięć> jest <okoliczność>, że ten, kto chce pożyczycy <komuś> pieniądze, dałby <mu> srebro do sprzedania, nie bardziej będzie mógł żądać zwrotu pożyczki: jednak ryzyko związane z pieniędzmi, pozyskanymi ze <sprzedaży> srebra, spoczywa na tym, kto je przyjął. Zatem i w przedłożonym <przypadku> należy uznać, że zarządca będzie zobowiązany ze zlecenia, tak aby musiał świadczyć umówione odsetki, chociaż to na nim spoczywa ryzyko <utrąty> pieniędzy”. W tłumaczeniu przyjmuję interpretację, zgodnie z którą zaimiek ‘his’, zawarty w zwrocie ‘argumentem dla/na rzecz tych/powyższych’ odnosi

Africanus przytacza odpowiedź, udzieloną najprawdopodobniej przez jego mistrza Juliana (wskazuje na to sformułowanie *respondit*)², w następującej sprawie: prokurator, działający na rzecz osoby nieobecnej, wyegzekwował należności od jej dłużników, a następnie listownie poinformował nieobecnego, że zamierza zatrzymać uzyskane pieniądze jako pożyczkę, i gotów jest nawet zapłacić odsetki. Julian zaprzeczył, jakoby w tej sytuacji powstało zobowiązanie z pożyczki, przyznał natomiast nieobecnemu roszczenie z tytułu zlecenia³, o zwrot wymie-

się do rozstrzygnięć, zaproponowanych przez Juliana dla przypadku zarządcy, chcącego zatrzymać jako pożyczkę część środków pozyskanych z zarządu. Jak pamiętamy jurysta wykluczył w tej sytuacji skargę z pożyczki, oraz przyznał skargę ze zlecenia. W końcowym fragmencie cytowanego tekstu Julian wprost zaprzentał przytoczone propozycje jako wniośki z analogii z przypadkiem włączenia proszącemu o pożyczkę srebra na sprzedaż: w tej ostatniej sytuacji, pisze Julian, nie przysługuje roszczenie z pożyczki, choć ryzyko utraty pieniędzy ponosi ten, kto srebro otrzymał. Zatem również prokurator będzie ponosił ryzyko przypadkowej utraty pieniędzy, i będzie odpowiadał nie z pożyczki, lecz ze zlecenia. Taką samą interpretację przyjmuje U. VON LÖBROW, *Die Entwicklung der Darlehensbegriffs im römischen und geltenden Recht*, Berlin 1964, s. 52). Nie wydaje się natomiast możliwym, aby zaimiek *his* odnosił się do przypadków opisanych bezpośrednio wcześniej w toku wywodu (tj. do porozumienia dodanego do depozytu i do delegacji): w nich bowiem roszczenie z pożyczki przyznano, toż argumentem w ich sprawie nie mógł być przypadek, w którym, przeciwnie, pożyczkę wykluczono. Z tego samego powodu zwrot: *nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum* (nie bardziej przysługuje roszczenie z pożyczki), musiał odnosić się do przypadku, w którym pożyczkę wykluczono, tj. do tego, którego dotyczyło pytanie prawne, nie zaś do tych, w których pożyczkę uznano, tj. do delegacji i porozumienia dodanego do depozytu: te ostatnie mogłyby uzasadniać przyznanie skargi z pożyczki, ale nie jej odmowę.

² Na temat *Quaestiones Africanusa* por. A. D'ORS, *Las 'Quaestiones de Africano'*, Mursia-Roma 1997.

³ Ciekawe wyjaśnienie odmownej decyzji Juliana proponuje M. ZABŁOCKA, *Realty character 'mutuum' w rzymskim prawie klasycznym*, «CPH» 31.2/1979, s. 21. Autorka trafnie odnotowuje, że w cytowanym tekście mówi się jedynie o listownej prośbie zarządcy, skierowanej do pryncypała, by ten pozwolił mu zatrzymać jako pożyczkę pieniądze pozyskane w ramach zarządu, nie wspomina się natomiast ani słowem o odpowiedzi pryncypała. Opierając się na tej obserwacji Autorka stawia hipotezę, że w analizowanym stanie faktycznym propozycja zarządcy nie doczekała się żadnej reakcji ze strony pryncypała, a zatem nie było porozumienia stron. To tłumaczyłoby

nionej kwoty wraz z zadeklarowanymi odsetkami⁴. Uzasadniając odwołanie zakwalifikowania opisanego stanu faktycznego jako pożyczki, Julian wskazał jako podobne do niego dwie sytuacje, w których również należało jego zdaniem wykluczyć pożyczkę, tj. próbę umownego przekształcenia w pożyczkę długu z dowolnego innego kontraktu (*nudum pactum*), oraz pozyskanie pieniędzy, mających być przedmiotem pożyczki, jako ceny ze sprzedaży rzeczy, wręczonej w tym celu proszącemu o pożyczkę przez niedosłzłego pożyczkodawcę (*contractus mohatrae*). Uzupełniając swoją argumentację jurysta przeciwstawił przedłożony mu stan faktyczny dwóm innym sytuacjom, które były w jego czasach uznawane za pożyczkę, choć odbiegały od podstawowego schematu tejże. Były to: udzielenia *ex post* przez deponensa depozytariuszowi zgoda na to, by wykorzystał jako pożyczkę zdeponowane u niego pieniądze (w dalszej części tekstu będę określać tę sytuację jako „pozwolenie na skorzystanie z depozytu”), oraz wypłata pieni-

wykluczenie pożyczki, która była przeciwieństwem kontraktu. Przeciwno proponowanej interpretacji przemawia przede wszystkim kontekst wywodów Juliana: gdyby wykluczył on pożyczkę ze względu na brak porozumienia stron, nie odwoływałby się do analogii z sytuacjami, w których porozumienie takie było, a mimo to pożyczkę wykluczono (*contractus mohatrae* oraz *nudum pactum*), a także nie podkreślałby różnic między rozważanym przypadkiem, a innymi, nietypowymi schematami pożyczki, dopuszczanymi we współczesnym mu prawie (jak przekształcenie w pożyczkę depozytu, lub delegacja dłużnika). Jak zauważa U. von Lütrow, *op. cit.* s. 24, wskazanie podobieństwa do przypadków, w których nie było pożyczki, oraz różnicy w stosunku do przypadków, w których pożyczkę dopuszczono, pełniło kluczową rolę w argumentacji Juliana. Kontekst ten zdaje się zatem wskazywać, że dla Juliana problemem prawnym był zakres dopuszczalnego odstęstwa od podstawowego schematu pożyczki, zakładającego przekazanie przez pożyczkodawcę pożyczkobiorcy własności pieniędzy lub rzeczy zamiennych, nie zaś brak porozumienia stron.

