

o prawach osobisto-rzeczowych (zobowiązania); III — przepisy wspólne prawom osobowemu i rzeczowemu. W układzie tym widać również wyraźnie nawiązanie do systematyki *Instytucji*. W części I i II ABGB widać — podobnie jak i w kodeksie Napoleona — zastosowanie wspomnianych powyżej dwóch kryteriów podziału.

Trzeci wielki kodeks cywilny XIX wieku — kodeks cywilny niemiecki z 1896 r. — przyjął już układ zupełnie odmienny, wywodzący się z tzw. systematyki pandektowej. Materiał podzielono tu na pięć części: I — część ogólną; II — zobowiązania; III — prawo rzeczowe; IV — prawo rodzinne; V — prawo spadkowe.

Różnymi drogami przebiegało ukształtowanie się współczesnej systematyki prawa cywilnego. Odegrała tu wielką rolę systematyzacja wywodząca się z racjonalnego układu *Instytucji*. Siatka podziału wykształcona na gruncie prawa rzymskiego dała się zastosować do przedstawiania prawa w zupełnie odmiennych stosunkach gospodarczych.

CONTRAHERE — CONTRACTUM — CONTRACTUS W RZYMSKIM PRAWIE A KSZTAŁTOWANIE SIĘ WSPÓLCZESNEGO POJĘCIA KONTRAKTU

1. Rola zasady swobody umów we współczesnym prawie zobowiązań.
2. *Contrahere* — *contractum* — *contractus* w rzymskim prawie klasycznym.
3. Generalizacja pojęcia kontraktu w prawie justyniańskim.
4. Kontrakt w średniowieczu i w czasach nowożytnych.
5. Pojęcie kontraktu w okresie formowania się wielkich kodyfikacji cywilnych.

1. Jedną z podstaw współczesnego prawa zobowiązań stanowi zasada swobody umów. Zasada ta rozumiana jest różnie i zawiera różną treść w prawodawstwach różnych systemów. Daje się ona sprowadzić do stwierdzenia, że strony są związane złożonymi przez nie oświadczeniami woli, kształtującymi stosunek prawny według ich intencji i zamiarów¹. Zasada ta jest w prawie współczesnym ograniczana stopniowo przez coraz to większą liczbę klauzul generalnych, wynikających z wyraźnych przepisów ustawy, zwyczajów, zasad uczciwego obrotu, zasad współżycia społecznego itp.² Występujące we współczesnych kodeksach cywilnych tzw. umowy nazwane stanowią w zasadzie najczęściej występujące w obrocie rodzaje czynności prawnych, mające z reguły charakter przepisów *ius dispositivum*. Obok nich strony mogą tworzyć rozmaitsze, im tylko właściwe, stosunki prawne typu umownego.

Tego rodzaju konstrukcja prawna, która kształtowała się w wyniku stopniowej i długiej ewolucji, sięga swymi korzeniami do prawa rzymskiego.

2. Nie miejsce tu na omawianie zagadnienia początków rzymskiego prawa zobowiązaniowego i chronionych za pomocą *actio in personam* obowiązków wynikających z najdawniejszych formalnych i uroczystych aktów prawnych, takich jak *sponsio* czy *nexum*. Stanowiły one punkt

¹ Zob. W. Czachórski: *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1968, s. 10 nn, 189 nn, który w odniesieniu do zasady swobody umów w Polsce Ludowej podkreśla, że „zasada swobody umów pozostaje zasadą kierunkową w dziedzinie stosunków obrotu” (s. 194); A. Stelmachowski: *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1968, s. 83 nn; S. Grzybowski: *System prawa cywilnego. Część ogólna*, s. 476 nn.

² Zob. S. Grzybowski: *op. cit.*, s. 468—470. Por. też K. Sójka-Zielińska: *Wielkie Kodyfikacje...*, s. 63 nn, 121 nn, 183 nn.

wyjściowy tworzenia w rozwiniętym prawie rzymskim najbardziej różnorodnych działań rodzących obowiązki prawne czy to w ramach stosunkowo sztywnego *ius civile*, czy też coraz to bardziej przenikającego doń, ale żyjącego też samodzielnym życiem systemu *ius gentium* (*honorarium*).

Szczególną pozycję zajmowała już w archaicznym prawie rzymskim *sponsio*, która pomimo swej formalistyki zdobywała coraz to większe zastosowanie i mogła służyć do osiągania najrozmaitszych celów. Stała się ona w swych różnych formach wielofunkcyjnym instrumentem, który *grosso modo* spełniał funkcję nowoczesnej zasady swobody umów i abstrakcyjnego ujęcia czynności prawnych³. Jest rzeczą niezmiernie charakterystyczną, że właśnie na przykładzie wykształconych ze *sponsio* kontraktów werbalnych, głównie takich, jak stypulacja, wyrabiała się w prawie rzymskim teoria rzymskiego — *actus per aes et libram* — dawał również możliwości pewnego „manewru”, poprzez zapewnienie skuteczności (już w odległych czasach) dodawanym do aktu zastrzeżeniom (*lex privata, pactum fiduciae*)⁵.

Właściwy rozwój rzymskiego systemu obligacyjnego wiąże się ze zwycięstwem postępowania formułkowego, które dało pretorowi szerokie możliwości udzielania ochrony prawnej (w postaci *actio in personam*) nie tylko na podstawie ściśle określonych aktów formalnych.

W okresie pełnego rozwoju postępowania zwyczajnego — tak legistycznego, jak i formułkowego — trudno jednak mówić o systematycznym rozwoju teorii kontraktu. Sama zresztą terminologia kontraktu jest — co było niejednokrotnie podkreślane w literaturze — niezmiernie różnorodna⁶. Rzeczownika *contractus* w tekstach niejurydycznych w zasadzie

³ Por. G. Grosso: *Il sistema romano dei contratti*, wyd. 3, Torino 1963, s. 163. Ta funkcja stypulacji zwiększyła się jeszcze po *constitutio* Leoniana z 472 r., która potwierdzając praktykę wschodniego imperium stanowiła, że: *Omnes stipulationes, etiamsi non sollemnibus vel directis, sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sint, legibus cognitae suam habent firmitatem* (C. 8.37/38.10). Tę zasadę potwierdziły też Instytucje justyniańskie (I.3.15.1): *Sed haec sollemnia verba olim quidem in usu fuerunt: postea autem Leoniana constitutio lata est quae sollemnitate verborum sublata sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est.*

⁴ Ilustracją tego stwierdzenia mogą być rozważania na ten temat zawarte u Gaiusa w Instytucjach 3. 97 nn.

⁵ V. Al. Georgescu: *Leges mancipi, lex privata, lex contractus et pactum*, odb. z „*Revista Clasica — Sectia de drept roman*”, t. 4, 1941—1943, s. 126 nn, 130, 156 nn.

⁶ Zob. F. Schulz: *Classical...*, s. 465; E. Volterra: *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, s. 453; G. Grosso: *Il sistema...*, s. 30, 63; S. E. Wunner: *Contractus, Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Graz 1964, s. 10 nn; A. Schiavone: *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli 1971, s. 52. Por. też W. Wołodkiewicz: *Obligations...*, s. 69—70.

się nie spotyka⁷. Natomiast wyraz *contractus* w znaczeniu technicznym, w jakim występuje np. u Gaiusa, nie stanowi nawet w tekstach jurydycznych odpowiednika czasownika *contrahere*. Jest to przejawem formowania się rzeczowników odczasownikowych (*deverbativa*), które w prawniczej terminologii rzymskiej pojawiły się dopiero w okresie późniejszym⁸. Czasownik ten występował w najrozmaitszych znaczeniach. Spośród najczęściej spotykanych znaczeń *contrahere* można tu wymienić: *admittere, in unum cogere, constituere, obligationem inire cum aliquo*⁹.

Czasownik *contrahere* występuje często w połączeniu z konkretną czynnością prawną lub z wyrazem *negotium*. Według *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* połączenie słów *negotium* i *contrahere* występuje 24 razy u następujących jurystów, wymienionych w kolejności chronologicznej: Alfenus Varus, Celsus, Iulianus, Pomponius, Africanus, Gaius, Ulpianus i Paulus.

