

# Jan Słonina

---

## Actio commodati w prawie rzymskim

---

Prawo Kanoniczne : kwartalnik prawno-historyczny 27/3-4, 197-222

---

1984

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](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

JAN SŁONINA

### ACTIO COMMODATI W PRAWIE RZYMSKIM

Treść: — a. Poglądy na temat pierwotnej zaskarżalności użyczenia. — b. Pozakontraktowa ochrona użyczenia. — c. Wprowadzenie kontraktowej ochrony użyczenia. — d. Formuły *actio commodati*. — e. *Actio commodati* skargą dobrej wiary? — f. *Actio commodati contraria*.

Komodat, kontrakt niezbyt rozpowszechniony w życiu codziennym Rzymian, (podobnie zresztą jak i dzisiaj) był zawsze stosunkiem opartym na przyjaźni i zaufaniu, dlatego nie często prowadził do sytuacji konfliktowych, rozwiązywanych dopiero na drodze sądowej. Niemniej jako stosunek prawny rodził zawsze wiele wątpliwości wynikających z interpretacji i rozwoju ogólnych pojęć prawnych. Związane z tym problemy stanowiły przedmiot mojego studium. W artykule pt. *Commodatum rei suae*, Prawo Kan. 24, 1981, nr 3—4, rozważałem możliwość zawarcia kontraktu komodatu, którego przedmiotem jest rzecz własna biorącego; następnie w artykule pt. *Commodare habitationem*, Prawo Kan. 25, 1982, nr 3—4, przedstawiłem problem użyczenia *habitatio*; zaś powstanie kontraktu użyczenia i wynikające stąd konsekwencje omówiłem w artykule pt. *Korzystanie z rzeczy użyczonej w prawie rzymskim*, Prawo Kan. 26, 1983, nr 3—4. Celem obecnego szkicu jest wykazanie, iż jak powstanie kontraktu komodatu zakładało zaufanie do drugiej strony tak przy rozwiązywaniu sytuacji konfliktowych, w wypadku wytoczenia skargi, starano się kierować zasadami dobrej wiary.

\* \* \*

a. Jak wyglądało dochodzenie roszczeń z tytułu użyczenia dla najdawniejszych czasów, trudno powiedzieć, gdyż brak jest odpowiednich materiałów źródłowych.

Źródła literackie, zwłaszcza Plaut, mówią w wielu miejscach o użyczeniu, ale nie podają żadnych informacji na temat jego zaskarżalności<sup>1</sup>. Chociaż u Plauta spotyka się przypadek, że uży-

<sup>1</sup> Wprawdzie w *Trin.* 1131 (*quod datum utendumst, id repetundi copias quando velis*) mowa jest o możliwości odebrania rzeczy danej w używanie, ale nie jest powiedziane, w jaki sposób może ono nastąpić. Por. E. Costa, *Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto*, Torino 1890, s. 306 (cyt. *Diritto*); F. Pastori, *Il comodato nel diritto romano (Contributi allo studio della responsabilità contrattuale)* Mi-

czenie naraża na ryzyko utraty rzeczy danej w używanie<sup>2</sup>, mimo to nie jest ono traktowane jako stosunek prawny i w konsekwencji nie ma ono odrębnej ochrony prawnej<sup>3</sup>.

Również Kato w rozprawie o rolnictwie<sup>4</sup> mówiąc o używaniu, po ogólnym stwierdzeniu, że roszczeń z tego tytułu należy dochodzić, nie mówi, w jaki sposób należy w tym wypadku postępować.

Podobnie Cicero<sup>5</sup> nie dostarcza wiadomości o sposobie dochodzenia roszczeń z tytułu użyczenia, chociaż można wnioskować, że znał on komodat jako stosunek prawny<sup>6</sup>.

Także źródła prawnicze nie mówią nic o zaskarżalności komodatu w najstarszych czasach. Dlatego też rozważania na ten temat pozostają nadal w sferze mniej lub bardziej prawdopodobnych hipotez.

Demelius<sup>7</sup> uważa, że oprócz pożyczki (dochodzonej za pomocą *legis actio per conditionem*) inne kontrakty realne, a więc i komodat, co najmniej w czasach Plauta nie były zaskarżalne. Podobną opinię co do zaskarżalności komodatu wyraża Costa<sup>8</sup> motywując to tym, że komodat nie wychodził poza zakres stosunków między przyjaciółmi i nie miał zastosowania w życiu handlowym. Grosso, a za nim Ambrosino<sup>9</sup> stawiają hipotezę<sup>10</sup>, że komodat w okresie ustawodawstwa XII tablic był realizowany przez mancytację fidejucjarną i że obowiązek remancypowania był przewidziany ustawą XII tablic. Jeśli rzecz nie została zwrócona stronie, która dała ją w używanie, przysługiwała *legis actio sacramento in perso-*

---

lano 1954, s. 36 (cyt. *Commodato*). Już samo zakwalifikowanie stanu faktycznego budzi wśród romanistów wątpliwości. C. Demelius, *Plautinische Studien*, Zeitschrift für Rechtsgeschichte II, Weimar 1863, s. 223; C. Ferrini, *Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano*. Opere III, Milano 1929, s. 94 mówią, że fragment ten odnosi się do depozytu. Natomiast Costa, *Diritto*, s. 315, odnosi go do komodatu.

<sup>2</sup> Por. *Asin.* 444.

<sup>3</sup> C. Ferrini, dz. cyt., s. 93.

<sup>4</sup> Por. *De agricultura* VII = 5,3.

<sup>5</sup> Por. *Tusc. disp.* 3,13,36; *De fin.* 2,35,117.

<sup>6</sup> Imaczej E. Costa, *Cicerone giureconsulto* I, Bologna 1927, s. 181 uw. 1; F. Pastori, *Commodato*, s. 115 uw. 9, którzy na podstawie *De fin.* 2,35,117 argumentują, że Cicero nie znał komodatu jako stosunku prawnego. Pogląd ten kwestionuje S. Solazzi (rec. F. Pastori, *Commodato*) IURA 6, 1955, s. 258 i n.

<sup>7</sup> C. Demelius, dz. cyt., s. 222, i n.

<sup>8</sup> E. Costa, *Diritto*, s. 321.

<sup>9</sup> R. Ambrosino, *La „legis actio sacramento in personam” e la protezione giuridica dei rapporti fiduciari*, Studi ArangioRuiz II, Napoli 1953 s. 260 i n. oraz cytowany tam G. Grosso, *Sulla fiducia a scopo di manumissio*, RIG 4, 1929 — praca niedostępna mi.

<sup>10</sup> Por. C. A. Maschi, *La categoria dei contratti reali (Corso di diritto romano)*, Milano 1973, s. 35, który uważa tę hipotezę za wymysł fantazji i twierdzi, że kontrastuje ona zarówno z generalną linią rozwoju prawa kwirytalnego, jak i późniejszego.

nam<sup>11</sup>. Bethmann-Hollweg<sup>12</sup> nie wątpiąc w zaskarżalność komodatu, tak jak i innych kontraktów realnych, proponuje podobnie jak Voigt<sup>13</sup> *legis actio per iudicis arbitive postulationem*. Pugliese<sup>14</sup> rozważając zastosowanie *legis actio per conditionem*<sup>15</sup> stwierdza, że stwarzała ona zaskarżalność zobowiązaniom kontraktowym zawartym: *re, verbis, litteris*, z czego wynika, że stosowano ją do stanów faktycznych objętych później nazwą *commodatum*. Dochodzenie roszczeń przy pomocy *legis actio per conditionem*, opiewających na inne przedmioty niż pieniądź<sup>16</sup>, zostało umożliwione przez przepisy *lex Calpurnia*<sup>17</sup>. *Lex Calpurnia* umożliwiła dochodzenie roszczeń przy pomocy *legis actio per conditionem de omni certa re*<sup>18</sup>. *Certa res* stanowiła zarówno rzeczy oznaczone gatunkowo jak i specyficznie<sup>19</sup>, dlatego też na podstawie *lex Calpurnia legis actio per conditionem* mogła być wytaczana zarówno ze stosunku pożyczki w naturze, jak i komodatu.

b. Nie wdając się w hipotetyczne, nie poparte źródłowo rozważania na temat zaskarżalności komodatu w okresie procesu legisakcyjnego, należy zauważyć, że przed wprowadzeniem zaskarżalności kontraktowej można było pośrednio uzyskać ochronę tych stanów faktycznych, które obejmował później kontrakt użyczenia<sup>20</sup>.

<sup>11</sup> Na temat *legis actio sacramento in personam* por. C. Gioffredi, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955, s. 146 i n.; G. Pugliese, *Il processo civile romano I. Le legis actiones*, Roma 1962, s. 298 i n.; M. Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, s. 64 (cyt. ZPR).

<sup>12</sup> H. Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess I*, Bonn 1864, s. 166.

<sup>13</sup> M. Voigt, *Das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer III*, Leipzig 1876, s. 319.

<sup>14</sup> G. Pugliese, dz. cyt., s. 349. Por. także B. Albanese, *Per la storia del creditum*. An. Pal. 32, 1971, s. 14 i n.

<sup>15</sup> Na temat *legis actio per conditionem* por. M. Kaser, *Das alt-römische ius*, Göttingen 1940, s. 286 i n.; tenże, ZPR, s. 80 i n.; C. Gioffredi, dz. cyt., s. 169 i n.; G. Pugliese, dz. cyt., s. 346 i n.

<sup>16</sup> Dochodzenie roszczeń opiewających na *certa pecunia* umożliwiła *lex Silia*. Na temat *lex Silia* por. G. Rotondi, *Leges publicae populi Romani*, Milano 1912, s. 263. Co do datowania tej ustawy por. M. Kaser, ZPR, s. 81 uw. 4.

<sup>17</sup> Co do daty uchwalenia *lex Calpurnia* por.: G. Rotondi, dz. cyt., s. 263 i n.; G. Pugliese, dz. cyt., s. 346 i n.; M. Kaser, ZPR, s. 81 uw. 4.

<sup>18</sup> G. Pugliese, dz. cyt., s. 348 uważa, że ustawa ta pozwala wytoczyć ten rodzaj postępowania w każdym przypadku roszczenia *certa res*, niezależnie od źródła dochodzonego stosunku. Natomiast C. A. Maschi, dz. cyt., s. 139 uważa, że *lex Calpurnia* dotyczyła tylko tych wypadków, gdy utracono własność *certa res*.

<sup>19</sup> Por. E. Jobbé-Duval, *Etudes sur les Romains I*, Paris 1896, s. 195; E. Betti, *Diritto romano I (Parte generale)*, Padova 1935, s. 466; G. Pugliese, dz. cyt., s. 348; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*<sup>2</sup> I, München 1971, s. 170 i n. (cyt. RPR).