⁴ W literaturze podnosi się, że w prawie klasycznym nieformalne porozumienie zmierzające do zwiększenia obowiązków dłużnika, mogło wywołać ten skutek tylko wówczas, gdy zostało dodane do kontraktu dobrej wiary (np. do zlecenia), już w momencie jego zawarcia (*pactum in (ex) continenti*). Jeśli zostało dodane *ex post* (*pactum ex intervallo*), tak jak w opisywanym stanie faktycznym, to pozostawało bezskuteczne. Z tego powodu frazę, dotyczącą odsetek, uznaje się na ogół za interpolowaną (por. U. von Lütrow, *op. cit.* s. 54).

dzy pożyczkobiorcy przez dłużnika pożyczkodawcy, na polecenie tego ostatniego (określane dalej jako „wypłata na polecenie”).

Pierwszy argument Juliana przeciwko uznaniu pożyczki w przedłożonym mu stanie faktycznym ma strukturę *reductio ad absurdum*⁵. Jurysta podkreślił, że logiczną konsekwencją uznania, że jest to pożyczka, byłoby dopuszczenie przekształcania w pożyczkę zobowiązań z dowolnych innych kontraktów, za pomocą zwykłych porozumień: *alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactioe pecuniam creditam fieri posse*⁶. Stan faktyczny, przedstawiony juryscie do zaopiniowania, byłby szczególnym przypadkiem zastosowania tej konstrukcji: prokurator, który wyegzekwował pieniądze od dłużników swego pryncypała, był względem niego zobowiązany ze zlecenia. Gdyby zezwolenie na wykorzystanie pieniędzy przez prokuratora skutkowało powstaniem zobowiązania z pożyczki, byłaby to pożyczka zawarta w formie porozumienia, modyfikującego wcześniejsze zobowiązanie. Potraktowanie tego przypadku jako pożyczki, przy jednoczesnej odmowie takiego zakwalifikowania innych porozumień, odraczających spłatę wcześniej istniejących długów, wymagałoby od jurysty wskaza-

⁵ Na temat struktury i funkcji *argumentum ad absurdum* w argumentacji jurystów rzymskich por. T. GIARO, *Absurditätsargumente in der römischen Jurisprudenz. Ein Überblick*, «OIR» 11/2006, s. 31 i n.

⁶ Inną interpretację tej frazy przyjmuje M. ZABŁOCKA, *op. cit.* s. 19, która tłumaczy *alioquin* jako 'w pozostałych przypadkach', nie zaś 'w przeciwnym razie'. Filologicznie oba tłumaczenia wydają się możliwe. Wstępny przegląd występowania słowa *alioquin* w tekstach Juliana wykazał, że bywa ono używane w obu znaczeniach, z lekką przewagą drugiego. Do przyjęcia tłumaczenia 'w przeciwnym razie' w analizowanym tekście skłania mnie przede wszystkim kontekst rozważań Juliana. Argumentuje on przeciw przyjęciu pożyczki w przedłożonym mu stanie faktycznym, ten zaś byłby właśnie przypadkiem przekształcenia zobowiązania ze zlecenia w pożyczkę za pomocą zwykłego porozumienia. Gdyby Julian we wszystkich innych przypadkach tego rodzaju dopuszczał pożyczkę, musiałby podać rację, dla której ją wykluczył w analizowanej przez siebie sytuacji. Żadnej jednak racji nie podaje. Stwierdzenie, że 'w pozostałych przypadkach można przekształcić inne zobowiązanie w pożyczkę poprzez zwykłe porozumienie', nie zrównoważone żadnym kontrargumentem, osłabiałoby tylko jego argumentację, a tym samym nie znajduje wytłumaczenia w logice jego wywodu. Z tych samych powodów przyjmuje tłumaczenie „w przeciwnym razie” U. von Lütrow, *op. cit.* s. 24.

nia istotnej różnicy, uzasadniającej odrębne rozstrzygnięcia w każdej z tych sytuacji. Julian takiej różnicy nie dostrzega, a zarazem, jak się wydaje, chce uniknąć nadmiernego rozszerzenia konstrukcji pożyczki, które w praktyce otwierałoby drogę do jej zaciągania bez jakiegokolwiek udziału pieniędzy lub rzeczy zamiennych: istnieją wszak długi, których powstanie nie wiąże się z otrzymaniem od wierzyciela jakiejkolwiek rzeczy (np. zobowiązanie do pokrycia kosztów zlecenia, czy do zapłaty czynszu najmu). Umożliwienie zawarcia pożyczki poprzez porozumienie odraczające spłatę istniejących długów musiałoby dotyczyć również tych ostatnich. Julian stara się uniknąć tej konsekwencji, dlatego odrzuca zarówno kwalifikację przedłożonego mu przypadku jako pożyczki, jak i regułę ogólną, która pozwalałaby przekształcać dowolne zobowiązania w pożyczkę, poprzez zwykłe porozumienie.