Trudno jednak wyprowadzać zdecydowane wnioski co do używania terminu *contrahere negotium* i odnoszenia go do określonych rodzajów czynności rodzących *obligatio*. Połączenie to występowało w związku z:

— ogólnymi definicjami czynności rodzących *obligatio* bądź czynności bez sprecyzowanego zabarwienia skutkowego (Ulpianus — D. 2.14.1.3; Paulus — D. 50.17.5; Ulpianus — D. 15.4.4; Iulianus — D. 26.8.14; Gaius — D. 44.7.5.1);

— stypulacją (Celsus — D. 12.1.32; Pomponius — D. 45.1.5. pr.; Paulus — D. 45.1.83. pr.);

— pożyczką lub zastawem (Alfenus Varus — D. 46.3.35; Iulianus — D. 26.8.14; Gaius — Inst. — 3.91);

— ogólnie kontraktami konsensualnymi (Gaius Inst. 3.136 = D. 44.7.2.2) bądź też poszczególnymi jak *emptio — venditio, locatio — conductio, societas* (Pomponius — D. 18.1.8. pr.; D. 44.7.57; Gaius — D. 30.70.2; Africanus — D. 19.2.35. pr.);

⁷ Por. R. Collinet: *The Evolution of Contract as Illustrating the General Evolution of Roman Law*, LQR, t. 47, 1932, s. 488 nn; F. Schulz: *Classical...*, s. 465—466; G. Grosso: *Il sistema...*, s. 31; idem w recenzji pracy Wunnera (BIDR, t. 68, 1965, s. 350). Grosso słusznie polemizuje z Wunnerem w odniesieniu do interpretacji zdania Serviusa cytowanego przez A. Gelliusa w *Noctes Atticae* 4.4.2 (*“Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur sponsalia”*). Wunner widział w cytowanym przez Gelliusa zdaniu Serviusa przejaw użycia rzeczownika *contractus* w znaczeniu absolutnym (S. E. Wunner: *op. cit.*, s. 32). Jak podkreśla Grosso, u Serviusa występuje forma *contrahere* w połączeniu z *genetivem*. Trudno także chyba wyciągać z tekstu Serviusa wnioski, do których dochodzi ostatnio A. Schiavone (*Studi...*, s. 54), że *“Servius qualifica per la prima volta questa totalità di distinti fortemente dialettizzati, contractus, reinventando per la nuova parola un nuovo spazio di significati, che viene però perfettamente a saldarsi con la tradizione semantica del verbo che lo esprime”*.

⁸ Por. F. Schulz: *Classical...*, s. 455, 466; M. Kaser: *Zur juristischen Terminologie der Römer*, w: *Studi Biondo Biondi*, t. 1, Milano 1965, s. 134 nn.

⁹ Por. G. Grosso: *Il sistema...*, s. 29—30.

— *solutio indebiti* (Iulianus — D. 12.6.33; Ulpianus — D. 12.6.2. pr).

Zwrot ten występował również w związku z dokonywaniem czynności rozporządzających, przenoszących własność (Africanus — D. 23.3.50. pr.; Marcellus — D. 24.1.49).

W terminie *contrahere negotium*, podobnie jak w odpowiadającym mu *gerere negotium*¹⁰, punkt ciężkości położony był na wyrazie *negotium*, który stanowi przejaw elementu obiektywnego, wskazującego efekt czynności prawnej¹¹. Trudno dopatrywać się jednolitości używania terminów wywodzących się od czasownika *contrahere*. Nic w tym zresztą dziwnego, dążenie bowiem do syntezy podawanych pojęć było obce stylowi prawników rzymskich, dla których *omnis definitio in iure civili periculosa est*¹².

Dyskusja na temat rzymskiego kontraktu, której owoce można by liczyć na całe tomy, żywa była tak w dawniejszej literaturze prawa rzymskiego, jak i w opracowaniach najnowszych¹³. Trudno jednak uznać, aby doprowadziła ona do jednoznacznych i zdecydowanych ustaleń. Upoważnia nas to do powrócenia raz jeszcze do analizy pojęć *contractum — contractus — contrahere* — w prawie rzymskim.

Dyskusja ta, która oczywiście nie może traktować interesujących nas pojęć statycznie, koncentruje się na trzech podstawowych źródłach pochodzących od Labeona, Pediusa i Gajusa¹⁴, a więc obejmujących przeszło półtora wieku niezmiernie żywego rozwoju klasycznego prawa rzymskiego.

Pierwszym źródłem, omawianym niemal we wszystkich rozważaniach nad kontraktem rzymskim, jest fragment, w którym Ulpian przekazuje definicję Labeona dotyczące słów: *agere, gerere, contrahere*:

D. 50.16.19 lib. 11 ad edictum. Labeo libro primo praetoris urbane delinit, quod quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedam contrahantur: et actum quidem generale verbum esse, verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel in numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.

Z punktu widzenia formalnego w cytowanym fragmencie może razić jedynie przedstawienie porządku wymienianych terminów w pierwszej

¹⁰ Dla Juliana są to pojęcia równoznaczne (D. 12.6.33), podobnie i dla Gajusa (Inst. 3.136; D. 42.5.3). Poza zakresem niniejszych rozważań pozostają przypadki instytucji *negotiorum gestio*, która zresztą również w prawie klasycznym nie miała wyraźnej zakreslonych granic.

¹¹ Tak, słusznie, G. Grosso: *Il sistema...* s. 39.

¹² Iavolenus w D. 50.17.202.

¹³ Omówienie literatury zob. W. Wołodkiewicz: *Obligaciones...* s. 125—127 w przypisach.

¹⁴ D. 50.16.19; D. 2.14.1.3; Gai 3.88; D. 44.7.5.

i drugiej części (w pierwszym zdaniu *agantur, gerantur, contrahantur*; w drugim zdaniu *actum, contractum, gestum*). W literaturze dzisiejszej autentyczność przekazanej myśli Labeona na ogół nie podlega jednak dyskusji¹⁵.

Formalnie wartość definicyjna terminów *actum* i *gestum* nie powinna wzbudzać zastrzeżeń. Nie znaczy to jednak, aby można uznać, że były one rzeczywiście zawsze używane jedynie w tym zakresie, który zdaje się przypisywać im Labeo. Wyraźne przekazy źródłowe dotyczą wprawdzie jedynie pisarzy późniejszych, ale mogą one stanowić jednak dowód, że *gestum* i *actum* były wyrażeniami stosowanymi bardzo elastycznie¹⁶.

Natomiast zupełnie inaczej przedstawia się wartość definicyjna wyrazu *contractum*. Można różnie interpretować: 1° znaczenie wyrazu; 2° przedmiot samej definicji.

Słowo *contractum* może być traktowane bądź to jako *participium* od *contrahere*, bądź też jako *accusativus* od *contractus*. To drugie znaczenie przyjmują w nowszej literaturze Wunner i Benöhr¹⁷, co jednak spotkało się z ostrą i uzasadnioną krytyką¹⁸. Kontekst całej myśli Labeona zdaje się wskazywać na użycie tu wyrazu *contractum* w funkcji imiesłowu, podobnie jak *actum* i *gestum*.

Rozumienie przedmiotu definicji może być dwojakie: *contractum* może odnosić się do elementów porozumienia stron, niezbędnego przy jego zawarciu, lub do bilateralnego charakteru stosunku prawnego, który w wyniku dokonanej czynności powstawał. Jedno i drugie tłumaczenie jest z punktu widzenia formalnego do przyjęcia.

Zagadnienie to mogłaby wyjaśnić interpretacja użytego przez Labeona greckiego wyrazu *συνάλλαγμα*, którego autentyczność w powołanym tekście nie budzi dziś na ogół wątpliwości¹⁹. Czy jednak wyraz ten mógł służyć autorowi tekstu do uściślenia definiowanego pojęcia, czy też był użyty dla „upiększenia” języka, którym w czasach Labeona

¹⁵ Por. A. Schiavone: *Studi...* s. 37 nn. Zob. też uwagi o tej pracy W. Wołodkiewicza: *Revue Hist. de droit Franç. et Etr.*, vol. 52, 1974, s. 429 nn.

