

I. ROZPRAWY

MARIA ZABŁOCKA-SŁONINA (Warszawa)

Realny charakter *mutuum* w rzymskim prawie klasycznym

Pożyczka, kontrakt realny, nie może powstać na skutek samego porozumienia stron. W praktyce niewątpliwie zdarzały się jednak przypadki, kiedy przed wręczeniem rzeczy strony umawiały się co do tego, że jedna z nich udzieli kredytu, bądź że druga przyjmie pożyczkę. Takie samo porozumienie stron nie rodziło kontraktu *mutuum*, ale tzw. umowę preliminaryjną, znaną niektórym współczesnym ustawodawstwom¹. W prawie rzymskim wstępne porozumienie² mogło mieć charakter *pactum de mutuo dando* lub *pactum de mutuo accipiendo*. Zgodnie jednak z regułą *ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur*³ *pactum* takie⁴ nie rodziło jeszcze zobowiązania. Jeśli strony chciały nadać moc prawną swemu porozumieniu, musiały przybrać je w odpowiednią formę — musiały zawrzeć stypulację. Wypowiedzi prawników klasycznych są dowodem na to, że w praktyce zawierano stypulacje tego rodzaju, którym towarzyszyły zazwyczaj stypulacje karne⁵.

Przykładem *pactum de mutuo dando*, ubranego w formę stypulacji, może być D 45, 1, 68:

D. 45, 1, 68 (Paulus, 1. 2 ad ed.): *Si poenam stipulatus fuero, si mihi*

¹ Por. np. art. 1822 k.c. włoskiego.

² Por. M. Kaser, *Das römische Privatrecht*², I, München 1971, s. 531, n. 9 (cyt. RPR), G. Call, *Zur Bestimmtheit der „wesentlichen Stücke des Vertrages“, insbesondere beim Vorvertrag zum Kauf*, Festgabe Herdlitzcka, München—Salzburg 1972, s. 44 n.

³ Por. Paul. Sent. II, 14, 1; por. też D. 2, 14, 7, 4.

⁴ Na temat pojęcia *pactum* jako umowy „nietypowej” por. ostatnio G. Diósdí, *Pacta nuda servabo? Nuovi dubbi intorno ad un vecchio problema*, BIDR 74, 1971, s. 89 n. wraz z literaturą w notach 4 i 5, s. 90. Autor ten wylicza wypadki (s. 102 n.), w których tzw. *pactum nudum* rodziło skutki prawne.

⁵ Por. H. Siber, *Interpellatio und Mora*, ZSS 29, 1908, s. 87; B. Börner, *Zur Auslegung von Dig. 18, 7, 7*, ZSS 71, 1954 s. 369, n. 66; M. Kaser, RPR, I, s. 519. Por. też na temat stypulacji karnej przy kupnie B. Börner, *Utiliter agere*, IURA 11, 1960, s. 69 n.; D. Daube, *Utiliter agere*, IURA 11, 1960, s. 94 n.; E. Holtzhöfer, *Ein Beitrag zur Auslegung und Interpretationsgeschichte des Fragments D. 18, 7, 7*, Ius Commune 1, 1967, s. 152 n.

WSPÓLPRACOWNICY ZESZYTU 2

Kazimierz Baran (Kraków)
Grzegorz Błaszczyk (Poznań)
Grzegorz Czeszak (Poznań)
Antoni Gąsiorowski (Poznań)
Wojciech Góralski (Płock)
Hubert Izdebski (Warszawa)
Teresa Janasz (Wrocław)
Jan Kodreński (Łódź)
Kazimierz Kolańczyk (Poznań)
Joanna Kosioriewicz (Lublin)
Bogdan Lesiński (Poznań)
Ludwik Łysiak (Kraków)
Tadeusz Maciejewski (Gdańsk)
Witold Maisel (Poznań)
Stefania Ochmann (Wrocław)
Kazimierz Orzechowski (Wrocław)
Lesław Pauli (Kraków)
Stanisław Russocki (Warszawa)
Marek Sędek (Warszawa)
Katarzyna Sójka-Zielińska (Warszawa)
Jan Szwejca (Kraków)
Jerzy Wałachowicz (Poznań)
Barbara Waldo (Łódź)
Marek Wąsowicz (Warszawa)
Wojciech Witkowski (Lublin)
Maria Zabłocka-Słonina (Warszawa)
Maria Zmierczak (Warszawa)

pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. quod si ita stipulatus fuero: „pecuniam te mihi crediturum spondes?“, incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest.

Paulus zastanawiając się nad podziałem stypulacji na *certa* i *incerta* donosi, iż jeśli ktoś przyrzekł określoną kwotę kary umownej na wypadek, gdyby obiecujący dać pożyczkę nie spełnił swej obietnicy, to powstanie *stipulatio certa* (opiewająca na tę kwotę kary umownej), natomiast jeśli ktoś zobowiązał się w formie stypulacji do dania pożyczki, to jego przyrzeczenie jest *incertum*, ponieważ wynikająca z niego skarga będzie opiewać na *id quod interest*⁶. Sama stypulacja za pomocą której przyrzekano udzielić w przyszłości pożyczki, brzmiała zgodnie ze słowami jurysty następująco: *Pecuniam te mihi crediturum spondes? Spondeo.*

Na stypulację odwrotnego rodzaju, czyli na zobowiązanie się do wzięcia pożyczki (zapewne dużo rzadsze w praktyce) rzuca światło inna wypowiedź Paulusa:

D. 12, 1, 30 (Paulus, 1. 5 ad Plaut.): *Qui pecuniam creditam accepturus spondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat*⁷.

I w tym wypadku stypulacja wzięcia w przyszłości pożyczki⁸ brzmiała prawdopodobnie: *Pecuniam creditam accepturum spondes? Spondeo.*

Należy jednak od razu zauważyć, że po zawarciu stypulacji źródłem zobowiązania była właśnie ta stypulacja, kontrakt słowny. Przez zawarcie stypulacji strony mogły więc osiągnąć podobny skutek, jak przez udzielenie pożyczki, z tym tylko, iż źródłem zobowiązania w takich przypadkach był kontrakt słowny, a nie realny⁹.

Aby został zawarty kontrakt realny, należało dokonać *datio*.

D. 12, 1, 2, 3 (Paulus, 1. 28 ad ed.): *item mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia — —.*

Przy *mutuum datio* polega — zgodnie ze słowami Paulusa — na przejściu przedmiotu pożyczki (tu, przykładowo, pieniędzy) z rąk wierzyciela do rąk dłużnika. To przejście, faktyczne wręczenie, jest elementem niezbędnym zawarcia kontraktu *mutuum*.

⁶ Na temat *stipulatio certum* i *incertum* i związanego z tym problemu różnych skarg por. F. Trampedach, *Die condictio incerti*, ZSS 17, 1896, s. 148 n.; K. von Mayer, *Condictio incerti*, ZSS 25, 1904, s. 215 n.; M. Kaser, RPR, I, s. 542.

⁷ Co do interpolacji tego fragmentu por. ostatnio D'Ors, *Re. et verbis*, Atti Verona, III, Milano 1953, s. 289.

⁸ Por. E. Levy, *Die querela non numeratae pecuniae*, ZSS 76, 1953, s. 221, który słusznie zauważa, iż zniekształcenie końca zdania Paulusa nie ma tu znaczenia; C. Longo, *Corso di diritto romano. Il mutuo*, Milano 1947, s. 12 (cyt. *Mutuo*); B. Albanese, *Per la storia del creditum*, A. Pal. 32, 1971, s. 132, n. 87 (cyt. *Creditum*).

⁹ Innym celom służyła stypulacja zawarta w momencie wypłacania pieniędzy lub już po ich wypłaceniu. Por. M. Kaser, *Mutuum und Stipulatio*, Eranion Maridakis I, Athen 1963, s. 155 n.

Datio w przypadku pożyczki była akcentowana już w samej nazwie kontraktu. Rzymianie rzadko używali na jego określenie terminu *mutuum*, natomiast najczęściej mówili *mutui datio*, a gdy przedmiotem były pieniądze — *pecuniam dare*¹⁰. Podkreślenie realnego charakteru kontraktu jest więc tu silniejsze niż przy depozycie, komodacie i *pignus*, gdzie same nazwy nie wspominają o *datio*. Może wiąże się to z tym, iż przy pożyczce po raz pierwszy podstawą zaskarżalności kontraktowej stało się *dare* — faktyczne wręczenie rzeczy. Aby uwypuklić to novum, cały uznany przez prawo cywilne kontrakt nazwano *mutui datio*. Przy pozostałych kontraktach realnych, które zostały uznane przez prawo cywilne później niż pożyczki, nie podkreślano ich realnego charakteru, ponieważ nie było to już nic nowego.

Wręczenie przedmiotu pociągało za sobą określone konsekwencje.

D. 12, 1, 2, 2 (Paulus, 1. 28 ad ed.): *Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: et ideo, si non fiat tuum non nascitur obligatio.*

Skutkiem dokonania *datio*, przedmiot będący dotychczas własnością pożyczkodawcy, staje się własnością pożyczkobiorcy¹¹. To przejście własności z wierzyciela na dłużnika stało się podstawą dla utworzenia pseudoetymologii terminu *mutuum*¹². Jednocześnie z cytowanego tekstu Paulusa widać, iż przy braku przejścia własności nie powstaje zobowiązanie z pożyczki.

W praktyce rygorystyczne trzymanie się zasady, iż pożyczka nie może powstać bez rzeczywistego wręczenia rzeczy, stało się z czasem, z biegiem rozwoju obrotu, bardzo uciążliwe. Dlatego też prawnicy próbowali znaleźć rozwiązanie, które pozwalałoby ominąć powyższą zasadę, próbowali wytłumaczyć — odpowiednio interpretując prawo — wypadki, kiedy to pomijano bezpośrednią *datio*, ale ze względów praktycznych uważano, iż został zawarty ważny kontrakt pożyczki.

Trudno określić kiedy¹³ i w związku z jakim stanem faktycznym przełamano po raz pierwszy warunek bezpośredniej *datio*.

Niewątpliwie juryści okresu klasycznego pomijali ten warunek w wypadku, gdy pieniądze mającego udzielić pożyczki znajdowały się już z tytułu depozytu w rękach proszącego o pożyczkę.

Chronologicznie pierwszy przekaz ilustrujący taką sytuację pochodzi od Africanusa z 8 księgi *Quaestiones* (D. 17, 1, 34 pr). Jednak ponieważ Africanus był uczniem Iuliana¹⁴ i w *Quaestiones* zestawiał, z uzupeł-

¹⁰ Por. P. E. Viard, *La „mutui datio“*, Paris 1939, s. 11 n.

¹¹ Por. też G. III, 90.

¹² Por. G. III, 90; D. 12, 1, 2, 2.

¹³ Por. O. Karłowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, 1, Leipzig 1901, s. 594, powątpiewająco dla czasów republiki.

¹⁴ Por. P. Krüger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*, München und Leipzig 1912, s. 194 n.; U. von Lübtow, *Die Entwicklung*

nijącymi uwagami, główne *responsa* swego mistrza¹⁵, należy przypuszczać, że myśl zawarta w cytowanym poniżej fragmencie jest autorstwa nie Africanusa, lecz samego Iuliana.

D. 17, 1, 34 pr zawiera szereg stanów faktycznych, które po kolei będą omawiane. Między innymi znajduje się tam następujące zdanie:

— — *si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt.*

Zgodnie ze stwierdzeniem Iuliana — Africanusa, jeśli ktoś zawarł umowę, że zdeponowane u siebie pieniądze będzie miał jako pożyczkę, powstanie pożyczka. Rozstrzygnięcie swe motywuje jurysta tym, że pieniądze, które były własnością dającego, stają się potem własnością biorącego.

Z przytoczonego źródła nie wynika, w jakim momencie została zawarta umowa, na mocy której depozyt został przekształcony w pożyczkę — czy nastąpiła ona w chwili wręczenia rzeczy, czy potem, gdy depozytariusz już je dzierżył.

Bardziej wnikliwe uwagi o czasie powstania kontraktu *mutuum*, w chwili przekształcenia się depozytu w pożyczkę, znajdują się w dziełach Ulpiana:

D. 12, 1, 9, 9 (Ulpian, 1. 26 ad ed.): *Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. ergo transit periculum ad eum, qui mutuum rogavit et poterit ei condici.*

Fragment ten przedstawia następujący stan faktyczny: została zdeponowana suma 10. Po zawarciu kontraktu depozytu, w czasie jego trwania, deponent zezwolił na używanie przez depozytariusza tej sumy. Ulpian informuje, iż w powyższym przypadku zarówno Nerva, jak i Proculus uważają, że po udzieleniu takiego zezwolenia, jeszcze przed poruszeniem danej sumy, przysługuje dającemu przeciw biorącemu *condictio* jako skarga z pożyczki (*quasi mutua*)¹⁶, a więc że w chwili udzielenia zezwolenia na używanie, dotychczasowy stosunek depozytu przekształ-

des Darlehenbegriffs im römischen und im geltenden Recht mit Beiträgen zur Delegation und Novation, Berlin 1965, s. 23 (cyt. Darlehen); J. Kodreński, *Sabinianie i Prokulianie. Szkoły prawa w Rzymie wczesnego cesarstwa*, Łódź 1974, s. 156, 159.