Drugim krokiem argumentacji Juliana jest przeciwstawienie przypadku, przedłożonego mu do zaopiniowania, sytuacji, w której dochodzi do przekształcenia depozytu w pożyczkę na skutek porozumienia o wykorzystaniu przez depozytariusza zdeponowanych pieniędzy. Także i ta konstrukcja daje się opisać jako przekształcenie w pożyczkę zobowiązania, które powstało wcześniej z innego tytułu. Tym razem jednak Julian wyraźnie wskazuje element, który odróżnia depozyt od innych zobowiązań, uzasadniając możliwość przekształcenia go w pożyczkę poprzez późniejsze porozumienie: jest to okoliczność, że depozytariusz otrzymał już wcześniej od deponensa pieniądze, mające być przedmiotem pożyczki, i w momencie jej zawierania miał je już w swoim władaniu jako detentor. Jeśli typowy schemat pożyczki zakłada przekazanie pożyczkobiorcy przez pożyczkodawcę własności pieniędzy lub innych rzeczy zamiennych, to w przypadku depozytu ich przekazanie odbywa się niejako w dwóch etapach: najpierw pożyczkobiorca otrzymuje je w detencji, później zaś pożyczkodawca przekazuje mu ich własność⁷. Jak podkreśla Julian, ten właśnie aspekt

⁷ Przejęcie własności następuje w takim przypadku w oparciu o schemat *traditio brevi manu*, znany już jurystom klasycznym (por. W.M. GORDON, *Studies in the transfer of property by 'traditio'*, Aberdeen 1970, s. 36-43). Autor trafnie zauważa, że sytuacja, w której ktoś nabywa mocą samego porozumienia własność rzeczy, która już wcześniej znalazła się w jego władaniu (traktowana przez glosatorów jako rodzaj

odróżnia omawianą konstrukcję od stanu faktycznego, przedłożonego mu do zaopiniowania: *Nec huic simile esse quod, si pecuniam apud te depositam convenit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt* (nie jest do tego [tj. do rozważanego przypadku] podobna sytuacja, w której umawiamy się, abys zdeponowane u ciebie pieniądze miał jako pożyczkę, wówczas bowiem pieniądze, które były moje, stają się twoje). Warto zwrócić uwagę, że w przypadku udzielonego *ex post* pozwolenia na skorzystanie z depozytu pożyczka stanowi tytuł nabycia własności pieniędzy przez dotychczasowego depozytariusza.

Typowy schemat pożyczki zakłada, że pożyczkodawca wręcza pożyczkobiorcy pieniądze lub inne rzeczy zamiennie, przynosząc jednocześnie ich własność na pożyczkobiorcę. Przykład przekształcenia depozytu w pożyczkę na mocy późniejszego porozumienia odbiega od typowego schematu tylko o tyle, że moment faktycznego wręczenia pieniędzy przez pożyczkodawcę pożyczkobiorcy, oraz moment przekazania ich własności, są od siebie odsunięte w czasie. Okoliczność, że pożyczkobiorca nabywa od pożyczkodawcy własność pieniędzy i że pożyczka stanowi tytuł ich nabycia, pozostaje jednak nie zmieniona⁸.

Znaczenie dalej wychodzi poza ten schemat trzecia z przywołanych przez Juliana sytuacji, w której pożyczkodawca upoważnia pożyczkobiorcę, by ten odebrał pieniądze, mające stanowić przedmiot pożyczki, bezpośrednio od dłużnika pożyczkodawcy (delegacja). W tej sytuacji przedmiot pożyczki zostaje wręczony pożyczkobiorcy nie przez pożyczkodawcę, lecz przez jego dłużnika, od którego też pożyczkobiorca

fikcyjnej *traditio* i opisywana jako *traditio brevi manu*, Tamże, s. 103-104), była uznawana przez jurystów klasycznym raczej za przypadek analogiczny do *traditio* (na co wskazuje zwrot *pro tradita*, występujący w źródłach), niż za przykład *traditio* fikcyjnej. Tamże, s. 38.

⁸ Sytuację paralelną do powyższej opisuje Gaius (D. 41.1.9.5): biorący w użyczenie kupuje rzecz od użyczającego i od tego momentu za zgodą sprzedawcy zaczyna ją posiadać z tytułu kupna, (*patitor eam ex causa emptionis apud te esse*). Z punktu widzenia niniejszych rozważań ważne jest stwierdzenie Gaiusa, że w takiej sytuacji kupujący nabywa rzecz tytułem sprzedaży (*ex causa emptiois*). Analogicznie w przypadku opisanym przez Juliana należy uznać, że dotychczasowy depozytariusz nabywa własność zdeponowanych pieniędzy tytułem pożyczki.

nabywa własność wręczonych mu pieniędzy. Pożyczkobiorca otrzymuje więc pieniądze nie od pożyczkodawcy, lecz od wskazanej przez niego osoby. W okresie klasycznym pojawiła się tendencja do wyjaśniania powyższej konstrukcji, poprzez odwołanie się do fikcji, że pieniądze zostały wręczone najpierw pożyczkodawcy przez jego dłużnika, a następnie przez pożyczkodawcę pożyczkobiorcy (fikcja podwójnej *datio*)⁹. Jak trafnie zauważa José Luis Alonso, fikcja ta nie obejmowała jednak skutków prawnorzeczowych, tj. nie prowadziła do uznania, by własność pieniędzy przeszła z pożyczkodawcy na pożyczkobiorcę¹⁰. Świadczy o tym dobitnie wypowiedź Ulpian, który, powołując się na omawianą fikcję, jednocześnie podkreśla, że własność pieniędzy nie pochodzi w takim przypadku od pożyczkodawcy. Wydaje się, że w ujęciu Ulpiana fikcja podwójnej *datio* pełni funkcję analogii: jest formą zwrócenia uwagi na podobieństwo między sytuacją, w której dłużnik oddałby pieniądze wierzycielowi, który następnie osobiście wypłaciłby je pożyczkobiorcy, a taką, w której dłużnik, realizując wolę wierzyciela, wypłaca pieniądze bezpośrednio pożyczkobiorcy. Ten ostatni schemat jest zwykłym uproszczeniem pierwszego: polecenie wierzyciela (A) i jego realizacja przez dłużnika (B), polegająca na wypłacie pieniędzy pożyczkobiorcy (C), prowadzi z jednej strony do wygaśnięcia długu B względem A (zgodnie z ogólnymi zasadami, regulującymi wygaśnięcie zobowiązań), z drugiej zaś do