¹⁶ *Actum* w odniesieniu do zobowiązań dochodzących do skutku *consensu* zob. Iulianus (D. 50.17.64), Gaius (D. 22.4.4). *Gestum* w odniesieniu do zobowiązań dochodzących do skutku *verbis* zob. Gaius D. 46.1.70.4.

¹⁷ S. Wunner: *Contractus...* s. 33 nn, który jako uzasadnienie podaje, że Labeo używał formy *contractus* w D. 18.1.80. Należy jednak podkreślić, że cytowany fragment, gdzie występuje zwrot *genus contractus* w odniesieniu do *locatio conductio* pochodzi z *epitome* sporządzonego przez Iavolena. Wunner uznaje również w D. 50.16.19 za rzeczowniki wyrazy *actum* i *gestum*, co jest oczywiście niesłuszne. H. Benöhr: *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg 1965, s. 10 nn.

¹⁸ Zob. G. Grosso: *BIDR*, t. 68, 1965, s. 348—349; A. Schiavone: *Studi...* s. 60, 62—63.

¹⁹ Por. W. Osuchowski: *O nieoznaczonych prawnie stosunkach kontraktowych w klasycznym prawie rzymskim*, Lwów 1933, s. 223, 225. Używanie przez Labeona terminów greckich potwierdza D. 50.16.5.1.

posługiwało się w sferach oświeconych²⁰. Z drugiej strony — może w tym się objawiać również tendencja intelektualistów okresu końca rzymskiej republiki, do wprowadzania terminów greckich na oznaczenie pojęć, których nie znała terminologia języka łacińskiego²¹.

Czy jednak właśnie wyraz *συνάλλαγμα* miał w języku greckim posiadać znaczenie ściśle sprecyzowane? Termin ten w języku greckim posiadał znaczenie różnorodne. Oznaczano nim: szeroko pojęte stosunki społeczne, podkreślenie charakteru majątkowego tych stosunków, czynności rodzące skutki prawne, samo zobowiązanie, z jakichkolwiek by ono wynikało źródeł, czy też wreszcie umowy²².

W *Digestach* justyniańskich wyraz ten występuje raz jeszcze, u Ulpiana, z powołaniem na Aristona:

D. 2.14.7.2. Ulpianus 4 ad ed. Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc *συνάλλαγμα* esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: [...] esse enim contractum, quod Aristo *συνάλλαγμα* dicit, unde haec nascitur actio.

W zacytowanym fragmencie Ulpian przedstawia skuteczność różnego rodzaju *conventiones*. Jedne z nich mogą rodzić *actio*, inne jedynie *exceptio*. Wśród *conventiones* rodzących *actio* Ulpian odróżnia te, które mieszczą się w ramach określonego kontraktu (*nomen contractus*) i przez to są zaskarżalne (§ 1), oraz te, które nie mieszczą się w ramach określonego kontraktu, rodzą jednak *obligatio*. Stwarzają one *obligatio*, zdaniem Aristona, dlatego że istnieje w nich *causa* uzasadniająca świadczenie. Przykładem tego rodzaju przypadku są umowy o spełnienie świadczeń wzajemnych. Tworzą one zobowiązanie *συνάλλαγμα* i rodzą *actio civilis*. (W zdaniu „hoc *συνάλλαγμα* esse et hinc nasci civilem obligationem” słowo *obligationem* jest oczywiście interpolacją na miejsce dawnego słowa *actionem*). W dalszym ciągu Ulpian podaje, za Julianem, przykład dania niewolnika w zamian za wyzwolenie innego. Wyjaśnia, że zostało tu zaciągnięte zobowiązanie (zwane przez Aristona *συνάλλαγμα*) i dlatego też powstała skarga: *Contractum* nie jest tu więc — jak chce tego Wunner²³ — rzeczownikiem, lecz formą imiesłowu od *contrahere*, łączącą się z wyrazem *συνάλλαγμα*.

²⁰ Takim przykładem może być np. cytowanie przez Gaiusa Homera, w *Instytucjach* 3.141. Por. też Paulus w D. 18.1.1; Gaius w D. 50.16.236.

²¹ Zob. A. Schiavone: *Studi...* s. 65.

²² Omówienie tych znaczeń szeroko uwzględnione w literaturze. Zob. P. De Francisci: *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, t. 1, Pavia 1913, s. 337; H. Benöhr: *op. cit.*, s. 8 nn.; G. Grosso: *Il sistema...* s. 49, uw. 3 (z omówieniem literatury); A. Schiavone: *op. cit.*, s. 67 nn.

²³ S. Wunner: *op. cit.*, s. 35.

Trudno więc w omówionym zdaniu Aristona doszukiwać się znaku równania pomiędzy *contractum* i zobowiązaniem wzajemnym²⁴. *συνάλλαγμα* stanowi tu natomiast synonim zaskarżalnej *obligatio*. Podobnie wyraz *συνάλλαγμα*, użyty przez Labeona w D. 50.16.19, mógł oznaczać zobowiązanie. Zwrot „quod Graeci *συνάλλαγμα* vocant” może równie dobrze odnosić się do *ultra citroque obligationem*, jak też i do samego wyrazu *obligationem*, który jurysta nazywa następnie w języku greckim *συνάλλαγμα*. Porównanie D. 50.16.19 z D. 2.14.7.2 daje podstawę do takiej interpretacji.

Trudno zatem doszukiwać się u Labeona (D. 50.16.19) zdecydowanej definicji kontraktu, a tym bardziej określać jego stosunek do greckiego terminu *συνάλλαγμα*. Imiesłowne formy *actum*, *contractum*, *gestum* stanowią tu bliżej nie sprecyzowane określenia działań zmierzających do osiągnięcia najrozmaitszych skutków prawnych. Tego rodzaju płynność terminologii również potwierdza żyjący w końcu republiki Alfenus Varus (D. 46.3.35)²⁵.

Drugim źródłem — podobnie żywo komentowanym we wszystkich dyskusjach dotyczących rzymskiego kontraktu, jak D. 50.16.19 — jest również Ulpian, który przekazuje pogląd Pediusa, jurysty z przełomu I i II wieku:

D. 2.14.1.3-4 (lib 4 ad edictum). 3. Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum colligunt et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est. 4. Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem.

Wokół cytowanego tekstu narosła ogromna literatura. Krytyka tekstu szła tak daleko, że uważano — wedle słów Perozziego — iż stanowi on „una delle piu forti falsificazioni del pensiero romano che siano state fatte dai compilatori”²⁶. W literaturze nowszej zyskał sobie jednak prawo obywatelstwa pogląd, że nie można w przekazanej myśli Pediusa

²⁴ Tak A. Schiavone: *op. cit.*, s. 144.

²⁵ D. 46.3.35 (Alfenus Varus, lib. 2 digestorum a Paulo epit.): [...] Sed et si quis dominicam pecuniam ab eo faeneratus esset, si permissu domini servus negotium dominicum gessisset, idem iuris est: videtur enim voluntate domini qui cum servo negotium contraheret et ab eo accipere et ei solvere.

²⁶ S. Perozzi: *Le obbligazioni romane*, w: *Scritti*, t. 2, Milano 1948, s. 339. Twierdzenie to powtarza E. Albertario: *Corso di diritto romano. Parte generale delle obbligazioni*, Milano 1940, s. 533. Por. U. Brassiello, s. v. *Obbligazione* (*Diritto romano*), *Novissimo Digesto Italiano*, t. II, Torino 1965, s. 560 nn.

doszukiwać się justyniańskich falsyfikacji, lecz stanowi ona przejaw rozwoju doktryny kontraktowej klasycznego prawa rzymskiego²⁷.