¹⁵ Por. literaturę w poprzedniej nocie oraz F. Schulz, *Geschichte der Römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, s. 291 n. (cyt. Geschichte); F. Sturm, *Julian D. 24, 1, 39 neu erklärt*, ZSS 79, 1962, s. 122, n. 39; E. Bund, *Untersuchungen zur Methode Julians*, Köln-Graz 1965, s. 8.

¹⁶ Słowo *quasi* zostało tu użyte przez Ulpiana w znaczeniu jako, a nie w znaczeniu wątpiącym jakby, co podkreślają już poprzednio C. Longo, *Apunti sul deposito irregolare*, BIDR 18, 1906, s. 122, n. 2 oraz U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 56, n. 224. Co do użycia słowa *quasi* w znaczeniu jako, por. też F. Schwarz, ZSS 68, 1951, s. 274 n. oraz *Die Grundlage der Condictio im klassischen römischen Recht*, Münster-Köln 1952, s. 76, n. 10 (cyt. Condictio).

cił się w stosunek pożyczki¹⁷. Po zreferowaniu zdania Nerva i Proculusa, Ulpian przyłącza się do ich poglądu mówiąc, iż takie rozwiązanie jest słuszne, a pogląd ten podziela też Marcellus. Fragment kończy się ogólnym podsumowaniem, iż *animo* zaczęło się posiadanie, w związku z czym *periculum* przechodzi na proszącego o pożyczkę i przysługuje przeciw niemu *condictio*.

Cytowany fragment Ulpiana spotkał się z zarzutami zmian interpolacyjnych. Jedne z nich, dotyczące tekstu do słów *videtur*¹⁸, nie wpływają na zniekształcenie myśli jurysty klasycznego i dlatego można je pominać. Dalsze zarzuty podnoszone przez romanistów dotyczą końcowego zdania fragmentu. Zwolennicy interpolacji uważają w zasadzie, że przeróbki zaczynają się od słów *animo* — *fin*, a na poparcie tego przytaczają różne argumenty¹⁹.

¹⁷ P. Münster, *Die Umwandlung eines depositum in ein mutuum oder in ein depositum irregulare*, Berlin 1907, s. 26 (cytat za J. Sondlem — praca niedostępna mi) przyjmuje, iż nie powstaje w tym przypadku pożyczka, ale depozyt nieprawidłowy. Słuszna jednak jest krytyka tego poglądu, dokonana przez J. Sondla, *Szczególne rodzaje depozytu w prawie rzymskim*, Kraków 1967, s. 63, n. 118, który stwierdza, iż z uwagi na wyraźne terminy źródłowe, pogląd ten w ogóle nie może wchodzić w grę. Nie ma też żadnych podstaw hipoteza, którą wysunął P. Collinet, *Études historiques sur le droit de Justinien*, I, Paris 1912, s. 116, stwierdzając, iż D. 12, 1, 9, 9 (a także D. 12, 1, 10 oraz D. 16, 3, 1, 34) przeciwstawia *depositum irregulare* bez odsetek (podobny do *depositum regulare*) depozytowi z odsetkami (branemu pod uwagę jako pożyczka) i dlatego winna być odrzucona. O depozycie nieregularnym wspomina też E. Albertario, *I fattori della evoluzione del diritto romano postclassico e la formazione del diritto romano giustiniano*, SDHI, 1, 1935, s. 26, n. 64. Również, jak słusznie zauważa J. Sondel, o.c., s. 63, n. 118, należy odrzucić jako nie przekonujący pogląd U. Brasiello, *Aspetti innovativi delle costituzioni imperiali I: L'aspetto innovativo — interpretativo*, Studi de Francisci, IV, Milano 1956, s. 485, który mówi, iż w przypadku udzielenia zezwolenia na używanie następującego po zawarciu depozytu, nie zachodzi zmiana depozytu w pożyczkę, ale możliwość *condicere quasi mutua*. Zezwolenie początkowe natomiast nie powoduje przekształcenia od początku depozytu w pożyczkę, ale możliwość *teneri depositi* do momentu faktycznego użycia zdeponowanej sumy i konsekwentnie *condictione teneri* po użyciu sumy. K. Geiger, *Das Depositum irregulare als Creditgeschäft*, München 1962, s. 46 n. przyjmuje, iż jurysta w cytowanym źródle zajmował się depozytem nieprawidłowym, który uległ przekształceniu w pożyczkę. Pogląd ten na podstawie porównania z D. 16, 3, 1, 34 należy odrzucić.

¹⁸ Por. Index Interp. ad h.l. oraz F. Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano*, BIDR 49 - 50, 1947, s. 124 n.; U. Brasiello, *Problemi di diritto romano esegeticamente valutati*, I, Bologna 1954, s. 54; U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 55.

¹⁹ Przede wszystkim G. Segrè, *Sul deposito irregolare in diritto romano*, BIDR 19, 1907, s. 198; F. Schulz, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen 1916, s. 64; G. Beseler, *Miscellanea*, ZSS 44, 1924, s. 375; F. Pringsheim, *Animus in Roman Law*, *Gesammelte Abhandlungen* I, Heidelberg 1961, s. 322 (cyt. Ges. Abh.); U. Brasiello, *Aspetti*, s. 487 n. 1; C. A. Cannata, *L' "animo possidere" nel diritto romano classico*, SDHI 26, 1960, s. 80; U. von Lübtow,

Pogląd autorów przyjmujących interpolację fragmentu, począwszy od słowa *animus* — *fin*, należy przyjąć za słuszny²⁰, a to tak ze względu na usterki stylistyczne i dokonanie powtórzeń, jak i kwestię podniesioną przez Beselera²¹, iż jurystom klasycznym obce były pojęcia *animus sibi possidendi* i *animus alteri possidendi*²², ale przede wszystkim z tego względu, iż, jak to zauważył Lübtow²³ i Voci²⁴, zmieniona została motywacja podana w ostatnim zdaniu oryginalnego tekstu, która powinna wskazywać na fikcję tradycji. W związku z tym powstaje pytanie, czy całe ostatnie zdanie D. 12, 1, 9, 9 jest sumującą głosem kompilatorów, czy też poczynili oni tylko pewne zmiany w tekście pierwotnym. Przyjmując hipotezę Lübtowa i Voci za słuszną, należy stwierdzić, że ostatnia fraza *animus* — *fin* została zmieniona przez kompilatorów, a nie w całości dopisana. Końcowe słowa omawianego źródła brzmiały prawdopodobnie następująco: *animus enim coepit pro tradita*²⁵. *ergo transit periculum ad te*²⁶.

D. 12, 1, 9, 9 — jak podnosi to większość romanistów²⁷ — ilustruje

Darlehen, s. 57; P. Voci, recenzja pracy Lübtowa, *IURA* 17, 1966, s. 347; J. Sordel, o.c., s. 64; G. Mac Cormack, *The Role of Animus in the Classical Law of Possession*, ZSS 86, 1969, s. 125.

²⁰ Przeciwnie H. Hausmaninger, *Besitzerwerb solo animo*, Festgabe Herdliczka, s. 116, który stwierdza, że jeśli Proculus znał *traditio brevi manu*, to można się też po nim spodziewać, że również przyjmował nabycie posiadania *solo animo*.

²¹ Por. G. Beseler, ZSS 44, 1924, s. 375.

²² Należy jednak zauważyć, iż stan, który nazywamy *naturalis possessio*, nie był uznawany za posiadanie przez jurystów klasycznych lub był uznany tylko wyjątkowo w poszczególnych wypadkach (por. P. Bonfante, *La „possessio civilis” e la „possessio naturalis”*, *Scritti giuridici varii*, III, Torino 1921, s. 543 n. oraz C. A. Cannata, o.c., SDHI 26, 1960, s. 102) w związku z czym w wypadku zmiany *possessio naturalis* na *possessio civilis* można w takim razie mówić dopiero o rozpoczęciu się posiadania w rozumieniu klasyków. Por. też B. Fabi, *Aspetti del possesso romano*, Camerino 1946, s. 50 n., który mówi o przejściu od pojęcia *animus* jako woli zewnętrznej, do *animus* jako woli wewnętrznej.

²³ Por. U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 57.

²⁴ Por. P. Voci, *IURA* 17, 1966, s. 347.

²⁵ Por. w tym względzie D. 6, 2, 9, 1: *Si quis rem apud se depositam vel sibi commodatam emerit vel pignori sibi datam, pro tradita erit accipienda, si post emptionem apud eum remansit*; D. 21, 2, 62 pr: *Si rem quae apud te esset vendidisses tibi: quia pro tradita habetur, evictionis nomine me obligari placet*. Por. też uwagi odnośnie do tych tekstów: U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 57 n.

²⁶ Na temat *periculum* w tym fragmencie por. E. Sachers, *Die Verschuldenschaft des Depositärs*, Festschrift Koschaker, II, Weimar 1951, s. 80 n.; M. Kaser, RPR, II, s. 370, n. 11.

²⁷ Por. ostatnio C. A. Cannata, o.c., SDHI 26, 1960, s. 80, 102 n. (który podkreśla, że żadna ze szkół nie uważała detencji jako jednego z elementów już istniejącego posiadania, mającego być uzupełnionym przez dołączenie elementu podmiotowego — oraz cytowaną tam literaturę); A. Burdese, *In tema di animus possidendi nel pensiero della giurisprudenza classica (A proposito di taluni recenti studi)*, Studi Biondi, I, Milano 1965, s. 531 n.; A. Metro, *L'obbligazione di custodire*

jedną z różnic dzielących szkołę Sabinianów i Prokulejanów, a mianowicie kontrowersję co do sposobu nabycia posiadania. Według Sabinianów, do nabycia posiadania wymagane było zawsze materialne przejęcie rzeczy (również w tych wypadkach, gdy nabywający posiadanie miał już poprzednio rzecz w swych rękach), według Prokulejanów, wystarczyło do nabycia posiadania sam *animus*. Ulpian popiera tu pogląd szkoły prokulejańskiej, przyjęty potem przez Justyniana, dzięki czemu — jak stwierdza Bonifacio²⁸ i Sordel²⁹ — fragment ten został umieszczony w *Digestach*. Pogląd prokulejański prawdopodobnie musiał budzić jednak wątpliwości i chyba nie został przyjęty przez wszystkich prawników współczesnych Ulpianowi, skoro ten na poparcie swego rozstrzygnięcia powołuje się na autorytety poprzedników³⁰, czego nie czyniłby zapewne, gdyby problem był w jego czasach bezsporny.

Lübtow³¹ i Voci³² — jak o tym już poprzednio wspomniano — stawiają problem poruszany w D. 12, 1, 9, 9 w nieco inny sposób. Zauważają oni, że motywacja tekstu oryginalnego, podana w ostatnim zdaniu, akcentowała nie nabycie posiadania, ale fikcję tradycji. W tym ujęciu różnica między Sabinianami a Prokulejanami wygląda trochę inaczej. Różnica dzieląca te szkoły zawiera się w sposobie dokonania tradycji (jako aktu koniecznie materialnego, połączonego zawsze z objęciem rzeczy, bądź jako czynności dochodzącej do skutku *animus* w wypadku, gdy rzecz znajduje się u nabywcy). Na pierwszy plan wysuwane jest nie nabycie posiadania, ale akt nabycia, który przenosi bądź posiadanie, bądź własność (najczęściej równocześnie jedno i drugie tak, jak w omawianym wypadku). Takie ujęcie zagadnienia zdaje się bardziej przekonujące.

Powysze uwagi co do zniekształceń tekstu D. 12, 1, 9, 9 przez kompilatorów oraz kontrowersji między Sabinianami a Prokulejanami nie wpływają na głównie interesujący tu problem przełamania zasady bezpośredniej *datio* przy pożyczce. Podobnie jak Iulian-Africanus w D. 17, 1, 34 pr, tak i Ulpian uważa, iż w wypadku, gdy pieniądze znajdują się już z tytułu depozytu u proszącego o pożyczkę, zasada ta nie obowiązuje³³. Jak wynika z D. 12, 1, 9, 9 momentem powstania pożyczki,

nell diritto romano, Milano 1966, s. 57; J. Sordel, o.c., s. 63; G. Mac Cormack, o.c., ZSS 86, 1969, s. 105 n.; M. Kaser, RPR, I, s. 392, n. 23 oraz 394 n. 36; H. Hausmaninger, o.c., Festgabe Herdliczka, s. 113 n.

²⁸ Por. F. Bonifacio, o.c., BIDR 49 - 50, 1947, s. 124, n. 87.

²⁹ Por. J. Sordel, o.c., s. 63.

³⁰ Por. F. Schulz, *Einführung*, s. 64; C. Longo, *Mutuo*, s. 24; U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 57.

³¹ Por. U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 57 n.

³² Por. P. Voci, recenzja pracy Lübtowa, *IURA* 17, 1966, s. 347.

³³ W powyższym wypadku dochodzi do skutku tzw. *traditio brevi manu*; por. M. Kaser, RPR, I, s. 394; H. Hausmaninger, o.c., Festgabe Herdliczka, s. 116; L. Aru, *Traditio brevi manu*, NNDI XIX, s. 469.

w wypadku udzielenia zezwolenia na używanie zdeponowanych poprzednio pieniędzy, jest — według Ulpiana i reprezentowanych przez niego poglądów szkoły prokulejańskiej — chwila udzielenia zezwolenia.