⁹ Fikcję taką stosował współczesny Julianowi Celsus (por. D.12.1.33), a także Ulpian (por. D.12.1.15, tekst analizowany w dalszej części niniejszych rozważań). Zdaniem M. ZABŁOCKIEJ, *op. cit.*, s. 15, Celsus – twórca fikcji podwójnej *datio* – najprawdopodobniej jako pierwszy zastosował ją do wyjaśnienia skuteczności pożyczki w cudzym imieniu, co pozwoliło mu rozszerzyć tę konstrukcję na wszelkie osoby wolne. J.L. ALONSO, *Estudios sobre la delegación. I: La doble atribución patrimonial*, Santiago de Compostela 2001, s. 122, trafnie zauważa, że fikcja ta dla Juliana miała nieco inne znaczenie niż dla Celsusa: Julian postrzegał ją bardziej jako analogię, niż jako fikcję *sensu stricto*. Zdaniem M. ZABŁOCKIEJ, *op. cit.* s. 15-18, przed Celsusem i Julianem możliwość udzielenia pożyczki w cudzym imieniu przysługiwała najprawdopodobniej tylko zarządcom majątku oraz bankierom. Osobom, w których imieniu zarządca lub bankier udzielił pożyczki, jurysdykcja przyznawała skargę o równowartość (*conditio*) z pobudek pragmatycznych, nie próbując uzasadniać tej konstrukcji. Tamże, s. 18.

¹⁰ Por. J.L. ALONSO, *op. cit.* s. 158-159.

nabycia przez C własności określonej ilości pieniędzy. Są to dokładnie te same skutki, które osiąga się w sytuacji, gdy dłużnik (B) wypłaca pieniądze wierzycielowi (A) (zobowiązanie wówczas wygasa), zaś ten ostatni wydaje je pożyczkobiorcy (C) (który nabywa ich własność). Różnica sprowadza się do tego, że w pierwszym przypadku własność pieniędzy nie pochodzi od pożyczkodawcy (jak w podstawowym schemacie pożyczki), lecz od jego dłużnika. Zdając sprawę z tej różnicy jurysdykcja podkreślała, że jest to rozwiązanie wyjątkowe, tj. przełamujące typowy schemat pożyczki (stąd podkreślenie Juliana, że chodzi o rozwiązanie, przyjęte dla wygody – *benigne*, oraz Ulpiana, że jest to konstrukcja szczególna, przyjęta na potrzeby pożyczek pieniężnych – *singularia recepta sunt circa pecuniam creditam*). Należy zauważyć, że w sytuacji gdy dłużnik pożyczkodawcy na jego zlecenie wypłaca pieniądze pożyczkobiorcy, pożyczkobiorca nabywa ich własność tytułem pożyczki, i na tej podstawie można twierdzić, że realny charakter pożyczki jest tutaj zachowany, mimo że pieniądze nie pochodzą od pożyczkodawcy, lecz od jego dłużnika. Dla Juliana jest to najdalsze dopuszczalne odstępstwo od podstawowego schematu pożyczki i zarazem graniczny przypadek tejże.

Gdyby sprowadzić realny charakter pożyczki do wymogu, by pożyczkobiorca nabył własność określonej ilości pieniędzy tytułem pożyczki (tj. przyjmując na siebie jednocześnie zobowiązanie do zwrotu ich równowartości określonej osobie), to wówczas dla uznania pożyczki w przypadku wypłaty pieniędzy na polecenie pożyczkodawcy przez wskazaną przez niego osobę nie byłaby nawet konieczna fikcja podwójnej *datio*. Wydaje się, że Julian podążał tym właśnie tropem. Widział on bowiem analogię pomiędzy sytuacją, w której ktoś na prośbę pożyczkodawcy wypłacił własne pieniądze pożyczkobiorcy, a taką, w której ktoś z własnej inicjatywy wypłacił własne pieniądze pożyczkobiorcy, zobowiązując go jednocześnie do zwrotu ich równowartości wskazanej przez siebie osobie trzeciej. Zgodnie z poglądem Arystona, akceptowanym przez Juliana, pożyczkodawcą stawała się w takiej sytuacji osoba, wskazana przez wypłacającego, nie zaś on sam:

D.12.,1,9,8 (Ulp. 26 ad ed): *Si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos absente te et ignorante, Aristo scribit acquiri tibi conditionem: Iulianus quoque de hoc interrogatus libro decimo scribit veram esse Aristonis sententiam nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi adquiritur obligatio, cum cottidie creditor pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro*¹¹.

Fikcja podwójnej *datio* byłaby tutaj trudna do zastosowania, zwłaszcza, że osoba, która nabyła roszczenie z pożyczki, w momencie dokonania transakcji nic o niej nie wiedziała (trudno zatem uznać, by cokolwiek przyjęła i cokolwiek sama wypłaciła). Skoro Julian uznał ten przypadek za analogiczny do wypłaty pieniędzy pożyczkobiorcy przez osobę działającą na zlecenie pożyczkodawcy, to znaczy, że do zakwalifikowania żadnego z tych przypadków jako pożyczki nie stosował fikcji podwójnej *datio*. Tym, co łączy oba powyższe przypadki jest natomiast okoliczność, że i w pierwszym i w drugim pożyczka stanowiła tytuł nabycia własności pieniędzy przez pożyczkobiorcę¹².

¹¹ „Jeśli dałem <komuś> moje pieniądze, w twoim imieniu, tak jakby <były> twoje, a ty byłeś nieobecny i o tym nie wiedziałeś, Aristo napisał, że nabywasz skargę o zwrot ich równowartości. Zapytany o to Julian napisał w dziesiątej księdze, że rozstrzygnięcie Aristona jest prawdziwe i że nie należy wątpić, że, jeśli dam moje pieniądze, w twoim imieniu i z twojej woli, nabywasz wierzytelność, gdyż często chcąc udzielić pożyczki prosimy, by wierzyciel wypłacił w naszym imieniu <pieniądze> naszemu przyszłemu dłużnikowi”.

