

Tomasz Palmirski

Obligationes quasi ex delicto (maleficio) : ze studiów nad źródłami zobowiązań w prawie rzymskim

Zeszyty Prawnicze 2/2, 23-57

2002

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

TOMASZ PALMIRSKI

Uniwersytet Jagielloński

OBLIGATIONES QUASI EX DELICTO (MALEFICIO)
ZE STUDIÓW NAD ŹRÓDŁAMI ZOBOWIĄZAŃ
W PRAWIE RZYMSKIM

Na temat źródeł rzymskiej *obligatio* istnieje bardzo obfita literatura. Jednakże stanowiska w niej prezentowane są niejednokrotnie sprzeczne ze sobą, przede wszystkim z tego względu, iż zagadnienie to jest w prawie rzymskim ujmowane w sposób niejednolity. Z jednej bowiem strony Gaius stwierdził w swoich Instytucjach, które napisał w połowie II wieku n.e.¹, że wszelkie zobowiązanie wywodzi się albo *ex contractu* albo *ex delicto*, z drugiej natomiast *Institutiones* Justyniana, stanowiące część jego kodyfikacji z VI wieku n.e., wprowadzają czwórpodział źródeł zobowiązań, uzupełniając podział Gaiusa o *obligationes quasi ex contractu* i *quasi ex delicto (maleficio)*².

W tej gajańsko-justyniańskiej tradycji dotyczącej źródeł zobowiązań istnieją dwa elementy wzbudzające kontrowersje. Pierwszy z nich jest znaczenie nadawane w *Institutiones* Gaiusa termi-

¹ Według A. HONORÉ (*Gaius*, Oxford 1962, s. 68 i n.), było to jedno z ostatnich dzieł Gaiusa napisane w latach siedemdziesiątych II wieku n.e.

² Odnośnie do kwestii używania w źródłach terminu *malefictum* jako synonimu *delictum* por. E. ALBERTARIO, *Studi di diritto Romano*, III, Milano 1936, s. 199 i n.; por. też R. HITZIG, «RE» IV. 2, Stuttgart 1901, s. v. *delictum*, szp. 2438-2442; problem ten, jako wykraczający poza ramy niniejszego opracowania, został jedynie zasygnalizowany (por. s. 37 i n.).

nowi *contractus*³. Drugim z elementów dyskusyjnych są *quasi*-delikty, których dotyczy niniejszy artykuł.

Punktem wyjścia rozważań na temat źródeł zobowiązań musi być podstawowy dla tej kwestii tekst Gaiusa zawarty w Instytucjach:

G. 3,88: *Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto.*

Jak zatem stwierdza jurysta zobowiązanie powstaje z umowy (*ex contractu*) albo z czynu niedozwolonego (*ex delicto*).

Mówiąc o *summa divisio* Gaius chce podkreślić, że – w jego rozumieniu – jest to „ważniejszy”, „ogólniejszy” lub „podstawowy” podział⁴. *Summa divisio* występuje w Instytucjach w związku z klasyfikowaniem przedstawionego materiału⁵. To zaś może być przeprowadzone ściśle w oparciu o zasady klasyfikacji (podział jest poprawny jeżeli jest podziałem wyczerpującym i rozłącznym), bądź też w oparciu o te zasady, ale z myślą o dydaktyce, dla której nie mniejsze znaczenie od

³ Por. W. WOŁODKIEWICZ, *Obligationes ex variis causarum figuris. Studia nad źródłami zobowiązań w rzymskim prawie klasycznym*, Warszawa 1968, s. 54 i n. oraz cyt. tam literatura.

⁴ W tym samym znaczeniu m.in. A. BISCARDI, *Postille gaiane*, [w:] *Atti del simposio romanistico 'Gaio nel suo tempo'*, Napoli 1966, s. 23; por. też W. WOŁODKIEWICZ, *Obligationes*, cit., s. 49 i n. oraz cyt. tam literatura.

⁵ *Summae divisiones* w Instytucjach Gaiusa stale się pojawiają. Wystarczy wspomnieć początek dzieła (G. 1,1: *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur*) gdzie jest mowa, że wszystkie ludy po części rządzą się swym własnym prawem i po części – prawem powszechnym dla wszystkich ludzi, G. 1,9: *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi*, traktującym o podziale ludzi na wolnych i niewolników, G. 2,2: *Summa itaque rerum divisio in duos articulos diducitur, nam aliae sunt divini iuris, aliae humani*, odnoszącym się do podstawowego podziału rzeczy na rzeczy prawa boskiego i rzeczy prawa ludzkiego (publicznego lub prywatnego), czy też G. 4,103: *Omnia autem iudicia aut legitimo iure consistunt, aut imperio continentur*, gdzie zaznacza się, że wszystkie postępowania oparte są albo na *ius civile* (tak zwane *iudicium legitimum*) albo na *ius honorarium* (tak zwane *iudicium imperio continens*).

poprawności podziału na płaszczyźnie logiki formalnej może mieć też i względ na ułatwienie przyswojenia podstawowych pojęć⁶.

Wydaje się, iż właśnie tę drugą drogę obrał autor Instytucji, skoro miały być one podręcznikiem, a więc dziełem przeznaczonym dla początkujących adeptów prawa⁷. Moim zdaniem, przyjęciu takiej koncepcji przez Gaiusa nie stoi na przeszkodzie użycie przez niego w analizowanym fragmencie słowa *omnis*, które mogło by wskazywać na to, iż *summa divisio* powinna obejmować wszystkie źródła powstawania *obligationes*, a to dlatego, iż słowo *omnis* nie zawsze ma w języku Instytucji Gaiusa znaczenie obejmujące rzeczywiście wszystko⁸.

Wielu autorów dopatruje się również wpływu na gajański podział zobowiązań schematów dawniejszych⁹ jak też arystotelow-

⁶ Por. I. 1,1,2: *His generaliter cognitis et incipientibus nobis exponere iura populi Romani ita maxime videntur posse tradi commodissime, si primo levi ac simplici, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione singula tradantur. alioquin si statim ab initio rudem adhuc et infirmum animum studiosi multitudine ac varietate rerum oneraverimus, duorum alterum aut desertorem studiorum efficiemus aut cum magno labore eius, saepe etiam cum diffidentia, quae plerumque iuvenes avertit, serius ad id perducamus, ad quod leniore via ductus sine magno labore et sine ulla diffidentia maturius perducipotuisset.*

⁷ Por. W. WOŁODKIEWICZ, *Obligationes*, cit., s. 63.

⁸ Por. przede wszystkim G. 3,119a: *Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est, sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest ...*; Wiadomo, iż *fideiussor* w przeciwieństwie do poręczycieli w drodze *sponsio* i *fidepromissio* mógł być ustanawiany przy wszystkich rodzajach zobowiązań, a nie tylko przy tych, których źródłem jest stypulacja (por. G. 3,118-119; por. też W. LITEWSKI, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1990, s. 279). Dlatego też niemożliwe jest przyjęcie, iż w tym przypadku przez użycie *omnis* Gaius chciał objąć rzeczywiście wszystkie przypadki zobowiązań, które mogły być zabezpieczone poręką (*fideiussio*), albowiem w ten sposób przeczyłby temu co sam stwierdził wcześniej w G. 3,118-119. Zważyć również należy, że w swych Instytucjach zbyt często podkreślał on dwupodział źródeł powstania zobowiązań, żeby w tym tekście uznać nagle, iż zobowiązaniami (*omnibus obligationibus*) są tylko te wynikające z kontraktów (*re, verbis, litteris, consensu contractae*).

⁹ Por. W. WOŁODKIEWICZ, *Obligationes*, cit., s. 53-55. Jest to wysoce prawdopodobne albowiem Gaius nie mógł działać w oderwaniu od dawniejszych i współczesnych mu kierunków jurysprudencki rzymskiej; por. też V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1960, s. 293.

skiego podziału na συναλλάγματα ἐκούσια oraz συναλλάγματα ἀκούσια¹⁰.

Resumując tę część rozważań, można stwierdzić, że podział zobowiązań na *obligationes ex contractu* i *ex delicto* stanowi dla Gaiusa jedynie podstawę schematu wykładu. Tak więc *summa divisio* zobowiązań jest podziałem najważniejszym (w znaczeniu klasyfikacyjnym), ale nie wyczerpującym i dlatego nie wykluczającym, w ramach podziału innych źródeł zobowiązań, których jurysta nie omawiał bardziej szczegółowo ze względu na dążenie do prostoty wykładu¹¹.

Z analizy trzeciej księgi Instytucji Gaiusa z kolei wynika, że odnosi się on tylko do zobowiązań cywilnych, to znaczy zobowiązań chronionych przez cywilne *actiones in personam*, których formuła zawierała w *intentio* czasownik *oportere*, niekiedy w określonych sytuacjach z dodatkiem klauzuli dobrej wiary: *oportere ex fide bona*, czy jej synonimu¹².

Odnośnie do *obligationes ex delicto* Gaius (G. 3,182) zaznacza: ... *veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit* ...

¹⁰ Aristot., *Eth. Nic.* 1131a: τῶν γὰρ συναλλαγμάτων τὰ μὲν ἐκούσια ἐστὶ τὰ δ'ἀκούσια. ἐκούσια μὲν τὰ τοιάδε οἷον πᾶσις, ὠνή, δανεισμός ἐγγύν, χρήσις, παρακαταθήκη, μίσθωσις ... τῶν ἀκουσίων τὰ μὲν λαθραῖα, οἷον κλοπή ... τὰ δὲ βίαια, οἷον ... Θάνατος, ἀρπαγή ...; por. G. I. LUZATTO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni*, Milano 1934, s. 8, przyp. 1; H. COING, *Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*, «ZSS» 69 (1952), s. 38; M. KASER, *Gaius und die Klassiker*, «ZSS» 70 (1953), s. 163, przyp. 136; R. TAUBENSCHLAG, *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa 1955, s. 162; P. STEIN, *The Nature of quasi delictal Obligations in Roman Law*, «RIDA» 5 (1958), s. 568.

¹¹ W. WOŁODKIEWICZ, *Obligaciones*, cit., s. 53; przeciwnie J. PARICIO, *Los cuasi-delictos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, Madrid 1987, s. 24; F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, «BIDR» 76 (1973), s. 173 i n.

¹² Co zdarza się w *actio fiduciae* (por. O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*³, Leipzig 1927, s. 293) i w *actio rei uxoriae* (por. O. LENEL, *op. cit.*, s. 304, 305); por. też J. PARICIO, *Estudio sobre las acciones in aequum conceptae*, Milano 1986, s. 105 i n.