Cytowany fragment Ulpiana pochodzi z komentarza do edyktu *de pactis et conventionibus*²⁸. Jurysta wdaje się tu w rozważania etymologiczne pochodzenia słowa *pactum* (§ 1—2) i *conventio* (§ 3): Ulpian traktuje *conventio* jako *verbum generale*. *Conventio* ma miejsce zawsze wtedy, gdy osoby dokonujące aktu prawnego (*qui inter se agunt*) porozumiewają się w celu zawarcia czynności (*negoti contrahendii transigendique causa*). Ulpian powołuje się następnie na „wytworne” zdanie Pediusa, wedle którego nie dochodzi do zawarcia zobowiązania zarówno *re, verbis* (domyślnie *consensu* oraz interpolowane *litteris*), o ile nie ma porozumienia.

W tym zdaniu Pediusa wielu autorów doszukiwało się absurdu, który miałby wynikać ze stwierdzenia, że *nullum esse contractum, nullam obligationem quae non habeat in se conventionem*. Kwestionowano autentyczność tego zdania przyjmując, że jeżeli się uzna, iż we wszystkich zobowiązaniach tkwi element porozumienia, to należałoby doszukiwać się porozumienia również w zobowiązaniach z deliktu²⁹. Czy rzeczywiście z tekstu Pediusa wynika absurd? Dla Pediusa problem klasyfikacji źródeł zobowiązań na kontraktowe i deliktowe nie ma w omawianym zdaniu żadnego znaczenia (jeśli jurysta ten w ogóle tego rodzaju klasyfikację stosował). W zwrocie *nullum esse contractum, nullam obligationem* mamy do czynienia jedynie z emfaticznym podkreśleniem, że w przypadku braku porozumienia stron nic nie zostaje zawarte (*contractum*), a tym samym nie istnieje żadne zobowiązanie. Jest oczywiste, że autorowi mogło chodzić jedynie o te zobowiązania, które dochodzą do skutku przez celowe działanie stron. Trudno tu zatem mówić o absurdzie, przyjmując nawet, że Ulpian przekazuje zdanie Pediusa dosłownie.

W zdaniu Pediusa (w przekazanej formie) zdaje się jednak tkwić błąd, który może uzasadniać podejrzenie niezupełnie wiernego zacytowania myśli tego jurysty: *Quae non habeat* z uwagi na rodzaj i liczbę łączy się z wyrazem *obligatio*, a nie z *contractus*. A więc zdanie to, niezależnie od dającej się łatwo wyjaśnić niejasności określanego pojęcia, zawiera zupełnie oczywisty błąd gramatyczny. Kwestię tę można wyjaśnić, jeśli się przyjmie, że pierwotne zdanie Pediusa brzmiało: *Nullam esse contractam obligationem quae non habeat in se conventionem*. Znacznie bardziej prawdopodobne jest użycie przez Pediusa formy imiesłowowej od *contrahere obligationem* niż rzeczownika *contractus*.

²⁷ Wykaz literatury zob. W. Wołodkiewicz: *Obligationes...*, s. 126, uw. 240.

²⁸ Por. O. Lenel: *Das Edictum perpetuum*, wyd. 3, Leipzig 1927, s. 64 (§ 10 edyktu).

²⁹ Tak J. C. Van Oven, *D. 2.14.1.3: Quid dixit, quid sensit Pedius?*, „*Iura*”, t. 4, 1953, s. 117—118. Literatura cytowana przez A. Schiavone: *op. cit.*, s. 131.

Contrahere obligationem oznaczało dokonanie czynności prowadzących do zaciągnięcia zobowiązania. Zwrot ten jest analogiczny do użytego przez Labeona przy definiowaniu słów *agere, gerere, contrahere*. Trudno jednak chyba na podstawie tekstu Pediusa sądzić, że jurysta ten operował rozwiniętą teorią kontraktu (*contractus*).

Określenie Pediusa jest jednak niewątpliwym uściśleniem terminu *contrahere* w porównaniu z Labeonem. Dla Labeona terminy *agere, gerere, contrahere* stanowią bliżej nie sprecyzowane określenia działań zmierzających do osiągnięcia skutków prawnych. Charakterystyczne jest przy tym, że Labeon wychodzi z potrzeby jedynie formalnej definiowania stosowanych w życiu codziennym określeń — określeń zawartych w tekście samego edyktu pretorskiego (D. 4.5.2.1; D. 4.2.1; D. 4.4.1.1)³⁰. Inaczej Pedius: dla tego autora punktem wyjściowym jest potrzeba definiowania treści działań zmierzających do stworzenia *obligatio*. Treścią tą, niezależnie od tego, czy zobowiązanie dochodzi do skutku *re, verbis, litteris* czy *consensu*, dla Pediusa będzie zawsze porozumienie stron. Oczywiście nie zawsze to porozumienie tworzyło *obligatio*.

Inna wreszcie potrzeba kierowała autorem najbardziej podstawowego źródła, które kształtuje nasze pojęcie o kontrakcie rzymskim, Gaiusem. Jurysta ten, używający w sposób zdecydowany rzeczownika *contractus*, nie zajmuje się podawaniem jego definicji. Dla Gaiusa kontrakt to grupa zdarzeń prawnych, która jest mu potrzebna jako podstawa do dokonania klasyfikacji źródeł zobowiązań, co z kolei służy mu za schemat budowy podręcznika. Do takiego wniosku prowadzą zarówno *Instytucje* (3.88), jak też i *Res cotidianae* (D. 44.7.5. pr.).

Problem ustalenia treści pojęcia kontraktu nie był dla Gaiusa obcy. Jest jednak traktowany w związku z klasyfikacją źródeł zobowiązań. W *Instytucjach* 3.91 wyrażając wątpliwość, czy zobowiązanie zwrotu nienależnego świadczenia będzie mogło być zaliczone do kontraktów, Gaius stwierdza wyraźnie, że cechą kontraktów jest celowe działanie stron zmierzające do zawiązania stosunku prawnego („*Quia is qui solvendi animo dat magis distrahere vult negotium quam contrahere*”). Myśl ta rozwijana jest szerzej przez Gaiusa w *Res cotidianae* w odniesieniu do *negotiorum gestio, tutelae* i zobowiązania z legatu³¹.

U Gaiusa występuje zarówno wyraz *contractus*, jak i formy od czasownika *contrahere*.

³⁰ Por. W. Macheiner: *Zu den Anfängen des Kontraktssystem, Festgabe für A. Herdlitzka*, 1972, s. 171.

³¹ D. 44.7.5. pr.-2. Inaczej jednak w komentarzu do edyktu prowincjonalnego (D. 42.5.3), gdzie Gaius odnosi *contractum* również do świadczenia pieniężnego w celu wypełnienia istniejącego zobowiązania: [...] *aut ubi quisque contraxerit. Contractum autem non utique eo loco intellegitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia.*

Formy czasownikowej *contrahere* używa Gaius w *Instytucjach* 3.136 zamiennie w połączeniu z *obligatio* i z *negotium*³². Występuje ona również w *Instytucjach* 3.90 (*re contrahitur obligatio*), 3.142 (*locatio et conductio contrahi*). Można by się zastanawiać, czy nie dałoby się wyciągnąć jakichś wniosków z faktu, że Gaius używa czasownika *contrahere* w związku z kontraktami konsensualnymi i realnymi, natomiast przy werbalnych i literalnych używa zwrotu *fit obligatio* (3.92; 3.128). Przeciwno wyciąganiu z tego jakichkolwiek wniosków może jednak świadczyć Gai. 3.119a, gdzie mowa jest o zobowiązaniach, które *sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu, contractae fuerint*. Również w odniesieniu do kontraktów konsensualnych Gaius używa wyrażenia *consensu fiunt obligationes* (3.135)³³.

W wywodach Gaiusa współzawodniczą ze sobą wyraźnie dwie klasyfikacje źródeł powstania zobowiązań: jedna — zobowiązania powstające z kontraktów i deliktów, druga — zobowiązania dochodzące do skutku *re, verbis, litteris, consensu*³⁴. Podporządkowując z punktu widzenia potrzeb konstrukcyjnych drugi podział pierwszemu Gaius nie zawsze jest jednak w przeprowadzeniu tego podporządkowania konsekwentny³⁵.