<sup>20</sup> Por. F. B. J. Wubbe, *Gaius et les contrats réels*, TR 35, 1967, s. 507 i n. (cyt. *Contrats réels*); M. Kaser, RPR I, s. 533.

Gellius *Noctes Atticae* 6,15,2:

Itaque Q. Scaevola, in librorum quos De Iure Civili composuit XVI, verba haec posuit: „Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive quod utendum accepit, ad aliam rem atque accepit usus est, furti se obligavit.

W relacji przekazanej przez Gelliusa Q. Mucius stwierdza, że jeśli biorący rzecz na przechowanie korzysta z niej lub z wziętej do używania korzysta inaczej niż otrzymał, popełnia *furtum*.

Potwierdzenie takiego stanowiska Q. Muciusa znajduje się również w licznych komentarzach jurystów klasycznych.

D. 47,2,77(76) pr. (Pomponius 1.38 ad Quintum Mucium):

Qui re sibi commodata... usus est aliter atque accepit, si existimavit se non invito domino id facere, furti non tenetur...: commodati an teneatur, in culpa aestimatio erit, id est an non debuerit existimare id dominum permissurum.

Pomponius, niewątpliwie pod wpływem Quintusa Muciusa, rozważając możliwość zaskarżalności za pomocą *actio furti* stwierdza, w jakich wypadkach nie ma ona miejsca<sup>21</sup> oraz mówi w jakich okolicznościach ma zastosowanie *actio commodati*. Wprawdzie w przedstawionym stanie faktycznym nie ma konkurencji skarg, ale tylko dlatego, iż korzystanie z rzeczy, chociaż bezprawne, nie było czynione umyślnie, wbrew woli dającego, a więc nie zostało popełnione *furtum*. Z tego jednak wynika, że w sytuacji, gdyby komodatariusz umyślnie, wbrew woli dającego, korzystał z rzeczy, mógłby być pozywany zarówno na podstawie *actio furti* jak i *actio commodati*.

Również Javolenus w przypadku popełnienia *furtum* rzeczy użytej dopuszcza zarówno *actio furti* jak i *actio commodati*.

D.47,2,72(71) pr. (Javolenus 1.15 ex Cassio):

Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit, agi cum eo et furti et commodati potest: et, si furti actum est, commodati actio extinguitur, si commodati, actioni furti exceptio obicitur.

O tym, że *actio furti* konkurowała z *actio commodati* świadczą także Julian, na którego rozstrzygnięcie powołuje się Ulpian.

D.13,6,5.8 (Ulpianus 1.28 ad edictum):

Quin immo et qui alias re commodata utitur, non solum commodati, verum furti quoque tenetur, ut Iulianus libro undecimo digestorum scripsit...

*Actio commodati* konkurowała nie tylko z *actio furti*<sup>22</sup>, ale także z *condictio furtiva*.

<sup>21</sup> Por. także analogiczne rozważania w Gai 3,196—197.

<sup>22</sup> Na temat konkurencji *actio furti* z *actio commodati* por. np. E. Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht* II, 1, Berlin 1922 (przedruk Aalen 1964), s. 95 i n. (cyt. *Konkurrenz*); D. Liebs, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht*

D.13,1,16 (Pomponius 1.38 ad Quintum Mucium):

Qui furtum admittit vel re commodata vel deposita utendo, condictione quoque ex furtiva causa obstringitur: quae differt ab actione commodati hoc, quod, etiamsi sine dolo malo et culpa eius interierit res, condictione tamen tenetur, cum in commodati actione non facile ultra culpam et in depositi non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agetur.

Pomponius i w tym fragmencie przytacza prawie dosłownie sformułowanie Quintusa Muciusa przekazane również przez Gelliusa w cytowanych już *Noctes Atticae* 6,15,2. Jednakże rozwija on dalej myśl tego jurysty, przyznając w przypadku bezprawnego posłużenia się rzeczą użyczoną obok *actio furti* także *condictio furtiva*, która konkurowała z *actio commodati*<sup>23</sup>.

O konkurencji tych skarg wspomina także Paulus:

D.44,7,34,1 (Paulus 1. singulari de concurrentibus actionibus):

Si is, cui rem commodavero, eam subriperit, tenebitur quidem et commodati actione et condictione, sed altera actio alteram peremit aut ipso iure aut per exceptionem, quod est tutius.

Według Paulusa przeciwko temu, kto potajemnie wyzbył się rzeczy użyczonej, służy *actio commodati* i *condictio*. Wniesienie jednej z nich wyklucza wniesienie drugiej bądź ipso iure, bądź — co jurysta uważa za słuszniejsze — *per exceptionem*<sup>24</sup>.

Nie tylko w przypadku sprzeniewierzenia rzeczy czy wyzbycia się jej, ale także w przypadku zniszczenia rzeczy przysługiwała także ochrona pozakontraktowa.

D.13,6,18,1 (Gaius 1.9 ad edictum provinciale):

Sive autem pignus sive commodata res sive deposita deterior ab eo qui acceperit facta sit, non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam legis Aquiliae: sed si quae earum actum fuerit, aliae tolluntur.

W tym fragmencie przedstawiona została konkurencja skarg kontraktowych ze skargą akwiliańską. Jeśli więc rzecz została uszkodzona przez biorącego np. w komodat, dającemu przysuguje obok skargi kontraktowej *actio legis Aquiliae*. Jednocześnie wniesienie jednej z nich wykluczało wniesienie drugiej<sup>25</sup>.

(Zur Geschichte der Scheidung von Schadenersatz und Privatstrafe), Göttingen 1972, s. 87 i n.

<sup>23</sup> Por. D. Luebs, dz. cyt., s. 110 uw. 133. Inaczej G. Scherillo, ED VII, Varese 1960, s. 985 i n., s.v. *Comodato*, który uważa, że Pomponius przytacza rozstrzygnięcie Q. Muciusa dotyczące *actio furti* i *condictio furtiva*, natomiast komentarz dotyczący *actio commodati* pochodzi od Pomponiusa.

<sup>24</sup> Por. E. Levy, *Konkurrenz*, s. 104 i n.

<sup>25</sup> Jakkolwiek z katalogu skarg konkurujących z *actio legis Aquiliae* skreślano jedną czy drugą, to nie kwestionowano *actio commodati*. Por. *Index Interp.* ad h.l.; E. Levy, *Konkurrenz*, s. 65 i n.; U. von Lübb-

D.44,7,34,2 (Paulus 1. *singulari de concurrentibus actionibus*):  
 ...et hoc in legis Aquiliae actione dicitur, si tibi commodave-  
 no vestimenta et tu ea ruperis: utraeque enim actiones rei  
 persecutionem continent. et quidem post legis Aquiliae actio-  
 nem utique commodati finietur: post commodati an Aquiliae  
 remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius  
 est, dubitatur: sed verius est remanere, quia simplo accedit  
 et simplo subducto locum non habet.

W przypadku zniszczenia rzeczy użyczonej można było wnieść zarówno kontraktową *actio commodati*, jak i deliktową *actio legis Aquiliae*, obydwie bowiem służyły do dochodzenia zwrotu wartości rzeczy użyczonej. Jednakże jeśli została wniesiona *actio legis Aquiliae*, to równocześnie gasła *actio commodati*. Natomiast istniał problem, czy po wniesieniu *actio commodati* można było wytoczyć *actio legis Aquiliae*. Zdaniem Paulusa po wniesieniu *actio commodati* można było wystąpić z *actio legis Aquiliae* jedynie o nadwyżkę wynikającą z różnicy w wysokości kondemnacji obydwu skarg<sup>26</sup>.

D.13,6,7,1 (Ulpianus 1.28 *ad edictum*):

Sed si legis Aquiliae adversus socium eius habuit commodator actionem, videndum erit, ne cedere debeat, si forte damnū dedit alter, quod hic qui convenitur commodati actione sarcire compellitur: nam et si adversus ipsum habuit Aquiliae actionem commodator, aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem: nisi forte quis dixerit agendo eum e lege Aquilia hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est: quod videtur habere rationem.

Nie wdając się w skomplikowane rozważania na temat ewentualnej cesji skargi, należy podnieść, iż Ulpian, tak samo jak i Paulus, w wypadku możliwości wystąpienia przeciwko tej samej osobie z *actio commodati* i *actio legis Aquiliae* stwierdza, że wytaczając skargę z użyczenia traci się skargę *legis Aquiliae*<sup>27</sup>.

Z powyższego wynika, że z tych samych stanów faktycznych można było wnieść obok *actio commodati* odpowiednio *actio furti*, *condictio furtiva*, *actio legis Aquiliae*. W takich wypadkach mówi się o konkurencji skarg. Bliższe rozważania dotyczące rodzajów konkurencji skarg wykraczają poza ramy artykułu i dlatego zostają pominięte. Należy tu jedynie podkreślić, iż możliwość wytoczenia *actio furti*, *condictio furtiva* czy *actio legis Aquiliae* obok *actio commodati* może świadczyć o tym, że zanim została wprowadzona

tow, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971, s. 73.

<sup>26</sup> Por. E. Levy, *Konkurrenz*, s. 59 i n.; U. von Lübtow, dz. cyt., s. 74; D. Liebs, dz. cyt., s. 210.

<sup>27</sup> Por. E. Levy, *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar 1962, s. 20 i n.; U. von Lübtow, dz. cyt., s. 73 i n.; D. Liebs, dz. cyt., s. 210.

skarga kontraktowa, stany faktyczne stanowiące później kontrakt komodat, miały ochronę przy pomocy trzech pierwszych skarg<sup>28</sup>.

c. Dopiero pretor w edykcie swym zapowiedział, że udzieli odrębnej ochrony prawnej stosunkom powstałym na skutek użyczenia.

D.13,6,1 pr. (Ulpianus 1.28 ad edictum):

Ait praetor: „Quod quis commodasse dicitur, de eo iudicium dabo”.