Nieco inną sytuację faktyczną przedstawia Ulpian w swych innych wypowiedziach, a to w D. 12, 1, 10 oraz w D. 16, 3, 1, 34.

D. 12, 1, 10 (Ulpian, 1. 2 ad ed.): *Quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi si voles permisero, creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri non est certum.*

D. 16, 3, 1, 34 (Ulpian, 1. 30 ad ed.): *Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut si voluisses uteris, prius quam utaris depositi teneberis.*

W pierwszym z cytowanych źródeł mówi jurysta o tym, że gdy do zawieranego kontraktu depozytu zostanie dołożone od początku (*ab initio*) zezwolenie na używanie pieniędzy, skutki którego uzależnione są od woli depozytariusza (*si voles*), to pożyczka powstanie dopiero w chwili poruszenia pieniędzy. Drugi fragment jest jakby uzupełnieniem pierwszego. I w nim bowiem do powstającego kontraktu depozytu dołożone jest zezwolenie na używanie pieniędzy, jeśli depozytariusz tego zechce. Przed użyciem — a więc przed poruszeniem — dłużnik będzie odpowiadał z depozytu. Fragment nie mówi o tym, za pomocą jakiej skargi można pociągnąć do odpowiedzialności dłużnika po użyciu pieniędzy, lecz jak wynika z D. 12, 1, 10 wierzyciel będzie dysponował wtedy skargą z pożyczki.

Zdaniem romanistów, pierwszy z omawianych tekstów³⁴ został zmieniony przez kompilatorów i odbiega od pierwotnej wypowiedzi Ulpiana.

Uwagi na temat zmian tekstu D. 12, 1, 10 można podzielić na dwie zasadnicze grupy. Pierwsze³⁵ dotyczą powiązania tego tekstu z fragmentem poprzedzającym go i ewentualnych zmian z tym związanych. Nie wpływają one zupełnie na treść wypowiedzi Ulpiana i dlatego w dalszych rozważaniach zostaną pominięte. Drugie³⁶, mówiące o tym, iż w pierwotnej wypowiedzi Ulpiana nie było mowy o woli stron lub że nie występował warunek *si voles*, a także postulujące, iż przy dołączeniu takiego warunku *ab initio*, od początku powstawała pożyczka,

³⁴ Odnosnie do D. 16, 3, 1, 34 Index Interp. powołuje tylko E. Rabla, *Grundzüge des römischen Privatrechts*², Basel 1955, s. 102, n. 3. Autor ten uważa za interpolowane tylko słowa *ab initio*, nie podając przy tym żadnego uzasadnienia. Co do innych ewentualnych zmian tekstu D. 16, 3, 1, 34 por. rozważania nad interpolacjami w D. 12, 1, 10 i cytowanych przy tym autorów.

³⁵ Por. uwagi C. Longo, *Appunti*, BIDR 18, 1906, s. 122 n. oraz Corso di *diritto romano. Il deposito*, Milano 1946, s. 64 n. (cyt. Deposito); F. Bonifacio, o.c., BIDR 49 - 50, 1947, s. 126; U. Brasiello, *Problemi*, s. 55 oraz Aspetti, s. 484; U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 60; J. Sondel, o.c., s. 68.

³⁶ Por. G. Rotondi, *Natura contractus*, BIDR 24, 1911, s. 100 n.; F. Schulz, *The Postclassical Edition of Papinian's „Libri Quaestionum”*, Scritti Ferrini IV, Milano 1949, s. 257; F. Bonifacio, o.c., BIDR 49 - 50, 1947, s. 124 n.

a nie depozyt — zmieniają zasadniczo myśl jurysty klasycznego i dlatego należy się nad nimi zatrzymać.

Przyjmując, iż przy zezwoleniu używania pieniędzy, uczynionym jednocześnie z powstaniem kontraktu, od początku uważano ten kontrakt za pożyczkę, a nie za depozyt, należało by poczynić daleko idące zmiany tekstu, tak D. 12, 1, 10 jak i D. 16, 3, 1, 34. Jak wyglądałyby wtedy autentyczne wypowiedzi Ulpiana, trudno powiedzieć, a żaden z romanistów wysuwających takie hipotezy, nie stara się przedstawić „klasycznego” brzmienia fragmentów. W D. 12, 1, 10 i w D. 16, 3, 1, 34 widać wyraźnie tę samą myśl Ulpiana, co nie dziwi, zważywszy, że pochodzą one, choć z różnych ksiąg, z tego samego dzieła — komentarza do edyktu. Trudno sobie wyobrazić, by kompilatorzy przerabiając obydwie fragmenty, zachowali jednocześnie zachodzący między nimi związek, tym bardziej że w *Digestach* znajdują się one w różnych miejscach. Dlatego więc hipotezę, iż w przypadku opisanym w D. 12, 1, 10 (oraz w D. 16, 3, 1, 34) od samego początku powstawała pożyczka, należy odrzucić jako mało prawdopodobną.

Nie można natomiast negować, że każde zezwolenie na używanie pieniędzy zawiera w sobie warunek *si voles*; wyrażający intencję stron. Należy jednak zauważyć, iż czasami do zawieranego kontraktu dokładano wyraźnie warunek zawieszający potestatywny co do używania pieniędzy. Mogły bowiem zachodzić okoliczności, w których dający w depozyt pieniądze, nie miał zamiaru od razu oddawać ich jako pożyczkę, ale jednocześnie liczył się z tym, że w przyszłości depozytariusz zechce je pożyczyc, a on nie będzie mógł z jakichś przyczyn np. nieobecności, udzielić zezwolenia na używanie. Podobnie depozytariusz nie chciał w chwili otrzymania pieniędzy zaciągać pożyczki, przypuszczał jednak, iż po pewnym czasie może być mu ona potrzebna. Dlatego do zawieranego kontraktu dokładano warunek *si voles*, który uzależniał przekształcenie depozytu w pożyczkę od zmiany woli osoby dzierżącej pieniądze. Zewnętrznym wyrazem ziszczenia się warunku, było poruszenie pieniędzy.

Na podstawie dwóch ostatnich wypowiedzi Ulpiana można wysnuć wniosek, iż w przypadku zezwolenia na używanie zdeponowanych pieniędzy, udzielonego już przy powstawaniu kontraktu depozytu, pożyczka powstanie nie w chwili udzielenia tego zezwolenia, lecz dopiero w momencie poruszenia pieniędzy. Umowa nie powoduje więc skutków natychmiast³⁷, lecz zależna jest od spełnienia się zawieszającego warunku potestatywnego³⁸ (*si voles, si voluisses*), którego zewnętrznym odbiciem będzie poruszenie pieniędzy.

Przypuszczenie takie jest tym bardziej prawdopodobne, że — jak

³⁷ Por. J. Sondel, o.c., s. 64.

³⁸ Por. U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 60 i cytowaną tam literaturę.

zauważyli to Huschke³⁹ i Sondel⁴⁰ — w pracach Ulpiana znajduje się fragment ilustrujący praktycznie taką sytuację.

D. 12, 1, 4 pr (Ulpian, 1. 34 ad Sab.): *Si quis nec causam nec positum faenerandi habuerit et tu empturus praedia desideraveris mutuum pecuniam nec volueris creditae nomine antequam emissas suscipere atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut, si emissas, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo est eius qui suscepit — —.*

Stan faktyczny przedstawiony w źródle wygląda następująco: jedna z osób dysponuje pieniędzmi, których tymczasowo z braku propozycji, nie ma zamiaru pożyczać. Druga pragnie kupić ziemię i chce w tym celu zaciągnąć pożyczkę, ale dopiero wtedy, gdy kontrakt kupna dojdzie do skutku. Tymczasem pierwsza zmuszona jest nagle wyjechać i dlatego deponuje pieniądze (zapewne nie chcąc narażać się na ryzyko wozenia ich ze sobą) u drugiej, z jednoczesnym dołączeniem zezwolenia zamiany tego depozytu na pożyczkę z chwilą zawarcia kupna. Dalsze uwagi Ulpiana dotyczą ryzyka, które w tych okolicznościach spoczywa na biorącym⁴¹.

W D. 12, 1, 4 pr opisany jest konkretny przykład wypadku rozważanego w D. 12, 1, 10 i w D. 16, 3, 1, 34 — do kontraktu dołączone jest zezwolenie na przekształcenie depozytu w pożyczkę, uwarunkowane kupnem gruntu przez depozytariusza, a więc zależne od jego woli.

D. 12, 1, 10; D. 16, 3, 1, 34 i D. 12, 1, 4 pr stanowią dalsze przykłady przełamania zasady bezpośredniej *datio*. Widać więc, że jursprudencja klasyczna była zgodna co do tego, iż w przypadku pożyczki poprzednio zdeponowanych pieniędzy niepotrzebne było ich wręczenie, gdyż praktycznie znajdowały się one już w rękach pożyczkobiorcy. Momentem powstania pożyczki w takich okolicznościach była bądź chwila udziele-

³⁹ Por. P. Huschke, *Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehen*, Stuttgart 1882, s. 59, n. 2 (cyt. Darlehen).

⁴⁰ Por. J. Sondel, o.c., s. 68. Nieco innego zdania jest W. Litewski, *Le dépôt irrégulier*, RIDA 21, 1974, s. 228, n. 55, który uważa, iż choć D. 12, 1, 10 i D. 16, 3, 1, 34 są podobne do D. 12, 1, 4 pr, to zachodzi między nimi ta różnica, iż w dwu pierwszych znajduje się tylko upoważnienie do *uti* bez aluzji do intencji stron co do przemiany depozytu w pożyczkę.

⁴¹ Na temat proponowanych interpolacji por. E. Sachers, o.c., s. 83 n. 7 i podaną tam literaturę. Ewentualne zmiany nie wpływają zupełnie na interesujące tu zagadnienie, por. W. Litewski, o.c., s. 228, n. 54. Kwestią *periculum* w D. 12, 1, 4 pr zajmuje się E. Sachers na s. 93; na ten temat por. też W. Osuchowski, *Notes critiques sur l'interprétation du D. 12, 1, 4*, Atti Verona, III, s. 376, n. 8; E. Betti, „*Periculum*” problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano, Studi De Francisci, I, s. 151; M. Kaser, *Die Verteilung des Gefahr beim sogenannten „contractus mohatrae*”, Syntaleia Arangio-Ruiz, I, Napoli 1964, s. 75 i 80.

nia zezwolenia — gdy było ono dokładane później niż ustanowienie kontraktu depozytu, bądź ziszczenie się zawieszającego warunku potestatywnego (którego zewnętrzny wyraz stanowiło np. poruszenie pieniędzy, zawarcie jakiejś czynności prawnej) — gdy zezwolenie następowało jednocześnie z zawarciem (powstaniem) depozytu. W obydwu jednak przypadkach, co najmniej od czasów Nery i Proculususa (D. 12, 1, 9, 9), a prawdopodobnie wcześniej, przełamano obowiązek bezpośredniej *datio* przy realnym kontrakcie pożyczki.

Inny stan faktyczny, w którym powstawała pożyczka, mimo iż wierzyciel nie wręczał bezpośrednio pieniędzy dłużnikowi, opisuje Africanus w cytowanym już częściowo poprzednio D. 17, 1, 34 pr:

— — *item quod, si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est — —.*

Z powołanego fragmentu wynika, że jeśli wierzyciel (tzw. *delegans*) poleci swemu dłużnikowi (tzw. delegatowi), by ten dał pieniądze proszącemu o pożyczkę (tzw. delegatariuszowi), powstanie pożyczka między dającym *iussum* a otrzymującym pieniądze (czyli między delegansem a delegatariuszem).

Takie rozwiązanie zakłada fikcję podwójnej *datio* — fikcję wręczenia pieniędzy przez dłużnika wierzycielowi i następnie przekazania ich przez wierzyciela osobie proszącej o pożyczkę. Fikcja podwójnej *datio* była znana już Celsusowi⁴², lecz stosowano ją tylko w wyjątkowych okolicznościach. O tym, że i w omawianym fragmencie zachodzi odstępstwo od ogólnej zasady bezpośredniego wręczenia przedmiotu pożyczki przez wierzyciela, świadczą ostatnie słowa zacytowanego zdania: *id enim benigne receptum est*. Fraza ta spotkała się jednak z zarzutami interpolacji. Autorzy⁴³ kwestionują użycie przez prawnika klasycznego słowa *benigne*, które — chociaż znane w tym okresie⁴⁴ — nie było stosowa-

⁴² Por. np. D. 12, 1, 32 i omówienie tego fragmentu poniżej; D. 24, 1, 3, 12. Por. też rozważania na temat tzw. „Durchgangstheorie” — W. Endemann, *Der Begriff der Delegatio im Klassischen Römischen Recht*, Marburg 1959, s. 36 n.; H. J. Wolf, *Julian und die Celsinische „Durchgangstheorie”*, Mélanges Meylan, I, s. 409 n.; U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 30 n.; E. Bund, *Untersuchungen zur Methode Julians*, Köln-Graz 1965, s. 141 n.; G. Sacconi, *Ricerche sulla delegazione in diritto romano*, Milano 1971, s. 18 n.; M. Kaser, RPR, I, s. 651; II, s. 451, n. 13; H. Wagner, rec. G. Sacconi, ZSS 91, 1974, s. 459 n.; H. H. Jakob, *Delegation und Durchgangserwerb*, ZSS 91, 1974, s. 203 n.