¹² Przytoczony tekst nasuwa wiele trudności interpretacyjnych i z tego powodu był podejmowany o interpolacje. Wyczerpujące omówienie tych trudności podaje J.L. Alonso, *op. cit.* s. 173-185, poddając jednocześnie obszernie krytyce proponowane we wcześniejszej literaturze interpretacje, zmierzające do usunięcia powyższych trudności. Z punktu widzenia niniejszych rozważań najistotniejsze jest zastrzeżenie, że przypadek rozważany przez Aristona różni się w istotnym punkcie od tego, który Julian przytacza jako analogiczny do niego: w sytuacji opisanej przez Aristona osoba, w imieniu której wypłacono pożyczkę, nic o niej nie wiedziała (*absente te et ignorante*), podczas gdy Julian w swoim przykładzie podkreśla, że pieniądze wypłacono w imieniu i na życzenie pożyczkodawcy (*tuo nomine voluntate tua*). Za autentycznością zarówno rozstrzygnięcia Aristona jak i analogii Juliana opowiada się

Hipoteza, że Juliana nie stosuje fikcji podwójnej *datio*, lecz traktuje jako niezbędną, a zarazem wystarczającą przesłankę pożyczki wymóg, by stanowiła ona tytuł nabycia własności pieniędzy przez pożyczkobiorcę¹³, ma kluczowe znaczenie dla wyjaśnienia powodów jej wykluczenia.

Zdecydowanie A. CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung im römischen Privatrecht*, Berlin 1973, s. 249-250. Zdaniem tego autora oryginalny przykład Juliana, przytoczony jako analogiczny do opisanego przez Aristona, obejmował sytuację, w której to bankier wypłacił komuś własne pieniądze jako pożyczkę w imieniu swego klienta: przyznając, że klient banku nabył w takiej sytuacji roszczenie o zwrot równowartości bezpośrednio do pożyczkobiorcy, znajduje wówczas swoje uzasadnienie w rozstrzygnięciu Aristona, zgodnie z którym sam fakt, że ktoś przyjął pieniądze, zobowiązując się zarazem, że je zwróci osobie wskazanej przez wypłacającego, wystarcza by ta osoba (nie zaś sam wypłacający), nabyła skargę (*conditio*) o ich zwrot. Autor słusznie podkreśla, że relacja pomiędzy wypłacającym, a osobą, w której imieniu wypłacił on pieniądze (niezależnie od tego, jak mogła wyglądać w rzeczywistości), nie miała znaczenia dla decyzji Aristona, co wynika z tekstu. Ta relacja nie była również istotna dla Juliana. W kwestii zwrotu „*voluntate tua*” autor skłania się do hipotezy, że nie wyszedł on spod ręki Juliana, lecz jest późniejszą wstawką. Problem zastępstwa bezpośredniego zdaniami A. Clausa w sprawie rozważanej przez Aristona w ogóle nie powstał, gdyż problem dotyczył *conditio*, nie zaś samego zobowiązania.

¹³ Na poparcie tej tezy można przytoczyć fragment D.12.,1,18, szeroko dyskutowany w doktrynie. Przedmiotem rozstrzygnięcia Juliana (komentowanego przez Ulpiana), był następujący przypadek: X wręczył Y-owi określoną sumę pieniędzy jako darowiznę, którą Y przyjął omyłkowo jako pożyczkę. Zdaniem Juliana własność pieniędzy przeszła na nabywcę (por. D.41.,1,36). Zarazem Julian wykluczył, by tytułem nabycia własności była w takim przypadku darowizna. Konsekwentnie pozostaje uznać, zgodnie z sugestią O. Behrensa, że własność przeszła tytułem pożyczki. (por. O. BEHRENS, *Acta causa traditionis. La trasmissione della proprietà secondo il 'ius gentium' del diritto classico*, [w:] *Tradere ed altri studi*, red. L. LABRUNA, Napoli 1998, s. 27 i n.). By uzasadnić tę tezę, zachowując przy tym wymóg porozumienia stron przy pożyczce, O. Behrens skonstruował dość barokowe wyjaśnienie, zgodnie z którym zamiar darowizny zawiera w sobie, a tym samym implikuje, zamiar udzielenia pożyczki. Wyjaśnienie to zakłada kontrfaktyczną interpretację zachowania niedosłego darczyńcy: twierdzi się oto, że zamiarzał on pożyczkę pieniędzy, choć w rzeczywistości zamierzał je darować. Trudności tej można unikać przyjmując, że z punktu widzenia Juliana decydująca dla powstania zobowiązania z pożyczki była intencja, w jakiej pożyczkobiorca przyjął pieniądze, tj. *causa* nabycia ich własności. Przyjęcie ich w zamiarze zwrócenia ich równowartości określonej osobie, rodziło obowiązek zwrotu ich, równowartości tej właśnie osobie, że względu na brak podstawy prawnej do

czenia w trzech wymienionych w źródle sytuacjach. Są to: pozwolenie na zatrzymanie jako pożyczki pieniędzy, wyegzekwowania wczesniej od dłużników pożyczkodawcy, przekształcenie w pożyczkę długu z kontraktu konsensualnego, oraz przekazanie pożyczkobiorcy srebra na sprzedaż, by mógł zatrzymać jako pożyczkę uzyskane w ten sposób pieniądze. W żadnej z tych sytuacji pożyczka nie stanowiła tytułu nabycia własności pieniędzy przez niedosłego pożyczkobiorcę: w pierwszej nabył je on już wcześniej, wykonując zlecenie pryncypała, w drugim mogło się zdarzyć, że stał się dłużnikiem nie otrzymawszy nigdy żadnych pieniędzy od wierzyciela, w trzecim nabył je jako zapłatę za srebro, nie zaś jako pożyczkę. W każdym z przytoczonych przypadków trudność tę można by łatwo ominąć, stosując fikcję podwójnej *datio*. W przypadku delegacji pozwalała ona uznać, że pieniądze zostały najpierw zwrócone przez dłużnika wierzycielowi, a następnie wypłacone przez tego ostatniego pożyczkobiorcy. Nic zatem nie stoi na przeszkodzie, by w trzech opisanych sytuacjach przyjąć, że dłużnik zwrócił pieniądze wierzycielowi, a następnie sam otrzymał je od niego z powrotem, tytułem pożyczki, ponieważ „co przyjmuje się w odniesieniu do dwóch osób, powinno być przyjęte również w odniesieniu do jednej”. Takie właśnie rozumowanie przeprowadzi Ulpijan, dopuszczając przekształcenie w pożyczkę zobowiązania ze zlecenia (tekst, przytoczony w dalszej części rozważań).