Tak zatem wspomina on o kradzieży (*furtum*), rabunku (*rapi-na*)¹³, szkodzie wyrządzonej na cudzej rzeczy (*damnum iniuria datum*) i umyślnym naruszeniu cudzej osobowości (*iniuria*). Wszystkie one są deliktami wywodzącymi się z *ius civile*. Jednakże w epoce prawa klasycznego, a więc wówczas gdy powstały Instytucje, główną część regulacji prawnej deliktów należy przypisać pretorowi. Jest to widoczne tak w odniesieniu do kradzieży (gdzie obok skarg cywilnych istniało w epoce klasycznej wiele innych *actiones in factum*), jak również w przypadku *damnum iniuria datum*, (gdzie obok *actio legis Aquiliae*, pretor przewidział w edykcje szereg *actiones utiles in factum*)¹⁴, a także w razie deliktu polegającego na umyślnym naruszeniu cudzej osobowości (*iniuria*)¹⁵.

Jak wynika z cytowanego wyżej fragmentu Instytucji, Gaius poprzedza wyliczenie zdarzeń, które uważa za *delicta* słowem *veluti*, choć później ogranicza się jedynie do omówienia każdego z tych czterech wymienionych przestępstw. Moim zdaniem używając tego słowa, jurysta chciał zaznaczyć, że lista deliktów nie jest zamknięta, ale jedynie przykładowa, (co zresztą nieraz spotykamy w Instytucjach Gaiusa)¹⁶ a zatem, że istniały ponadto inne delikty.

Nasuwa się w związku z tym pytanie, czy wprowadzając słowo *veluti*, Gaius miał na myśli, oprócz czterech wymienionych, również delikty prawa pretorskiego, jak *dolus*, *metus*, działanie na szkodę

¹³ Rabunek stanowił kwalifikowaną kradzież i dlatego Gaius omówił go niezbyt ściśle wśród deliktów cywilnych, mimo pretorskiego pochodzenia wyodrębnienia *rapina* jako przestępstwa; por. W. LITEWSKI, *op. cit.*, s. 322.

¹⁴ Na ten temat pisze między innymi E. VALIÑO, *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia*, Pamplona 1973.

¹⁵ Por. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München 1971, s. 623.

¹⁶ Na przykład, w G. 4,47, jest mowa: *Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati ...* Abstrahując od kwestii, czy wymienienie w tym miejscu kontraktu użyczenia jest autentyczne, okazuje się oczywiste, że lista nie jest kompletna, gdyż wystarczy wspomnieć *negotiorum gestio*. Inny, podobny przypadek pojawia się w G. 4,23, w odniesieniu do praw, które przyznawały *manus iniectio pura*, gdzie przez *veluti* wspomniane są tylko dwa: *lex Furia* dotycząca testamentów i *lex Marcia* dotycząca lichwy.

wierzycieli i szereg innych¹⁷. Wykluczyć tego nie można, chociaż bardziej prawdopodobne wydaje się, iż jurysta miał tutaj na myśli, inne uregulowane w Ustawie XII Tablic, mniej ważne od wspomnianych, delikty prawa cywilnego, jak te sankcjonowane przez *actio de moribus* (skarga męża przeciwko żonie o część posagu w razie rozwodu z jej winy), *actio de pastu pecoris* (skarga przeciwko pasącemu swe bydło na cudzym gruncie), czy *actio de pauperie* (skarga o wynagrodzenie szkody wyrządzonej przez zwierzęta czworonożne).

A zatem, jak można na podstawie powyższych okoliczności wnioskować, w systematyce przedstawionej w *Institutiones* Gaius wydaje się brać pod uwagę jedynie zobowiązania cywilne. Nie chcę przez to powiedzieć, że inne czyny nielegalne sankcjonowane w edykcji przez pretora, nie musiały być rozpatrywane technicznie jako *delicta* ale, że Gaius wydaje się tylko odnosić do deliktów ściganych przez *ius civile*.

Podział źródeł zobowiązań stworzony przez Gaiusa i ograniczenie przez niego pojęcia *delictum* do czterech typowych stanów faktycznych, przydatne do celów dydaktycznych, którym podporządkowane były *Institutiones*, stał się z biegiem czasu niewystarczający.

W szczególności brakuje w tej klasyfikacji elementu wspólnego dla wszystkich przypadków powodujących powstanie odpowiedzialności *ex delicto*, odróżniającego je od zobowiązania z umów.

Próbie uzupełnienia dotychczasowej systematyki, podjętą poprzez przeniesienie akcentu z *obligatio* na *actiones*, znajdujemy u Ulpiana:

D. 44,7,25,1 (*Ulpianus libro singulari regularum*): *Actionum autem quaedam ex contractu, quaedam ex facto, quaedam in factum sunt. ex contractu actio est, quotiens quis sui lucris causa cum aliquo contrahit, veluti emendo vendendo locando conducendo et ceteris similibus. ex facto actio est quotiens ex eo teneri quis incipit, quod ipse admisit, veluti furtum vel iniuriam commisit vel damnum dedit. in factum actio dicitur,*

¹⁷ Por. M. KASER, *RPR*, I², s. 146 i n.

qualis est exempli gratia actio, quae datur patrono adversus libertum, a quo contra edictum praetoris in ius vocatus est.

Pozostawiając na boku problemy związane z autorstwem cytowanego fragmentu¹⁸ i pomijając ostatnią jego część odnoszącą się do *actiones in factum*¹⁹, należy podkreślić fakt, iż, chociaż zachowany tutaj został dwupodział Gaiusa na *obligationes ex contractu* i *ex delicto*, Ulpian wprowadził tu dodatkowe źródło skargi w postaci określonego (innego niż kontrakt czy delikt) *factum*.

Modestinus próbuje jeszcze bardziej poszerzyć klasyfikację Gaiusa, wysuwając na plan pierwszy samo źródło powstania *obligatio*, a nie moment, w którym dochodzi do udzielenia skargi:

D. 44,7,52 pr. (*Modestinus libro secundo regularum*): *Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato.*

Jurysta ten odwraca całkowicie *summa divisio* Gaiusa i umieszcza na tej samej płaszczyźnie wszystkie okoliczności, w których może powstać zobowiązanie, łącząc z tradycyjnym podziałem ich źródeł (*re, verbis, [litteris*²⁰, *consensu*²¹) *obligationes*, które powstają *lege*²²,

¹⁸ G. SCHERILLO, *Lezioni sulle obbligazioni. Corso di diritto romano*, Milano 1961, s. 17, uważa bowiem, iż mamy do czynienia nie z oryginalnym dziełem jurysty Ulpiana, ale z wyciągiem, autorstwa być może samego Ulpiana, dokonany jednak na wzór Instytucji Gaiusa; por. też V. ARANGIO-RUIZ, *D. 44,7,25, §1, e la classificazione gaiana delle fonti di obbligazione*, [w:] *Scritti di diritto romano*, II, Napoli 1974 [= *Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil*, I, Paris 1926], s. 143 i n.

¹⁹ W tej kategorii jest już wyraźnie zawarte odniesienie do *actiones in personam*, w których źródłem nie może być uznana ani umowa, ani delikt; por. G. SCHERILLO, *op. cit.*, s. 253, 292.

²⁰ Wzmianka o tej kategorii została, jak wiadomo, usunięta przez kompilatorów justyniańskich z wszystkich tekstów, które ją pierwotnie zawierały; por. *Index Interpolationum*. Również podnoszono wątpliwości co do autentyczności całego fragmentu, co jednak odrzuciła nowsza doktryna prawa; por. przyp. 24.

²¹ Wspomnieć trzeba o dodaniu *genus re et verbis*, który należy uważać za odnoszący się jedynie do przypadku pożyczki dokonanej w formie *stipulatio*; por. C.A. CANNATA, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni. Vicende di un problema*

*iure honorario, necessitate*²³. Ten rodzaj klasyfikacji pod pewnymi względami wydaje się o wiele bardziej nowoczesny i zadowalający niż podział Gaiusa, jako że pozwala umieścić wśród sposobów powstawania zobowiązań cały szereg stanów faktycznych, które nie znalazły miejsca w zawężonym podziale zobowiązań zaproponowanym w Instytucjach²⁴. Szczególnie wyraźnie dostrzega się dążenie jurysty do odejścia od poglądu łączącego powstanie *obligatio* wyłącznie z *ius civile*, jak też od sztywności samego pojęcia *obligatio* mającej korzenie procesowe i związanej z *oportere*, która to koncepcja już w czasach Gaiusa, a tym bardziej więc Modestynusa, zdradzała wiele niespójności. Na gruncie nauki prawa rzymskiego zachodzi bowiem kontrowersja co do tego, czy w okresie prawa klasycznego, stany faktyczne będące źródłem roszczeń prawa pretorskiego mogą być traktowane jako *obligationes*. Podstawą odmiennych poglądów w tej kwestii jest przyjmowanie przez niektórych romanistów tezy, że w okresie prawa klasycznego pojęcie *obligatio* i jej źródła związane były wyłącznie z *ius civile*²⁵. Na prawdziwość powyższego poglądu wskazywać by mogły dwa fragmenty *Institutiones* Gaiusa. W pierw-

dommatico e pratico, [w:] *Materiali per una storia della cultura giuridica*, opr. G. TARRELO, IV, Bologna 1974, s. 55.

²² Koncepcja *obligatio ex lege* nie jest wyłącznie tworem samego tylko Modestynusa; por. D. 13,2,1; D. 44,7,41; na temat tych tekstów por. G. SCHERILLO, *op. cit.*, s. 254.

²³ Wydaje się, iż należy usunąć wzmiankę o *obligatio ex peccato*, jako że jest ona zbędna przy wzmiankach o zobowiązaniach *lege* oraz *iure honorario*; por. C.A. CANNATA, *op. cit.*, s. 55.

²⁴ Po tym względem, jak już wspominałem, rehabilitacji doczekał się tekst Modestynusa; por. TH. MAYER-MALY, *Divisio obligationum*, «Irish Jurist» 2 (1967), s. 380; TENŽE, *Das Gesetz als Entstehungsgrund von Obligationem*, «RIDA» 12 (1965), s. 442; TENŽE, *Obligamur necessitate*, «ZSS» 84 (1966), s. 48; C. A. CANNATA, *op. cit.*, s. 55.