⁴³ Poklasyczne pochodzenie słowa *benigne* por.: G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen 1913, s. 41 n.; E. Albertario, *Conceptus pro iam nato habetur*, BIDR 33, 1923, s. 65 n.; oraz *Studi di diritto romano I*, Milano 1933, s. 58; A. Erhardt, ZSS 51, 1931, s. 471 n.; E. Sachers, o.c., s. 85, n. 17; F. Schulz, *Geschichte*, s. 377 n.; A. Ormanni, *Penus legata*, Studi Betti, IV, Milano 1962, s. 656, n. 160; U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 27.

⁴⁴ Por. B. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, II, Milano 1952, s. 138 n.; F. Schulz, *Geschichte*, s. 375, 377.

ne w sensie odstępstwa od reguły, ponieważ w takich przypadkach posługiwano się raczej wyrażeniem *contra rationem*⁴⁵. Mimo powyższych uwag, Lenel⁴⁶ uważa, iż nie ma żadnych podstaw do skreślenia słowa *benigne*⁴⁷. Natomiast ostatnie prace Wubbego⁴⁸ wykazały, że słowo *benignus* jest jak najbardziej klasyczne, a *benigna interpretatio* należała do dobrego tonu⁴⁹.

Na podstawie D. 17, 1, 34 pr można stwierdzić, iż następnym stanem faktycznym stanowiącym odstępstwo od ogólnie przyjętej zasady bezpośredniej *datio* przy pożyczce była delegacja⁵⁰ dłużnika, udzielona na podstawie *iussum* (i analogicznie mandatu), by ten dał proszącemu o pożyczkę pieniądze. W takim przypadku uważano, iż delegat wypełnił swe zobowiązanie w stosunku do delegansa, a ten ostatni mógł domagać się zwrotu pożyczki od delegatariusza.

Lübtow⁵¹ stawia hipotezę, iż motorem rozwoju prawa było w tym wypadku prawo handlowe. Już bowiem w czasach Plauta rzymski obrót pieniężny koncentrował się w rękach bankierów. Bankierzy ci na zlecenie swych klientów mogli z powierzonych im sum wypłacać wskazanej osobie pieniądze tytułem pożyczki. Wierzycielem w powstałym kontrakcie pożyczki stawała się osoba, która dała zlecenie bankierowi — swemu dłużnikowi. Tym sposobem, w celu uproszczenia obrotu, pożyczka dochodziła do skutku mimo braku bezpośredniej *datio*. Zlecenie dawane bankierowi rozciągnięto zapewne z czasem również na innych dłużników, czego wyrazem jest D. 17, 1, 34 pr.

Powstanie pożyczki w przypadku delegacji dłużnika uznaje również Ulpian:

D. 12, 1, 15 (Ulpian, 1. 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* —

⁴⁵ Por. G. Beseler, *Beiträge*, III, s. 41 n. U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 27 stwierdza, że *benigne* wyraża pewne *ius singulare* i na podstawie definicji tego ostatniego, zawartej w D. 1, 3, 16 proponuje słowo *benigne* zastąpić zwrotem *utilitatis causa*. Na temat *ius singulare* por. G. Melillo, *NNDI IX*, s. 389 n. oraz podaną tam literaturę.

⁴⁶ Por. O. Lenel, *Africans Quästionen*, ZSS 51, 1931, s. 39.

⁴⁷ Por. też wątpliwości, jakie ma pod tym względem F. Serrao, *Sulla „mutui datio“ da parte del servo comune*, Studi Arangio-Ruiz, III, Napoli 1953, s. 71.

⁴⁸ Por. F. B. J. Wubbe, *Benignus redivivus*, Symbolae Iuridicae et Historicae M. David dedicatae, I, Leiden 1968, s. 237 n. oraz *Benigna interpretatio als Entscheidungskriterium*, Festgabe Herdliczka, s. 295 n.

⁴⁹ Por. F. B. J. Wubbe, *Benignus redivivus*, o.c., s. 239.

⁵⁰ Na temat dwóch form takiej delegacji: *ad solvendum* i *ad promittendum* por. ostatnio W. Endemann, o.c., s. 6 n.; U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 29 n.; M. Kaser, *RPR*, I, s. 650 n.; G. Sacconi, o.c., s. 1 n.; H. Wagner, rec. *Sacconi*, ZSS 91, 1974, s. 460 n.

⁵¹ Por. U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 25 n. Poprzednio podobnie C. Longo, *Mutuo*, s. 25.

Na początku wypowiedzi zaznacza jurysta, iż do pożyczki pieniędzy odnoszą się szczególne przepisy (ma on tu na myśli ominięcie zasady bezpośredniej *datio*). Jeśli bowiem mojemu dłużnikowi rozkażę (polecę) dać ci pieniądze, to będziesz zobowiązany w stosunku do mnie (z pożyczki), chociaż moich pieniędzy nie wzięłeś.

Beseler⁵² uważa, iż zdanie *singularia* — *nam* jest wstawione przez kompilatorów, ponieważ w czasach Ulpiana znano tylko pojęcie *receptum*, odnoszące się do jednej rzeczy, a obce było *recepta*, oznaczające większą ich liczbę. Trochę inne stanowisko zajmuje Lübtow⁵³. I on stwierdza, iż początek fragmentu uległ pewnym przeróbkom, ponieważ użyto tam wyrazu *singularia*, a więc liczby mnogiej, chociaż przez *nam*, mówi się tylko o pojedynczym przypadku, który został przyjęty jako *ius singulare*. Proponuje on zatem skreślić *singularia* — *nam*, a po słowach *non acciperis* wstawić frazę *quae sententia iure singulari recepta est*. Ten pogląd zdaje się słuszniejszy, gdyż pozostawia podkreślenie wyjątku, jakim jest powstanie pożyczki, mimo że pożyczkobiorca nie otrzymał pieniędzy bezpośrednio od pożyczkodawcy⁵⁴.

Widać więc, że D. 12, 1, 15 (podobnie jak cytowana poprzednio część D. 17, 1, 34 pr) przedstawia dalszy wypadek odstępstwa od zasady bezpośredniej *datio*. I w tym bowiem fragmencie pożyczka powstaje między delegansem a delegatariuszem na skutek wręczenia pieniędzy przez delegata.

W ścisłym związku z D. 12, 1, 15 pozostaje wypowiedź Ulpina w D. 17, 1, 10, 4:

D. 17, 1, 10, 4 (Ulpian, 1. 31 ad ed.): *Si quis Titio mandaverit, ut ab actoribus suis mutuam pecuniam acciperet, mandati eum non acturum Papinianus libro tertio responsorum scribit, quia de mutua pecunia eum habet obligatum: et ideo usuras eum petere non posse quasi ex causa mandati, si in stipulationem deductae non sunt*.

W przeciwieństwie do D. 12, 1, 15 polecenie w formie mandatu zostało skierowane nie do delegata, ale do delegatariusza. Ma on wziąć pieniądze *ab actoribus*. Słowo *actor* ma tu znaczenie nie procesowe, ale określa przedstawiciela⁵⁵. Gdy delegatariusz weźmie pieniądze, *delegans* — jak stwierdza Papinian, na którego powołuje się Ulpian — będzie miał do swego kontrahenta skargę nie z mandatu, ale z pożyczki, która i w tym wypadku powstała mimo tego, iż wierzyciel nie wręczał dłużnikowi pieniędzy. Podstawowe znaczenie będzie więc miała nie forma

⁵² Por. G. Beseler, *Beiträge*, III, s. 45; tenże, *TR* 10, 1930, s. 205, n. 1; tenże, ZSS 56, 1936, s. 40; por. też F. Schwarz, *Condictio*, s. 287.

⁵³ Por. U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 66 n., poprzednio trochę inaczej w *Ulpian's Konstruktion des sogenannten Vereinbarungsdarlehens*, Synteleia Arangio-Ruiz, II, Napoli 1964, s. 1212 n.

⁵⁴ Por. też F. Serrao, o.c., s. 71, n. 51.

⁵⁵ Por. H. Heumann-Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*¹⁰, Graz 1958, s.v. actor.

zobowiązania między delegansem a delegatariuszem (mandat), ale jego podstawa, cel, dla którego zostało zawarte (*mutuum*)⁵⁶. W związku z tym wierzyciel nie może domagać się procentów jakby z mandatu, jeżeli nie były one przyrządzone za pomocą odrębnej stypulacji⁵⁷. Przy pożyczce bowiem tylko odrębna stypulacja rodzi obowiązek ich płacenia.

Powstanie pożyczki na skutek delegacji dłużnika znał już Celsus:

D. 12, 1, 32 (Celsus, 1. 5 dig.): *Si et me et Titium mutuum pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titium debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.*

Cytowany fragment doczekał się bardzo bogatej literatury⁵⁸, której nie byłoby celowe tu omawiać, zwłaszcza iż autorzy koncentrują się przede wszystkim na problemie błędu i interpolacji. Stan faktyczny przedstawiony przez Celsusa wygląda następująco: A prosi o pożyczkę osoby B i T. B zleca swemu dłużnikowi przyrzec pożyczkę. Dłużnik B zawiera z A stypulację, ale A myśli błędnie, iż jest to dłużnik T. Dlatego też między B i A nie powstanie pożyczka, a B będzie mógł się domagać zwrotu pieniędzy nie za pomocą skargi z pożyczki, ale na podstawie *condictio* wynikającej z bezpodstawnego wzbogacenia. Powodem niezaisnienia pożyczki jest więc nie to, iż B nie wręczył sam A pieniędzy, ale błąd osoby A⁵⁹. Gdyby A wiedział, iż zawiera stypulację z dłużnikiem B, powstałaby pożyczka między B i A.

⁵⁶ Por. F. Pringsheim, *Bonum et aequum*, ZSS 52, 1932, s. 119, n. 5. Por. też F. Pringsheim, *Id quod actum est*, ZSS 78, 1961, s. 1 n.

⁵⁷ Por. F. Pringsheim, *Stipulationsklausel*, Ges. Abh. II, s. 254, n. 255; S. Riccobono jr., *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, A. Pal. 29, 1962, s. 217; M. Kaser, RPR, I, s. 497, n. 36.

⁵⁸ Por. przede wszystkim: F. Schwarz, *Condictio*, s. 245 n.; tenże, *Die Bedeutung des Geschäftswillens im römischen Kontraktrecht der klassischen Zeit*, SDHI 25, 1959, s. 26; W. Endemann, o.c., s. 53 n.; U. Zilletti, *La dottrina dell' errore nella storia del diritto romano*, Milano 1961, s. 97 n.; A. Watson, *D. 12, 1, 32 and „delegatio”*, SDHI 29, 1963, s. 285 n.; S. E. Wunner, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Graz 1964, s. 210 n.; U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 47 n.; M. Kaser, RPR, I, s. 534, n. 11, s. 595, n. 20, s. 651, n. 44; R. Santoro, *Studi sulla condictio*, A. Pal. 32, 1971, s. 272 n. (oraz rec. P. Frezza, SDHI 38, 1972, s. 349 n.); G. Sacconi, o.c., s. 74 n.; H. H. Jakobs, o.c., ZSS 91, 1974, s. 216 n.

⁵⁹ Por. M. Lauria, *L'errore nei negozi giuridici*, Rivista di diritto civile, 19, 1927, s. 328 n.; J. Hupka, *Der dissensus in causa und die moderne Textkritik*, ZSS 52, 1932, s. 27; G. Bortolucci, *Note sul contratto romano*, Acta Congressus Iuridici Internationalis, I, Roma 1935, s. 271 n.; P. Voci, *L'errore nel diritto romano*, Milano 1937, s. 124 n.; tenże, *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946, s. 92; S. Peruzzi, *Della tradizione*, Scritti giuridici, I, Milano 1948, s. 122; E. Rabel, *In tema di delegazione*, Scritti Ferrini, IV, s. 218, który uważa,

Powyższy fragment dowodzi, że już Celsus znał możliwość powstania pożyczki na skutek delegacji dłużnika do zawarcia stypulacji (*delegatio ad promittendum*) równej wypłaceniu pieniędzy. Delegacja dłużnika do zawarcia stypulacji (*ad promittendum*) lub wręczenia pieniędzy (*ad solvendum*) opiera się na fikcji podwójnej *datio* — zakładano, iż delegat dał pieniądze delegansowi, a ten dopiero wręczył je delegatariuszowi. Ponieważ Celsus jest uważany za twórcę tej fikcji, można postawić hipotezę, że również on pierwszy⁶⁰ zastosował ją do wypadku pożyczki, czego dowodem jest D. 12, 1, 32. Dotychczasowe normy prawa odnoszące się do bankierów, którzy mogli z powierzonych im pieniędzy udzielić na zlecenie swych klientów pożyczki, której wierzycielem stawała się osoba dająca zlecenie, zostały rozciągnięte, w celu uproszczenia obrotu przez Celsusa również na innych dłużników.

Delegacja dłużnika jest następnym przypadkiem odejścia od zasady, iż pożyczka — kontrakt realny — powstaje tylko wtedy, gdy jej przedmiot jest wręczany bezpośrednio przez pożyczkodawcę pożyczkobiorcy.