Niezmiernie charakterystyczna jest dwoistość terminologiczna używana przez Gaiusa: w przypadkach, gdy porusza on zagadnienia związane z podziałem zobowiązań na kontraktowe i deliktowe, używa rzeczownika *contractus* (Inst. 3.88; 89; 182; 4.2; 112—113; 182)³⁶, natomiast gdy nawiązuje do podziału *re, verbis, litteris, consensu*, używa konsekwentnie form od czasownika *contrahere* (Inst. 3.89; 119a; 2.14; 38)³⁷. Jest rzeczą interesującą, że w nielicznych tekstach z okresu przed Gaiusem, w których występuje rzeczownik *contractus*, jego pojawienie wiąże się

³² Gai. 3.136: *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum, neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur [...]*.

³³ Najłatwiejszym wyjaśnieniem może tu być przyjęcie, że Gaius antycypuje rozwój prawa poklasyfikacyjnego (tak F. Schulz: *Classical...* s. 457). Omówienie poglądów Karsera na temat „poklasyfikacyjności” Gaiusa zob. W. Wołodkiewicz w recenzji z *Gaio nel suo tempo*, CPH, R. 21, 1969, z. 1, s. 205 nn.

³⁴ Por. W. Wołodkiewicz: *Obligationes...* s. 53—55, 73—74.

³⁵ Argumentów może tu dostarczyć Gai. 3.119a oraz 3.182. Charakterystyczne jest również to, że Gaius w *Instytucjach* przedstawia zagadnienie umorzenia zobowiązań (3.168—181) przed przedstawieniem deliktów.

³⁶ To samo da się powiedzieć o przekazach pochodzących z *Res cotidianae*, zawartych w D. 44.7. Por. również przekaz Gaiusa z komentarza do edyktu prowincjonalnego (D. 9.4.1.): *Noxales actiones appellantur, quae non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio servorum adversus nos instituuntur [...]*.

³⁷ Również wyrażenie Gaiusa (Inst. 2.14) *obligationes quoquo modo contractae* nawiązuje wyraźnie do podziału *re, verbis, litteris, consensu*, uwzględniającego przy tworzeniu zobowiązania sposób działania.

również z pewnymi próbami natury klasyfikacyjnej (*genus contractus* u Labeona w D. 18.1.80 i u Celsusa w D. 12.4.16)³⁸.

Zagadnienie współzawodniczenia ze sobą w rzymskim prawie klasycznym dwóch klasyfikacji źródeł powstania zobowiązań budziło i budzi niezmiernie żywe spory wśród autorów zajmujących się tą kwestią³⁹. Szczególnie kontrowersyjne jest zagadnienie pierwszeństwa jednej lub drugiej klasyfikacji. Klasyfikacja *re, verbis, litteris, consensu* jest w źródłach juredycznych z okresu przed Gaiusem i z czasów tego jurysty potwierdzona przez Labeona (D. 50.16.19) oraz przez Pomponiusa (D. 46.3.80)⁴⁰. Jeśli jednak Pomponius w związku z tym podziałem używa czasownika *contrahere*, to u Labeona terminologia jest niewyraźna przez wprowadzenie trzech czasowników: *agere, gerere, contrahere*.

Nie zajmując się zagadnieniem chronologii jednej lub drugiej klasyfikacji, można jednak przyjąć, że pierwszy raz w źródłach juredycznych klasyfikacja zobowiązań na kontraktowe i deliktowe występuje dopiero u Gaiusa, który też — w sposób zdecydowany i częsty — używa terminu *contractus*. Termin ten występuje u Gaiusa nie tylko w dziełach o charakterze elementarnym, lecz również we wcześniejszym komentarzu do edyktu prowincjonalnego (D. 9.4.1)⁴¹.

W klasycznym prawie rzymskim brak jednolitej koncepcji kontraktu był podyktowany wieloma złożonymi przyczynami. Prawnicy rzymscy okresu republiki i wczesnego cesarstwa nie byli zainteresowani tworzeniem konstrukcji teoretycznych kontraktu. Spotykali się natomiast na co dzień z różnymi czynnościami prawnymi, rodzącymi skutki w postaci udzielania przez pretora określonych *actiones* wynikających bądź to z *ius civile*, bądź też chroniących określony stan faktyczny, którego ochronę uznawał pretor (*actiones in ius* oraz *in factum*). Dla oznaczenia tych czynności używano najrozmaitszych wyrazów, które oznaczały ich dokonywanie. Wyrazy: *agere, gerere, contrahere* — stanowiące zresztą wyraźne nawiązanie do terminologii edyktu pretorskiego — zatraciły z biegiem czasu swe pierwotne znaczenie, związane z określonymi rodzajami działań prawnych. Już u Labeona, który usiłuje usystematyzować te wyrazy, granice podziałów są dość płynne. U Labeona

³⁸ Por. W. Macheiner: *op. cit.*, s. 175—177.

³⁹ Omówienie literatury zob. W. Wołodkiewicz: *Obligationes...* s. 53 nn.

⁴⁰ D. 46.3.80 — Pomponius lib. 4 ad Q. Mucium: *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut cum re contraxerimus, re solvi debet: [...] Et cum verbis aliquid contraximus, vel re, vel verbis obligatio solvi debet [...]. Aequum cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest*. Relacja Pomponiusa jest tym bardziej cenna, że pochodzi z dzieła, które może wskazywać również na przedstawienie poglądów znacznie dawniejszych (komentarz do Quintusa Muciusa).

⁴¹ D. 9.4.1. cytowane powyżej w przypisie 36.

istnieją jednak zaczątki systematyki tych działań prawnych z punktu widzenia sposobu postępowania przy stwarzaniu obowiązku chronionego prawnie.

Wyraz *contrahere* w połączeniu z *negotium*, *obligatio* lub z wymienieniem konkretnej czynności prawnej oznaczał postępowanie prowadzące do zawarcia: *obligatio*, *negotium*, *stipulatio*, *emptio* itp. Zarówno jednak u Labeona, jak też i u Pediusa, nie ma jeszcze rzeczownika *contractus*, lecz występuje forma imiesłowowa od czasownika *contrahere*. Na podstawie tekstu Pediusa trudno przyjąć, że operował on rozwiniętą teorią *contractus* jako porozumienia stron. Można natomiast przyjąć, że wedle Pediusa, jeśli strony chciały zaciągnąć zobowiązanie (*contrahere obligationem*), potrzebne było ich porozumienie.

W prawie rzymskim epoki klasycznej współzawodniczyły ze sobą „systemy” *ius civile* i *ius honorarium*. Różnie wyglądały podstawy tego podziału, a jego formalne utrzymywanie w okresie po kodyfikacji edyktu pretorskiego może się wydawać irracjonalne. Nawet i przed kodyfikacją edyktu praktyczna różnica w procesie nie była z punktu widzenia strukturalnego istotna. W końcu i tak skargi, czy to opartej na *ius civile*, czy też na jego własnym imperium, udzielał w procesie formułkowym zawsze pretor.

Brakowało zatem nawet praktycznych potrzeb tworzenia kategorii kontraktów jako czynności uznanych i chronionych przez *ius civile*. Jak wiadomo, dla prawa rzymskiego wyraz *obligatio* stanowił synonim wyrazu *actio*. Praktyczne zatem znaczenie mogły mieć nie podziały *obligationes*, lecz podziały *actiones*, a przede wszystkim podział na *iudicia stricti iuris* i *iudicia bonae fidei*, wyrosły z systemu edyktu pretorskiego. Dowodem na to, że względy natury praktycznej stwarzały potrzebę klasyfikowania nie *obligationes*, lecz *actiones*, może być dawność podziału *actiones* na *in rem* i *in personam*. Podział ten występował już w zamierzchłym okresie rozwoju procesu legisakcyjnego.