²⁵ Por. m.in. V. ARANGIO-RUIZ, *Le genti e le città*, Messina 1914 [=Scritti Jovene, Napoli 1954], s. 135 i n.; E. ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art 1097 del codice civile*, [w:] *Studi di diritto romano*, III, Milano 1936 [=«RDCo» 1 (1923)], s. 82-83; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, s. 456; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Padova 1960, s. 74 i n.

szym z nich (G. 4,2) autor stwierdza, że skarga *in personam* ma miejsce wtedy, gdy jest oznaczona przez słowa *dare, facere, praestare oportere*²⁶. W drugim (G. 4,45) Gaius mówi, że zwrot *dare oportere in intentio* formuły procesowej jest cechą wyróżniającą skargi *in ius conceptae*, a więc powództw służących ochronie stosunków wynikających z *ius civile*²⁷. Ponadto według większości badaczy prawa rzymskiego, termin *oportere* jest technicznym oznaczeniem istnienia *obligatio* opartej na *ius civile*²⁸. Z przedstawionych powyżej dwóch fragmentów *Institutiones* Gaiusa wynikałoby, że nie sposób jest mówić o istnieniu pretorskiej skargi *in personam*. Jednakże sam Gaius dopuszcza taką możliwość w G. 4,106, gdzie stwierdza, że *iudicia imperio continenti* mogły być przeprowadzone zarówno na podstawie skarg *in rem* jak i *in personam*²⁹. Wytlumaczenia takiego stanu rzeczy upatrywać można w tym, że pierwszy z cytowanych fragmentów (G. 4,2 w połączeniu z G. 4,45) wyłączający z pojęcia *actio in personam* skargi *in factum conceptae*, stanowi niejako wstęp do dalszych wywodów (począwszy od G. 4,10) dotyczących się procesu legisakcyjnego. W procesie tym *actio in personam* (tak samo jak *actio in rem*) oparta była zawsze na *ius civile*. Skądinąd zwrot *dare oportere* odgrywał w formułach wypowiedzianych przy *legis actiones in personam* nie-

²⁶ G. 4,2: *In personam actio est, qua agimus, quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu, vel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE.*

²⁷ G. 4,45: *Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas vocamus, quales sunt, quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure Quiritium aut nobis dari oportere, aut pro fure damnum decidi oportere. sunt et aliae, in quibus iuris civilis intentio est.*

²⁸ Por. m.in. M. WŁASSAK, *Die Aquilianische Stipulation*, «ZSS» 42 (1921), s. 406; D. DAUBE, *Novation of Obligations Giving a 'bonae fidei iudicium'*, «ZSS» 66 (1948), s. 128; A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, s. 609.

²⁹ G. 4,106: *Et si quidem imperio continenti iudicio actum fuerit, sive in rem, sive in personam, sive ea formula, quae in factum concepta est, sive ea, quae in ius habet intentionem, postea nihilo minus ipso iure de eaden re agi potest et ideo necessaria est exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae.*

poślednią rolę³⁰. Taki nieaktualny pogląd zmusza Gaiusa, przy przedstawianiu procesu formularnego, do stwierdzenia istnienia pretorskich skarg *in personam* (G. 4,106)³¹.

W *Res cottidianae* dychotomia *contractus* – *delicta* zostaje zastąpiona przez podział trójdzielny: wszelkie zobowiązanie rodzi się z umowy albo z deliktu albo z jakiegokolwiek innej (niż wymienione wcześniej) przyczyny:

D. 44,7,1 pr. (*Gaius libro secundo aureorum*): *Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*³².

Rozważania na temat zaproponowanego *divisio obligationum* należy poprzedzić analizą fragmentu Instytucji, w którym Gaius przeprowadził podobne rozumowanie, jakkolwiek dotyczące innej kwestii:

G. 2,7-7a: *Sed in provinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum vel usumfructum habere videmur; utique tamen etiamsi non sit religiosum, pro religioso habetur. Item quod in provinciis non ex auctoritate populi Romani consecratum est, proprie sacrum non est, tamen pro sacro habetur.*

W początkowej części tekstu został w dosyć szczegółowy sposób przedstawiony powód, dla którego, zdaniem większości,

³⁰ Por. m.in. G. 4,17a.

³¹ Por. też S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, [w:] *Scritti*, II, Bologna 1902 [= *Scritti giuridici*, II, Milano 1948], s. 422; E. COSTA, *Storia del diritto romano*², Torino 1925, s. 418; F. PASTORI, *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*, Milano 1951, s. 366 i n.

³² Doktryna roztrząsała niejednokrotnie problem autorstwa *Res cottidianae* (*sive aurea*). Na ogół uznawano, że to dzieło nie pochodzi bezpośrednio od Gaiusa, ale że mamy do czynienia z wczesną przeróbką poklasyczną w duchu gajańskim, choć niektórzy autorzy twierdzą, że musi być przypisana Gaiusowi bez zastrzeżeń; por. literaturę u W. WOŁODKIEWICZA, *Obligaciones*, cit., s. 11 i n., przyp. 1-4.

wspomniany tam teren nie nabiera charakteru miejsca świętego. Natomiast w końcowym fragmencie mówi się bardziej zwięźle, że to, co zostaje poświęcone w prowincjach *non ex auctoritate populi Romani, proprie sacrum non est*. Gaius, który, jak to wynika z kontekstu, zgadzał się ze zdaniem większości, prawdopodobnie brał pod uwagę również analizowane przedmioty, jak owe *sanctae, quodam modo divini iuris*³³. Z drugiej strony *item*, które łączy zdania znajdujące się w dwóch ustępach, każe myśleć, że i w jednym, i w drugim zamierzał on posłużyć się jednakową argumentacją: w pierwszym przypadku teren nie jest *proprie* miejscem świętym, lecz *pro religioso habetur*; w drugim *res* nie jest *proprie* święta, lecz *pro sacra habetur*. Zarówno w pierwszym, jak i w drugim przypadku brakowało elementów, które stanowiły *proprium res religiosa* i – odpowiednio – *res sacra*. Mimo to, w pierwszym przypadku *res* była traktowana tak, jak gdyby chodziło o przedmiot kultu religijnego, zaś w drugim, jak gdyby była rzeczą świętą³⁴.

Gaius w *Res cottidianae* wysuwał podobne argumenty odnośnie *obligationes ex variis causarum figuris*:

D. 44,7,5 pr.-3 (*Gaius libro tertio aureorum*): *si quis absentis negotia gesserit, si quidem ex mandato, palam est ex contractu nasci inter eos actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet: si vero sine mandato, placuit quidem sane eos invicem obligari eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum, quibus aequae invicem experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet. sed neque ex contractu neque ex maleficio*

³³ Bezpośrednio po omawianych fragmentach można przeczytać (G. 2,8): *Sanctae quoque res, velut muri et portae, quodam modo divini iuris sunt*.

³⁴ G. 2,6: *Religiosum vero nostra voluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, si modo eius mortui funus ad nos pertineat*; G. 2,5: *Sed sacrum quidem hoc solum existimatur, quod ex auctoritate populi Romani consecratum est, veluti lege de ea re lata aut senatus consulto facto*.

actiones nascuntur: neque enim is qui gessit cum absente creditur ante contraxisse, neque ullum maleficium est sine mandatu suscipere negotiorum administrationem: longe magis is, cuius negotia gesta sunt, ignorans aut contraxisse aut deliquisse intellegi potest: sed utilitatis causa receptum est invicem eos obligari. ideo autem id ita receptum est, quia plerumque homines eo animo peregre proficiscuntur quasi statim redituri nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant, deinde novis causis intervenientibus ex necessitate diutius absunt: quorum negotia desperire iniquum erat, quae sane desperirent, si vel is, qui obtulisset se negotiis gerendis, nullam habiturus esset actionem de eo, quod utiliter de suo impendisset, vel is, cuius gesta essent, adversus eum, qui invasisset negotia eius, nullo iure agere posset. (1) Tutelae quoque iudicio qui tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur): sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. et hoc autem casu mutuae sunt actiones: non tantum enim pupillus cum tutore, sed et contra tutor cum pupillo habet actionem, si vel impenderit aliquid in rem pupilli vel pro eo fuerit obligatus aut rem suam creditori eius obligaverit. (2) Heres quoque, qui legatum debet, neque ex contractu neque ex maleficio obligatus esse intellegitur: nam neque cum defuncto neque cum herede contraxisse quicquam legatarius intellegitur: maleficium autem nullum in ea re esse plus quam manifestum est. (3) Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus: sed non potest intellegi is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse: qui enim solvit per errorem, magis distrahendae obligationis animo quam contrahendae dare videtur.

Jurysta skupił się przede wszystkim nad okolicznościami, z których powstawały, w zastosowanej przez niego kolejności, *obligatio-*

nes quasi ex contractu: negotiorum gestio, opieka, zapis obligacyjny, bezpodstawne wzbogacenie³⁵.

Uzasadnienie, dla którego *causae* wymieniane w każdym z wyżej wspomnianych tekstów nie są zaliczane do kontraktów, sprowadza się do tego, że brak w nich jednego z najważniejszych elementów *contractus*, jakim było porozumienie w celu wykreowania więzi obligacyjnej (*conventio*). Jednakże należy zaznaczyć, że nie ma tu mowy o *quasi ex contractu teneri videtur*, czy podobnym sformułowaniu, które służyłoby do wspólnego zaklasyfikowania powyższych przypadków tak jak to ma miejsce, w przypadku *obligationes quasi ex maleficio*³⁶. Tak więc, w D. 44,7,5 pr. odnośnie do prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia (*negotiorum gestio*) jest jedynie mowa, że *neque ex contractu neque ex maleficio actiones nascuntur*, w D. 44,7,5,2, traktującym o zapisie, mówi się też, że *heres neque ex contractu neque ex maleficio obligatus esse intellegitur*. Natomiast coś bardziej zbliżonego do wyrażenia *quasi ex contractu teneri videtur* znajdujemy w D. 44,7,5,3, gdzie czytamy iż ten, kto przyjmie nienależne świadczenie *obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur*. Jedynym zdaniem D. 44,7,5, w którym występuje sformułowanie *quasi ex contractu teneri videtur* jest § 1 odnoszący się do opieki. Zważyć jednakże należy, iż jest to jedyny tekst, który dokładnie odpowiada, jeżeli chodzi o treść, odpowiedniemu fragmentowi Instytucji justyniańskich (I. 3,27,2), co czyni prawdopodobną hipotezę, że zwrot ten został wprowadzony przez kompilatorów do odnośnego fragmentu Digestów, jako wyrażenie, którym

³⁵ Do tych czterech, być może należałoby dodać *communio incidens*, porównując D. 44,7,5 pr.-3 z odpowiadającymi im fragmentami z Instytucji justyniańskich – I. 3,27,3-4: *Item si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo iudicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius eius in eam rem necessarias impensas fecerit: non intellegitur proprie ex contractu obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur. Idem iuris est de eo, qui coheredi suo familiae erciscundae iudicio ex his causis obligatus est.*

³⁶ Por. niżej s. 36 i n.

posługiwali się oni w Instytucjach justyniańskich: I. 3,27,3: *quasi ex contractu teneri videtur (communio incidens)*, I. 3,27,5: *quasi ex contractu debere intellegitur (legatum per damnationem)*, I. 3,27,6: *quasi ex contractu debere videtur (bezpodstawne wzbogacenie)*.