Zlecenie udzielenia pożyczki można dać nie tylko swemu dłużnikowi, ale i innej, trzeciej osobie. Również może zajść sytuacja, gdy tytułem pożyczki będą dane pieniądze w imieniu kogoś innego, nawet bez woli i wiedzy tej osoby. Czy w takich sytuacjach działania w cudzym imieniu, a więc zastępstwa, powstawała pożyczka między osobą zastępowaną a otrzymującym pieniądze? Podniesiony tu problem poruszają poniższe fragmenty.

D. 12, 1, 2, 4 (Paulus, 1. 28 ad ed.): — — *id enim tale est, quale si voluntate mea tu des pecuniam: nam mihi actio adquiritur, licet mei nummi non fuerint.*

D. 45, 1, 126, 2 (Paulus, 1. 3 quaest.): — — *plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae acquireretur* — —

D. 12, 1, 9, 8 (Ulpian, 1. 26 ad ed.): *Si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos absente te et ignorante, Aristo scribit adquiri tibi*

że pożyczka nie powstała z powodu *dissensus*, a na skutek błędu; W. Flume, *Irrtum und Rechtsgeschäft im römischen Recht*, Festschrift Schulz, I, Weimar 1951, s. 244; F. Schwarz, *Condictio*, s. 245 n.; tenże, SDHI 25, 1959, s. 26; A. D'Ors, *Observaciones sobre el „Edictum de rebus creditis”*, SDHI 19, 1953, s. 146 n.; E. Betti, *Falsa impostazione della questione storica, dipendente da erronea diagnosi giuridica*, Studi Arangio-Ruiz, IV, s. 108, n. 101; H. U. Haebberlin, *Die Kausalbeziehungen bei der Delegatio*, ZSS 74, 1957, s. 125; W. Endemann, o.c., s. 53 n.; U. Zilletti, o.c., s. 98 n.; T. Mayer-Maly, *Bemerkungen zum Aspekt der Konsensstörung in der klassischen Irrtumslehre*, Mélanges Meylan I, s. 250; S. E. Wunner, *Contractus*, s. 211 (por. też recenzję P. Cornioley, LABEO 13, 1967, s. 408); U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 48; J. G. Wolf, *Causa stipulationis*, Köln-Wien 1970, s. 88, n. 27; M. Kaser, RPR, I, s. 531, n. 11; s. 595, n. 20; s. 651, n. 44; R. Santoro, o.c., A. Pal. 32, 1971, s. 274; G. Sacconi, o.c., s. 75.

⁶⁰ Por. U. Zilletti, o.c., s. 100; inaczej U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 27.

condictionem: Iulianus quoque de hoc interrogatus libro decimo scribit veram esse Aristonis sententiam nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dederō, tibi adquiritur obligatio, cum cottidie credituri pecuniam mutuum ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro.

D. 39, 5, 35, 2 (Scaevola, l. 31 dig.): *Avia sub nomine Labeonis nepotis sui mutuum pecuniam dedit, et usuras semper cepit et instrumenta debitorum a Labeone recepit, quae in hereditate eius inventa sunt: quaero, an donatio perfecta esse videatur. respondit, cum debitor Labeoni obligatus est, perfectam donationem esse.*

W obu fragmentach Paulusa zawarta jest ta sama myśl: jeśli ktoś z woli drugiego, a więc na podstawie jego prośby wyrażonej np. w mandacie, w cudzym imieniu, udzielił pożyczki z własnych pieniędzy, to wierzycielem w powstałym kontrakcie *mutuum* będzie osoba, w której imieniu działano, chociaż pieniądze nie stanowiły jej własności.

Ulpian w D. 12, 1, 9, 8 przedstawia jeszcze szerszy stan faktyczny. Przytaczając rozstrzygnięcie Aristo pisze on, że jeżeli została udzielona pożyczka w cudzym imieniu⁶¹, to nawet jeżeli osoba, w której imieniu działano, byłaby nieobecna lub nie wiedziała o tym działaniu, stanie się wierzycielem z powstałej pożyczki. Rozstrzygnięcie to aprobuje — jak donosi Ulpian — również Iulian, który podkreśla raz jeszcze, że gdy pieniądze w czyimś imieniu, z wolą tegoż, zostaną dane, to dłużnik jest zobowiązany w stosunku do osoby, w imieniu której działano.

Scaevola natomiast podaje konkretne przykłady takiego działania w imieniu innej osoby. Babka udziela pożyczki w imieniu wnuka, by tym sposobem obdarować go, ponieważ dłużnik staje się zobowiązany w stosunku do wnuka.

Powyższe fragmenty spotkały się z zarzutami interpolacji⁶². Głównym powodem krytycznych uwag jest to, iż wręczenie pieniędzy przez osobę trzecią, rodzące wierzycelność dla tego, w czym imieniu ona działała, zakłada zastępstwo bezpośrednie.

Natomiast powszechnie przyjmuje się, iż zastępstwo bezpośrednie było znane prawu rzymskiemu tylko w szczególnych wypadkach. *Pater familias* mógł być zawsze zastąpiony przez osoby *alieni iuris* (synów i niewolników), ale działanie osób *sui iuris* w zasadzie nie powodowało skutków zastępstwa. Jedynie *procurator* mógł nabyć posiadanie i własność w cudzym imieniu. Ponadto przyjmowano, iż działanie takich osób,

⁶¹ Por. G. Micolier, *Pécule et Capacité Patrimoniales*, Lyon 1932, s. 504, który *nomine* tłumaczy „na rachunek”; U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 71 n. uważa, iż *nomine* nie oznacza „w imieniu”, a więc z zamiarem zastępowania pożyczającego, lecz „w odniesieniu do niego”, „w jego interesie”, „na jego rachunek”. Por. też M. Kaser, PPR, I, s. 263.

⁶² Por. Index. Intemp. ad hoc loc., a także autorów cytowanych w następujących notach.

jak *institor*, *magister navis* lub *argentarius* powoduje skutki zastępstwa bezpośredniego. Poza tymi wyliczonymi przypadkami, działanie osób trzecich *sui iuris* nie mogło — zgodnie z powszechną opinią⁶³ — spowodować nabycia prawa przez osobę zastępowaną.

Zwolennicy zmian bądź negują⁶⁴ powstanie pożyczki w tych tekstach, bądź przyjmując możliwość udzielenia pożyczki przez zastępcę ograniczają krąg osób mogących działać w cudzym imieniu tylko do bankiera⁶⁵ lub prokuratora⁶⁶, czy też do wyzwolenca⁶⁷.

Prawdopodobnie początkowo tylko bankier bądź *procurator* mogli wręczać własne pieniądze w cudzym imieniu, przez co powstawała wierzycelność dla osoby zastępowanej. Jednak z biegiem czasu — podobnie do zlecenia dawanego dłużnikowi — o czym była poprzednio mowa — rozszerzono przepisy odnoszące się do bankiera i prokuratora⁶⁸ również na inne osoby⁶⁹.

Wydaje się, iż takie sytuacje, gdzie w czyimś imieniu udzielono pożyczki, rodząc tym wierzycelność z pożyczki dla osoby zastąpionej, znane były już Scaevoli (D. 39, 5, 35, 2), który referuje w swym kome-

⁶³ Por. G. Cornil, *Explication historique de la règle „alteri stipulari nemo potest”*, Studi Riccobono, IV, Palermo 1936, s. 255; M. Kaser, RPR, I, s. 260 n. (wraz z podaną tam literaturą); tenże, *Stellvertretung und „notwendige Entgeltlichkeit”*, ZSS 91, 1974, s. 146 n.; H. Ankum, *Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères en droit romain classique*, Studi Scherillo, I, Milano 1972, s. 381. Inaczej A. Claus, *Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht*, Berlin 1973.

⁶⁴ Por. C. Bortolucci, *Il mandato di credito* (estratto BIDR 27, 1914) s. 34 w nocie; G. Beseler, *Beiträge IV*, 1920, s. 126 oraz *Fruges et Paleae II*, Festschrift Schuiz, I, s. 28, n. 1; F. Schwarz, *Condictio*, s. 244 n. 51; U. von Lübtow, *Die Darlehensgewährung durch den Prokurator*, Studi Volterra, I, Milano 1971, s. 151 n.

⁶⁵ Por. L. Mitteis, *Trapezitika*, ZSS 19, 1898, s. 238, n. 1, oraz *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig 1908, s. 226, n. 79; B. Kübler, *Griechische Tatbestände in den Werken der kasuistischen Litteratur*, ZSS 29, 1908, s. 191, n. 3 (z powątpiewaniem); S. Solazzi, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi del tutore*, Scritti di diritto romano, I, Napoli 1955, s. 470, n. 55; S. Riccobono, *La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione nel diritto romano*, Scritti Ferrini, s. 37; A. Watson, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford 1961, s. 83; G. Sacconi, o.c., s. 173; H. Ankum, o.c., Studi Scherillo, I, s. 381.

⁶⁶ Por. H. Siber, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, Römisches Privatrecht, Berlin 1928, s. 415; U. von Lübtow, *Die Darlehensgewährung*, Studi Volterra, I, s. 151. O bankierze i prokuratorze mówią: A. Ormani, *Kaser sulla rappresentanza*, LABEO 2, 1956, s. 266; M. Kaser, RPR, I, s. 263; tenże, *Stellvertretung*, ZSS 91, 1974, s. 177 n.

⁶⁷ Por. Segrè, *Mutuo e stipulazione*, Scritti vari di diritto romano, Torino 1952, s. 147 w nocie.

⁶⁸ Por. podobnie R. Orestano, *Rappresentanza (diritto romano)*, NNDI XIV, s. 798.

⁶⁹ G. Bortolucci, *Il mandato di credito*, BIDR 27, 1914, s. 34 w nocie, podnosi, że w wypadku udzielenia pożyczki przez dłużnika, podkreślano *ius singulare*,

tarzu do edyktu opinie powszechnie przyjętą⁷⁰. Może początkowo jurysci nie podkreślali, iż w przypadkach przewidzianych w D. 12, 1, 2, 4; D. 12, 1, 9, 8; D. 39, 5, 35, 2; D. 45, 1, 126, 2 występował efekt zastępstwa bezpośredniego, a tylko przyznawali *conductio*⁷¹. W celu wytłumaczenia od strony prawnej przyczyny przyznania *conductio* Celsus stworzył fikcję podwójnej *datio*, tzw. „Durchgangstheorie”. Zakładano, że najpierw zastępca dał pieniądze osobie zastępowanej, a następnie ona wręczała je proszącemu o pożyczkę. Ograniczenie stosowania fikcji podwójnej *datio* tylko do osoby bankiera czy prokuratora, zdaje się niesłuszne⁷². Dlatego też można przyjąć, iż w przypadku udzielenia pożyczki w cudzym imieniu zachodziło wyjątkowo zastępstwo bezpośrednie, nieznanne w innych okolicznościach prawa rzymskiego.

Osobnym zagadnieniem jest wewnętrzny stosunek między osobą dającą swe pieniądze tytułem pożyczki, a tą, w której imieniu działano, czyli między zastępcą i zastępowanym. Jeśli działanie zastępcy nastąpiło na skutek mandatu, to przysługiwałaby mu, zgodnie z formą powstania zobowiązania, *actio mandati*. Jeśli zastępca działał bez wiedzy zastępowanego, mógł on dysponować *actio negotiorum gestorum*. Ale biorąc pod uwagę wypowiedź Ulpiana zawartą w D. 17, 1, 10, 4, należy zauważyć, iż prawdopodobnie nie forma powstania zobowiązania (kontrakt mandatu czy *negotiorum gestio*) odgrywała tu decydującą rolę, lecz cel, jaki chciano osiągnąć. Celem tym mogła być darowizna⁷³ (por. np. D. 39, 5, 35, 2) lub udzielenie pożyczki, a w tym ostatnim przypadku zastępca miałby w stosunku do osoby zastępowanej skargę z pożyczki.

W przypadku pożyczki powstającej na skutek działania czy to dłuż-

wyjątkowość takiego rozwiązania — por. D. 12, 1, 15 — natomiast w wypadku działania w cudzym imieniu, a więc również wyjątkowości okoliczności, brak takiego podkreślenia, co dowodzi jego zdaniem, iż fragmenty mówiące o udzieleniu pożyczki przez zastępcę nie pochodzą od jurystów klasycznych. Zauważyć jednak trzeba, iż nie zawsze w wypadku działania przez dłużnika podkreślano wyjątkowość takiego rozwiązania. Ulpian w D. 17, 1, 10, 4 — gdzie proszący o pożyczkę ma wziąć pieniądze od dłużnika — nie wspomina nic o *ius singulare*. Podobnie mówi na ten temat Celsus w D. 12, 1, 32, gdzie w przypadku niepełnienia błędu pożyczka doszłaby do skutku poprzez działanie dłużnika. Niepodkreślanie więc *ius singulare* przy działaniu w cudzym imieniu nie dowodzi wcale, iż konstrukcja zastępstwa bezpośredniego w tym wypadku nie była znana jurystom klasycznym.

⁷⁰ Por. rozważania A. Claus, *Gewillkürte im Römischen Privatrecht*, Berlin 1973, s. 251 n.; krytycznie M. Kaser, *Stellvertretung*, ZSS 91, 1974, s. 177 n.