Z punktu widzenia Juliana, który, jak starano się wykazać, nie stosował fikcji podwójnej *datio*, każda z powyższych sytuacji (tj. przekształcenie w pożyczkę długu ze zlecenia lub z innego kontraktu konsensualnego, oraz zatrzymanie jako pożyczki ceny, uzyskanej ze sprzedaży rzeczy, otrzymanej od pożyczkodawcy), pozostaje istot-

ich definitywnego zatrzymania. Proponowana rekonstrukcja wydaje się zgodna z historią powstania pożyczki, jako zobowiązania do zwrotu rzeczy, otrzymanych definitywnie (por. V. GIUFFRÈ, *La 'datio mutui'*. *Prospective romane e moderne*, Napoli 1989). W miarę rozwoju rzymskiego systemu kontraktowego element konsensualny przy pożyczce był coraz silniej podkreślany i stopniowo wybił się na plan pierwszy. To jednak nie znaczy, że proces ten został już zakończony za czasów Juliana, który wydaje się wciąż bardziej przywiązany do aspektu prawnorzecowego pożyczki (nabycie własności pieniędzy tytułem pożyczki), niż do jej aspektu konsensualnego.

nie różna od przypadku, gdy osoba wskazana przez pożyczkodawcę, na jego polecenie wypłaciła pieniądze pożyczkobiorcy. Tylko w tym ostatnim przypadku pożyczka stanowiła bowiem tytuł nabycia własności pieniędzy przez pożyczkobiorcę. Jeśli dla Juliana był to element konieczny pożyczki, to nie dziwi, że nie widział on przejścia logicznego pomiędzy wypłatą pieniędzy na zlecenie pożyczkodawcy, a sytuacją, w których pożyczkobiorca miałby za zgodą wierzyciela zatrzymać jako pożyczkę pieniądze uzyskane z innego tytułu. Przekształcenie zobowiązania ze zlecenia – lub z jakiegokolwiek innego kontraktu, nie związanego z przekazaniem rzeczy – w pożyczkę, mocą zwykłego porozumienia, oznaczałoby dla Juliana całkowite uniezależnienie pożyczki od przekazania pożyczkobiorcy jakichkolwiek pieniędzy lub rzeczy zamiennych, a tym samym prowadziło do złamania jej podstawowej cechy konstrukcyjnej.

Z tego samego, jak się wydaje, powodu Julian odrzucił pożyczkę w ostatniej z analizowanych sytuacji, którą się posłużył jako bezpośrednią analogią dla przypadku, przedstawionego mu w pytaniu. Jurysta wykluczył, by osobie, która wręczyła niedoszłemu pożyczkobiorcy srebro na sprzedaż, przysługiwała skarga z tytułu pożyczki. Zarazem rozstrzygnął, że ten, kto srebro otrzymał, ponosił ryzyko przypadkowej utraty pieniędzy pozyskanych z jego sprzedaży. Zdaniem jurysty takie samo rozwiązanie należało przyjąć w przedstawionym mu stanie faktycznym: także i tutaj prokurator będzie ponosił ryzyko przypadkowej utraty wyegzekwowanych pieniędzy, zaś wierzyciel będzie mógł się ubiegać o zwrot ich równowartości wraz z odsetkami, stosując skargę ze zlecenia. Zwrot *his argumentum esse*, wprowadzający powyższą analogię, można wyjaśnić następująco: argumentem na rzecz rozwiązania proponowanych w przypadku, którego dotyczyło pytanie jest okoliczność, że ryzyko przypadkowej utraty pieniędzy, uzyskanych ze sprzedaży srebra, spoczywa na niedoszłym pożyczkobiorcy, choć nie odpowiada on z tytułu pożyczki. Przykład srebra na sprzedaż posłużył więc Julianowi jako bezpośredni argument na rzecz tezy, że wykluczenie pożyczki nie musi za sobą pociągać uwolnienia dłużnika od ryzyka utraty pieniędzy. Nie ma zatem przeszkód by prokurator, który wyegzekwował pieniądze od dłużników pryncypała, a następnie uży-

skąd od niego zgodę na ich wykorzystanie, odpowiadał nie z pożyczki, lecz ze zlecenia, ponosząc zarówno ryzyko utraty pieniędzy, jak i będąc zobowiązanym do zapłaty odsetek¹⁴. Zważywszy, że to ostatnie rozstrzygnięcie zostało zaprezentowane jako konkluzja, wywiedziona z analogii z przypadkiem przekazania srebra na sprzedaż osobie, która prosiła o pożyczkę, można przyjąć, że również w przypadku srebna na sprzedaż Julian odwoływał się do konstrukcji zlecenia. Obie te sytuacje odbiegają od schematu pożyczki w tym samym punkcie, tj. w każdej z nich niedoszły pożyczkobiorca nabył własność pieniędzy z innego niż pożyczka tytułu.

Okoliczność, że proszący o pożyczkę nabył własność pieniędzy, które miały być jej przedmiotem, już wcześniej i z zupełnym innego tytułu, to zarazem jedyny element, który odróżnia opisaną w pytaniu sytuację, od przypadku delegacji. [W tym ostatnim, jak pamiętamy, Julian uznał, że delegant, (tj. ten, któremu polecono odebrać należność), zaciągnął pożyczkę u delegansa, (tj. u tego, kto wydał polecenie), z chwilą, gdy delegatariusz (będący dłużnikiem polecającego), wypłacił mu

¹⁴ Jak to wyżej zaznaczono (por. przyp. 4), w literaturze romanistycznej podnosi się, że opinia o możliwości dochodzenia odsetek od prokuratora nie mogła pochodzić od Juliana. Podstawą zastrzeżeń co do autentyczności tego rozstrzygnięcia jest konstatacja, że nieformalne porozumienie zwiększające zakres obowiązków jednej ze stron nie wywoływało skutków prawnych, o ile nie było dołączone do kontraktu już w momencie jego zawierania (*pactum ex continenti*). Z drugiej strony możliwość dochodzenia odsetek wydaje się najważniejszą zaletą praktyczną rozstrzygnięcia Juliana (por. J.L. ALONSO, *op. cit.* s. 173-185). Możliwość taką wydaje się potwierdzać także analogia z *contractus mohatrae*, w odniesieniu do którego Julian wyraźnie podkreśla, że odsetki się należą. Zastrzeżenie odsetek wydaje się również ważnym elementem stanu faktycznego. Nie lekceważąc trudności wskazywanych w literaturze, a zarazem próbując obronić autentyczność rozważanego rozstrzygnięcia, można zaryzykować następującą konkluzję: zlecenie, będące podstawą skargi, którą Julian przyznawał przeciw prokuratorowi, nie dotyczyło zarządu majątkiem (nie poprzedzało zatem ani egzekucji długów, ani porozumienia o odsetkach). Pryncypał mógł natomiast zlecić prokuratorowi zainwestowanie wyegzekwowanych już pieniędzy, w celu osiągnięcia zysku, którego część, w postaci odsetek od zainwestowanej kwoty, miała przyspaść zleceniodawcy. Byłoby to zatem zlecenie *mea et tua gratia*, którego źródłem była odpowiedź na list, zawierający propozycję zainwestowania pieniędzy i zapłaty odsetek.