Z kolei jako *variae causarum figurae* występują w źródłach również *obligationes quasi ex maleficio*, a w szczególności stany faktyczne polegające na: *litem suam facere, deiectum vel effusum, positum aut suspensum* oraz na powierzeniu rzeczy armatorom, właścicielom oberży i stajen powodujące ich odpowiedzialność za *damnum iniuria datum* i kradzież, popełnione przez zatrudnionych przez nich personel. Szczegółowo tym problemem zajął się Gaius:

D. 44,7,5,4-6 (*Gaius libro tertio aureorum*): *Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri. (5) Is quoque, ex cuius cenaculo (vel proprio ipsius vel conducto vel in quo gratis habitabat) deiectum effusumve aliquid est ita, ut alicui noceret, quasi ex maleficio teneri videtur: ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur aut servi aut liberi. cui similis est is, qui ea parte, qua volgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere. ideo si filius familias seorsum a patre habitaverit et quid ex cenaculo eius deiectum effusumve sit sive quid positum suspensumve habuerit, cuius casus periculosus est, Iuliano placuit in patrem neque de peculio neque noxalem dandam esse actionem, sed cum ipso filio agendum. (6) Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de damno aut furto, quod in nave aut caupona aut stabulo factum sit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret: cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur.*

W każdym z cytowanych wyżej paragrafów (4-6) jest mowa o zobowiązaniu *quasi ex maleficio*. Znaczy to tyle, co *quasi ex delicto teneri*, albowiem termin *maleficio* jest używany przez autora *Res cottidianae* jako synonim terminu *delictum*³⁷.

Te cztery przypadki zobowiązań (*teneri*) wymienione łącznie w *Res cottidianae* były wcześniej sankcjonowane przez pretora w edykcje drogą *actiones z formula in factum concepta*. Nie wywodziły się one jednak wszystkie z prawa pretorskiego, jak zwykło się przyjmować³⁸, albowiem przypadek sędziego *qui litem suam fecit*, był już karany w epoce *legis actiones*³⁹.

³⁷ W rzeczywistości, już w *Institutiones Gaiusa* termin *maleficio* był użyty w pewnych przypadkach jako synonim *delictum*: G. 1,128; 2,181; 4,75; 4,80; 4,112.

³⁸ Tak na przykład P. STEIN, *op. cit.* s. 563, który pisze, że wszystkie te skargi miały swe źródło w edykcje pretorskim.

³⁹ Podstawowe źródło informacji, czyli Ustawa XII Tablic, pomijając wiadomość o karze śmierci dla sędziego, który dał się skorumpować, wspomina jedynie o przyczynach tłumaczących nieobecność stron lub sędziego podczas procesu, jak *morbus soticus* czy *status dies cum hoste* (tab. 2,2: *Morbus soticus ... aut status dies cum hoste ... quid horum fuit unum iudici arbitrove reove, eo dies diffissus esto*). W świetle tego przepisu wydaje się wysoce prawdopodobne, iż sędzia, który nie stawiał się na wyznaczony dzień procesu, narażał się na odpowiedzialność wobec powoda. Na tej podstawie natomiast można wyciągnąć wniosek, iż czyniąc w ten sposób spór swoim, odpowiadał on w stosunku do powoda w granicach odpowiedzialności, jaką ponosiłby pozwany, jeśliby został zasądzony. Poza tym przypadkiem nieobecności sędziego w wyznaczonym dniu procesu, nie da się jednak nic więcej powiedzieć na temat przypadków, które powodowałyby odpowiedzialność sędziego *qui litem suam fecit* w epoce procesu legisakcyjnego, tym bardziej że Ustawa XII Tablic nie zawiera jakiegokolwiek wzmianki o sankcjach w przypadku nieusprawiedliwionej nieobecności sędziego podczas procesu. Pomimo tego, iż *litem suam facere* znane jest tylko z regulacji edyktu, to niektórzy autorzy zakładają pierwszeństwo *ius civile* w regulacji odnośnie odpowiedzialności (tak O. KARŁOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1901, s. 1349; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, /opr. F. SENN/, Paris 1929, s. 677, przyp. 2; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris 1960, s. 222; E. LEVY, *Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin 1915, s. 48; F. L. VON KELLER, *Der römische Civilprozess und die Aktionen in summarischer Darstellung*⁶, /opr. A. WACH/, Leipzig 1883, s. 448). Dlatego bezpodstawne wydaje się przypuszczenie, że wyrażenie *litem suam facere* wywodzi się z prawa decem-

Postępująca asymilacja zobowiązań prawa cywilnego (*ius civile*) z tak zwanymi zobowiązaniami prawa pretorskiego sprawia, że Justynian, przechodząc do klasyfikacji źródeł *obligationes*, odrzuca kryterium, które legło u podstaw podziału zobowiązań w *Institutiones* Gaiusa i tworzy nowe, przyjmując, że wszystkie zobowiązania mają swe źródło w *ius civile* albo w *ius honorarium*⁴⁰.

Klasyfikacja źródeł zobowiązań przedstawiona w *Res cottidianae* jest następnie powtórzona przez Justyniana, który występującą tu trzecią kategorię zobowiązań dzieli na dwie grupy: *quasi ex contractu* i *quasi ex maleficio* (*quasi ex delicto*)⁴¹:

I. 3,13,2: *Sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio.*

Przypadki, które kwalifikuje on jako *obligationes quasi ex contractu* aut *ex maleficio* są dokładnie tymi samymi, które występowały w *variae causarum figurae* w *Res cottidianae*⁴². Justynian nie używa jednak wyrażenia *quasi ex maleficio teneri* występującego w *Res cottidianae*, lecz mówi o *obligatio quasi ex maleficio* (lub *quasi ex delicto*) i dla symetrii⁴³ tworzy kategorię *obligationes quasi ex contractu*.

wiralnego; por. E. CUO, *Manuel des institutions juridiques des Romains*², Paris 1928, s. 589. D. STOJCEVIC, *Sur la caractere des quasi-délits en droit romain*, «Iura» 8 (1957), s. 69 i n., wypowiada się w tym samym duchu, jednakże nie precyzując w żaden sposób typu *legis actio*, który byłby stosowny dla przypadku *litem suam facere*.

⁴⁰ I. 3,13,1: *Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera diducitur: namque aut civiles sunt aut praetoriae.*

⁴¹ Jest prawdopodobne, że klasyfikacja Instytucji Justyniańskich pochodzi z jakiejś orientalnej szkoły prawa; por. M. KASER, *RPR*, I², s. 524 i cyt. tam literatura.

⁴² Por. I. 3,27: *de obligationibus quasi ex contractu* (kwestią, czy *negotiorum gestio* zaliczona przez Justyniana do *quasi*-kontraktów – I. 3,27,3 – istniała wcześniej w *Res cottidianae* nie będę się zajmował, jako wykraczającą poza ramy niniejszej pracy); I. 4,5: *de obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur.*

⁴³ P. STEIN, *op. cit.*, s. 566 twierdzi, że kategoria *quasi*-deliktów została stworzona jako przeciwwaga dla kategorii *quasi*-kontraktów, by zachować symetrię wśród źródeł zobowiązań; por. też D. STOJCEVIC, *op. cit.*, s. 57 i n.

W doktrynie romanistycznej istnieją rozmaite hipotezy na temat kryteriów łączących przypadki odpowiedzialności, które w *Res cotidianae* oraz w Instytucjach justyniańskich ujmowane były jako *quasi-delikty*.

Tak więc dla zwolenników teorii, zgodnie z którą źródłem *obligatio* mogły być wyłącznie czyny niedozwolone przewidziane przez *ius civile* oczywistym było, że różnica pomiędzy deliktami a *quasi-deliktami* wynika z edyktalnego pochodzenia tych ostatnich⁴⁴. Jednakże hipotezę tę jest łatwo obalić, skoro omawiane cztery przypadki nie wyczerpują z całą pewnością katalogu tak zwanych deliktów pretorskich⁴⁵.

Przez długi czas dużym powodzeniem cieszyła się koncepcja, stworzona już przez jurystów bizantyńskich⁴⁶, według której elementu rozróżniającego delikty od *quasi-deliktów* należy szukać w kryterium odpowiedzialności właściwego tym dwóm rodzajom czynów niedozwolonych. Tak więc, gdy w deliktach stanowiłby go świadomy zamiar (*dolus*), w *quasi-deliktach* byłaby nim *culpa*⁴⁷. Teoria ta jednak nie jest do utrzymania, albowiem to właśnie z jednego z czterech typowych deliktów, *damnum iniuria datum*, rozwinęła się cała klasyczna teoria odnosząca się do *culpa*⁴⁸.

⁴⁴ Por. w szczególności V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., s. 377; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², Roma 1928, s. 21 i 387.

⁴⁵ Można by więc przyjąć, iż wyliczenie przypadków, określanych jako *quasi-delikty* zawarte w D. 44,7,5,4, a następnie powtórzone w I. 4,5 było czysto przykładowe (tak m.in. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., s. 377; przeciwnie L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel Principato*, «ANRW» II. 14, Berlin-New York 1982, s. 713); por. też niżej s. 52 i n.

⁴⁶ Jak wynika na przykład z porównania D. 47,1,1 z B. 60,11,1, lub D. 9,3,1,8 z B. 60,4,1.

⁴⁷ Tezę tę podtrzymywał zwłaszcza J. CUJAS (CUIACIUS), *Notae posteriores in Institutiones* 4,5, [w:] *Opera*, I, Venetiis 1758, s. 212; poparli ją zaś R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, Paris 1761, s. 116 oraz J. G. HEINECCIUS, *Elementa iuris civilis secundum ordinem pandectarum*¹⁰, Leipzig 1767, s. 1034; por. też P. STEIN, *op. cit.*, s. 564 i tam cyt. lit.; D. STOJCEVIC, *op. cit.*, s. 58.

⁴⁸ L. VACCA, *op. cit.*, s. 713.

Według kolejnej hipotezy różnicy pomiędzy odpowiedzialnością *ex delicto* a *quasi ex delicto* upatrywać należy w fakcie, iż w *quasi-deliktach* odpowiada się za czyn nie własny, a cudzy⁴⁹. O ile jednak w ten sposób ukształtowana była odpowiedzialność właścicieli statków, oberży oraz stajni, a także w pewnych przypadkach habitatora z tytułu *deiectum vel effusum* i posiłkowo przy *positum aut suspensum*, to powyższe kryterium moim zdaniem jest nie do utrzymania w przypadku *litem suam facere*. Można co prawda próbować wyjaśniać, iż sędzia odpowiadał *de facto* za to samo, co pozwany w sporze, uczynionym następnie przez sędziego swoim, niemniej jednak trzeba uznać, że odpowiedzialność z tego tytułu była konsekwencją wyłącznie postępowania sędziego. Z tego względu, hipoteza ta też nie wydaje się wystarczająco przekonywająca⁵⁰.