⁷¹ Por. M. Kaser, RPR, II, s. 105, n. 43.

⁷² Por. G. G. Archi, *Animus donandi*, Atti Verona, III, Milano 1953, s. 152, który w D. 39, 5, 35, 2 przyjmuje bez zastrzeżeń wierzytelność z pożyczki dla osoby zastępowanej. Por. też F. Pringsheim, *Animus donandi*, ZSS 42, 1921, s. 308.

⁷³ Por. D. 12, 4, 7 pr i D. 12, 4, 9 pr i omówienie tych fragmentów H. Kupiszewski, *Stosunki majątkowe między narzeczonymi w prawie rzymskim klasycznym (Dos i donatio)*, Prawo kanoniczne, 20, 1977, nr 3-4, s. 275 n.

nika pożyczkodawcy, czy to jego zastępcy, momentem powstania kontraktu (wierzytelności po stronie delegansa, czy po stronie osoby zastępowanej) jest chwila faktycznego wręczenia pieniędzy pożyczkobiorcy⁷⁴. Jednak mimo tego, udzielenie pożyczki poprzez działanie zastępcy jest następnym przykładem odejścia od zasady bezpośredniej *datio* pieniędzy przez udzielającego pożyczki.

Poza okolicznościami omówionymi wyżej, a więc przekształceniem dotychczasowego kontraktu depozytu w pożyczkę, zleceniem danym dłużnikowi i działaniem zastępcy, może się zdarzyć, iż ktoś ma w swych rękach pieniądze z jakiegoś innego tytułu i prosi wierzyciela o to, by mógł je zatrzymać z tytułu pożyczki. Czy w takich przypadkach, gdy zachodziła tzw. *traditio brevi manu*, poza znanym już przykładem depozytu, prawo rzymskie uznawało powstanie pożyczki? Decydujące w tej kwestii są dwa teksty: D. 17, 1, 34 pr i D. 12, 1, 15.

D. 17, 1 34 pr (Africanus, l. 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 creditam 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 — et in proposito igitur dicendum actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo nummi fierent, tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat.*

Stan faktyczny wygląda następująco: Ten, kto prowadzi sprawy (czyli *procurator*) LT, gdy od dłużników jego odebrał pieniądze, wysłał do LT list, w którym donosi, iż określoną (*certum*) sumę z administracji ma u siebie i ją pożyczka sobie z procentami; powstaje pytanie, czy z tego powodu, w takich okolicznościach LT może żądać zwrotu pieniędzy z tytułu pożyczki i czy może żądać procentów. (Iulian) odpowiada, iż pożyczka tu nie powstała, jakkolwiek wiadomo jest, iż z każdego kontraktu *nuda pactione* pożyczka może powstać⁷⁵. (Następnie Africanus⁷⁶ opisuje inne okoliczności faktyczne⁷⁷, które tu, dla jasności wywodów

⁷⁴ Tak samo C. Longo, *Mutuo*, s. 27; por. też różne możliwości omówione przez P. Voci, *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946, s. 94 n.

⁷⁵ Romaniści zajmujący się tym fragmentem, cytowani poniżej uważają, iż myśl zawarta w *alioquin — posse* wyraża zasadę, iż *nuda pactione* nie może powstać pożyczka. Przeciwnie, podobnie do prezentowanej tu interpretacji tekstu D. Diósdí, *Pacta nuda servabo? Nuovi dubbi intorno ad un vecchio problema*, BIDR 74, 1971, s. 103; F. B. J. Wubbe, *Benigna interpretatio als Entscheidungskriterium*, Festgabe Herdliczka, s. 303.

⁷⁶ O tym, że Africanus referuje tu poglądy Iuliana, por. poprzednie rozważania na ten temat.

⁷⁷ Na temat dokonywanych porównań, tzw. *deductio ad absurdum*, por. M. Bre-tone, *Note minime su Celsus filius*, LABEO 9, 1963, s. 331 n.; M. Kaser, *Zur*

zostały pominięte, były bowiem omawiane poprzednio). Wracając do głównego problemu (*in proposito*) Iulian — Africanus stwierdza, iż LT przysługuje *actio mandati*; ryzyko utraty pieniędzy spoczywa na prokuratorze; oraz że będzie on zobowiązany do płacenia odsetek.

I w tym tekście proponowane są zmiany. Zwolennicy interpolacji⁷⁸ skreślają bądź całą frazę *alioquin-posses*, bądź słowa *ex omni contractu*, jednak poprawki te nie wydają się uzasadnione⁷⁹.

Dalsze głosy krytyczne dotyczą ostatniego zdania fragmentu⁸⁰.

Pogląd na temat justyniańskiego pochodzenia frazy *in proposito* — *tamen*, mimo znajdujących się tam w tym zdaniu błędów stylistycznych, wydaje się niesłuszny z uwagi na argumenty podniesione przez Segrè⁸¹. Natomiast przyznać trzeba rację autorom⁸², którzy uważają, że Iulian-Africanus nie mógł się wypowiedzieć twierdząco co do płacenia odsetek. Wątpliwe jest jednak, by kompilatorzy dopisali sami ustęp mówiący o odsetkach. Prawdopodobnie zmienili oni tylko słowa Iuliana-Africanusa, dopasowując jego odpowiedź do współczesnych im rozstrzygnięć, kiedy to *pactum ex intervallo* mogło zmodyfikować postanowienia istniejącego już kontraktu.

Powracając do zasadniczego tematu, a więc do pytania, czy w okolicznościach przedstawionych w D. 17, 1, 34 pr, gdy dłużnik jest winien pieniądze z jakiegoś tytułu i chce je zatrzymać jako pożyczkę powstałe *mutuum*, czy nie, należy odpowiedzieć przecząco⁸³. Nie wynika to

Methode der römischen Rechtsfindung, Göttingen 1962, s. 59 m.; E. B. und, *Untersuchungen zur Methode Julians*, Köln-Graz 1965, s. 92 m. (por. też R. Regg, rec. pracy Bunda, IURA 18, 1967, s. 188).

⁷⁸ Por. S. Perozzi, *Il contratto consensuale classico*, Scritti giuridici, II, Milano 1948, s. 587 oraz *Le obbligazioni romane*, Scritti, II, s. 345 w nocie (opublikowane Bologne 1903) oraz P. De Francis, *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, II, Pavia 1916, s. 460; V. Arango-Ruiz *Le genti e la città*, s. 142, n. 1, którzy skreślają całe zdanie *alioquin — posses*; P. Bonfante, *Sulla genesi e l'evoluzione del „contractus“*, Scritti giuridici varii, III, Torino 1916, s. 113, n. 2; M. Bretone, o.c., LABEO 9, 1963, s. 338; E. B. und, o.c., s. 92, skreślają tylko słowa *ex omni contractu*. G. Beseler, *Romanistische Studien*, TR 10, 1930, s. 205 proponuje: — *nuda (enim) pactione pecunia credita fieri non posse*. Por. też O. Lenel, *Afrikans Quidstionen*, ZSS 51, 1931, s. 39, n. 2, który wypowiada się krytycznie na temat interpolacji.

⁷⁹ Por. dalsze rozważania.

⁸⁰ Por. C. Longo, „*Natura actionis*” nelle fonti bizantine, BIDR 17, 1905, s. 85; J. C. Naber, *Observatiunculae de iure romano*, Mnemosyne, 34, 1906, s. 61 n. 1; G. Segrè, *Sul deposito irregolare in diritto romano*, BIDR 19, 1907, s. 214 w nocie; G. Beseler, *Romanistische Studien*, TR 10, 1930, s. 205 n. 1; F. Serrao, *Il procurator*, Milano 1947, s. 128 n.; U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 53 n.

⁸¹ Por. G. Segrè, o.c., BIDR 19, 1907, s. 214 w nocie.

⁸² Por. stanowisko Serrao i von Lübtowa cyt. w n. 80.

⁸³ Por. wyraźne stwierdzenie *non esse creditam*, jak i podkreślenie, iż przeciw prokuratorowi można wystosować *actio mandati*, a nie *condictio*.

jednak z tego — jak chcą poprzednio cytowani autorzy⁸⁴ — iż na skutek samego porozumienia (*nudum pactum*) nie można było przekształcić dotychczasowego stosunku w *mutuum*, ale z tej przyczyny, iż *procurator* LT chciał zmienić dotychczasowy stosunek jednostronnym przejawem woli⁸⁵. W D. 17, 1, 34 pr nie ma mowy o żadnym *pactum*, tylko o jednostronnym zawiadomieniu (wysłanie listu), iż kwotę z administracji zatrzymuje *procurator* jako pożyczkę i dlatego według Iuliana-Africanusa pożyczka nie powstała. Jedynie w celu przeciwstawienia poprzednio opisanemu stanowi faktycznemu jurysta stwierdza, iż *nudo pacto* można przekształcić poprzednio istniejący stosunek w pożyczkę⁸⁶. Musi to być jednak *pactum* zawarte przez obie strony, a nie jednostronne oświadczenie.

Podobny stan faktyczny opisuje Ulpian w D. 12, 1, 15 (l. 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 pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te projecta*.

Pierwszy stan faktyczny — omówiony poprzednio — dotyczy zlecenia, jakie wierzyciel daje swemu dłużnikowi, by wypłacił dłużne mu pieniądze osobie proszącej o pożyczkę, na skutek czego powstaje pożyczka między delegansem a delegatariuszem. Dalej Ulpian stwierdza, iż to, co jest możliwe między 2 osobami, może być zastosowane również do jednej osoby. W związku z tym, jeśli dłużnik był winien pieniądze z mandatu, po czym zawarł umowę z wierzycielem, iż pieniądze te zatrzyma jako pożyczkę, powstaje pożyczka⁸⁷.

Dłużnik występuje tu, według Lübtowa⁸⁸, w podwójnej roli: jako osoba, której wierzyciel daje zlecenie i jednocześnie jako proszący o pożyczkę. Pozytywna odpowiedź co do powstania kontraktu *mutuum* zakłada fikcję, iż dłużnik zwrócił wierzycielowi winne z mandatu⁸⁹ pieniądze, a ten mu je wręczył tytułem pożyczki: *videatur mihi data pecunia et me ad te projecta*.

Beseler i Sachers⁹⁰ uważają, iż wypowiedź Ulpiana została zmienio-

⁸⁴ Por. w n. 78.

⁸⁵ Por. F. B. J. Wubbe, o.c., Festgabe Herdlitzka, s. 303. Por. też G. Mac Cormack, *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, BIDR 75, 1972, s. 71 n.

⁸⁶ Por. G. Diósdí, o.c., BIDR 74, 1971, s. 103.

⁸⁷ Por. ostatnio H. H. Jakobs, o.c., ZSS 91, 1974, s. 208.

⁸⁸ Por. U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 67.

⁸⁹ Stosunek mandatu przytoczony jest przez Ulpiana tylko przykładowo, por. U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 71.

⁹⁰ Por. G. Beseler, *Beiträge*, III, s. 45; tenże, *Juristische Miniaturen*, Leipzig 1929, s. 114; tenże, TR 10, 1930, s. 205, n. 1; tenże, *Unklassische Wörter*.

na przez kompilatorów, gdyż według nich i ten jurysta, tak jak Iulian-Africanus w D. 17, 1, 34 pr, nie przewidywał powstania pożyczki w wyżej opisanym wypadku. Stanowisko to zostało jednak słusznie odrzucone przez romanistów⁹¹. Ze słów Ulpiana wynika wyraźnie, że drugi stan faktyczny z D. 12, 1, 15 stara się on, tak jak i pierwszy, uważać za *ius singulare* i posuwając naprzód rozwój prawa, również w tym przypadku uznaje on powstanie pożyczki mimo braku faktycznej *datio*. Stanowisko jego nie było może ogólnie przyjęte, co sugerują słowa *recipiendum est*.

Różnica między pierwszym i drugim stanem faktycznym, zawartym w D. 12, 1, 15 polega na tym, iż w pierwszym wypadku dochodziło do realnego wręczenia, chociaż osobą wręczającą nie był sam wierzyciel, natomiast w drugim wypadku brak było wręczenia i zakładało się tylko fikcję przechodzenia pieniędzy.

Stany faktyczne przedstawione w D. 17, 1, 34 pr i D. 12, 1, 15 dowodzą, iż następnym wyjątkiem od zasady bezpośredniej *datio* przy pożyczce były okoliczności, w których dłużnik miał już w swych rękach pieniądze z tytułu mandatu i prosił wierzyciela, by mógł je zatrzymać z tytułu pożyczki. Co prawda Iulian-Africanus w D. 17, 1, 34 pr wypowiada się negatywnie, ale spowodowane to jest — jak było już poprzednio podkreślone — nie negowaniem możliwości powstania pożyczki, ale faktem, iż dłużnik nie zawarł z wierzycielem umowy (*pactum*), a jedynie wysłał do niego jednostronne oświadczenie. W D. 12, 1, 15 Ulpian nie waha się powiedzieć, iż pożyczka powstała. W takich okolicznościach, gdy dłużnik miał już w swych rękach pieniądze, nie dochodziła do skutku żadna *datio*, wobec czego trzeba było zastosować fikcję podwójnej *datio*, mianowicie, iż dłużnik wywiązał się ze starego zobowiązania oddając wierzycielowi pieniądze, a ten następnie wręczył mu je tytułem pożyczki. Podobny stan faktyczny, kiedy to dłużnikiem był depozytariusz, był już poprzednio omawiany (D. 17, 1, 34 pr; D. 12, 1, 9, 9; D. 12, 1, 10; D. 17, 1, 10, 4) i nie budził wątpliwości co do tego, iż na skutek porozumienia stron stosunek depozytu przekształcił się w *mutuum*. Takie rozwiązanie przyjmował bez zastrzeżeń zarówno Iulian-Africanus, jak i Ulpian. Nie widać więc żadnych przeszkód, by analogicznie, gdy dłużnikiem był nie depozytariusz, ale np. mandatariusz, uznać możliwość zmiany stosunku (na skutek porozumienia — *pactum* stron) w pożyczkę.