Niektórzy autorzy usiłują ustalić datę wprowadzenia odrębnej ochrony prawnej dla komodat. Watson<sup>29</sup> na podstawie rozstrzygnięcia Q. Muciusa przekazanego w komentarzu Ulpiana (D.13,6,5,3) datuje *actio commodati* na 100 r. n.e. Według tego autora Q. Mucius znał jedynie formułę *in factum*<sup>30</sup>. Behrends<sup>31</sup> uważa natomiast, że skarga znana Q. Muciusowi oparta była na *bona fides*, a później dopiero na skutek działalności pretora otrzymała ona formułę *in factum*. Kaser<sup>32</sup> uważa za nieudowodnione, by Q. Mucius znał formułę *in ius*. Zwraca on przy tym uwagę na to, że jeśli istniała formuła *in ius concepta*, to nie było potrzeby tworzyć jeszcze formuły *in factum*. Natomiast znane są przypadki, że obok formuły *in factum* egzystowała wprowadzona później formuła *in*

<sup>28</sup> Nie wydaje się do przyjęcia teza, że użyczenie powstało na bazie fiducji, zaś *actio commodati* stanowi zmodyfikowaną formę *actio fiduciae* (Por. W. Erbe, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar 1940, s. 7 i n. wraz z literaturą tam cytowaną, a także B. Biondi, *Contratto e stipulatio*, Milano 1953, s. 80; M. Kaser, *RPR I*, s. 533; J. A. C. Thomas, *Textbook of Roman Law*, Amsterdam—New York—Oxford 1976, s. 274, 330; K. Kolańczyk, *Prawo Rzymskie*<sup>3</sup>, Warszawa 1978, s. 365). Według Gai 2,60 fiducja była zawierana albo *cum creditore pignoris iure*, albo *cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint*. Wskazuje na to również komentarz Boethiusa *in Ciceronis Topica* 10,41: *tempus dubium timens amica potentiori fundum mancipet, ut ei, cum tempus quod suspectum est praeterierit reddat*. Jak z powyższego wynika, *fiducia cum amico* przekształciła się w I w. p.n.e. w formę zabezpieczenia przed ewentualną konfiskatą dóbr. Wydaje się więc, że ani Gaius ani Boethius nie dają podstaw do uznania komodat za formę fiducji. Celem komodat jest bezpłatne danie rzeczy w używanie i to stanowi causa kontraktu, podczas gdy celem fiducji *cum amico* jest *quo tutius nostrae res apud eum sint*, i to stanowi causa fiducji. Por. C. Ferrini, dz. cyt., s. 98 i n.; C. Longo, *Corso di diritto romano. La fiducia*, Milano 1946, s. 77 i n.; F. Pastori, *Commodato*, s. 46 i n.; G. Scherillo, dz. cyt., s. 385; J. Sondel, *Szczególne rodzaje depozytu w prawie rzymskim*, Kraków 1967, s. 26 in.; G. Grosso, *ED XVII*, Varese 1968, s. 384 s.v. *Fiducia*; C. A. Maschi: dz. cyt. s. 130.

<sup>29</sup> A. Watson, *Law Making in the Later Roman Republic*, Oxford 1974, s. 38, 44 (cyt. *Law Making*). Data ustalona przez tego romanistę nie ma żadnych podstaw źródłowych. Por. M. Kaser, (rec. A. Watson, *Law Making*), TR 45, 1977, s. 162.

<sup>30</sup> A. Watson, *Law Making*, s. 43.

<sup>31</sup> O. Behrends (rec. A. Watson, *Law Making*), ZSS 92, 1975, s. 305.

<sup>32</sup> M. Kaser, (rec. A. Watson, *Law Making*), TR 45, 1977, s. 163 uw. 23.



*ius*. Formuła *in ius* jako nowa i lepsza wypierała przestarzałą *in factum*. Inna kolejność wprowadzania ochrony wydaje się Kaserowi niezrozumiała. Jeśliby się przyjęło za Behrendsem, że Q. Mucius znał formułę *in ius*, to wg Kasera należałoby przyjąć także, że formuła *in factum* została nieco wcześniej wprowadzona. Właśnie taka kolejność wprowadzenia ochrony wydaje się bardziej prawdopodobna i zgodna z duchem jurysprudence rzymskiej<sup>33</sup>.

Odosobniony pogląd reprezentuje d'Ors<sup>34</sup>, który stawia tezę, że komodat nie był chroniony w inny sposób, jak tylko przy pomocy *actio in factum*. Innymi słowy, że prawo klasyczne nie znało *actio commodati* z formułą *in ius concepta*.

Gaius (w *Gai* 4,33) traktuje o skargach, które mają formuły opiewające na *pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere*<sup>35</sup> *intendimus*. Do skarg o tym charakterze zalicza on również *actio commodati*. Ze względu na to, że pojęcie *oportere* jest używane jako techniczne oznaczenie *obligatio* opartej na *ius civile*<sup>36</sup>, *actio commodati* może być zaliczona do cywilnych *actiones in personam*<sup>37</sup>.

d. Ochronę użyczenia można było realizować korzystając z odpowiedniej formuły przyznawanej przez pretora. Edykt pretorski zawierał dla komodatu dwie formuły: jedną *in factum concepta*, drugą *in ius concepta*. Wyraźnie przedstawia to Gaius w swoich *Institucjach*.

*Gai* 4,47: Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati. Illa enim formula, quae ita concepta est IUDEX ESTO. QUOD A. AGERIUS APUD N. NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSITUIT, QUA DE RE AGITUR, QUIDQUID OB EAM REM

<sup>33</sup> Por. też O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*<sup>3</sup>, Leipzig 1927 (prze-druk Aalen 1956), s. 252 i n. (cyt. EP)

<sup>34</sup> A. d'Ors, *Observaciones sobre el „Edictum de rebus creditis”*, SD 19, 1953, s. 181 i n. (cyt. *Observaciones*), powtórzone w *Creditum und Contractus*, ZSS 74, 1957, s. 76.

<sup>35</sup> Gaius (*Gai* 4,2) podaje, że skarga *in personam* ma miejsce wtedy, gdy w *intentio* znajdują się słowa *dare, facere, oportere*.

<sup>36</sup> F. Sturm, *Oportere*, ZSS 82, 1965, s. 211 i n. twierdzi natomiast, że termin *oportere* nie miał określonego znaczenia prawnego. Pogląd ten został zakwestionowany przez M. Kasera, *Oportere und ius civile*, ZSS 83, 1966, s. 1 i n. (cyt. *Oportere*) przyjmującego, że w procesie legisakcyjnym słowo *oportere* wskazywało na istnienie roszczenia opartego na ustawie. Natomiast w procesie formułkowym obok terminu *oportere* występowało również *oportere ex bona fide* na oznaczenie odpowiedzialności nie opartej na ustawach, a z chwilą recepcji *bonae fidei iudicia* przez *ius civile*, także na oznaczenie odpowiedzialności opartej na systemie *ius civile*. Por. W. Wołodkiewicz, *Obligaciones ex variis causarum figuris*, Warszawa 1968, s. 84 i n.

<sup>37</sup> G. Segrè, *Sul'età dei giudizi di buona fede di comodato e di pegno*, Scritti vari, Torino 1953, s. 63 uważa, że cytowana w tym fragmencie *actio commodati* ma formułę *in factum*, a nie *in ius* z klauzulą *ex bona fide*.

N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, EIUS IUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO, NISI RESTITUAT. SI NON PARET, ABSOLVITO, in ius concepta est. At illa formula, quae ita concepta est IUDEX ESTO. SI PARET A. AGERIUM APUD N. NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE EAMQUE DOLO MALO N. NEGIDI A. AGERIO REDDITAM NON ESSE, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM IUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET, ABSOLVITO, in factum concepta est. Similes etiam commodati formulae sunt.

Wymienienie na pierwszym miejscu przez Gaiusa formuły *in ius* nie oznacza, że była to formuła, która wcześniej powstała, ale że była ona w tym czasie częściej stosowana<sup>38</sup>. Wydaje się, że wyliczenie przez Gaiusa dwóch formuł dla komodatu i depozytu jest wyliczeniem przykładowym<sup>39</sup>. Wiadomo bowiem, że w tym okresie także inne kontrakty miały podwójną formułę<sup>40</sup>. Wyliczenie takie wynika z podręcznikowego charakteru *Instytucji*. Z tego też względu Gaius nie przytoczył formuł dla komodatu, tylko poprzestał na stwierdzeniu, że formuły te są podobne do formuł depozytu. Mówiąc *similes*, autor *Instytucji* chciał podkreślić, że formuły służące do ochrony stosunku depozytu i komodatu nie są identyczne, ale że nie różnią się bardzo między sobą<sup>41</sup>.

e. Gaius (*Gai* 4,47), upodobniając formułę *in ius* komodatu do formuły depozytu sugeruje, że formuła komodatu posiadała klauzulę *ex bona fide*. Jednocześnie istnieje wątpliwość, czy Gaius (*Gai* 4, 62) przy wyliczaniu skarg *bonae fidei* wymienił *actio commodati*. W edykcji juliańskiej formuły dla komodatu nie zostały umieszczone w rubryce *de bonae fidei iudiciis*, a źródła przekazane w kompilacji justyniańskiej, które mówią, że *actio commodati* jest skargą *bonae fidei*, są podejrzane o interpolację. Natomiast konstytucja cesarzy Dioklecjana i Maksymiana<sup>42</sup>, w której jest mowa o tym, że komodat należy do *bonae fidei iudicia*, chociaż nie budzi

<sup>38</sup> Próby wyjaśnienia zastosowania tych formuł podejmował C. Ferrini, dz. cyt., s. 83 i n.; F. Pastori, *Commodato*, s. 59 i n. (rec. S. Solazzi, *IURA* 6, 1955, s. 259 i n.; rec. W. Flume, *TR* 24, 1956, s. 464 i n.); F. Pastori, *Sulla duplicità formulare dell' „actio commodati”*, *LABEO* 2, 1956, s. 89 in. (cyt. *Sulla duplicità*); G. I. Luzzatto, *Commodati... vel contra*, *LABEO* 2, 1956, s. 357 i n.; G. Scherillo, dz. cyt., s. 936 i n.; F. B. J. Wubbe, *Res aliena pignori data*, Leiden 1960, s. 129 i n.; tenże, *Contrats réels*, s. 505 i n.; M. Kaser, *In bonis esse*, *ZSS* 78, 1961, s. 212 i n.; F. Wieacker, *Zur Verpfändung fremder Sachen*, *TR* 30, 1962, s. 72 i n.; A. Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965 s. 167.

<sup>39</sup> Por. C. Ferrini, dz. cyt., s. 81; F. Pastori, *Commodato*, s. 51 i n.

<sup>40</sup> Por. F. Pastori, *Commodato*, s. 51 i n. uw. 4.

<sup>41</sup> Por. F. Pastori, *Commodato*, s. 53

<sup>42</sup> Por. C. 4,23,2, a także *Inst. Just.* 4,6,28.

wątpliwości co do oryginalności, nie dotyczy instytucji użyczenia czasów klasycznych<sup>43</sup>.