Kolejna teoria zakłada jako wspólną podstawę dla owych czterech *quasi-deliktów*, tak zwaną – używając terminologii współczesnej – odpowiedzialność obiektywną⁵¹. W myśl poglądów jej zwolenników do powstania odpowiedzialności *ex delicto* potrzebne było udowodnienie sprawcy jego winy (*dolus* albo *culpa*), natomiast w przypadkach określanych jako *quasi-delikty* nie brano pod uwagę elementu subiektywnego.

Moim zdaniem ze wszystkich wysuwanych do tej pory w doktrynie romanistycznej teorii odnoszących się do kryterium podziału czynów niedozwolonych na delikty i *quasi-delikty* słuszna jest jedynie ta

⁴⁹ Por. B. KÜBLER, *Die Haftung für Verschulden bei kontraktsähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen*, «ZSS» 39 (1918), s. 218; F. SCHULZ, *Die Haftung für das Verschulden de Angestellten im klassischen römischen Recht*, «Grünhuts Zeitschrift» 38 (1911), s. 36; W.W. BUCKLAND, *Textbook of Roman Law*³, Cambridge 1963, s. 598.

⁵⁰ Por. J. PARICIO, *Los cuasidelitos*, cit., s. 47.

⁵¹ Por. A. D'ORS, '*Litem suam facere*', «SDHI» 48 (1982), s. 393 i n.; P. STEIN, *op. cit.*, s. 569; H. HÜBNER, *Zur Haftung des 'iudex, qui litem suam fecit'*, «Iura» 5 (1954), s. 207.; W.M. GORDON, *The Roman Class of 'quasi-delicts'*, [w:] *Estudios de derecho Romano, Homenaje al Profesor Don Carlos Sánchez del Río y Peguero*, Zaragoza 1967, s. 310; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Padova 1986, s. 680; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Los Llamados quasidelitos*, Madrid 1990, s. 160.

ostatnia. Z analizy odnośnych źródeł⁵² wynika bowiem jasno, że we wszystkich przypadkach *obligationes quasi ex delicto*, wspólną ich cechą było *factum*, u którego podstaw co prawda mogło leżeć zawinione działanie osoby odpowiedzialnej, ale ta okoliczność nie decydowała jednakże o powstaniu obowiązku zapłaty odszkodowania.

I tak skarga z tytułu *deiectum vel effusum* skierowana była przeciwko zajmującemu pomieszczenie, z którego coś wyrzucono bądź wylano. Wypowiadał się na ten temat przede wszystkim Ulpian:

D. 9,3,1,4 (*Ulpianus libro vicensimo tertio ad edictum*): *Haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid deiceretur vel effunderetur, non in dominum aedium: culpa enim penem eum est. nec adicitur culpa mentio vel infitiationis, ut in duplum detur actio, quamvis damni iniuriae utrumque exiget,*

D. 9,3,5,1 (*Ulpianus libro vicensimo tertio ad edictum*): *Si quis gratuitas habitationes dederit libertis et clientibus vel suis vel*

⁵² Tak więc, jeżeli chodzi o przypadek odpowiedzialności sędziego, który spór uczynił swoim (*iudex qui litem suam fecit*), podstawowe teksty zawarte są w Instytucjach Gaiusa (G. 4,52), Instytucjach justyniańskich (I. 4,5 pr.), w Digestach justyniańskich (D. 5,1,15 pr.-1, D. 5,1,16, D. 44,7,5,4 oraz D. 50,13,6), papirusie z Antinoopolis (Pap. Ant. I, 22), Fragmenta Argentoratensia II b oraz odkrytej na początku lat osiemdziesiątych XX wieku *lex Imitana* (cap. 91). Dla istoty *litem suam facere* w epoce procesu legisakcyjnego, z braku źródeł prawnych natomiast podstawowe znaczenia ma tekst Macrobiusa (*Saturnalia* 3,16,5). Mniej rozproszone są źródła odnoszące się do pozostałych *quasi*-deliktów. I tak, odpowiedzialności za szkodę spowodowaną wyrzuceniem bądź wylaniem czegoś z pomieszczenia (*deiectum vel effusum*), jak również odpowiedzialności za powieszenie przedmiotu w sposób niebezpieczny nad miejscem gdzie odbywał się ruch pieszy i kołowy (*positum aut suspensum*), poświęcony jest cały tytuł trzeci księgi dziewiątej Digestów (D. 9,3: *de his, qui effuderint vel deiecerint*). Z kolei do skarg *in factum*, za pomocą których pociągani byli do odpowiedzialności armatorzy statków, właściciele zajazdów i stajen za szkody wyrządzone na rzeczach pasażerów i gości przez personel tam zatrudniony odnoszą się przede wszystkim fragmenty szósty i siódmy tytułu dziewiątego księgi czwartej Digestów (D. 4,9,6-7: *nautae caupones stabularii ut recepta restituant*) oraz tytuł piąty księgi czterdziestej siódmej Digestów (D. 47,5: *furti adversus nautas caupones stabularios*).

uxoris, ipsum eorum nomine teneri Trebatius ait: quod verum est. idem erit dicendum et si quis amicis suis modica hospitio-la distribuerit ...

Ulpian stwierdził, że *habitor* odpowiadał zarówno za swoje własne czyny, jak też za czyny innych osób⁵³. W takim jednak przypadku miał on przeciwko sprawcy skargę zwrotną z *lex Aquilia*⁵⁴.

We fragmencie D. 9,3,1,4 pojawia się słowo *culpa*, co budziło zastrzeżenia tych autorów, którzy uważali, że wina nie stanowiła podstawy odpowiedzialności w tym przypadku⁵⁵. Tutaj nie można jednak tego rozumieć jako winy akwiliańskiej, bowiem zasądzenie na podwójną wartość szkody miało miejsce w momencie wyrządzenia szkody (D. 9,3,1pr. ... *damnum datum factumve erit* ...), niezależnie od winy i *infinitio*, tak jak miało to miejsce w przypadku *damnum iniuria datum* według *lex Aquilia*⁵⁶. Słuszne wydaje się więc twierdzenie, że zdanie *culpa enim penes eum est* zostało wprowadzone przez kompilatorów⁵⁷. Również jest mało prawdopodobne, aby wspomnienie przez Paulusa kryterium winy jako przestanki odpowiedzialności w D. 9,3,6,2 pochodziło od niego samego⁵⁸. Być może wprowadzenie tutaj przez kompilatorów kryterium winy było wyrazem ich dążenia do przeprowadzenia pewnej systematyki⁵⁹. Pewne

⁵³ Podobne stanowisko prezentuje również Paulus w D. 9,3,6,2 (*Paulus libro nono decimo ad edictum*): *Habitor suam suorumque culpam praestare debet*.

⁵⁴ D. 9,3,5,4 (*Ulpianus libro vicensimo tertio ad edictum*): *Cum autem legis Aquiliae actione propter hoc quis condemnatus est, merito ei, qui ob hoc, quod hospes vel quis alius cenaculo deiecit, in factum dandam esse Labeo dicit adversus deiectorem, quod verum est ...*

⁵⁵ Por. P. STEIN, *op. cit.*, s. 569; W.M. GORDON, *op. cit.*, s. 304; L. VACCA, *op. cit.*, s. 719; R. HOCHSTEIN, 'Obligaciones quasi ex delicto', Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1971, s. 27 i 31; D. N. MACCORMICK, 'Iudex qui litem suam fecit', [w:] *Acta Iuridica* [=Essays in Honour of B. Beinart, II], Cape Town 1977, s. 149.

⁵⁶ D. 9,2,23,10; por. też O. LENEL, *op. cit.*, s. 199.

⁵⁷ T. GIMÉNEZ-CANDELA, *op. cit.*, s. 76.

⁵⁸ R. WITTMANN, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München 1972, s. 64.

⁵⁹ T. GIMÉNEZ-CANDELA, *op. cit.*, s. 77.

jest natomiast, że skupienie się jurystów klasycznych na komentowaniu terminu *qui ibi habitaverit* wskazuje na to, że była to ta kwestia poruszana przez edykt, która odróżniała go od innych przypadków szkód wyrządzonych na rzeczy ściganych przez *lex Aquilia*, ponieważ tutaj odpowiedzialność habitatora miała charakter obiektywny, a do jej zaistnienia nie wymagano ani *culpa* ani *dolus*⁶⁰.

Kontynuację problemu odpowiedzialności zajmującego pomieszczenie, z którego coś wylano bądź wyrzucono odnajdujemy w kolejnych trzech fragmentach autorstwa Ulpiana:

D. 9,3,1,9 (*Ulpianus libro vicensimo tertio ad edictum*): *Habitare autem dicimus vel in suo vel in conducto vel gratuito ...*,

D. 9,3,5,3 (*Ulpianus libro vicensimo tertio ad edictum*): *Si horrearius aliquid deiecerit vel effuderit aut conductor apothecae vel qui in hoc dumtaxat conductum locum habebat, ut ibi opus faciat vel doceat, in factum actioni locus est, etiamsi quis operantium deiecerit vel effuderit vel si quis discentium,*

D. 9,3,1,9 (*Ulpianus libro vicensimo tertio ad edictum*): *... hospes plane non tenebitur, quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur, sed is tenetur, qui hospitium dederit: multum autem interest inter habitatorem et hospitem, quantum interest inter domicilium habentem et peregrinantem.*

Tak więc dla kwestii odpowiedzialności habitatora obojętne było, czy zajmował on pomieszczenie we własnym czy też cudzym domu. Bez znaczenia było również to, czy pomieszczenie było wynajmowane, czy też *haborator* używał go nieodpłatnie, na przykład na mocy kontraktu użyczenia⁶¹. Istotne było tutaj bowiem jego faktyczne

⁶⁰ G. LONGO, *I quasi delicta. 'Actio de effusis et deiectis'. 'Actio de positis ac suspensis'*, [w:] *Studi Sanfilippo*, IV, Milano 1983, s. 441.

⁶¹ W D. 9,3,5,3 Ulpian odnosi się do trzech rodzajów najemców, przeciwko którym można użyć sankcji przewidzianych w tym edykcie. Jakkolwiek nie przebywają oni cały czas w wynajmowanych przez siebie pomieszczeniach, to jednak ich obecność tam przynajmniej w ciągu dnia skłania komentującego edykt do rozciągnięcia

władztwo nad zamieszkiwanym pomieszczeniem. Z tego też względu nie był odpowiedzialny ten, któremu *habitor* udzielił gościny, jako że nie nabywał on faktycznego władztwa nad oddanym mu w chwilową gościnę pomieszczeniem.