Bezpośredniej *datio* przedmiotu pożyczki brakuje — podobnie do opisanego poprzednio wypadku — przy tzw. *contractus mohatrae*, czyli w następujących okolicznościach: A prosi B o udzielenie mu pożyczki.

ZSS 56, 1936, s. 40; tenże, *Romanistischen Studien*, Studi Riccobono, I, s. 307; E. Sachers, o.c., *Festschrift Koschaker*, II, Weimar 1939, s. 86, n. 18.

⁹¹ Por. P. Voci, *La dottrina romana del contratto*, s. 97 oraz *Scritti Ferrini*, s. 389, n. 2; F. Schwarz, *Condictio*, s. 287 n.; U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 68 n.; M. Kaser, *RPR*, I, 531. n. 13.

B wręcza A pewien oszacowany przedmiot z poleceniem sprzedania go i zatrzymania tytułem pożyczki uzyskanej ze sprzedaży kwoty.

Prawnicy rzymscy nie byli zgodni co do tego, czy w opisanej sytuacji powstaje pożyczka.

D. 17, 1, 34 pr (Africanus, 1. 8 quaest): — — *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.*

Iulian-Africanus stoi tu na stanowisku, iż ten, kto chcąc udzielić pożyczki dał srebro na sprzedaż, nie ma prawa domagania się zwrotu pieniędzy z tytułu pożyczki; jednakże ryzyko utraty pieniędzy otrzymanych z tytułu sprzedaży srebra spoczywa na tym, kto otrzymał srebro.

Zdanie *et tamen* — *argentum* uważają Longo⁹² i Lenel⁹³ za dopisane przez kompilatorów. Według Longo rozważania na temat *periculum* pochodzą od Justyniana, który w ten sposób chciał włączyć milcząco naturę *condictio* w naturę *actio mandati*. Lenel, nie przyłączając żadnych nowych argumentów, powołuje się tylko na Longo. Argumenty Longo zostały już poprzednio słusznie skrytykowane przez Segré⁹⁴. Uwagi na temat *periculum* robili prawnicy rzymscy przy różnych okazjach, dlatego nie mogą być one dowodem dokonania interpolacji. Należy też zauważyć, że wyrażenie *et tamen* nie nawiązuje do pożyczki, ale podkreśla, iż jakkolwiek⁹⁵ pożyczka nie powstała, ryzyko przypadku spoczywa na otrzymującym pieniądze.

Iulian-Africanus — jak zauważa Lübtow⁹⁶ — mówi, iż pożyczka nie miała miejsca, choć faktycznie nastąpiła *datio*. Nie była ona jednak wynikiem zlecenia wierzyciela, gdyż osoba kupująca w ogóle mogła nie wiedzieć o jego istnieniu. W takich okolicznościach jurysta nie zakłada fikcji podwójnej *datio*; na wypadek tzw. *contractus mohatrae* nie rozciąga norm *ius singulare* i dlatego nie uznaje powstania pożyczki między dającym rzecz do sprzedania a otrzymującym pieniądze z tej sprzedaży.

Inne stanowisko zajmuje w tej kwestii Ulpian:

D. 12, 1, 11, pr (Ulpian, 1. 26 ad ed.): *Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris. si vendideris, puto mutuum pecuniam factam. quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris*

⁹² C. Longo, „*Natura actionis*” nelle fonti bizantine, *BIDR* 17, 1905, s. 84 n.

⁹³ Por. O. Lenel, *Africans Quaestiones*, ZSS 51, 1931, s. 39.

⁹⁴ Por. G. Segré, *Sul deposito irregolare in diritto romano*, *BIDR* 19, 1907, s. 214 w nocie.

⁹⁵ Por. E. Rabel, *Grundzüge des römischen Privatrechts*², Basel 1955, s. 102, n. 2; U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 53.

⁹⁶ Por. U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 52 n.

prius quam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quaestionis est, mihi videtur Nervae distinctio verissima existimantis multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam nec ne, ut, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui proposito hoc ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam perisse, et maxime si sine usuris credidi.

Stan faktyczny przedstawiony w cytowanym fragmencie wygląda następująco: Prosisz mnie o udzielenie pożyczki; ja, ponieważ nie mam akurat pieniędzy, daję ci misę lub bryłę srebra, abyś je sprzedał i zatrzymał pieniądze jako pożyczkę (*nummis utereris*). Jeśli sprzedasz — według Ulpiana — powstanie pożyczka. Powstaje jednak pytanie, kto ponosi ryzyko przypadkowej utraty (*sine tua culpa*) przedmiotów przed dokonaniem sprzedaży. Odpowiadając na to pytanie powołuje się Ulpian na rozstrzygnięcie Nery, który uważa, iż nie jest ważne to, czy przedmioty masz do sprzedania, lecz w jaki sposób, dlaczego masz je do sprzedania. Jeśli inicjatywa sprzedania wyszła ode mnie — ja ponoszę ryzyko, jeśli zaś ty prosiłeś o udzielenie pożyczki i w tym celu dostałeś rzecz do sprzedania — ty ponosisz ryzyko, tym bardziej, jeśli bez procentów pożyczam.

Uwagi autorów, którzy zarzucają dokonanie zmian przez kompilatorów w tekście Ulpiana, dotyczą — poza refleksjami Beselera⁹⁷ i Lüb-towa⁹⁸ — drugiej części fragmentu, mówiącej o ponoszeniu ryzyka. Zostały one skrytykowane przez Kasera⁹⁹, który nie wdając się w kwestie marginesowe — jak np. zmianę słowa *sententia* na *distinctio* — stwierdza, że choć z góry nie można wykluczyć tego, iż pod rozstrzygnięcie Nery, cytowane przez Ulpiana, został podłożony przez kompilatorów zupełnie inny problem, to hipoteza ta jest mało prawdopodobna. Zmiana tekstu klasycznego mogła nastąpić tylko wtedy, gdy w ten sposób chciano wprowadzić zasadnicze nowości, w przypadku zaś D. 12, 1, 11 pr nie można tego zauważyć. Należy więc przyjąć, że Nerva rzeczywiście zajmował się kwestią ryzyka w dwóch różnych przypadkach: jeżeli dawca chciał rzeczy sprzedać z własnej inicjatywy, to ryzyko on ponosił, jeżeli natomiast dał rzecz do sprzedania dopiero na prośbę szukającego kredytu — ryzyko przechodziło na biorącego¹⁰⁰. Rozróżnienie, według którego ryzyko ponosi ta strona, która czerpie korzyść z kontraktu, dobrze znane jest prawu klasycznemu; nie jest ono wyrazem bizantyjskiej teorii woli stron, lecz polega na klasycznym rozróżnieniu interesu¹⁰¹.

⁹⁷ Por. G. Beseler, *Romanistische Studien*, TR 10, 1930, s. 205, n. 1.

⁹⁸ Por. U. von Lüb-tow, *Darlehen*, s. 64.

⁹⁹ Por. M. Kaser, *Die Verteilung der Gefahr beim sogenannten „contractus mohatrae“*, *Syntelesia Arangio-Ruiz*, I, s. 76 n.

¹⁰⁰ Por. podobne stwierdzenie w D. 12, 1, 4 pr ostatnie zdanie.

¹⁰¹ Por. też L. Lombardi, *L'actio aestimatoria*, e i „*bonae fidei iudicia*“, *BIDR* 63, 1960, s. 135 n.; E. Bettà, *Istituzioni di diritto romano*, 2, 1, Padova 1962, s. 379, n. 16.

Przytoczone trafne argumenty Kasera zwalniają od dokonania ponownej krytyki poglądów zwolenników interpolacji drugiej części D. 12, 1, 11 pr. Należy tylko zatrzymać się nad uwagami Beselera, dotyczącymi pierwszej części wypowiedzi Ulpiana. Beseler¹⁰² proponuje wstawić *non* przed *puto*, opierając się na porównaniu rozstrzygnięcia Ulpiana z rozstrzygnięciem Iuliana-Africanusa z D. 17, 1, 34 pr. Takie postawienie zagadnienia nie wydaje się słuszne. Zakłada ono bowiem bezwzględną jednolitość poglądów wszystkich klasyków. W rzeczywistości istniały pomiędzy nimi różnice zdań wynikające bądź to z wpływów różnych szkół, bądź z różnicy w czasie, bądź też z indywidualnych poglądów. To, iż Iulian-Africanus w wypadku uzyskania pieniędzy w drodze sprzedaży rzeczy danej przez pragnącego udzielić kredytu nie uznaje powstania pożyczki, nie dowodzi wcale, iż Ulpian nie wyrażał się przychylnie w tej kwestii. Uznanie pożyczki w okolicznościach opisanych w D. 12, 1, 11 pr było nadal kontrowersyjne¹⁰³, czego dowodem jest ostrożne sformułowanie Ulpiana *puto*. Właśnie to ostrożne sformułowanie przekonuje najbardziej o istnieniu różnicy zdań między nim a jego poprzednikami, czy też może innymi współczesnymi prawnikami oraz o autentyczności wypowiedzi Ulpiana. Prawdopodobnie to nowe rozstrzygnięcie zostało wprowadzone na skutek rozwoju prawa, które szukało nowych, coraz dogodniejszych, praktyczniejszych konstrukcji, dopasowanych do rozwijającego się stale obrotu prawnego. Uznając powstanie pożyczki, musiał zastosować tu Ulpian fikcję podwójnej *datio*, podobnie jak w D. 12, 1, 15. Jurysta ten przyjmował, że pieniądze otrzymane ze sprzedaży, zostały oddane pragnącemu udzielić kredytu, który następnie wręczył je z powrotem swemu kontrahentowi.

Pozostaje jeszcze do rozstrzygnięcia problem, w jakim momencie powstawał kontrakt pożyczki, od jakiej chwili wierzyciel mógł się posłużyć *condictio*. Za chwilę powstania kontraktu pożyczki można by przyjmować bądź moment wręczenia rzeczy, która ma być sprzedana, bądź dokonanie sprzedaży tej rzeczy, bądź wreszcie moment otrzymania zapłaty. Longo¹⁰⁴ zauważa, że ani w chwili wręczenia rzeczy, ani w chwili zawarcia kupna nie było jeszcze właściwego dla pożyczki przedmiotu tego kontraktu. Myśl tę można rozwinąć dalej, a mianowicie, w dwóch pierwszych wspomnianych momentach nie można było zastosować fikcji podwójnej *datio*. Fikcję tę można założyć dopiero w chwili faktycznego otrzymania pieniędzy ze sprzedaży. Tak więc pożyczka powstaje dopiero

¹⁰² Por. G. Beseler, *Romanistische Studien*, TR 10, 1930, s. 205, n. 1.

¹⁰³ Por. A. Pernice, *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, I, Halle 1873, s. 482 (cyt. Labeo); C. Longo, *Mutuo*, s. 28; M. Kaser, o.c., *Syntelesia Arangio-Ruiz*, I, s. 75; U. von Lüb-tow, *Darlehen*, s. 64.

¹⁰⁴ Por. C. Longo, *Mutuo*, s. 28. Por. też G. Longo, *Diritto romano. Diritto delle obbligazioni. II. Parte speciale*. Roma 1954, s. 77.

wtedy, gdy otrzymujący rzecz do sprzedania nie tylko ją sprzeda, ale i otrzyma za nią zapłatę¹⁰⁵.

Na marginesie powyższych rozważań może powstać pytanie, jaką skargą będzie się posługiwał dający rzecz na sprzedaż przed dokonaniem sprzedaży bądź przed wypłaceniem ceny kupna. Odpowiedź na to pytanie daje D. 19, 5, 19 pr:

D. 19, 5, 19 pr (Ulpian, l. 31 ad ed.): *Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris. si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus.*

Ulpian opisuje następującą sytuację: Prosiłeś mnie o udzielenie pożyczki; ja, ponieważ nie miałem akurat pieniędzy, dałem ci rzecz do sprzedania, abys otrzymaną ze sprzedaży kwotę używał. Jeśli nie sprzedałeś lub sprzedałeś wprawdzie, pieniędzy jednak nie otrzymałeś¹⁰⁶, najlepiej (przezorniej) jest, jak mówi Labeo: *agere praescriptis verbis*, jakby czynność między nami zawarta była kontraktem.

Przytoczona w tym fragmencie wypowiedź Labeona stała się przedmiotem licznych uwag romanistów. Pomijając nie mające większego znaczenia ewentualne zmiany poszczególnych słów, należy zatrzymać się nad dwiema kwestiami: proponowaną przez Labeona skargą i wyrażeniem *quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus*.