Istnienie klauzuli *ex bona fide* kwestionuje Levy<sup>44</sup>, który uważa, że jeszcze w edykcje juliańskim *actio commodati* była wymieniana z dala od *iudicia bonae fidei*. Według tego autora w całej kompilacji justyniańskiej nie ma żadnego fragmentu dotyczącego komodat, który zawierałby klauzulę *bona fides* i był uznany za pochodzący z czasów klasycznych. Natomiast Lenel<sup>45</sup> wprawdzie przyznaje, że źródła, które zaliczają *actio commodati* do *bonae fidei iudicia*, znajdują się w kompilacji, ale jednocześnie stwierdza, iż mimo tego *actio commodati* wykształciła się w czasach klasycznych i miała niewątpliwie charakter *iudicium bonae fidei*<sup>46</sup>.

W wyliczeniu Cicerona *bonae fidei iudicia*, które korespondują z formułą *in ius ex bona fide*, brak jest depozytu i komodat. Cicero w *De off.* 3,17,70 wymienia tutele, spółkę, fiducję, mandat, kupno-sprzedaż, najem; w *Top.* 10,42 tutele, spółkę, mandat, fiducję; w *Top.* 17,66 *rei uxoriae*, spółkę, *negotiorum gestio*, mandat; w *De nat. deor.* 3,70,74 tutele, mandat, spółkę, kupno-sprzedaż, najem. Jak z powyższego wydać, Cicero nie wylicza wszystkich skarg *bonae fidei* w jednym miejscu, ale czyni to partiami przy omawianiu różnych sytuacji; jednocześnie wymieniwszy wszystkie pozostałe istniejące w jego czasach *iudicia bonae fidei*, nie wspomina ani razu o *commodatum*<sup>47</sup>. Jeśli komodat miały w czasach Cicerona formułę *in ius ex bona fide*, mało prawdopodobne jest, by ten przy wyliczeniu analogicznych kontraktów pominął komodat<sup>48</sup>. Należy stąd przypuszczać, że w czasach Cicerona *commodatum* nie było jeszcze zaskarżalne za pomocą formuły *in ius ex bona fide*<sup>49</sup>.

W edykcje pretorskim *iudicia bonae fidei* zostały w zasadzie

<sup>43</sup> Por. M. Kaser, *Oportere*, s. 30.

<sup>44</sup> E. Levy, *Zur Lehre von den sog. actiones arbitrarie*, ZSS 36, 1915, s. 1 i n. (cyt. *Zur Lehre*); tenże, *Konkurrenz*, s. 52 i n.; tenże, *Neue Lesung von Gai 4,62*, ZSS 49, 1929, s. 472 i n.; a także M. Kaser, *Quanti ea res est*, München 1935, s. 72; tenże, *Oportere*, s. 30; tenże, RPR I, s. 534.

<sup>45</sup> O. Lenel, *EP*, s. 253.

<sup>46</sup> Por. G. Segre, dz. cyt., s. 61 i n.; B. Kübler, *Die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip*, ZSS 33, 1917, s. 75 i n.; B. Biondi, *Iudicia bonae fidei*, An. Pal. 7, 1918, s. 261 i n. (cyt. *Iudicia*); W. Kunkel, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, Festschrift Koschaker II, Weimar 1952, s. 3 uw. 2; F. Pastori, *Commodato*, s. 53 i n.; tenże, *Sulla duplicità*, s. 89 i n.; G. I. Luzzatto, dz. cyt.; s. 358 i n.

<sup>47</sup> C. Ferrini, dz. cyt. s. 89 zauważa, że chociaż poszczególnym fragmentom można zarzucić niekompletność wyliczenia, to w sumie zawierają one pełny wykaz kontraktów *bonae fidei*.

<sup>48</sup> Podobnie zresztą jak depozyt i *pignus*.

<sup>49</sup> Por. O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte* II, Leipzig 1901, s. 602; C. Ferrini, dz. cyt. s. 90; C. Longo, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano 1946, s. 11; C. A. Maschi, dz. cyt., s. 152.

umieszczone w tytule *de bonae fidei iudiciis*. Jednak formuły *commodatum* nie zostały zamieszczone w tym tytule<sup>50</sup>. Według przekazu Ulpiana pretor umieścił *commodatum* w tytule *de rebus creditis*.

D.12,1,1,1 (Ulpianus 1. 26 ad edictum):

Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit: omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur: nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimur. rei quoque verbum ut generale praetor elegit.

Z przekazu Ulpiana wynika, że *commodatum* zostało umieszczone w tytule *de rebus creditis* ze względu na swój kredytowy charakter, ponieważ wg Celsusa w ogólnym pojęciu *creditum* zawiera się również *commodatum*.

Wiązało się to prawdopodobnie z tym, że kiedy kształtował się edykt, *actio commodati* miała jeszcze tylko formułę *in factum* podobną do kredytowej *condictio*<sup>51</sup> i z tego względu umieszczono ją w tytule *de rebus creditis*<sup>52</sup>.

W przepracowanym na nowo edykcie pretorskim formuła *in ius ex bona fide* została dołączona do formuły *in factum* i dlatego *actio commodati* umieszczona jest nie w tytule *de bonae fidei iudiciis*, ale w tytule *de rebus creditis* obok *condictio*<sup>53</sup>.

Umieszczenie formuły dla *commodatum* w tytule *de rebus creditis* nie może być argumentem decydującym, jak chce Kaser<sup>54</sup>, iż *actio commodati* nie zawierała klauzuli *ex bona fide*. W tytule *de bonae fidei iudiciis* nie są umieszczone *actiones negotiorum gestorum* i *tutelae*, które również mają formułę *ex bona fide*<sup>55</sup>.

Jako potwierdzenie, że w czasach klasycznych komodat nie miał

<sup>50</sup> W tytule tym umieszczone są formuły *depositi*, *fiduciae*, *mandati*, *pro socio*, *empti-venditi*, *locati-conducti*.

<sup>51</sup> Por. M. Kaser, *Oportere*, s. 31, który upatruje podobieństwo tych formuł w tym, że miały one *condemnatio* opiewającą faktycznie na *reddere*.

<sup>52</sup> Natomiast *actio depositi* miała w tym czasie ochronę *in ius* już ukształtowaną i z tego powodu mogła ona być umieszczona w tytule *de bonae fidei iudiciis*.

<sup>53</sup> Por. B. Biondi, *Iudicia*, s. 20 i n.; O. Lenel, *EP*, s. 252 i n.

<sup>54</sup> Por. M. Kaser, *Oportere*, s. 30.

<sup>55</sup> Formuła *in ius ex bona fide negotiorum gestorum* została umieszczona w tytule *de cognitioibus* obok analogicznej formuły *in factum*. Natomiast formuła *tutelae* wprowadzona właśnie dla rozszerzenia treści i zakresu *actio rationibus distrahendis* została umieszczona obok tej skargi w ogólnym tytule *de tutelis*.

zaskarżalności przy pomocy formuły *in ius ex bona fide*, przytacza się także komentarz Paulusa ad Plautium.

D.12,5,9 pr. (Paulus 1.5 ad Plautium):

Si vestimenta utenda tibi commodavero, deinde pretium, ut reciperem, dedissem, condictione me recte acturum responsum est: quamvis enim propter rem datum sit et causa secuta sit, tamen turpiter datum est.

Jak z powyższego tekstu wynika, nienależna zapłata, którą komodant dał komodatariuszowi za użyczoną rzecz, nie może być dochodzona za pomocą skargi kontraktowej jak przy kontraktach *bonae fidei*, tylko za pomocą *condictio*. Segrè<sup>56</sup> stwierdza, że Paulus w fragmencie tym przedstawił stanowisko Plautiusa<sup>57</sup>, który nie znał jeszcze formuły *in ius*. Natomiast Levy<sup>58</sup> uważa, że to Paulus nie zna formuły *in ius*, gdyż, jak wynika z D.12,5,9,1, zarówno komodant jak wierzyciel stypulacyjny czy obdarzony legatem zostali ograniczeni do *condictio*. Kaserowi<sup>59</sup> wydaje się niezrozumiałe, dlaczego Paulus nie zmienił rozstrzygnięcia i nie przyznał później istniejącej formuły i wnioskuje stąd, że ten jurysta nie znał jeszcze dla komodatu formuły *in ius ex bona fide*.

Oryginalną interpretację tego fragmentu przedstawił Kübler<sup>60</sup>. Według niego komodant ma *condictio*, a prócz tego, co nie zostało w tym tekście powiedziane, skargę kontraktową. Natomiast sprzedawca, wynajmujący, zlecający — tylko skargę kontraktową, zaś wierzyciel stypulacyjny i obdarzony legatem — tylko *condictio*. W pojęciu Küblera w D.12,5,9,1 chodziło o wykluczenie *condictio* dla kupującego, wynajmującego i zlecającego, którzy mieli zawsze dostępną skargę kontraktową, ale ponieważ istniała wątpliwość, czy przyznać im *condictio*, wątpliwość tę rozstrzygał Paulus. Nie można bowiem zrozumieć, dlaczego komodant miałby być ograniczony do *condictio* z ryzykiem *pluris petitio*.

Gaius (w *Gai* 4,47) mówi o podobieństwie formuły komodatu i formuły depozytu. Należy więc rozważyć, czy podobieństwo to dotyczy także klauzuli *ex bona fide*. Jurysta mówi o podobieństwie formuł a nie o identyczności, co jest zrozumiałe, gdyż dotyczą one różnych instytucji<sup>61</sup>. Kübler<sup>62</sup> uważa, że istnienie zo-

<sup>56</sup> G. Segrè, dz. cyt., s. 109; por. F. Pastori, *Commodato*, s. 55 i n.

<sup>57</sup> Co do zaliczenia Plautiusa do wczesnych klasyków, por.: K. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar 1952, s. 134 (cyt. *Herkunft*).

<sup>58</sup> E. Levy, *Zur Lehre*, s. 5 uw. 7; tenże, *Konkurrenz*, s. 56 uważa, że w D.12,5,9 został przeprowadzony ostry rozdział *bonae fidei iudicia* od pozostałych skarg, a *actio commodati* została zakwalifikowana do tych ostatnich.

<sup>59</sup> M. Kaser, *Oportere*, s. 31.

<sup>60</sup> B. Kübler, dz. cyt., s. 78 i n.

<sup>61</sup> Por. E. Levy, *Zur Lehre*, s. 4 uw. 2; tenże, *Konkurrenz*, s. 53.