pieniądze]. Różnica pomiędzy tymi stanami faktycznymi jest na pozór niewielka i sprowadza się do czasowej sekwencji zdarzeń: w obu przypadkach pieniądze, mające być przedmiotem pożyczki, pochodziły od dłużników pożyczkodawcy, z tym, że w przypadku delegacji zgoda na ich zatrzymanie jako pożyczki poprzedzała ich wyegzekwowanie, zaś w sytuacji, której dotyczyło pytanie, pożyczkodawca udzielił jej *ex post*. Z punktu widzenia prawa różnica ta ma jednak fundamentalne znaczenie, bowiem w przypadku delegacji umowa pożyczki stanowiła podstawę prawną (*causa*) nabycia własności pieniędzy przez pożyczkobiorcę, czego nie można powiedzieć o sytuacji, opisanej w pytaniu prawnym. W tej ostatniej związku, pomiędzy nabyciem własności pieniędzy, a zaciągnięciem zobowiązania z pożyczki byłby całkowite zerwanie: byłaby to pożyczka, zawarta w drodze zwykłego porożumienia, przekształcającego wcześniej istniejący dług. Dopuszczenie takiej możliwości pozbawiłoby pożyczkę realnego charakteru¹⁵: w skrajnych przypadkach mogłoby się zdarzyć, że pożyczkobiorcą został ktoś, kto nigdy nie otrzymał przedmiotu pożyczki (tj. określonej sumy pieniędzy lub rzeczy zamiennych), lecz był winien przysłannemu pożyczkodawcy określoną sumę pieniędzy np. tytułem czynszu, lub jako zwrot kosztów zlecenia. Julian, jak się wydaje, stara się przeciwdziałać takiemu rozwojowi wypadków, stawiając jako minimalny wymóg pożyczki otrzymanie przez pożyczkobiorcę, tytułem pożyczki, a nie z jakiegokolwiek innej przyczyny, określonej kwoty pieniędzy lub rzeczy zamiennych.

Granicę, zakreśloną przez Juliana, jak wspomniano wyżej, przekroczył Ulpian, który odwołał się w tym celu do fikcji podwójnej daty:

D. 12,1,15 (Ulp., 31 ad ed): *Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati*

¹⁵ Tak również U. VON LÜBOW, *op. cit.* s. 78.

*pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te projecta*¹⁶.

Zastosowanie fikcji podwójnej *datio* pozwoliło Ulpianowi uznać przypadek, w którym pożyczkodawca zleca swemu dłużnikowi by wypłacił należność bezpośrednio pożyczkobiorcy za analogiczny do sytuacji, w której to sam pożyczkobiorca był dłużnikiem pożyczkodawcy z innego tytułu, a następnie otrzymał od niego pozwolenie na zatrzymanie należności jako pożyczki: tak, jak gdyby dłużnik na zlecenie wierzyciela wypłacił należność sam sobie (zamiast osobie trzeciej) tytułem pożyczki. Ekonomicznie nie ma bowiem żadnej różnicy między tymi przypadkami. Nie należy jednak tracić z pola widzenia istotnej zmiany, jaką decyzyja Ulpiana za sobą pociąga, jeśli chodzi o rozumienie, czym jest realny charakter pożyczki: na gruncie jego koncepcji przedmiotem pożyczki okazuje się nie tyle określona suma pieniędzy lub rzeczy zamiennych, które pożyczkobiorca nabywa na własność, ile ich ekonomiczny ekwiwalent, którym jest w omawianym przypadku wierzytelność.

Dla Juliana istotniejszy, niż rachunek ekonomiczny, jest fakt nabycia przez pożyczkobiorcę na własność określonej sumy pieniędzy tytułem pożyczki, co następuje w przypadku wypłaty pieniędzy pożyczkobiorcy przez dłużnika pożyczkodawcy i na jego zlecenie, ale już nie wówczas, gdy to sam dłużnik, zwracający się z prośbą o pożyczkę do swego wierzyciela, uzyskuje odeń pozwolenie na zatrzymanie należności jako pożyczki. Z punktu widzenia Juliana przypadki te nie są więc analogiczne, dlatego może on uznać pożyczkę w pierwszym z nich i zarazem wykluczyć ją w drugim.

Analogie, którymi posługuje się Julian, ułożone są według kryterium nabycia własności pieniędzy tytułem pożyczki przez pożyczkobiorcę.

¹⁶ „Szczegółne <uregulowania> przyjęto w odniesieniu do pożyczek pieniężnych. Jeśli bowiem nakażę mojemu dłużnikowi aby dał ci pieniądze, jesteś zobowiązany względem mnie, chociaż nie otrzymałeś moich pieniędzy. Co zaś przyjmując się w odniesieniu do dwóch osób, powinno być przyjęte również w odniesieniu do jednej, tak że <w sytuacji> gdy jesteś mi dłużny pieniądze z tytułu zlecenia, i porozumieły się, że zatrzymasz je jako pożyczkę, należy uznać że pieniądze zostały mnie dane, i wróciły ode mnie do ciebie”.