Natomiast za *positum aut suspensum* karany był ten, kto wywiesił jakiś przedmiot *in suggrunda protectove*, nad miejscem gdzie zwykle chodzą przechodnie, o ile mogła powstać z tego powodu jakaś szkoda:

D. 9,3,5,6 (*Ulpianus libro vicensimo tertio ad edictum*): *Praetor ait: 'Ne quis in suggrunda protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum iudicium dabo'*⁶².

Odpowiedzialność była tu zatem nie tylko niezależna od winy sprawcy, ale również od skutku, bowiem jej istotną przesłankę stanowiła sama groźba powstania szkody. Wynika to z prewencyjnego charakteru edyktu⁶³.

odpowiedzialności również i na nich, co pozostaje w pełnej zgodzie z charakterem edyktu, mającego na celu właśnie ochronę przechodniów; por. G. LONGO, *op. cit.*, s. 438, O. LENEL, *op. cit.*, s. 174.

⁶² Należy zwrócić uwagę na fakt, że w przytoczonym wyżej fragmencie edyktu, jak i w komentarzach do niego używa się terminu *positum* (D. 9,3,5,7; D. 9,3,5,9-12) oraz *expositum* (D. 9,3,5,8), natomiast wyrażenie *positum aut suspensum* jest charakterystyczne dla tekstu Gaiusa przekazanego w D. 44,7,5,5, powtórnego następnie w I. 4,5,1 (*Cui similis est is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere*). Być może wpływ na to miała wspomniana w D. 9,3,5,12 *amphora ex reticulo suspensa*. Moim zdaniem wskazywanie *suspensum* jako przypadku odrębnego wobec *positum* nie do końca wydaje się celowe, bowiem w szerszym znaczeniu *positum* oznacza tyle co usytuowanie. *Positum* obejmuje więc swym zasięgiem również *suspensum*; por. J. SONDEL, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997, s. v. *positus, suspensus*.

⁶³ A. WATSON, *Liability in the 'actio de positis ac suspensis'*, [w:] *Mélanges Philippe Meylan*, I, Lousanne 1963, s. 379; R. HOCHSTEIN, *op. cit.*, s. 17; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *op. cit.*, s. 123.

Edykt *ne quis in suggrunda* stanowił, że odpowiedzialność będzie miała miejsce, gdy rzeczy zostaną umieszczone w sposób niebezpieczny:

D. 9,3,5,11 (*Ulpianus libro vicensimo tertio ad edictum*): *Praetor ait 'cuius casus nocere posset'. ex his verbis manifestatur non omne quidquid positum est, sed quiquid sic positum est, ut nocere possit, hoc solum prospicere praetorem, ne possit nocere: nec spectamus ut noceat, sed omnino si nocere possit, edicto locus sit.*

Jeżeli natomiast chodzi o osobę, przeciwko której można było wystąpić z *actio de positis aut suspensis*⁶⁴, to problem ten można wyjaśnić w oparciu o treść edyktu przytoczoną w D. 9,3,5,6, według którego *ne quis ... id positum habeat*. Także komentarz Ulpiana wskazuje na odpowiedzialność w tym przypadku tego, który wywiesił rzecz niezależnie od tego, czy był on właścicielem budynku, jego mieszkańcem czy też osobą postronną:

D. 9,3,5,8 (*Ulpianus libro vicensimo tertio ad edictum*): *Ait praetor: 'ne quis in suggrunda protectove'. haec verba 'ne quis' ad omnes pertinent vel inquilinos vel dominos aedium, sive inhabitent sive non, habent tamen aliquid expositum his locis.*

Odpowiedzialności tego, który wywiesił, a nie właściciela domu bądź osoby zamieszkującej nie przeczy również brzmienie D. 9,3,5,12 w wersji Th. Mommsena, bowiem skarga, o której jest tam mowa (*Si id quod positum erat deciderit nocuerit, in eum competit actio qui habitaverit non in eum qui posuit ...*), to *actio de deiectis vel effusis* a nie *actio de positis aut suspensis*⁶⁵. Zresztą druga

⁶⁴ W literaturze wiąże się odpowiedzialność bądź to z osobą habitatora lub właściciela budynku (tak na przykład P. Stein, *op. cit.*, s. 563; A. WATSON, *op. cit.*, s. 380), bądź też wyłącznie z osobą wywieszającą (tak na przykład G. Longo, *op. cit.*, s. 462; W. WOŁODKIEWICZ, 'Deiectum vel effusum' oraz 'positum aut suspensum' w prawie rzymskim, «CPH» 20.2 [1968], s. 38).

⁶⁵ Dlaczego słowo *actio* w zwrocie *competit actio* interpretuje jako *actio de deiectis vel effusis* por. T. PALMIRSKI, 'Effusum vel deiectum', [w:] *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz*, II, Varsovie 2000, s. 674.

część cytowanego fragmentu traktująca o malarzu, który powiesił swe prace na ganku (*pergula*) nad ulicą, stanowi potwierdzenie odpowiedzialności wywieszającego, jako że malarz wystawiający swe prace nie musiał być wcale mieszkańcem (ani tym bardziej właścicielem) tego domu. Tezie o odpowiedzialności osoby umieszczającej rzecz w sposób niebezpieczny nie przeczy moim zdaniem również treść D. 9,3,5,10 (*Ulpianus libro vicensimo tertio ad edictum*) wspominający o odpowiedzialności właściciela domu bądź osoby zamieszkującej: *Positum habere etiam is recte videtur, qui ipse quidem non posuit, verum ab alio positum patitur...*

Opisaną w cytowanym wyżej fragmencie odpowiedzialność właściciela domu bądź osoby zamieszkującej uznać bowiem należy jedynie za posiłkową. Osoby te mogły jej uniknąć, nie wyrażając zgody bądź wręcz przeszkadzając wywieszającemu⁶⁶. Za takim ukształtowaniem odpowiedzialności właściciela domu bądź osoby zamieszkującej jako wyłącznie posiłkowej w przypadku, gdy powiesił ktoś inny mógłby przemawiać pogląd, według którego jurysta w D. 9,3,5,10 komentuje wyłącznie *positum habere* w odniesieniu do skargi noksalnej⁶⁷. Z zawartych tam rozważań wynika, że skarga noksalna powstawała jedynie wówczas, gdy pan niewolnika nie wiedział o wywieszeniu czegoś w sposób niebezpieczny przez tego ostatniego. Wypowiada się na ten temat Ulpian:

D. 9,3,5,6 (*Ulpianus libro vicensimo tertio ad edictum*): ‘... *si servus insciente domino fecisse dicitur, aut noxae dedi iubebo*’.

Jeżeli jednak właściciel niewolnika wiedział o tym i godził się na to, wówczas skarga noksalna zastosowania nie znajdowała. W takim przypadku bowiem *actio de positis aut suspensis* skierowana była bezpośrednio przeciwko panu, który odpowiadał w swoim własnym imieniu, o czym świadczy opinia wyrażona przez wspomnianego wyżej jurystę:

⁶⁶ Por. W. WOŁODKIEWICZ, ‘*Deiectum vel effusum*’, cit., s. 36, 37 przyp. 6; A. WATSON, *op. cit.*, s. 379.

⁶⁷ Por. W.M. GORDON, *op. cit.*, s. 307.

D. 9,3,5,10 (*Ulpianus libro vicensimo tertio ad edictum*): ... *quare si servus posuerit, dominus autem positum patiat, non noxali iudicio dominus, sed suo nomine tenebitur.*

Reżim odpowiedzialności, przewidziany w opisanych powyżej dwu przypadkach dowodzi charakteru posiłkowego odpowiedzialności właściciela bądź osoby zamieszkującej wobec tego, który powiesił. Oczywiście w przypadku braku wiedzy właściciela bądź osoby zamieszkującej o działaniach człowieka wolnego, nie może być mowy o odpowiedzialności noksalnej, która miała miejsce, gdy rzecz wywiesił niewolnik, a pan o tym nie wiedział.

O odpowiedzialności armatorów za szkodę (*damnum iniuria datum*) wyrządzoną przez personel przez nich zatrudniony, a w przypadku gospodarzy zajazdów i stajen również za szkodę wyrządzoną przez osoby stale (*habitandi causa*) mieszkające w zajazdach traktuje przede wszystkim Ulpian⁶⁸:

D. 4,9,7 pr. (*Ulpianus libro octavo decimo ad edictum*): *Debet exercitor omnium nautarum suorum, sive liberi sint sive servi, factum praestare: nec immerito factum eorum praestat, cum ipse eos suo periculo adhibuerit. sed non alias praestat, quam si in ipsa nave damnum datum sit: ceterum si extra navem licet a nautis, non praestabit. item si praedixerit, ut unusquisque vectorum res suas servet neque damnum se praestaturum, et consenserint vectores praedictioni, non convenitur.*

D. 4,9,7,4 (*Ulpianus libro octavo decimo ad edictum*): *Hac autem actione suo nomine exercitor tenetur, culpa scilicet suae qui tales adhibuit: et ideo et si decesserint, non relevabitur. servorum autem suorum nomine noxali dumtaxat tenetur: nam*

⁶⁸ Odnośny edykt komentował również Paulus, który wszakże nie zajmował się bezpośrednio samym powództwem *in factum*, lecz dwiema innymi kwestiami, a mianowicie problemem zakazu kumulacji tejże skargi z *actio legis Aquiliae* (D. 4,9,6,4) oraz kwestią konkurencji skarg: cywilnej z tytułu wyrządzonej szkody (*damnum iniuria datum*) przeciwko właścicielowi niewolnika będącego *nauta* i skargi *in factum adversus nautas* (D. 4,9,6,1).

cum alienos adhibet, explorare eum oportet, cuius fidei, cuius innocentiae sint: in suis venia dignus est, si qualesquales ad instruendam navem adhibuerit.

Jurysta stwierdza, iż *exercitor navis* był odpowiedzialny za szkody wyrządzone przez jego podwładnych na rzeczach należących do pasażerów. I nawet wtedy, gdy sprawcą deliktu był jego niewolnik, który następnie zmarł, to fakt ten nie zwalniał jego właściciela (*exercitor navis*) od odpowiedzialności, tak jak to ma miejsce w zwykłych skargach noksalnych. Dodaje również, że odpowiedzialność *exercitor navis* zostaje wyłączona w wyniku oświadczenia, iż pasażerowie sami będą strzec rzeczy wniesionych przez siebie na pokład. Należy zauważyć, iż wzmianka o odpowiedzialności za *culpa* w wyborze podwładnych na początku tekstu (*culpa ... adhibuit*) i na jego końcu (*nam adhibuerit*)⁶⁹, wskazuje jedynie na zmiany jakim uległa odpowiedzialność *exercitor navis* w prawie poklasycznym, a mianowicie zastąpienie odpowiedzialności czysto obiektywnej na inną, opartą na kryterium winy⁷⁰.