<sup>62</sup> B. Kübler, dz. cyt., s. 75 i n.

bowiązania do *custodia* nie byłoby możliwe, gdyby formuła komodatatu nie miała klauzuli *ex bona fide*<sup>63</sup>. Stąd na podstawie zakresu odpowiedzialności wnioskuje o tym, że formuła skargi dla komodatatu miała klauzulę *ex bona fide*. Natomiast Levy<sup>64</sup> jest zdania, że w czasach klasycznych zakres odpowiedzialności nie miał żadnego związku z klauzulą *ex bona fide*, bowiem depozytariusz odpowiadał tylko za *dolus*, mimo że formuła depozytu miała z pewnością klauzulę *ex bona fide*, natomiast wg edyktu *nauta* odpowiadał nawet za siłę wyższą, mimo braku tej klauzuli<sup>65</sup>. Zakres odpowiedzialności jest inny przy depozycie i komodacie<sup>66</sup>, stąd formuły te nie mogą być identyczne, a są jedynie do siebie podobne, gdyż zawierają klauzulę dotyczącą zakresu odpowiedzialności. Czy jednak do skargi *in ius* można by odnieść słowo *similes*<sup>67</sup>, jeśli nie zawierałaby ona klauzuli *ex bona fide*?

Najdalej idące wnioski ze stwierdzenia, że formuły depozytu podobne są do formuły komodatatu wyciągnął Levy<sup>68</sup>. Uważa on, że jeśli przy formule komodatatu *in factum* nie ma wyrażenia *dolo malo*, to i przy formule *in ius concepta* może brakować wyrażenia *ex bona fide*. Brak tych wyrażen stawia on na jednej płaszczyźnie. Kübler<sup>69</sup> krytykując pogląd Levyego zaznaczył, że w formule *in factum* nie może występować wyrażenie *dolo malo*, gdyż zniekształcałoby ono stan faktyczny. Natomiast słowa *ex bona fide* nie dotyczyły stanu faktycznego, ale były wskazówką dla sędziego, aby spór rozstrzygnął z punktu widzenia zasad dobrej wiary. Wydaje się, że nieuwzględnienie tej klauzuli zmieniłoby zupełnie charakter skargi *in ius*, tak że trudno byłoby mówić o ich podobieństwie.

Źródła, które zawierają klauzulę *ex bona fide* przy formule *in ius* komodatatu znajdują się w kompilacji justyniańskiej.

D.17,2,38 pr. (Paulus 1.6 ad Sabinum):

Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate. quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sunt (veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae) sive specialia (veluti mandati, commodati, depositi).

Sabinus-Paulus wyliczając *bonae fidei iudicia* wymienia też komodat. Z tego jednak względu, że jurysta dokonuje podziału na

<sup>63</sup> Por. G. Segrè, dz. cyt., s. 73 i n.

<sup>64</sup> E. Levy, *Konkurrenz*, s. 53.

<sup>65</sup> Por. F. Haymann, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht (über Haftung für custodia)*, ZSS 40, 1919, s. 205 i n.; E. Levy, *Konkurrenz*, s. 53.

<sup>66</sup> Por. W. Litewski, *Depositary's Liability in Roman Law*, AG 190, 1976, s. 36 i n.

<sup>67</sup> Co do wyrażenia *similes* por. G. Beseler, *Textkritische Studien*, ZSS 53, 1933, s. 20; A. d'Ors, *Observaciones*, s. 181 i n.

<sup>68</sup> E. Levy, *Zur Lehre*, s. 1 i n.

<sup>69</sup> B. Kübler, dz. cyt., s. 77 i n.

*iudicia bonae fidei generalia* i *specialia* przyjmuje się, że fragment ten uległ przeróbkom kompilatorów<sup>70</sup>.

D.13,6,3,2 (Ulpianus 1. 28 ad edictum):

In hac actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis similiter in litem iurabitur, et rei iudicandae tempus, quanti res sit, observatur, quamvis in stricti litis contestatae tempus spectetur.

Fragment ten pochodzi z komentarza dotyczącego klauzuli estymatoryjnej formuły *in factum concepta*<sup>71</sup>. W literaturze przyjmuje się, że uległ on przeróbkom interpolacyjnym<sup>72</sup> głównie z tego względu, że zawiera klauzulę *ex bona fide*<sup>73</sup>. Jurysta twierdzi, że *actio commodati* (*haec actio*) pozwalała na *iusiurandum in litem*, czyli sędzia mógł zezwolić powodowi, aby ten za pomocą przysięgi oszacował wartość rzeczy użyczonej, która jest przedmiotem sporu, jeśli ona nie została zwrócona<sup>74</sup>.

Ulpian po zajęciu się formułą *in factum* w swoim komentarzu (D. 13, 6, 1 pr) rozpoczyna frazą (D.13,6,5,2): *Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione* — obszerną dyskusję co do zakresu odpowiedzialności komodatariusza. Rozważania Ulpiana w tej części komentarza<sup>75</sup> prawdopodobnie dotyczą formuły *in ius*<sup>76</sup>. Maschi<sup>77</sup> uzasadnia to tym, że w formule *in ius* sformułowanie *dare facere oportet ex bona fide* wymagało sprecyzowania. Tę właśnie rolę spełniają rozważania *quid veniat in commodati actione*. Fakt ten jest również przesłanką świadcząca o tym, że komodat ma klauzulę *ex bona fide*, gdyby nawet przyjąć, że w D.13,6,3,2 fraza *in hac actione* (sc. *commodati*) *sicut in ceteris bonae fidei iudiciis similiter* jest tekstem interpolowanym.

Bardzo ważnym argumentem za istnieniem *iudicium bonae fidei* przy *commodatum* jest możliwość stosowania kompensacji.

<sup>70</sup> Por. *Index Interp.* ad h.l., a także G. Segrè, dz. cyt., s. 75; R. de Ruggiero, *Depositum vel commodatum* (*Contributto alla teoria delle interpolazioni*), BIDR 19, 1907, s. 57 i n.; F. Pastori, *Commodato*, s. 88; M. Kaser, *Oportere*, s. 30.

<sup>71</sup> Por. O. Lenel, *EP*, s. 253 uw. 2; G. Segrè, dz. cyt., s. 64; M. Kaser, *Quanti*, s. 77; F. Pastori, *Commodato*, s. 83 i n.

<sup>72</sup> Zob. *Index Interp.* ad h.l.

<sup>73</sup> Por. G. Segrè, dz. cyt. s. 64 i n.; F. Pastori, *Commodato*, s. 83 i n.

<sup>74</sup> G. Segrè, dz. cyt., s. 65 uważa, że jeśliby się ograniczyło interpolacje do słów *ceteris... similiter*, to byłoby to dowodem pośrednim na to, że formuła *in ius* miała klauzulę *ex bona fide*. Sądzi on jednak, że oprócz tego jest prawdopodobnie interpolowane *in stricti*.

<sup>75</sup> D.13,6,5,2—10.

<sup>76</sup> Por. O. Lenel, *EP*, s. 252 i n.; G. Segrè, dz. cyt., s. 75 uw. 25; C. A. Maschi, dz. cyt., s. 233.

<sup>77</sup> C. A. Maschi, dz. cyt., s. 233.

<sup>78</sup> Co do możliwości stosowania kompensacji przy *iudicium stricti iuris*, por. ostatnio: W. Rozadowski, *Reskrypt Marka Aureliusza o kompensacji w doktrynie romanistycznej i w źródłach II*, CPH 26, 1975, z. 1, s. 23 i n., oraz *Studi sulla compensazione nel diritto romano*, BIDR 20, 1978 s. 71—150.

Gaius w swoich *Instytucjach* omawia kompensację w związku z *iudicia bonae fidei*.

Gai 4,61: ...continentur, ut habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum cum quo actum est condemnare.

Wprawdzie początek tego fragmentu uległ zniszczeniu, ale z zachowanego tekstu można odczytać, że przy kompensacji należy uwzględnić wzajemne roszczenia, a resztę nie pokrywającą tych roszczeń należy przysądzić. Według Gaiusa sędzia ma więc prawo zastosować potrącenie wierzytelności stron procesowych, jeśli powstały one z tej samej podstawy rodzącej zobowiązanie. Takie zastosowanie potrącenia mogło mieć miejsce tylko wtedy, gdy skargi miały klauzulę *ex bona fide*<sup>78</sup>. Prawdopodobnie na początku cytowanego fragmentu, który jest uszkodzony, była mowa o powództwach dobrej wiary, ponieważ Gaius w następnym fragmencie (Gai 4,62), nawiązując do poprzedniego zdania, daje wykaz *iudicia bonae fidei*<sup>79</sup>.

Gai 4,62: Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae, <commodati, pigneraticium, familiae erciscundae, communi dividundo>.

W związku z uszkodzeniem tekstu zaliczenie przez Gaiusa *commodatum* do *iudicia bonae fidei* jest problematyczne. Fragment nie dość, że jest uszkodzony, to jeszcze zawiera błąd kopisty<sup>80</sup> — słowa *mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae* zostały dwa razy powtórzone. Wiersz, który został powtórzony, zaczyna się od *dati*. Koniec poprzedniego wiersza jest nieczytelny. Możliwe jest, że w lakunie było *cm* (*commo*), bądź *m* (*man*)<sup>81</sup>. Odczytanie tekstu wg najnowszych metod nie rozwiało wątpliwości co do jego rekonstrukcji<sup>82</sup>. Wydaje się prawdopodobne, że kopiści przepisując tekst przy słowie *commodati* był zmuszony zrobić przeniesienie. Napisał więc *commo* na końcu linii, a w nowej linii — *dati*. Nie pamiętał jednak dalszej części tekstu i zajrzał do rękopisu, z którego przepisywał; pomylił wyrazy i *dati* uznał za końcówkę *man* i w zamyśleniu raz jeszcze przepisał ten wiersz<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> Por. B. Kübler, dz. cyt., s. 78; J. C. van Oven, *Gai IV*, 61, TR 12, 1933, s. 29 i n.; G. Scherillo, dz. cyt., s. 991; W. Osuchowski, *Historyczny rozwój kompensacji w prawie rzymskim*, Warszawa—Kraków 1970, s. 105 i n.

<sup>80</sup> Por. *Gai Institutiones Codicis Veronensis Apographum ad Goesche-ni Hollwegi Bluhmii Schedas* publ. E. Böcking, Lipsiae 1866, s. 212.

<sup>81</sup> Por. B. Biondi, *Iudicia*, s. 265; G. Scherillo, dz. cyt., s. 983 uw. 27.

<sup>82</sup> Por. E. Levy, *Neue Lesung von Gai 4,62*, s. 472 i n., a także L. Lombardi, *L'„actio aestimatoria” e i „bonae fidei iudicia”*, BIDR 63, 1960, s. 159 i n.

<sup>83</sup> Po. B. Kübler, dz. cyt., s. 77 i n.; B. Biondi, *Iudicia*, s. 265.