Po jednej stronie znajdują się sytuacje, w których jest ono spełnione – wierzycielowi przysługuje wówczas roszczenie z pożyczki; po drugiej zaś te, które kryterium tego nie spełniają – w tych ostatnich jurysta konsekwentnie wyklucza pożyczkę. Do pierwszej grupy należy delegacja dłużnika oraz przekształcenie depozytu w pożyczkę, do drugiej natomiast pozyskanie pieniędzy ze sprzedaży srebra (*contractus mohatrae*), oraz zezwolenie na zatrzymanie jako pożyczki pieniędzy, wyegzekwowanych już wcześniej przez pożyczkobiorcę od dłużników pożyczkodawcy, tj. stan faktyczny, którego dotyczyło pytanie prawne. Dwa ostatnie przypadki Julian klasyfikuje jako próby przekształcenia w pożyczkę zobowiązania z innego kontraktu za pomocą zwykłego porozumienia. Konstrukcja ta nie spełnia podstawowego dlań kryterium pożyczki, jakim jest nabycie przez pożyczkobiorcę, tytułem pożyczki, własności określonej ilości pieniędzy (ew. innych rzeczy zamiennych). O możliwości przekształcenia w pożyczkę depozytu – co również mieści się w przytoczonej definicji – decyduje okoliczność, że porozumienie, zezwalające depozytariuszowi na skorzystanie ze zdeponowanych pieniędzy, wywołuje skutek rzeczowy, w postaci nabycia przez dotychczasowego depozytariusza własności zdeponowanych pieniędzy, co nie zachodzi w przypadku porozumień, dołączanych do innych kontraktów.

Jak starano się wykazać, Julian znajduje bezpośrednią analogię dla rozważanego przez siebie stanu faktycznego w konstrukcji *contractus mohatrae*, tj. wręczenia proszaczemu o pożyczkę, zamiast pieniędzy, indywidualnie oznaczonego przedmiotu, wraz z pozwoleniem na jego sprzedaż i skorzystanie z pieniędzy, uzyskanych tytułem ceny. Zestawienie powyższej konstrukcji z przypadkiem przedłożonym mu do zaopiniowania, prowadzi go do wykluczenia również w tym ostatnim roszczenia z pożyczki, zamiast którego przyznaje on skargę z tytułu zlecenia. Argumentacja Juliana ma jednak charakter bardziej kompleksowy, uwzględnia bowiem również inne możliwe działania, zmierzające do zawarcia zobowiązania z pożyczki, lecz odbiegające od jej podstawowego schematu: zarówno te, których skuteczność w jego czasach powszechnie dopuszczano (porozumienie o skorzystaniu ze zdeponowanych pieniędzy, oraz delegacja do odbioru wierzytelności), jak

i te, w których on sam zdecydowanie pożyczkę wykluczał (*contractus mohatrae*, oraz zezwolenie na zatrzymanie jako pożyczki wymagalnej należności). Ustawienie rozważanego przypadku w jednym rzędzie z tymi innymi, przy jednoczesnym wykluczeniu jego podobieństwa do pierwszych, nie tylko wspiera opinię odmowną co do uznania pożyczki w przedłożonym juryście przypadku, lecz jest również wyrazem kompleksowej refleksji nad konstrukcją pożyczki, zmierzającej do wyodrębnienia elementów niezbędnych, a zarazem wystarczających dla jej zaistnienia. Jest to zatem rodzaj eksperymentu myślowego, służącego wyznaczeniu granic tej instytucji.

Inny charakter ma analogia Ulpiana: skupia się ona na strukturalnym podobieństwie pomiędzy dwoma schematami kontraktowymi, tj. zleceniem dłużnikowi, by wypłacił pieniądze pożyczkobiorcy, oraz zleceniem mu, by zatrzymał je jako pożyczkę dla samego siebie. Podobieństwo między tymi schematami skłania go do uznania pożyczki również w drugim z przypadków, co jest równoznaczne z odstąpieniem od wymogu – tak istotnego dla Juliana – by pożyczkobiorca nabył własność pieniędzy lub rzeczy zamiennych, których równowartość zobowiązuje się zwrócić. Konsekwencja ta jest niezwykle istotna, prowadzi bowiem do uniezależnienia kontraktu pożyczki od nabycia własności pieniędzy, mających stanowić jej przedmiot, przez pożyczkobiorcę, a tym samym, jeśli nawet nie do porzucenia jej realnego charakteru, to przynajmniej do poważnej zmiany w jego rozumieniu.

JULIAN, ULPIAN AND THE ATYPICAL LOAN: ON ANALOGY AS APPLIED IN LEGAL REASONING

Summary

The paper concerns the legal controversy as to the possibility of transforming a debt that is due under a contract of mandate or any other consensual contract into a loan by means of a bare agreement (*pactum*). Under such an agreement the creditor would entitle his debtor to keep the equivalent of the debt – which already existed between them – as a loan.

The discussion took place between Julian, the eminent jurist of the mid-second-century A.D., and Ulpian, the jurist of the first half of the third century A.D. Julian argued against the possibility of classifying the contract in question as a loan. His arguments were based on analogy, distinction, and *reductio ad absurdum* (D.17.1.34 pr.). Ulpian, on the other hand, defended the possibility that was ruled out by his predecessor. Interestingly enough, the latter relies on analogy as his main argument as well. His conclusion is drawn, however, from analogy with the very same situation which Julian considered distinct from the case in question (D. 12.1.15). In the article, it is argued that this diversity of opinions can be explained by the different interpretations of the characteristic of the loan as a real contract. From Julian's standpoint, this characteristic required the loan to be the title of acquisition by the borrower of ownership of money or things that are thereby considered the object of the loan: if the money or things were acquired on any other grounds, no loan could be construed (not to mention the case where the debtor does not – materially – acquire any money at all). Ulpian, on the other hand, was concerned not as much with the material substrate of the loan as with the economical calculus: in this perspective, indeed, the agreement – which tended to replace the hitherto debt by the loan-debt of the same amount – turned out to be a perfect substitution of a double payment, which would lead to the same effect. It is important to note one of the consequences to which Ulpian's reasoning could lead: the possibility that someone who has never obtained any money from anyone or indeed never had them, nevertheless could be considered to have borrowed them (e.g. someone obliged to pay damages is entitled by the creditor to keep the amounts due as a loan of money that he never materially obtained). In order to accept this consequence, some serious redefinition of the concept of the loan as a real contract seems necessary, to say the least. The paper argues that – when ruling out the transformation – Julian strove to avoid accepting this very consequence.