Beseler¹⁰⁷, Betti¹⁰⁸, Collinet¹⁰⁹, Sachers¹¹⁰, Kaser¹¹¹, Lübtow¹¹² uważają, że Labeo dawał skargę *in factum*¹¹³, którą kompilatorzy przerobili na *actio praescriptis verbis*. Niewątpliwie do chwili otrzymania pieniędzy ze sprzedaży istniał między stronami trudny do ścisłego zakwalifikowania stosunek prawny¹¹⁴. Według cytowanych powyżej autorów,

¹⁰⁵ Tak samo już poprzednio C. Arndt, *M. Cocceio Nerva*, TR, 4, 1923, s. 215; W. Osuchowski, *O nieoznaczonych prawnie stosunkach kontraktowych w klasycznym prawie rzymskim*, Lwów 1933, s. 146; C. Longo, *Mutuo*, s. 28 n.; M. Kaser, o.c., *Synteleia Arangio-Ruiz*, I, s. 81; U von Lübtow, *Darlehen*, s. 65.

¹⁰⁶ D. 19, 5, 19 pr stanowi dalszy przykład na to, iż pożyczka powstawała dopiero po otrzymaniu zapłaty za sprzedaną rzecz.

¹⁰⁷ Por. G. Beseler, *Beiträge*, II, s. 165.

¹⁰⁸ Por. E. Betti, o.c., *BIDR* 28, 1915, s. 32 oraz *Istituzioni*, s. 323, n. 11.

¹⁰⁹ Por. C. Collinet, *La genèse du digeste, du code et des institutes de Justinien*, Paris 1952, s. 241.

¹¹⁰ Por. E. Sachers, o.c., s. 89, n. 25.

¹¹¹ Por. M. Kaser, o.c., *Synteleia Arangio-Ruiz*, I, s. 79.

¹¹² Por. U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 65.

¹¹³ Na temat *actio in factum* por. M. Kaser, *RPR*, I, s. 580 n. oraz podaną tam literaturę.

¹¹⁴ Co do tego, pod jaki schemat należy podciągnąć stan faktyczny zawarty w D. 19, 5, 19 pr istnieją w doktrynie spory. E. Betti, o.c., *BIDR* 28, 1915, s. 32 oraz

w takich wypadkach stosowano ochronę opartą na opisanu okoliczności faktycznych, czyli *actio in factum*. Ale jednocześnie wiadomo, że dla jednego z takich stosunków, dla kontraktu estymatoryjnego, zastosował Labeo po raz pierwszy¹¹⁵ *actio civilis incerti*, czyli *agere praescriptis verbis*¹¹⁶. Dlatego też w sytuacji otrzymania rzeczy do sprzedaży, opisanej w D. 19, 5, 19 pr, widział on możliwość *agere praescriptis verbis*¹¹⁷. Przeciw interpolacji D. 19, 5, 19 pr wystąpił już poprzednio Osuchowski, przytaczając np. argumenty¹¹⁸: „*agere praescriptis verbis* z punktu widzenia gramatycznego jest dobrą łaciną; konstrukcja zdania: *ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis*, nie wskazuje wcale na dowolną tylko wzmiankę o Labeonie; analogiczne momenty, jakie spotykamy w innych przykładach, a to: powoływanie się na Labeona i zastosowanie powództwa *agere praescriptis verbis* w tym samym dziele Ulpiana, każą presumować, iż przypisywanie Labeonowi znajomości *agere praescriptis verbis* nie było tylko przypadkowe; przykład podany jest w dziele Ulpiana, który nie przedstawia zwykle oryginalnych własnych poglądów, lecz korzysta z autorytetu swoich poprzedników; zastosowanie przez Labeona w innych przykładach nieoznaczonych stosunków kontraktowych skargi cywilnej o nieokreślonej *intentio (actio civilis incerti)*, odpowiadającej powództwu *agere praescriptis verbis*, którego *intentio* była również *incerta*.”

Uwagi późniejszych zwolenników interpolacji nie podnoszą żadnych nowych argumentów, które nie byłyby poruszone przez Osuchowskiego. Należy więc przyjąć, że Labeo, na ochronę przedstawionego w D. 19, 5, 19 pr wypadku, proponował skargę cywilną, określając ją jako *agere praescriptis verbis* ze względu na opisanie stanu faktycznego. Skargę tę stosowali rzymscy prawnicy zapewne często, nawet przy umowach typowych o niezwyklej treści¹¹⁹. Należy jednak zauważyć, że przytoczono-

Istituzioni, s. 323, n. 11, widzi tu kontrakt estymatoryjny: O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis* II, Lipsiae 1889, szp. 624, n. 4 oraz L. Lombardi, o.c., *BIDR* 63, 1960, s. 136 n. 14 — mandat. Najszlachetniejszy zdaje się pogląd, iż jest to tzw. kontrakt realny nienazwany, podobny do *aestimatum*.

¹¹⁵ Por. C. A. Maschi, *Impostazione storica della compravendita e della permuta nel libro 33 ad edictum di Paolo*, *Studi De Francischi*, II, s. 379 n.; M. Kaser, *Oportere und ius civile*, *ZSS* 83, 1966, s. 37 oraz podaną tam literaturę.

¹¹⁶ Na temat *actio civilis incerti* oraz *agere praescriptis verbis* por. B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*³, Milano 1956, s. 441; C. A. Maschi, o.c., s. 379 n.; A. E. Giffard, *L'actio civilis incerti et le synallagma (D. 2, 14, 7)*, *RHD* 35, 1957, s. 337 n.; M. Kaser, *ZPR*, s. 469, n. 20; tegoż, *Oportere und ius civile*, *ZSS* 83, 1966, s. 37 n.

¹¹⁷ Por. A. Pernice, *Labeo*, I, s. 482 oraz *Parerga* III, *ZSS* 9, 1888, s. 259, n. 2.

¹¹⁸ W. Osuchowski, *O nieoznaczonych prawnie stosunkach kontraktowych w klasycznym prawie rzymskim*, Lwów 1933, s. 149.

¹¹⁹ Por. M. Chlamtacz, *O kontraktach nienazwanych w prawie rzymskim* (Uwagi na marginesie pracy dra Wacława Osuchowskiego ot. „O nieoznaczonych

na przez Ulpiana wypowiedź Labeona dotyczyła także sytuacji po otrzymaniu ceny, ponieważ w tym czasie nie uznawano jeszcze powstania pożyczki¹²⁰.

Podobnie, jak skarga proponowana przez Labeona, również zwrot *quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus*, budzi wątpliwości romanistów. Podnoszą oni, iż zwrot ten jest zadziwiający dla klasyków¹²¹, a typowy dla kompilatorów¹²², że ma on na myśli kontrakty nienazwane, a te nie były uważane za kontrakty przez jurystów klasycznych¹²³. Zastrzeżenia budzi też słowo *proprius*¹²⁴. Należy jednak pamiętać, iż właśnie kontrakty nienazwane były czymś nowym dla klasyków i dlatego słusznie określano te stosunki jako *nova negotia*¹²⁵. Dla jurystów poklasycznych i justyniańskich nie stanowiły one już nic nowego i nie musiały być w ten sposób nazywane¹²⁶. Sam zaś zwrot „quasi” oznacza nie zbliżenie, podciągnięcie tych stosunków pod pojęcie kontraktu, ale konstrukcję prawną¹²⁷. Dlatego też przyjmowanie interpolacji w tym miejscu wydaje się niesłuszne.

Zestawienie D. 12, 1, 11 pr i D. 19, 5, 19 pr pozwala stwierdzić, iż w sytuacji, gdy proszący o pożyczkę dostawał rzecz do sprzedania, według Ulpiana powstawała pożyczka w momencie faktycznego otrzymania pieniędzy ze sprzedaży. Przed tą chwilą strony związane były nienazwanym węzłem prawnym, na podstawie którego wierzyciel dysponował już od czasów Labeona cywilną skargą na *incertum*, która z powodu opisu stanu faktycznego zwana była też *agere praescriptis verbis*.

Reasumując powyższe rozważania należy stwierdzić, że choć przy pożyczce — kontrakcie realnym — wymagana była bezpośrednia *datio* polegająca na wręczeniu, w chwili powstania kontraktu, przedmiotu pożyczki przez pożyczkodawcę pożyczkobiorcy, to w pewnych okolicznościach odstępowano od tego.

Juryści klasyczni (Nerva, Proculus, Marcellus, Iulian-Africanus, Ulpian) zgodnie odstąpili od wymogu bezpośredniej *datio* wtedy, gdy pie-

prawnie stosunkach kontraktowych w klasycznym prawie rzymskim”, Tow. Naukowe we Lwowie, 1933, ss. 238), Lwów 1934, s. 10.

¹²⁰ Por. A. Pernice, *Labeo*, I, s. 482.

¹²¹ Por. S. Perozzi, *Le obbligazioni romane*, Scritti, II, s. 417 w nocie.

¹²² Por. G. Beseler, *Beiträge*, II, s. 165.

¹²³ Por. P. De Francisci, *Synallagma*, I, s. 96 n., 314; II, s. 337, 446; F. Pringsheim, *Animus donandi*, ZSS 42, 1921, s. 279 oraz ZSS 42 (*Miszellen, Jus aequum und jus strictum*) s. 644, n. 3. Por. też bez dokładniejszego wyjaśnienia A. Pernice, *Labeo*, I, s. 482; E. Sachers, o.c., s. 89, n. 25; M. Kaser, o.c., *Synteleia Arancio-Ruiz*, I, s. 79, n. 19; U. von Lübtow, *Darlehen*, s. 65.

¹²⁴ Por. S. Perozzi, *Le obbligazioni romane*, Scritti, II, s. 417 w nocie; P. De Francisci, *Synallagma*, I, s. 317; II, s. 337; E. Betti, o.c., BIDR 28, 1915, s. 32.

¹²⁵ Por. R. Samter, *Zu Gaius II 82*, ZSS 28, 1907, s. 170; W. Osuchowski, o.c., s. 149, n. 1.

¹²⁶ Por. W. Osuchowski, o.c., s. 149, n. 1.

¹²⁷ Por. E. Betti, o.c., BIDR 28, 1915, s. 32; *Istituzioni*, s. 323 n.

niądze znajdowały się już z tytułu depozytu w rękach proszącego o kredyt (D. 17, 1, 34 pr; D. 12, 1, 9, 9; D. 12, 1, 10; D. 16, 3, 1, 34; D. 12, 1, 4 pr). Podobna zgodność poglądów (Celsus, Iulian-Africanus, Papinian, Ulpian) panowała co do sytuacji, gdy pożyczkobiorca przyjmował pieniądze od dłużnika pożyczkodawcy (D. 12, 1, 32; D. 17, 1, 34 pr; D. 12, 1, 15; D. 17, 1, 10, 4) oraz gdy pożyczkę otrzymywano od osoby działającej w imieniu udzielającego kredytu (Scaevola; Aristo; Paulus; Ulpian: — D. 39, 5, 35, 2; D. 12, 1, 2, 4; D. 45, 1, 126, 2; D. 12, 1, 9, 8).

Również wydaje się, iż juryści klasyczni (Iulian-Africanus, Ulpian) byli zgodni co do tego, że pożyczka powstaje także w tym przypadku, gdy dotychczasowy dłużnik, np. mandatariusz zawrze z wierzycielem *pactum* co do przekształcenia istniejącego między nimi stosunku w *mutuum*. Starano się bowiem udowodnić, że w tym względzie między D. 17, 1, 34 pr a D. 12, 1, 15 nie ma niezgodności.

Następne okoliczności, w których brak było bezpośredniej *datio*, rodziły rozbieżności u jurystów klasycznych. W przypadku gdy szukający kredytu dostał rzecz do sprzedania i cenę zatrzymywał jako pożyczkę, Iulian-Africanus nie uznawał powstania kontraktu *mutuum* (D. 17, 1, 34 pr), natomiast Ulpian uważał, że powstała pożyczka (D. 12, 1, 11 pr; D. 19, 5, 19 pr).

Widać więc, że choć kontrakt pożyczki był w prawie rzymskim zawsze kontraktem realnym, to co najmniej od początku I w. n.e. znano wyjątki od wymogu bezpośredniej *datio*. Z biegiem czasu liczba tych wyjątków rosła na skutek stosowania fikcji podwójnej *datio*. Fikcją tą posługiwał się jeszcze ostrożnie Iulian-Africanus, natomiast Ulpian stosował ją dużo śmieiej, dzięki czemu uznawał on powstanie pożyczki tam, gdzie Iulian-Africanus wyrażał się co do tego negatywnie.

Maria Zabłocka-Słonina (Warszawa)

MUTUUM EN TANT QUE CONTRAT RÉEL DANS LE DROIT ROMAIN CLASSIQUE

Résumé

Mutuum, en tant que contrat réel, ne pouvait pas s'établir uniquement en conséquence de l'entente des parties. Il devait être en plus accompagné de *datio rei*, qui consistait, dans ce contrat, en transition de l'objet prêté du prêteur à l'emprunteur.

Cependant le principe, que le prêt ne peut pas se produire sans une remise effective de l'objet, mis rigoureusement en application dans la pratique, est deve-