Umieszczenie przez Gaiusa *commodatum* w wykazie *bonae fidei iudicia* jest więc prawdopodobne. Gdyby można było bezspornie stwierdzić, że Gaius umieścił *commodatum* wśród *iudicia bonae fidei*, dyskusja na temat formuły *in ius commodati* byłaby bezprzedmiotowa. Jednak z tego powodu, że opuszczenia nie uzasadnia żaden dowód pośredni, Levy<sup>84</sup> przyjmuje, że w wykazie Gaiusa brakuje *commodatum* i dlatego nie jest ono *iudicium bonae fidei*. Kübler<sup>85</sup> natomiast uważa, że tekst ten nie może stanowić podstawy do stawiania teorii, że Gaius nie zaliczał formuły *in ius commodati* do *bonae fidei iudicia*; jeśli nawet jurysta nie umieścił tutaj *commodatum*, to nie stanowi to dowodu, że nie jest ono *iudicium bonae fidei*. Gaius mógł ten tekst przepisywać od wcześniejszego jurysty sabiniańskiego, który nie znał jeszcze formuły *in ius commodati*, a w związku z tym, że formuła ta funkcjonowała od niedawna (znana była na pewno w edykcje juliańskim), Gaius mógł jej przez przeoczenie jeszcze nie uwzględnić.

Gaius w omawianej części *Instytucji* zajmował się kompensacją<sup>86</sup>. *Iudicia bonae fidei* wymienił on tylko w związku z kompensacją i skargami wzajemnymi. Niekoniecznie więc musiał on dawać pełny wykaz *bonae fidei iudicia*<sup>87</sup>. Chcąc bowiem przedstawić, że przy powództwach wzajemnych można zastosować potrącenie, jeżeli są to powództwa dobrej wiary, wymienił te powództwa. W związku z usterkami oryginalnego tekstu nie da się rozstrzygnąć, czy wymienienie tych powództw było tylko przykładowe czy też taksatywne. Z powyższego można jednak wnioskować, że przy powództwach dobrej wiary dopuszczalne jest stosowanie kompensacji<sup>88</sup>.

W kompilacji justyniańskiej znajdują się źródła, które mówią o retencji, ale tym właśnie pośrednio dowodzą możliwości kompensacji.

D.47,2,60(59) (Iulianus 1.3 ex Minicio):

Si is, qui rem commodasset, eam rem clam abstulisset, furti cum eo agi non potest, quia suum recepisset et ille commodati liberatus esset. hoc tamen ita accipiendum est, si nullas retinendi causas is cui commodata res erat habuit: man si im-

<sup>84</sup> E. Levy, *Zur Lehre*, s. 1 i n.; tenże, *Konkurrenz*, s. 54.

<sup>85</sup> B. Kübler, dz. cyt., s. 77 i n.

<sup>86</sup> Por. też *Gai* 4, 63—68.

<sup>87</sup> Por. J. C. van Oven, dz. cyt., s. 30, a także F. Schulz, *Classical Roman Law*<sup>2</sup>, Oxford 1954, s. 513, którzy nie wykluczali możliwości, że wykaz mógł być nawet późniejszym dodatkiem.

<sup>88</sup> Dopiero w konstytucji cesarza Dioklecjana i Maksymiana, zawartej w C. 4,23,4 spotyka się zakaz stosowania kompensacji przy roszczeniach z tytułu użyczenia, ale to wiąże się prawdopodobnie z innym sposobem realizowania roszczeń w drodze sądowej. Por. B. Biondi, *Iudicia*, s. 129 i n.; S. Solazzi, *La compensazione nel diritto romano*<sup>2</sup>, Napoli 1950, s. 20; W. Osuchowski, dz. cyt., s. 136 i n.

pensas necessarias in rem commodatam fecerat. interfuit eius potius per retentionem eas servare quam ultro commodati agere, ideoque furti actionem habebit.

Rozważania Juliana koncentrują się wokół sytuacji, gdy komodant użyzoną rzecz odbiera podstępnie. Konsekwencje tego jurysta rozpatruje w aspekcie przyznania *actio furti* komodatariuszowi. Po ogólnym stwierdzeniu, że skarga ta nie może mieć zastosowania, ponieważ właściciel odebrał swoją rzecz, gdy stosunek komodatu został rozwiązany, zastrzega jednak, iż powyższe rozstrzygnięcie będzie właściwe tylko w przypadku, jeśli komodatariusz nie będzie miał żadnych podstaw do retencji. Natomiast w przypadku poczynienia na rzecz użyzoną nakładów koniecznych, jurysta radzi raczej uciec się do retencji niż *ultro agere commodati*<sup>89</sup>. Z tytułu poniesionych nakładów przysługuje również komodatariuszowi *actio furti*.

Podobną sytuację analizuje także Paulus.

D.47,2,15,2 (Paulus 1.5 ad Sabinum):

Sed eum qui tibi commodaverit, si eam rem subripiat, non teneri furti placuisse Pomponius scripsit, quoniam nihil tua interesset, utpote cum nec commodati tenearis. ergo si ob aliquas impensas, quas in rem commodatam fecisti, retentionem eius habueris, etiam cum ipso domino, si eam subripiat, habebis furti actionem, quia eo casu quasi pignoris loco ea res fuit.

Paulus referujący zdanie Pomponiusa, traktuje o potajnym zabraniu przez komodanta rzeczy użyzonej. W tym przypadku, ponieważ nie został naruszony interes biorącego, gdyż nie istniał już komodat, nie zostało popełnione *furtum*. Jednakże w sytuacji, gdy biorący poczynił na rzecz pewne nakłady, będzie miał wzajemne roszczenie wobec dającego<sup>90</sup>,

Wzajemne roszczenie biorącego o zwrot nakładów dopuszczało możliwość potrącenia i uzasadniało tak prawo do zatrzymania rzeczy, jak też wystąpienie nawet z *actio furti*<sup>91</sup>. Komodant jest zobowiązany pokryć wydatki poczynione przez biorącego, natomiast rzecz użyzona ma być zabezpieczeniem tych wydatków na wypadek gdyby właściciel nie chciał ich pokryć. Ponieważ biorący

<sup>89</sup> B. Biondi, *Iudicia*, s. 137 i n., uważa, że fragment powyższy dotyczył tylko *retentio*, gdyż prawo klasyczne nie znało *actio commodati contraria* o zwrot nakładów. Teza ta jednak została zakwestionowana. Por. G. Provera, *Linee generali di uno studio sui „iudicia contraria”*, SD 8, 1942, s. 127 i n. (cyt. *Linee generali*); E. Nardi, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, Milano 1947, s. 419 i n.; F. Schwarz, *Die Konträrklagen*, ZSS 71, 1954, s. 123 i n.

<sup>90</sup> Między pierwszą frazą a drugą cytowanego fragmentu istnieje niewątpliwie przeskok. Por. E. Nardi, dz. cyt., s. 417; A. d'Ors, *Observaciones*, s. 194. Przeskok ten spowodowany jest, jak przypuszczają wydawcy *Digestów*, przez wyrzucenie albo skrócenie tekstu. Por. także F. Schwarz, dz. cyt., s. 124 uw. 69.

<sup>91</sup> Por. W. Osuchowski, dz. cyt., s. 136.

w użyczenie ma prawo potrącenia nakładów, jego sytuacja wygląda tak samo jak sytuacja wierzyciela zastawnego, który miał skargę przeciw właścicielowi<sup>92</sup>.

Problem poruszony przez Juliana (D.47,2,60(59), a także przez Pomponiusa—Paulusa (D.47,2,15,2), był prawdopodobnie postawiony już przez Sabinusa, ponieważ Minicius, którego rozstrzygnięcie relacjonuje Julian, był uczniem Sabinusa<sup>93</sup>; natomiast Paulus swoje rozważania przeprowadza w komentarzu do Sabinusa. Rozwiązanie tego problemu częściowo jest identyczne, a częściowo różne<sup>94</sup>. Mianowicie komodatariuszowi nie przysługuje *actio furti*, jeżeli ten zabrał rzecz w chwili, gdy stosunek komodatu został rozwiązany. Na taką interpretację wskazuje wyrażenie *nihil interesse* w D.47,2,15,2 oraz *commodati liberatus esset* w D.47,2,60(59). I w tej kwestii w obu przekazach nie ma różnic. Natomiast odmienne rozstrzygnięcie ma miejsce w kwestii retencji. Pomponius—Paulus mówią o jakichkolwiek wydatkach uprawniających do retencji, natomiast Julian tylko o nakładach koniecznych i związanej z nimi możliwości retencji.

Takie postawienie problemu rzutuje na rozstrzygnięcie jurystów. Paulus stwierdza jedynie, że komodatariusz ma możliwość retencji, a ze sformułowania *aliquas impensas* wynika, że chodzi o nakłady zarówno konieczne jak i użyteczne. Z tego względu nie interesuje go tutaj kwestia *actio commodati contraria*, gdyż miałyby ona ewentualnie miejsce jedynie przy nakładach koniecznych. Natomiast Julian, który mówi tylko o poniesionych nakładach koniecznych, dopuszcza możliwość *ultro agere commodati*, chociaż wygodniejszy sposób zabezpieczenia roszczeń komodatariusza upatruje w retencji.

Problematyka poniesionych nakładów na rzecz użyczoną jest również przedmiotem rozważań Gaiusa, dla którego stanowią one podstawę do przyznania skargi przeciwko komodantowi..

<sup>92</sup> Frazę (*quia...fin*), w której identyfikuje się *retentio* z zabezpieczeniem rzeczowym na wzór zastawu (*quasi pignus*), przyjmuje A. Pernice, *Marcus Antistius Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit* II, Halle 1878, s. 254 uw. 1 za oryginalną zastanawiając się jedynie, kto jest rzeczywistym jej autorem. Oryginalność tej frazy kwestionuje E. Nardi, dz. cyt., s. 418 oraz A. d'Ors, *Observaciones*, s. 194, który stwierdza, że figura *quasi pignus* nie pasowała do prawa klasycznego. Natomiast F. Schwarz, dz. cyt., s. 125 uważa pomysł z *quasi pignus* za doskonałą konstrukcję prawną, zwłaszcza że wierzyciel zastawny, być może już od Sabinusa, miał skargę przeciwko właścicielowi, jak można wnioskować z *Gai* 3,204.

<sup>93</sup> Por. W. Kunkel, *Herkunft*, s. 121.

<sup>94</sup> Por. F. Schulz, *Die Aktivlegitimation zur actio furti im klassischen römischen Recht*, ZSS 32, 1911, s. 94; B. Biondi, *Iudicia*, s. 137; E. Nardi, dz. cyt., s. 419; F. Pastori, *Commodato*, s. 356 i n.; F. Schwarz, dz. cyt., s. 125; A. Bürge, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht*, Zürich 1979, s. 177 i n.