Konkludując, można przyjąć, że ani dla Labeona, ani dla Pediusa *contrahere* nie oznaczało określonej grupy zdarzeń prawnych tworzących *obligatio*. Jurysci ci posługiwali się formą od czasownika *contrahere* w połączeniu z *obligatio* lub konkretną czynnością, która przez działanie określone mianem *contrahere* dochodziła do skutku. W definicji Labeona wyraźnie widać, że nie dążył on jeszcze do systematyzacji używanych pojęć, lecz jedynie do określenia używanych słów⁴². Natomiast *contractus* w ujęciu, w jakim traktuje je Gaius, jest już kategorią, ale stworzoną dla celów klasyfikacyjnych. Jurysta ten używa jednak

⁴² Por. T. Mayer-Maly: *Divisio obligationum*, odb. z „The Irish Jurist”, 1967, s. 381—382.

również — podobnie jak jego poprzednicy — form od czasownika *contrahere* w połączeniu z *negotium* lub z wymienieniem poszczególnych rodzajów czynności prawnych.

Proces rozwojowy prawniczej terminologii rzymskiej wywodził się od form czasownikowych oznaczających określone działanie poprzez formę *participium* do *substantivum*⁴³. Przykładem tego może być rozwój terminologii *contrahere* — *contractum* — *contractus*. Przejawia się w tym żywotność klasyfikacji czynności dokonywanych *re, verbis, litteris, consensu*. Klasyfikacja ta wywodziła się z praktycznej potrzeby usystematyzowania w pewne grupy działań rodzących zobowiązania. Mogła ona dotyczyć wszelkich zdarzeń dających podstawę do stosowania *actio in personam*. Dopiero u Gaiusa stała się ona klasyfikacją dotyczącą wyłącznie kontraktu. Należy jednak wyraźnie podkreślić, że Gaius nie zawsze jest konsekwentny w podporządkowaniu podziałowi kontraktu — delikty podziału kontraktów zawieranych *re, verbis, litteris, consensu*.

Właściwe rozważania na temat kontraktu znajdują się dopiero u Ulpiana⁴⁴. W wywodach tego jurysty można wyróżnić w kontrakcie jako element podstawowy — porozumienie stron. Samo porozumienie, aby rodziło pełnię skutków prawnych w postaci udzielenia skargi (a nie jedynie *exceptio*), musiało być jednak wyraźnie oznaczone — posiadać właściwe mu *nomen* i *causa*.

Ulpian D. 2.14.1.4: *Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt [...]*
Papinianus D. 19.5.1. pr. [...]: *cum proprium nomen invenire non possumus; Ulpian D. 2.14.7.4: sed cum nulla subest causa propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem [...]*.

3. Równocześnie z procesem wykształcania się samego pojęcia kontraktu przebiegał proces rozszerzania pojęcia kontraktów jako umów zaskarżalnych — odejście od zaskarżalności jedynie tych kontraktów, które miały określone *nomen*. Dziedziną tą były różnego rodzaju *nova negotia*, opierające swą zaskarżalność na nie oznaczonych umowach o świadczenia wzajemne, jak również rozwój zaskarżalności nieformalnych porozumień (*pacta, transactiones*)⁴⁵. Udzielenie zaskarżalności tego rodzaju porozumieniom stanowiło przejaw normalnego procesu rozwojowego, polegającego na odejściu od formalistyki dawnego prawa rzymskiego, które uznawało za skuteczne — i to nie tylko w dziedzinie zobowiązań — jedynie akty o charakterze formalnym.

⁴³ M. Kaser: *op. cit.*, w: *Studi Biondo Biondi*, t. 1, s. 134 nn.

⁴⁴ D. 2.14.1; 7.

⁴⁵ Zob. ostatnio A. Schiavone: *op. cit.*, s. 171. Omówienie zagadnienia rozwoju tzw. kontraktów realnych nienazwanych czy też paktów, które rodziły już w prawie klasycznym określone skutki prawne, przekraczałyby ramy niniejszego opracowania.

Przenoszenie dzisiejszych pojęć do badań nad prawem rzymskim nie zawsze jest metodą prowadzącą do właściwych rezultatów. Można jednak chyba zaryzykować twierdzenie, że idea zasady swobody umów sięga swymi korzeniami do klasycznego prawa rzymskiego. Wyrażona przez pretora w edyktie zasada „*pacta conventa, quae, neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo*” (D. 2.14.7.7) była jednak początkowo bardziej deklaracją o charakterze ideowym niż regułą prawną. Zasadą przewodnią edyktu *de pactis* była, jak powiada Ulpian, *aequitas naturalis*. „*Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare?*” (D. 2.14.1.-pr.).

W rzeczywistości wyrażona przez pretora w edyktie idea była realizowana praktycznie również i w najdawniejszym prawie przez uzyskiwanie zaskarżalności różnego rodzaju ustaleń stron wzmocnionych przez dokonanie *sponsio*. W klasycznym prawie rzymskim istniały jednak również środki do jej realizacji w postaci możliwości udzielania *actio in factum*. Jak powiadał Papinian:

D. 19.5.1. pr.: *nonnumquam evenit, ut cesantibus iudicis proditis et vulgaribus actionibus, eum proprium nomen invenire non possumus, facile descendemus ad eas, quae in factum appellantur.*

Zacieranie różnic pomiędzy kontraktami mającymi swój własny *nomen* i nie oznaczonymi, rozwój zaskarżalności paktów i *transactio* doprowadziły w praktyce do przyjęcia w prawie justyniańskim generalnej zasady, że porozumienie w celu zawarcia zobowiązania tworzy zobowiązanie.

Zasada ta nie została jednak wyrażona w samej kodyfikacji justyniańskiej. Pojawiła się wyraźnie dopiero w greckiej parafrazie *Instytucji* opracowanej przez Teofila, jednego z redaktorów dzieła Justyniana.

4. Parafraza Teofila utożsamiając *contractus* i *pactum* dawała już zgeneralizowaną definicję kontraktu. Stwierdzenie Teofila stanowiło prawdziwy przełom i wyznaczało dalszą drogę kształtowania się pojęcia kontraktu. Dawało ono jednocześnie możliwości różnych interpretacji. Teofil połączył bowiem definicję *pactum* zawartą u Ulpiana (D. 2.14.1.2)⁴⁶ z poglądem utożsamiającym kontrakt ze zobowiązaniem wzajemnym, który mógł wynikać z D. 50.16.19⁴⁷:

⁴⁶ D. 2.14.1.2. Ulpianus lib. 4 ad edictum: *Pactum autem a pactione dicitur inde etiam pacis nomen appellatum est et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus.*

⁴⁷ D. 50.16.19 zob. powyżej w tekście.

*Contractus autem est duorum vel plurium in idem conventio atque consensus, ut obligatio constituatur et alter alteri obnoxius efficiatur*⁴⁸.

W pochodzącej z VI wieku łacińskiej glosie z Turynu, w dużym stopniu przesiąkniętej argumentacją zawartą u Teofila, brakowało powtórzenia poglądu z parafrazy. W glosie turyńskiej występują jedynie pewne elementy definicji kontraktu przy okazji podawania określenia kategorii „*quasi contractus*”⁴⁹. Podkreślają one intencje zawierającego kontrakt wywołania skutków w postaci stworzenia zobowiązania⁵⁰.

Wpływ parafrazy Teofila na dalszy rozwój prawa na Zachodzie, za pośrednictwem bliżej nam nie znanej drogi, jest jednak zupełnie prawdopodobny⁵¹. Potwierdza to fakt, że pogląd Teofila znajduje pełne potwierdzenie w literaturze z czasów glosatorów, a więc na dwa wieki przed odkryciem greckiego manuskryptu.

W definicjach kontraktów z czasów glosatorów występuje tylko jeden element definicji Teofila: zrównanie z *pactum*, brak natomiast elementu bilateralności.

Charakterystyczna w tym względzie jest definicja zawarta w pochodzącym z XII wieku *epitome Exactis regibus*:

*Contractus est duorum vel plurium in idem consensus. Et idem est contractus quod pactio, inde dicitur quod paciscendo prius diversas in idem contrahimus voluntatem*⁵².

⁴⁸ Teofilus *Institutionum graeca paraphrasis*... Versione latina, ed. E. C. Ferrini, Berolini 1884, *συνάλλαγμα δὲ ἐστὶ δύο ἢ καὶ πλείωνων εἰς καὶ τὸν ἑτέρον τῶ ἑτέρου ποιῆσαι ὑπεύθυνον*.