Szczegółowe informacje na temat *actio furti adversus nautas cauponas stabularios* pochodzą natomiast z komentarza Ulpiana do 38 księgi edyktu (D. 47,5,1 pr.- 6). Jurysta ten przytacza również treść samego edyktu:

D. 47,5,1 pr. (*Ulpianus libro trigensimo octavo ad edictum*): *In eos, qui naves cauponas stabula exercebunt, si quid a quoquo eorum quosve ibi habebunt furtum factum esse dicitur, iudicium datur, sive furtum ope consilio exercitoris factum sit, sive eorum cuius, qui in ea navi navigandi causa esset.*

Według postanowień edyktu skarga zostanie udzielona przeciwko kierującemu statkiem, prowadzącemu zajazd lub stajnię wtedy, gdy kradzież była wynikiem działania osób od niego zależnych, bez

⁶⁹ F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles 1947, s. 499 i przyp. 27, uważa ten tekst za interpolowany.

⁷⁰ G. MACCORMACK, 'Culpa in eligendo', «RIDA» 18 (1971), s. 550; por. też W. LITEWSKI, *op. cit.*, s. 310.

względu na to, czy działali samodzielnie, czy też przy współdziale *exercitor navis* lub jakiegokolwiek osoby znajdującej się na pokładzie statku *navigandi causa*.

Kolejnym tekstem dotyczącym kręgu osób, za które ponoszą odpowiedzialność armatorzy, właściciele zajazdów i stajen, jest fragment Ulpiana:

D. 47,5,1,6 (*Ulpianus libro trigensimo octavo ad edictum*): *Caupo praestat factum eorum, qui in ea caupona eius cauponae exercendae causa ibi sunt: item eorum, qui habitandi causa ibi sunt: viatorum autem factum non praestat. namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur nec repellere potest iter agentes: inhabitatores vero perpetuos ipse quodammodo elegit, qui non reiecit, quorum factum oportet eum praestare. in navi quoque vectorum factum non praestatur.*

Ulpian stwierdza, że właściciel gospody odpowiadał jedynie za czyny osób w niej zatrudnionych oraz tam stale zamieszkałych. Nie ponosił natomiast odpowiedzialności za czyny gości przebywających w gospodzie. Jurysta uzasadnia powyższe stwierdzenie tym, że o ile właściciel gospody ma wpływ na wybór zatrudnianego przez siebie personelu, to nie ma żadnego wpływu na dobór gości, chcących skorzystać z jego usług. Moim zdaniem z podobnych względów, Ulpian wyłączył odpowiedzialność *exercitor navis* za pasażerów statku, którym kierował. Część środkowa tekstu (*namque ... praestare*) zawiera rozważania na temat odpowiedzialności właścicieli oberży i zajazdów za pracowników będących ich podwładnymi zatrudnionymi z jego własnego wyboru (*electio*)⁷¹. Stosownie do tre-

⁷¹ Zastrzeżenia co do autentyczności tego fragmentu opierają się na założeniu, że prawnicy rzymscy w niewielkiej mierze zajmowali się kwestią odpowiedzialności za czyny popełnione przez osobę trzecią (por. M. KASER, *RPR*, I², s. 513 i przyp. 79); por. też D. 4,9,6,3 zawierający komentarz Paulusa do *actio de damno adversus nautas caupones et stabularios*. Jurysta stwierdza, iż właściciel gospody był odpowiedzialny za osoby zatrudnione i przebywające w gospodzie *habitandi causa*. Nie ponosił natomiast odpowiedzialności za osoby przebywające tam okazjonalnie, jak na przykład goście i podróżni.

ści edyktu jedyne, co winien udowodnić powód, był stosunek łączący sprawcę z armatorem, oberżystą czy właścicielem stajni. Nie wymagano natomiast od niego udowodnienia ewentualnej winy sprawcy (*culpa, dolus*), bowiem odpowiedzialność wyżej wymienionych osób miała charakter obiektywny.

Wreszcie odpowiedzialność sędziego za uczynienie sporu swoim (*litem suam facere*) powstawała wskutek uchybienia procedurze przez niego niezależnie od tego, czy można mu było postawić czy też nie zarzut działania *dolo malo* albo nieumyślności (*culpa*). Przyjęciu takiej hipotezy nie przeczy fragment autorstwa Ulpiana zawarty w D. 5,1,15,¹⁷² włączony przez O. Lenela do tytułu XIV zrekonstruowanego przez niego edyktu (tytułu, który odnosi się do reguł procedury cywilnej (*de iudicis*). Nie należy bowiem przypisywać temu tekstowi charakteru ogólnego na gruncie kompilacji justyniańskiej, gdyż dotyczy on pewnego jednostkowego przypadku uczynienia sporu własnym przez sędziego, który *dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit*⁷³. Tekst ten jest interesujący z tego względu, iż jako jedyny, spośród wielu świadectw literackich, epigraficznych, prawniczych i innych jasno omawia sprawę odpowiedzialności sędziego nie wynikającej z naruszenia przez niego procedury. Niektórzy z badaczy tłumaczyli termin *fraudem legis* przez odniesienie go do określo-

⁷² D. 5,1,15,1 (*Ulpianus libro vicensimo primo ad edictum*): *Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur.*

⁷³ Por. też. A. BURDESE, *Sulla responsabilità del 'iudex privatus' nel processo formulare*, [w:] *Diritto e processo nella espirenza Romana. Atti del Seminari Torinese. In memoria di Giuseppe Provera*, Napoli 1994, s. 176; J. M. KELLY, *Roman Litigation*, Oxford 1966, s. 112; P. BIRKS, *A New Argument for a Narrow View of 'litem suam facere'*, «TR» 52 (1984), s. 374 i n.; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *op. cit.*, s. 49; A. D'ORS, *op. cit.*, s. 377 i n.; I. CREMADES – J. PARICIO, *La responsabilidad del juez en el derecho romano clásico. 'Actio adversus iudicem qui litem suam fecit'*, «AHDE» 54 (1984), s. 203; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., s. 378; A. GUARINO, *Actiones in aequum conceptae*, «Labeo» 8 (1962), s. 14; G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla lege nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino 1911, (przedr. Roma 1971), s. 32.

nych ustaw. A. Rudorff⁷⁴ oraz O. Lenel⁷⁵, chociaż niecałkiem zgodni, przypuszczali, iż klauzula dotyczyła ustaw, regulujących instytucję poręki, jak *lex Furia* lub *Cornelia*. Hipoteza ta opiera się na *inscriptio* tekstu Ulpiana, z której wynika, iż komentarz Ulpiana do edyktu pochodzi z księgi 21⁷⁶, gdzie omawiane były *lex Cicereia* i *lex Cornelia*. We wcześniejszej księdze 20 Ulpian komentował natomiast przepisy dotyczące *lex Furia*. Moim zdaniem, nawiązując również do przypadków *litem suam facere*, zakładanych przez Gaiusa (G. 4,52), a polegających na nietrzymaniu się przez sędziego granic zasądzenia określonych w *condemnatio* lub *taxatio* formuły procesowej, Ulpian, gdy mówił o *fraus legis*, miał na myśli brak poszanowania ostatecznej granicy określonej przez *lex Cornelia* dla odpowiedzialności *sponsora* lub *fidepromissora*, a określonej na dwadzieścia tysięcy sestercji (G. 3,124). Hipotezie o obiektywnej odpowiedzialności sędziego nie przeczy również fragment pochodzący z *Res cottidianae* Gaiusa, dwukrotnie przytaczany w Digestach (D. 44,7,5,4⁷⁷, D. 50,13,6⁷⁸) i umieszczony również w Instytucjach justyniańskich (I. 4.5 pr.⁷⁹),

⁷⁴ A. RUDORFF, 'De iurisdictione edictum – Edicti perpetui quae relicta sunt', Leipzig 1869, s. 92.

⁷⁵ O. LENEL, *op. cit.*, s. 217.

⁷⁶ Przeciwnie G. VON BESELER (*Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen 1910, s. 78), który twierdzi, iż tekst komentarza do edyktu Ulpiana winien być traktowany jako pochodzący z księgi 23 *ad edictum*; Tak też F. LAMBERTI, *Riflessioni in tema di 'litem suam facere'*, «Labeo» 36 (1990), s. 224.

⁷⁷ D. 44,7,5,4 (*Gaius libro tertio aureorum*): *Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri.*

⁷⁸ D. 50,13,6 (*Gaius libro tertio rerum cottidianarum sive aureorum*): *Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit.*

⁷⁹ I. 4,5 pr.: *Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur. sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videbitur, poenam sustinebit.*

według którego sędzieja czyni spór swoim również *per imprudentiam*⁸⁰. *Imprudentia* nie jest terminem techniczno-prawnym i dlatego może pojawiać się w różnych znaczeniach. W podstawowym znaczeniu jednak oznacza po prostu brak *prudencia*. *Prudentia* pomaga odróżnić postępowanie stosowne od niestosownego; *imprudentia* może oznaczać także brak rozpoznania, wiedzy, i niekoniecznie brak staranności czy winy. Jest to więc kwestia zależna od rozumu, umiejętności, a nie woli. *Imprudentia* sędziego nie musi więc koniecznie mieć coś wspólnego z jego winą. Wystarczy, iż wynika z jego ignorancji⁸¹. Jest prawdą, że Gaius dla uzasadnienia zaliczenia owego *factum* (*iudex qui litem suam fecit*) do zobowiązań *quasi ex maleficio* mówi *utique peccasse aliquid intellegitur*, chociaż *peccare*, *peccatum* może odnosić się często do deliktu i jest terminem wystarczająco niejasnym, żeby go rozumieć jako jakikolwiek rodzaj przewinienia, chociażby nie byłoby ono uczynione *dolo malo* ani *culpa*. Prawdopodobnie *peccatum* wywodzi się etymologicznie od *pes* (stopa). *Peccatum* jest więc krokiem w błąd, który to krok musi być krokiem bezwiednym i niezawinionym⁸². Zatem choć przyjąć można, że to odniesienie do *imprudentia* pochodziło od Gaiusa, to jednak trzeba zauważyć, że nie zakłada ono *neglegentia culposa* sędziego, który nie wydał wyroku⁸³.

Res cottidianae i Instytucje justyniańskie przedstawiają cztery *quasi*-delikty. Doktryna jednakże nie traktuje tego wyliczenia w sposób zamknięty, biorąc pod uwagę istnienie jeszcze innych *quasi*-de-

⁸⁰ Na temat różnic pomiędzy tymi tekstami por. E. LEVY, *op. cit.*, s. 50, przyp. 10; B. KÜBLER, *op. cit.*, s. 221, przyp. 2.