D.13,6,18,2 (Gaius 1.9 ad edictum provinciale):

Possunt iustae causae intervenire, ex quibus cum eo qui commodasset agi deberet: veluti de impensis in valetudinem servi factis quaeve post fugam requirendi reducendique eius causa factae essent: nam cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset. sed et id, quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad maiores impensas pertinere debet: modica enim impendia verius est, ut sicuti cibariorum ad eundem pertineant.

W przytoczonym fragmencie jurysta stwierdza, że mogą zaistnieć uzasadnione przyczyny, kiedy można wystąpić ze skargą przeciwko komodantowi. Do takich przyczyn należą wydatki poniesione na leczenie niewolnika, czy też w związku z jego ucieczką. Jeżeli były one związane ze zwykłym utrzymaniem przy zdrowiu, czy też powszechnie przyjętym sposobem pilnowania niewolnika, ponosi je komodatariusz<sup>95</sup>. Jeżeli były to wydatki znaczne, poniesione na leczenie, czy też w związku z ucieczką niewolnika, można żądać ich zwrotu od dającego w użyczenie. Wprawdzie w tekście tym nie zostało powiedziane, jaka skarga przysługuje komodatariuszowi, to jednak z dalszej części komentarza Gaiusa (D.13,6,18,4) wynika, że chodzi o *actio commodati contraria*.

Biondi<sup>96</sup>, który generalnie neguje istnienie *actiones contrariae* w prawie klasycznym, przyjmuje wprawdzie, że fragment ten pochodzi od Gaiusa, ale twierdzi, że jurysta ten omawiał zagadnienie nakładów koniecznych wyłącznie w odniesieniu do kompensacji. Kompilatorzy natomiast rozstrzygnięcie to zastosowali do *iudicium contrarium*<sup>97</sup>. Z tezą tą polemizuje Provera<sup>98</sup> dowodząc, że rozstrzygnięcia tego nie można odnieść do kompensacji, gdyż Gaius rozważa kwestię okoliczności dopuszczających zaskarżenie komodanta przez komodatariusza, do których zalicza własnie poniesione nakłady. Teza Biondiego zdaje się być niesłuszna również z tego powodu, że prowadzi do wniosku, iż komodatariusz miałby możliwość realizowania swoich roszczeń jedynie w drodze kompensacji, czyli dopiero wtedy, gdy komodant wystąpiłby ze skargą przeciwko niemu<sup>99</sup>.

f. Najstarsze rozstrzygnięcie mówiące o możliwości dochodzenia roszczeń od dającego w użyczenie pochodzi od Trebatiusa. Przekazane ono zostało w komentarzu Paulusa do edyktu.

<sup>95</sup> Podobne rozstrzygnięcie Gaiusa mówiące o ponoszeniu wydatków na wyżywienie i leczenie znajduje się w D.7,1,45.

<sup>96</sup> Por. B. Biondi, *Iudicia*, 1918, s. 139 i n.

<sup>97</sup> A. d'Ors, *Observaciones*, s. 185 w swoich twierdzeniach poszedł dalej. Neguje on nie tylko istnienie *actio commodati contraria*, ale także możliwość stosowania kompensacji z tytułu nakładów.

<sup>98</sup> G. Provera, *Linee generali*, s. 130.

<sup>99</sup> Por. G. Provera, *Linee generali*, s. 129 in.; por. F. Schwarz, dz. cyt., s. 123 i n.; por. W. Osuchowski, dz. cyt. s. 129 n.

D.4,3,18,3 (Paulus 1.11 ad edictum):

De eo qui sciens commodasset pondera, ut venditor emptori merces adpenderet, Trebatius de dolo dabat actionem. atquin si maiora pondera commodavit, id quod amplius mercis datum est repeti conditione potest, si minora, ut reliqua merx detur ex empto agi potest: nisi si ea conditione merx venit, ut illis ponderibus traderetur, cum ille decipiendi causa adfirmasset se aequa pondera habere.

W tekście mowa jest *de eo qui sciens commodasset*, czyli podstawą odpowiedzialności komodanta jest znajomość wad rzeczy użyczanych. Użyczenie takie traktowane jest jako działanie podstępne, czyli działanie *cum dolo*, w wypadku którego Trebatius przyznaje *actio de dolo*. Przyznanie *actio de dolo* określa kryterium odpowiedzialności komodanta za szkodę wyrządzoną komodatariuszowi.

W związku z tym fragmentem rodzi się pytanie, dlaczego Trebatius dawał *actio de dolo* a nie *actio commodati contraria*. Powodem tego mogło być to, że *actio de dolo* miała charakter infamujący, a *actio commodati* nie, albo — co jest prawdopodobniejsze — *actio commodati* jeszcze w czasach Trebatiusa nie istniała<sup>100</sup>. Później w takich przypadkach przyznawane było *iudicium contrarium*.

D.13,6,18,3—4(Gaius 1.9 ad edictum provinciale):

Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est. 4. Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere iure pensationis. sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut iudex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit aut sine iudice restituta est: dicemus necessariam esse contrariam actionem.

W D.13,6,18,3 Gaius stwierdza, że ten, kto świadomie dał w używanie naczynia nie nadające się do przechowywania oleju czy wina podlega sąsądzeniu z tego tytułu. Natomiast w D.13,6,18,4 określa, że dzieje się to na podstawie samodzielnego powództwa — *iudicium contrarium*. Wzajemne roszczenia strony pozwanej mogą zostać uwzględnione także w *iudicium directum* w drodze potrącenia. Jeśli nie zrealizowano potrącenia już w *iudicium directum*, to *iudicium contrarium* było środkiem procesowym, za pomocą którego realizowano roszczenie<sup>101</sup>. *Iudicium contrarium* mogło mieć miejsce wtedy, gdy: roszczenie pozwanego opiewało na wię-

<sup>100</sup> Por. B. Kübler, dz. cyt., s. 106; G. Provera, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, Torino 1951, s. 105 uw. 57 (cyt. *iudicia contraria*).

<sup>101</sup> Por. W. Osuchowski dz. cyt., s. 109.

cej niż roszczenie powoda; sędzia nie uwzględnił kompensacji; nie było skargi o zwrot rzeczy ponieważ ta zginęła; rzecz została zwrócona bez ingerencji sądowej.

*Iudicium contrarium* nie stanowiło środka prawnego, za pomocą którego realizowano potrącenie<sup>102</sup>. Można było z niego skorzystać właśnie wtedy, gdy wzajemne pretensje nie zostały uwzględnione w *iudicium directum*<sup>103</sup>. Jeśli istnieją wzajemne roszczenia między komodantem i komodatariuszem, sędzia może je uwzględnić w *iudicium directum*. Gaius nie zakłada wzajemności roszczeń dla przyznania *iudicium contrarium*<sup>104</sup>. W przypadku dobrowolnego zwrócenia rzeczy czy nawet jej zaginięcia, jeśli komodatariusz ma jakieś roszczenie z tytułu użyczenia, może go dochodzić właśnie przy pomocy *iudicium contrarium*.

D.13,6,17,1 (Paulus 1.29 ad edictum):

Contraria commodati actio etiam sine principali moveri potest, sicut et ceterae quae dicuntur contrariae.

W wymienionym wyżej fragmencie *actio contraria* przeciwstawiona jest *actio directa* jako odrębnej skardze. *Actio contraria commodati* może być wniesiona samodzielnie bez *actio directa*, tak jak pozostałe *actiones contrariae*. Biondi<sup>105</sup> uważa, że w okresie początkowym *iudicium contrarium* mogło być przyznawane jedynie razem z formułą zasadniczą, a dopiero w epoce późniejszej skarga ta stała się niezależnym środkiem procesowym. Lenel<sup>106</sup> negując, aby skarga ta miała w edyktie *intentio* wskazującą na roszczenia wzajemne stwierdza, że obie korzystały z jednej *intentio*.

Przyczyny przyznania *iudicium contrarium* z powodu poniesionej szkody mogły być różne.

D.13,6,5,8 (Ulpianus 1.28 ad edictum):

... ut Iulianus libro undecimo digestorum scripsit. denique ait, si tibi codicem commodavero et in eo chirographum debitorem tuum cavere feceris egoque hoc interlevero, si quidem ad hoc tibi commodavero, ut caveretur tibi in eo, teneri me tibi contrario iudicio:...

<sup>102</sup> W. Osuchowski, dz. cyt., s. 109 twierdzi, że chociaż *iudicium contrarium* nie jest z reguły powództwem stosowanym do realizacji kompensacji, to może spełniać surogat potrącenia, gdyż za pomocą tego powództwa uzyskuje się *id etiam... quo potest salvum habere iure pensionis*.

<sup>103</sup> Niezależność kompensacji od *iudicium contrarium* podkreśla także opinia Ulpiana zawarta w D. 3,5,7,2. W wypadku, gdyby sędzia nie uwzględnił potrącenia, strona może dochodzić swej wierzytelności w drodze powództwa wzajemnego. Por. W. Osuchowski, dz. cyt., s. 135.

<sup>104</sup> Na temat stosowania kompensacji i *iudicium contrarium* por. G. Provera, *Iudicia contraria*, s. 21 i n.

<sup>105</sup> Por. B. Biondi, *Iudicia*, s. 160.

<sup>106</sup> O. Lenel, *EP*, s. 254.

Ulpian referuje rozstrzygnięcie Juliana, który uważał, że jeśli dający kodeks użyczył go w tym celu, aby figurował w nim zapis dłużnika komodatariusza, a następnie zapis ten został wymazany, będzie za to odpowiadał w *iudicium contrarium*<sup>107</sup>.

Podobne rozstrzygnięcie podaje Paulus.

D.13,6,17,3 (Paulus 1.29 ad edictum):

... igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi cave-ret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem vel testes adhibuissem. idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti, aut etiam sciens vitiosa commodaveris: adiuvare quippe nos, non decipi benefi-cio oportet. ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est.

W przedstawionym fragmencie jurysta traktuje o niedopuszczalności przedwczesnego zabrania rzeczy użyczonej i odpowiedzialności za użyczenie rzeczy wadliwej<sup>108</sup>. Komodant odpowiadał nie tylko z tego względu, że w nieodpowiednim terminie rzecz użyczoną zabrał, przez co komodatariusz mógł utracić zabezpieczenie domu czy dokument potwierdzający zobowiązanie jego dłużnika, ale także z tego powodu, że naraził korzystającego na poniesienie szkody. Wprawdzie fragment traktuje o niedopuszczalności wcześniejszego żądania zwrotu, ale implicite także o szkodzie, która powstała na skutek wcześniejszego żądania zwrotu, jak w przykładzie z użyczonymi tabliczkami, czy też w przypadku odebrania belki<sup>109</sup>. Z tego powodu komodatariusz może skorzystać z *actio contraria*<sup>110</sup>.