⁴⁹ W glosie turyńskiej, podobnie jak i w parafrazie Teofila, „*quasi-contractus*” występuje już jako kategoria. Inaczej sprawa ta przedstawiała się jeszcze w *Instytucjach* justyniańskich, gdzie stale jeszcze zgodnie z koncepcją prawa klasycznego — występowało opisowe określenie *quasi ex contractu obligari (teneri)*.

⁵⁰ Zob. P. Krüger: *Die turiner Institutionenglosse*, „*Zeitschrift für Rechtsgeschichte*”, 1868, H. 7, s. 76; fr. 438 (= ad I.3.27.pr.); *Quasi contractus est quod quidem a contractu separatur nec delicto subiacet, legalem tamen habet confirmationem; hoc autem non est definitio sed subscriptio, eo quod tam ex distractu quam ex constitutione rerum substantiam, capit. fr. 439 (= I.3.27.1): Hoc ergo significant, quia in contractibus nullum ignorans obligatur.*

⁵¹ Odkrycie greckiego tekstu parafrazy Teofila nastąpiło w XV wieku. Jego rozpowszechnienie w wydaniach greckich i w tłumaczeniach łacińskich przypada dopiero na połowę XVI wieku. Zob. rozdział II, przypis 110. Możliwość przenikania poglądu Teofila w okresie glosatorów można też wyjaśnić tym, że *Instytucje* były częścią kodyfikacji justyniańskiej najbardziej rozpowszechnioną i studiowaną w okresie wczesnego średniowiecza. Por. M. Conrat (Cohn): *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im früheren Mittelalter*, Leipzig 1889, s. 333 nn; F. Patetta: *Contributi alla storia del diritto romano nel medio Evo*, p. II, BIDR, t. 4, 1891, s. 45 nn (= *Studi sulle fonti giuridiche medievali*, Torino 1967, s. 81 nn). F. Calasso: *Medio evo*... s. 285—287; idem: *Il negozio giuridico*, 2 ed., Milano 1967, s. 173.

⁵² M. Conrat (Cohn): *Die epitome exactis regibus*, Berlin 1884, s. 97; (VII.1). Por. też s. 124 (IX.18): *Nasci dicuntur ex contractu que nascuntur ex pacto, ex quasi contractu que neque ex pacto neque ex maleficio, sed tamen maiorem cum pactis habent affinitatem quam maleficiis.*

Autor pochodzącej z XII—XIII wieku *Summy Instytucji* („Justiniani est in hoc opere”) wręcz utożsamia *contractus*, *consensus*, *pactum* i *conventio*. Dzieli on kontrakty na zaskarżalne i niezaskarżalne⁵³.

Utożsamienie *pactum* z *contractus* występuje w pochodzącym z przełomu XII i XIII wieku *liber iuris florentinus*⁵⁴. Podobne stwierdzenie znajduje się też w głosie Accursiusa⁵⁵.

U francuskich prawników humanistów XVI wieku następuje wyraźne odróżnienie kontraktu jako źródła stworzenia zobowiązania od *pactum*, które skutków prawnych nie rodzi. Wedle Cujaciusa:

*Contractus actionem formant, non etiam gignunt novam actionem. Falsum est etiam quod ait: pactum esse contractum, hoc falso ipso falsius est. Semper accurate pactum et contractum separatur. Contractus enim parit obligationem, pactum non parit obligationem, neque tollit, nisi legitimum sit, id est, nisi ex causis certis et quibusdam legibus exceptis, quibus etiam ex pacto nudo nascitur, vel tollitur obligatio, neque contractus (nisi vis esse ridiculus) voces pacta, nec retro etiam pacta contractus: haec vocabula nunquam permiscuntur*⁵⁶.

Podobnie Donellus, wprawdzie podkreśla element porozumienia zawarty w kontrakcie i w *pactum*, twierdzi jednak, że nie każde porozumienie stanowi kontrakt. Podstawowym elementem kontraktu, który odróżnia go od *pactum*, jest cel stworzenia zobowiązania:

*Contractus est duorum vel plurium consensus in hoc, ut unus alteri quid det aut faciat, iure ad eam rem et praestationem comprobatus [...]. Est enim omnis contractus conventio [...]. Conventio autem et pactio idem valent. Est autem pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus [...]. Sed non omnis consensus in idem, id est etiam in hoc ut quid fiat, contractus est [...]. Contractus autem contrahendae obligationis causa est, unde et nomen [...]*⁵⁷.

W wydaniu *Corpus Iuris* z humanizującym komentarzem Gothofredusa punkt ciężkości w definicji kontraktu został przeniesiony na element

⁵³ *La Summa Institutionum „Justiniani est in hoc opere”* (Manuscript Pierpont Morgan 903), ed. par Pierre Legendre, w: *Ius Commune*, Sonderhefte 2, Frankfurt a. Main 1973, s. 90—91; 3, 6, 34—40: *Contractus, consensus, pactum, conventio idem significant. Contractus dicitur est quasi simul tractus, id est cum ex diversis motibus duo vel plures ad idem animo obligandi consentiant, contractum appellari constat. Sed quia contractus quidam habent legalem formam, quidam non, hoc modo possumus dividere. Contractus alii obligatorii sunt ex quorum obligatione nascitur actio, alii non.*

⁵⁴ M. Conrat (Cohn): *Das florentiner Rechtsbuch. Ein System römisches Privatrecht aus der Glossatorenzeit*, Berlin 1882, s. 35 (lib. IV, tit. 1): *Pactum est duorum vel plurium consensus in idem dandum vel faciendum quod alter contrahentium spe vel acceptance admittit.*

⁵⁵ Glosa Accurs. ad D. 44.7.1, pr.: *De actionibus quae oriuntur ex pactis in continentibus apositis: dicunt quidam quod sunt ex variis causarum figuris; sed potest dici ex contractu, cum sint obligatoria talia pacta vel conventiones. Nam et in ipsum pactum est contractus (Accurs.).*

⁵⁶ J. Cujacius: *Opera*, t. 8, Neapoli 1722, s. 318.

⁵⁷ Hugo Donellus: *Commentarius de iure civili*, Francofurti 1595, lib. 12, s. 22.

dwustronności zobowiązania, które z niego powstaje. Jest rzeczą charakterystyczną, że komentator korzysta w wielkiej mierze z greckiej parafrazy *Instytucji*⁵⁸. Gothofredus traktuje jako właściwy kontrakt (*contractus proprius*) jedynie takie porozumienie, które rodzi zobowiązanie dwustronne. Natomiast *mutuum* czy *stipulatio*, które tworzą zobowiązania jednostronne, zalicza do kontraktów niewłaściwych (*contractus improprius*). Należą do nich również *transactio*, *solutio*, *liberatio*⁵⁹.

*Contractus proprie est qui utriusque contrahentes obligat. Improprie in quo unus, magis improprie, distractus*⁶⁰.

XVII- i XVIII-wieczni przedstawiciele szkoły prawa natury rozwijają konsekwentnie zasadę, że powstanie zobowiązania stanowi przejaw pełnej autonomii woli stron. Wyraża ją stwierdzenie Puffendorfa, iż „*solutus consensus obligat*”⁶¹. Utożsamienie kontraktu z porozumieniem widać wyraźnie też u Domata i Pothiera⁶².

Przedstawiciele szkoły prawa natury zaczynają również kontrakt traktować jako formę szerszej kategorii, aktu prawnego. Próby operowania kategorią aktu prawnego można dostrzec już w prawie rzymskim klasycznym u Papiniana (D. 50.17.77)⁶³. Do stworzenia jednak tego rodzaju generalnej kategorii nigdy w tym prawie nie doszło⁶⁴. Dopiero w XVIII wieku wykształciła się kategoria aktu prawnego jako czynnika tworzącego — szeroko pojęty — stosunek prawny. Akt prawny staje się zatem generalną kategorią tworzącą stosunki prawne o charakterze zarówno obligacyjnym, jak i rzeczowym. W ramach kategorii aktu prawnego przez kontrakt zaczyna się pojmować wyłącznie umowę tworzącą zobowiązanie. Pierwsze tego rodzaju sformułowanie przedstawił w 1749 r. D. Nettelbladt w *Systema elementare universae iurisprudentiae positivae*:

Actus iuridicus [określany też przez autora mianem *negotium iuridicum*] dicitur qui iura et obligationes concernit, Actum iuridicorum praecipuae species sunt nudaae

⁵⁸ *Corpus Iuris Civilis cum notis Dionysii Gothofredi*, Francofurti ad Moenum 1663. Komentarz do tytułu D. 44.7.