⁸¹ Tak na przykład Cic., *in Verr. II* 2,23,57: *saepe per imprudentiam fit* lub kiedy sędzieja błędnie przyjmie ewikcję kupca D. 21,2,51 pr. (*Ulpianus libro octogesimo ad edictum*): *Si per imprudentiam iudicis aut errorrem emptor rei victus est ... imprudentia iudicis*, czy też gdy *magistratus* kontynuuje błąd swojego *adseors* D. 2,2,2 (*Paulus libro tertio ad edictum*): *... nam si adseorsis imprudentia ius aliter dictum sit quam oportuit ...*

⁸² A. D'ORS, *op. cit.*, s. 388.

⁸³ O. LENEL, *op. cit.*, s. 169.

liktów nie wziętych pod uwagę przez Gaiusa i Justyniana. A zatem, na przykład V. Arangio-Ruiz⁸⁴, a za nim J. Iglesias⁸⁵, dodali do grupy *quasi*-deliktów cztery inne stany faktyczne, które rodziły następujące skargi: *actio adversus mensore qui falsum modum dixerit*, *actio servi corrupti*, *actio sepulchri violati* i skargę przeciwko *publicanus*, który przywłaszczył sobie rzeczy podatników. We wszystkich tych przypadkach wymagane było jednak udowodnienie złego zamiaru sprawcy i dlatego należy uznać, iż nie mają one nic wspólnego z *quasi*-deliktami.

Z kolei P. F. Girard uważając za niemożliwe ustalenie jakiegokolwiek kryterium wspólnego dla wszystkich czterech *quasi*-deliktów, dodał do nich *actio quod metus causa*, *actio Pauliana*, *actio noxalis* i skargę z tytułu wyrządzenia szkód przez dzikie zwierzęta⁸⁶. I właśnie ten ostatni przypadek, moim zdaniem, mógłby również być traktowany jako *quasi*-delikt. Dotyczące go regulacje prawne zostały wprowadzone przez edylów kurulnych edyktem *de feris*⁸⁷. W Digestach nie zachowały się komentarze jurystów na temat tego edyktu, ale wyłącznie jego tekst zawarty w komentarzach Ulpiana i Paulusa *ad edictum aedilium curulium*:

- D. 21,1,40,1 (*Ulpianus libro secundo ad edictum aedilium curulium*): *Deinde aiunt aediles: 'ne quis canem, verrem vel minorem aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem'*,
- D. 21,1,41 (*Paulus libro secundo ad edictum aedilium curulium*): *et generaliter aliudve quod noceret animal, sive soluta sint, sive alligata, ut contineri vinculis, quo minus damnum inferant, non possint*,
- D. 21,1,42 (*Ulpianus libro secundo ad edictum aedilium curulium*): *'qua vulgo iter fiet, ita habuisse velit, ut cuiquam nocere*

⁸⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., s. 377 i n.

⁸⁵ J. IGLESIAS, *Derecho Romano*⁹, Barcelona 1985, s. 505 i n.

⁸⁶ P. F. GIRARD, *op. cit.*, s. 676.

⁸⁷ Por. O. LENEL, *op. cit.*, s. 566.

damnumve dare possit. si adversus ea factum erit et homo liber ex ea re perierit, solidi ducenti, si nocitum homini libero esse dicetur, quanti bonum aequum iudici videbitur, condemnetur, ceterarum rerum, quanti damnum datum factumve sit, dupli'.

Według cytowanych jurystów nikt nie powinien trzymać (prowadzić) niebezpiecznych zwierząt zarówno uwiązanych jak i niczym nie skrępowanych w miejscu, gdzie zwykle odbywał się ruch i gdzie w związku z tym była duża możliwość powstania szkody bądź zranienia przechodniów. Edykt przewidywał trzy przypadki odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez dzikie zwierzęta. I tak w przypadku zranienia człowieka wolnego wysokość odszkodowania zależała od uznania sędziego. Jeżeli natomiast skutek obrażeń wywołanych atakiem zwierzęcia śmierć poniosła osoba wolna, kara wynosiła 200 solidów (według O. Lenela 200 tysięcy sesterców⁸⁸). Z kolei w przypadku uszkodzenia lub zniszczenia rzeczy, zasądzenie opiewało na *duplum* wyrządzonej szkody.

Dysponujemy również krótkim fragmentem na temat *actio de feris* w *Pauli Sententiae*.

P.S. 1,15,2: *Feram bestiam in ea parte, qua populo iter est, colligari praetor prohibet: et ideo, sive ab ipsa sive propter eam ab alio alteri damnum datum sit, pro modo admissi extra ordinem actio in dominum vel custodem datur, maxime si ex eo homo perierit*⁸⁹.

W tekście jest mowa o skardze przeciwko „temu, który miał zwierzę”, to znaczy przeciwko właścicielowi albo dzierżawcy, albo też przeciwko temu, komu zwierzę użyczono, niezależnie od tego,

⁸⁸ Por. O. LENEL, *op. cit.*, s. 566; Pogląd ten wydaje się słuszny z uwagi na fakt, że od połowy III wieku p.n.e. Rzymianie określali wartość swoich majątków w sestercach; por. O. JUREWICZ – L. WINNICZUK, *Starożytni Grecy i Rzymianie w życiu prywatnym i państwowym*, Warszawa 1968, s. 478.

⁸⁹ Na temat tego tekstu por. O. LENEL, *op. cit.*, s. 566, przyp. 9; G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Padova 1955, s. 87, przyp. 3; B. NICHOLAS, *Liability for Animals in Roman Law*, «Acta Iuridica» 1 (1958), s. 186, przyp. 12.

czy prowadził on to zwierzę sam czy jego przyjaciel bądź niewolnik. Obciążenie odpowiedzialnością tego, kto owo zwierze w danej chwili miał w swym władaniu (*corpus*) niezależnie od tego, czy był jego właścicielem, znajduje również potwierdzenie we właściwym tekście edyktu, który stanowił, aby nikt (*ne quis*) nie wyprowadzał niebezpiecznych zwierząt, mogących wyrządzić szkodę przechodniom.

Tak więc, albo końcowa część fragmentu PS. 1,15,2 została zmieniona przez dodanie *vel custodem* albo, co jest pewniejsze, termin ten stanowi aluzję do wyżej wymienionych osób, niekoniecznie będących właścicielami zwierzęcia, które wyrządziło szkodę.

Zauważyć należy, iż edykt nie wspomina nic o winie (*dolus, culpa*) jako podstawie odpowiedzialności. A zatem, mielibyśmy także tutaj do czynienia z przypadkiem odpowiedzialności obiektywnej, który (przynajmniej dla epoki klasycznej – musi zostać dodany do czterech innych zaliczonych z biegiem czasu do kategorii *quasi-deliktów*. Na taką możliwość wskazywać by mogło również i to, co podnieśli już G. Impallomeni⁹⁰, F. Casavola⁹¹ i A. Guarino⁹², że *edictum de feris* był wzorowany na *edictum de his qui deiecerint vel effuderint*. Obydwa edykty przewidują bowiem analogiczne trzy przypadki odpowiedzialności i związane z nimi sankcje (odszkodowanie zależne od uznania sędziego w przypadku zranienia osoby wolnej, stała kwota odszkodowania w przypadku śmierci tejże osoby oraz odszkodowanie opiewające na *duplum* wyrządzonej szkody na rzeczy), jednakowo określają miejsce (*qua vulgo iter fiet*), którego dotyczy przewidziany edyktami zakaz i co najważniejsze uniezależniają przyznanie stosownych skarg od wykazania winy osób odpowiedzialnych.

Trudno powiedzieć dlaczego przypadek, ścigany za pomocą *actio de feris*, uregulowany w sposób niemal identyczny jak *deiectum vel*

⁹⁰ G. IMPALLOMENI, *op. cit.*, s. 87.

⁹¹ F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane. Le actiones populares*, Napoli 1958, s. 159 i n.

⁹² A. GUARINO, *op. cit.*, s. 10 i n.

effusum, nie został dołączony do *quasi*-deliktów⁹³. Dlatego kwestia faktycznej liczby przypadków, które mogły być zaliczone do kategorii *quasi*-deliktów pozostaje nadal otwarta⁹⁴.

*OBLIGATIONES QUASI EX DELICTO. FROM THE RESEARCH
ON THE SOURCES OF OBLIGATIONS IN THE ROMAN LAW*

Summary

There is scarce literature on the sources of Roman *obligatio*. The opinions presented therein are very often contradictory, mostly because this issue was variously defined in the Roman law. On the one hand, Gaius in his *Institutiones*, which he wrote in the middle of the 2nd century AD, claimed that every obligation is derived from either *ex contractu* or *ex delicto*. Whereas on the other hand, Justinian's *Institutiones*, constituting part of his codifications from the 6th century AD, divided the sources of obligations into four types, supplementing Gaius' division with *obligationes quasi ex contractu* and *quasi ex delicto (maleficio)*. The above issue is analysed in the first part of this article, where the attempts (made by Ulpian and Modestinus, as well as by the author of *Res cottidianae*) to supplement the classification of the sources of obligations proposed by Gaius are also presented. Gaius' classification, which proved useful for the didactic goals, has become insufficient in the course of time.

In the Gaian and Justinian tradition concerning the sources of obligations there are two elements which spark controversy. The first one is the meaning ascribed to the term *contractus* in Gaius' *Institutiones*. Another

⁹³ Według S. PEROZZIEGO (*Istituzioni*, cit., s. 21), w celu zachowania symetrii klasyfikacji źródeł zobowiązań należało wymienić obok czterech deliktów cztery przypadki odpowiedzialności *quasi ex delicto*.

⁹⁴ Odpowiedzialność niezależna od winy zachodzi bowiem również w przypadku naruszenia przez wyzwoleńca prawa patrona do zachowku po nim wskutek dokonania jakichkolwiek aktów *mortis causa*, zachówek ten uszczuplających. Wówczas pretor udzielał patronowi *actio Fabiana (actio Calvisiana)* przeciwko każdemu nabywcy, także w dobrej wierze, o wydanie otrzymanej korzyści; por. M. KASER, *RPR*, I², s. 626, 630, 709, a także O. LENEL, *op. cit.*, s. 352.

questionable matter is *quasi*-delicts, since a range of various hypotheses exists in the doctrine of the Roman jurists concerning the criteria regarding this type of liability. This issue is discussed in the second part of the article. Analysing the above mentioned sources, the author comes to a conclusion that out of all theories set forth until now, the only valid one is the theory which assumes the so-called – in modern terminology (objective liability as a basis of *quasi*-delicts. He also notes that the question of the exact number of cases which could be included into this category still remains open, since different cases of the so-called objective liability existed and they are not called *quasi*-delicts in the sources.