⁵⁹ C.I.C. powołane wydanie: gl. ad D. 50.16.19.

⁶⁰ C.I.C. powołane wydanie: gl. ad I.3.14 (= 3.13).

⁶¹ Zob. F. Calasso: *Il negozio...*, s. 338—339.

⁶² Zob. *ibidem*, s. 340.

⁶³ D. 50.17.77, Papinianus lib. 28 quaestionum: *Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem. Nonnumquam tamen actus supra scripti facite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium adierunt. Nam si acceptum feratur ei, qui sub conditione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilationis comprehendatur nullius momenti faciet actum.*

⁶⁴ Por. G. Grosso: *La conception du contrat dans le droit romain et ses influences dans le droit modernes* (praca w druku w aktach kolokwium prawniczego polsko-włoskiego).

*assertiones, quae sunt declarationes de eo quod est, vel non est, et dispositiones, quae sunt declarationes de eo quod fieri, vel non fieri quis vult*⁶⁵.

5. Teoria aktu prawnego jako kategorii w ramach zdarzeń prawnych zostaje ostatecznie opracowana przez XIX-wieczną pandektystykę niemiecką⁶⁶.

Trzy wielkie kodyfikacje cywilne XIX wieku zawierają rozwiązania zagadnienia kontraktów oscylujące wokół dwóch podstawowych koncepcji: traktowania kontraktów jako źródła powstania zobowiązań lub też wyodrębnienia samostnej kategorii aktu prawnego, w ramach którego mieszczą się akty tworzące zobowiązanie⁶⁷.

Pierwsze rozwiązanie zostało przyjęte przez kodeks Napoleona. Kontrakty są tu traktowane przy omawianiu źródeł powstania zobowiązań; art. 1101: „Kontrakt jest to umowa, mocą której jedna lub więcej osób zobowiązują się względem jednej lub więcej innych osób do dania, czynienia lub nieczynienia czegoś”⁶⁸.

Podobne rozwiązanie przyjmował też wzorujący się na kodeksie Napoleona kodeks cywilny włoski z 1865 r. Również kodeks cywilny austriacki z 1811 r. wiąże kontrakty ze źródłami zobowiązań. W kodeksie tym umowy zostały usytuowane w części II, oddział II „O prawach osobisto rzeczowych” jako jedno ze źródeł powstawania tych praw (§ 859 nn).

Jest paradoksem, że zarówno kodeks cywilny francuski, jak i kodeks austriacki, nawiązujące w założeniach do prawa natury, w rozwiązaniach przyjmowały nurt tradycyjny. Rozwiązanie dotyczące usytuowania kontraktów może być tego wyraźnym przykładem.

Inaczej kodeks cywilny niemiecki z 1896 r. Czynności prawne są tu traktowane jako ogólna kategoria (§ 104 nn), w ramach której ustawodawca omawia również umowy (§ 145 nn). BGB porusza też zagadnienie umów przy omawianiu źródeł zobowiązań (§ 305 nn rozdziału o zobowiązaniach umownych).

Ten sposób rozwiązania w zasadzie dominuje w cywilistyce współczesnej⁶⁹.

⁶⁵ Cyt. wg F. Calasso: *Il negozio...*, s. 340—341.

⁶⁶ Por. F. Calasso: *Il negozio...*, s. 341 nn.

⁶⁷ Por. G. Grosso: *La conception...*

⁶⁸ K. Sójka-Zielińska: *Wielkie kodyfikacje...*, s. 121, stwierdza, że „kodeks przeprowadzał w art. 1101 rozróżnienie umów (*conventions*) od kontraktów (*contracts*) jako umów szczególnego rodzaju, bo polegających na zobowiązaniu się do czegoś, a więc będących źródłem zobowiązań w odróżnieniu od umów innego rodzaju”. Stwierdzenie to nie wynika jednak z samego tekstu art. 1101. Do tego rodzaju ustaleń doszła dopiero doktryna oparta na pandektystycznej nauce o akcie prawnym. Jest charakterystyczne, że doktryna francuska przy wykładaniu kodeksu cywilnego przyjmowała właściwie system pandektowy (por. rozdział II). Autorka powołuje się zresztą w tym względzie na Planiola. Na uboczu rozważań pozostaje kwestia rozporządzającej skuteczności kontraktów, traktowanych jako źródło powstania zobowiązań. Kodeks Napoleona dopuszcza również skuteczność rzeczową kontraktów (art. 711, 1138).

⁶⁹ Por. G. Grosso: *La conception...*

ODPOWIEDZIALNOŚĆ QUASI EX DELICTO W PRAWIE RZYMSKIM I JEJ WPŁYW NA KSZTAŁTOWANIE SIĘ WSPÓŁCZESNEJ KATEGORII CZYNÓW NIEDOZWOLONYCH

1. Czyny niedozwolone jako źródło powstania zobowiązań we współczesnym prawie cywilnym. 2. Odpowiedzialność *quasi ex delicto* w prawie rzymskim. 3. „Quasi-delikty” w średniowieczu i w czasach nowożytnych. 4. „Quasi-delikty” w okresie formowania się wielkich kodyfikacji cywilnych w XVIII i XIX wieku i wpływ tej kategorii na tworzenie współczesnych podstaw odpowiedzialności cywilnej.

1. Zarówno w cywilistyce, jak i w romanistyce światowej nastąpiła w ostatnich latach niemal eksplozja badań w zakresie odpowiedzialności cywilnej¹. I tak np. w Polsce w latach 1967—1969 — jak oblicza W. Warkalio — opublikowano aż siedem prac habilitacyjnych poświęconych problematyce odpowiedzialności cywilnej, nie licząc wielu prac doktorskich, monografii oraz artykułów zajmujących się tą kwestią bezpośrednio bądź pośrednio². Fakt ten świadczy dobitnie, że problematyka odpowiedzialności cywilnej i jej podstaw stanowi jeden z głównych problemów w cywilistyce krajów tak socjalistycznych, jak i burżuazyjnych.

Niektórzy autorzy wysuwają tezę o zmierzchu odpowiedzialności cywilnej we współczesnym prawie i o jej upraszczaniu. Wiąza to z rozwojem ustawowych klauzul generalnych, a także z rozwojem wszelkiego rodzaju ubezpieczeń społecznych i gospodarczych³.

Proponuje się zastąpienie dotychczasowych podstawowych reżimów odpowiedzialności cywilnej — kontraktowego i deliktowego — innymi

¹ W. Warkalio: *Odpowiedzialność odszkodowawcza*, Warszawa 1972, s. 5.

² Prace cytowane przez W. Warkalio: *op. cit.*, s. 5. Por. W. Czachórski: *Zbiór odpowiedzialności cywilnej według kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1960; zbiór artykułów na temat „Les problèmes contemporains de la responsabilité civile délictuelle” w „Revue Internationale de Droit Comparé”, t. 19, 1967, s. 757—932. Zestawienie literatury zob. R. Scognamiglio: *Novissimo Digesto Italiano*, t. 15, 1967 s. 628 nn., s. v. *Responsabilità civile*.

³ Por. H. L. Mazeaud, A. Tunc: *Traité théorique de la responsabilité civile*, t. 1, Paris 1965, s. 16; G. Viney: *La déclin de la responsabilité individuelle*, Paris 1965, s. 15; A. Stelmachowski: *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1969, s. 265 nn; A. Szpunar, w: *Studia cywilistyczne*, Kraków 1970, s. 30—31.