W obu przedstawionych przypadkach mowa jest o przedterminowym zabraniu rzeczy użyczonej przez komodanta, co spowodowało przyznanie komodatariuszowi *actio commodati contraria*.

Następny fragment przedstawia sytuację, w której komodant kradnie rzecz użyczoną, a komodatariusz płaci zasądzoną za nią należność.

D.13,6,21 pr. (Africanus 1.8 quaestionum):

Rem mihi commodasti: eandem subripuisti: deinde cum commo-dati ageres nec a te scirem esse subreptam, iudex me con-demnavit et solvi: postea comperi a te esse subreptam: quaesi-tum est, quae mihi tecum actio sit. respondit furti quidem non esse, sed commodati contrarium iudicium utile mihi fore.

Africanus stawia problem, jaką skargę przyznać komodatariuszo-

<sup>107</sup> Por. F. Schwarz, dz. cyt., s. 158.

<sup>108</sup> F. Schwarz, dz. cyt., s. 130 uważa, że przykład z *tigna vitiosa* mógł być późniejszym dodatkiem, ponieważ nie traktował o wcześniejszym zabraniu rzeczy.

<sup>109</sup> Por. F. Schwarz, dz. cyt., s. 129 i n.

<sup>110</sup> Por. G. Provera, *Iudicia contraria*, s. 104; F. Schwarz, dz. cyt., s. 158.

wi, jeżeli komodant ukradł mu użyczoną rzecz. Komodatariusz został zasądzony i spełnił zasądzone świadczenie, gdyż nie wiedział, że rzecz została skradziona przez komodanta. Następnie dowiedział się, że rzecz skradł komodant. Africanus w przedstawionym stanie faktycznym nie przyznaje *actio furti*, lecz *actio commodati contraria*. Uzasadnieniem odmówienia *actio furti* jest chyba fakt, że komodant ukradł własną rzecz<sup>111</sup>. Komodatariusz jednak nie pozostaje bez ochrony prawnej, gdyż służy mu *actio contraria*<sup>112</sup>. Wprawdzie w podobnej sytuacji Julian (D. 47,2,60/59) przyznał *actio furti*, ale skarga ta nie była następstwem kradzieży własnej rzeczy, a była związana z nakładami poniesionymi na rzecz. Również Paulus (D.47,2,15,2) w podobnym wypadku odmawiał *actio furti*, o ile komodatariuszowi nie przysługiwało prawo retencji rzeczy użyczonej z powodu poczynionych nakładów.

Zarówno w sytuacji kradzieży rzeczy użyczonej przez komodanta, jak i wtedy, gdy w inny sposób rzecz znalazła się u właściciela po dokonaniu zapłaty za nią przez komodatariusza, owemu komodatariuszowi przysługuje przeciwko niemu *actio commodati contraria*.

D.13,6,17,5 (Paulus 1.29 ad edictum):

Rem commodatam perdidit et pro ea pretium dedi, deinde res in potestate tua venit: Labeo ait contrario iudicio aut rem mihi praestare te debere aut quod a me accepisti reddere.

W przytoczonym fragmencie Paulus przedstawia, że rzecz została zagubiona przez komodatariusza i uiszczono za nią zapłatę. Następnie rzecz ta znalazła się u komodanta. W takim wypadku Labeo przyznaje *contrarium iudicium*. Komodant będzie miał do wyboru albo zwrócenie rzeczy, albo zwrócenie tej zapłaty, którą uiszczył komodatariusz<sup>113</sup>.

Jeszcze bardziej skomplikowane stany faktyczne przedstawiają Africanus i Paulus.

D.13,6,21,1 (Africanus 1.8 quaestionum):

In exercitu contubernaliibus vasa utenda communi periculo dedi ac deinde meus servus subreptis his ad hostes profugit et postea sine vasis receptus est. habiturum me commodati actionem cum contubernaliibus constat pro cuiusque parte: sed et illi mecum furvi nomine agere possunt, quando et noxa caput sequitur. et si tibi rem periculo tuo utendam commodavero eaque a servo meo subripiatur, agere mecum furvi nomine.

Africanus opisuje przypadek kradzieży rzeczy użyczonej przez niewolnika będącego pod władzą dającego w użyczenie. Jeśli niewolnik tę rzecz ukradnie i ucieknie z nią do wrogów następnie

<sup>111</sup> Przyjęcie nienależnego świadczenia nie jest traktowane jako *furtum*. Por. C. Ferrini, dz. cyt., s. 199 i n.

<sup>112</sup> Por. G. Provera, *Iudicia contraria*, s. 103 i n.

<sup>113</sup> Por. G. Provera, *Iudicia contraria*, s. 103.



zostanie sprowadzony ale bez rzeczy, to wprawdzie dającym przysługuje przeciw biorącym *actio commodati* o zwrot rzeczy, ale też biorącym przeciw dającym przysługuje *actio furti noxalis*.

D.13,6,22 (Paulus 1.22 ad edictum):

Si servus, quem tibi commodaverim, furtum fecerit, utrum sufficiat contraria commodati actio (quemadmodum competit, si quid in curationem servi impendisti) an furti agendum sit, quaeritur. et furti quidem noxalem habere qui commodatum rogavit procul dubio est, contraria autem commodati tunc eum teneri, cum sciens talem esse servum ignoranti commodavit.

Według rozstrzygnięcia Paulusa, komodatariusz okradziony przez użyczonego niewolnika ma skargę noksalną w każdym przypadku, natomiast *actio commodati contraria* tylko w tym wypadku, gdy dający w użyczenie niewolnika znał jego skłonności do kradzieży. *Actio furti* przysługuje komodatariuszowi niezależnie od tego, czy właściciel niewolnika dopuścił się zawinienia, czy też nie. Natomiast *actio contraria* będzie miała miejsce tylko wtedy, gdy właścicielowi można zarzucić, że świadomie naraził komodatariusza na kradzież<sup>114</sup>.

Jak z przedstawionych fragmentów wynika, komodant może być pozwany za pomocą *iudicium contrarium* w przypadku poczynionych przez komodatariusza nakładów (D.13,6,18,4), bądź z tytułu szkód powstałych na skutek przedwczesnego zabrania rzeczy (D.13,6,17,3); kradzieży rzeczy własnej przez komodanta (D.13,6,21pr.); dopuszczenia się przez niego *dolus* (gdzie wie o wadach użyczanego przedmiotu i nie informuje o tym komodatariusza (D.13,6,18,3; D.13,6,17,3). Natomiast gdy został użyczony *servus fur*, komodant odpowiada (D.13,6,22) — *cum sciens talem esse servum ignoranti commodavit*. Odpowiedzialność komodanta należy traktować szczególnie łagodnie (D.47,2,62/61,6) — *paulo remissius circa interpretationem doli mali debere nos versari, quoniam, ut dictum sit, nulla utilitas commodantis interveniat*.

\* \* \*

Reasumując należy stwierdzić, że przed wprowadzeniem zaskarżalności kontraktowej na pewno można było uzyskać pośrednią ochronę stanów faktycznych, uznanych później za komodat, co można wnioskować ze śladów zachowanych w postaci konkurencji skarg.

Odrębną ochronę prawną uzyskał komodat w drodze

<sup>114</sup> Por. G. Provera, *Iudicia contraria*, s. 81 i n.; F. Schwarz, dz. cyt., s. 107.

działalności pretora. Trudno jest bliżej określić datę powstania *actio commodati*. Niewątpliwie w czasach Gaiusa użyczenie było chronione za pomocą powództw *in factum* i *in ius*. Jurysta ten bowiem przytaczając formuły skarg depozytu stwierdza, że komodat posiada *formulae similes*.

Przez upodobnienie formuł tych kontraktów Gaius sugeruje, iż formuła *in ius* komodatu miała klauzulę *ex bona fide*. Z drugiej strony to, że zarówno umieszczenie komodatu w edykcje pretorskim w rubryce *de rebus creditis*, jak i brak pewności — na skutek zniekształcenia tekstu — czy Gaius przy wyliczeniu *actiones bonae fidei* uwzględnił także komodat może nasunąć myśl, iż *actio commodati* nie posiadała tej klauzuli. Wątpliwości nie mogą rozwiać teksty zawierające *expressis verbis* tę klauzulę w formule *in ius*, gdyż są one powszechnie uznawane za interpolowane. Jednakże o tym, iż komodat zawierał klauzulę dobrej wiary, świadczą dowody pośrednie. Dowodem takim jest możliwość dokonywania kompensacji, o której przy komodacie wspomina wiele tekstów a także *ius retentionis* (prawo zatrzymania) z tytułu poniesionych nakładów, które pośrednio także prowadziło do dokonania kompensacji. Kompensacja ta najczęściej wpływała z tytułu ponoszonych przez komodatariusza nakładów i była realizowana w *iudicium directum*. W wymienionych okolicznościach można było także występować z *actio commodati contraria*. Skargą tą posługiwano się nie tylko w wypadku poniesionych nakładów, ale także przysługiwała ona komodatariuszowi z tytułu innych strat jakie poniósł na skutek wzięcia rzeczy w użyczenie (np. przez zajęcie wad rzeczy, czy też zabranie rzeczy przed terminem).

### Actio commodati en droit romain

Faute de sources il est difficile de dire quel aspect avait la poursuite des prétentions à titre du commodant dans les temps les plus anciens. Les sources littéraires et tout particulièrement Plaut, nous parlent souvent du commodant, mais ne donnent aucune information au sujet du recours contre ce prêt à usage (p. ex. *Asin.* 444; *Trin.* 1131). Aussi Cato dans sa dissertation sur l'agriculture, en parlant de l'usage, constate, qu'il faut poursuivre ses prétentions à ce titre, mais n'informe pas de quelle manière faut-il le faire. (*De agricultura* VII = 5,3). De même Cicero de donne pas d'informations du moyen de poursuivre des prétentions à titre du prêt à usage, malgré qu'on peut supposer qu'il connaissait de commodant en tant que rapport juridique (p. ex. *Tusc. disp.* 3,13,36; *De fin.* 2,35,117). Les sources juridiques ne parlent non plus du caractère attaquant du commodant dans les temps les plus anciens. Ce pourquoi les réflexions sur ce sujet restent toujours encore dans la sphère d'hypothèses plus ou moins vraisemblables. Ne s'engageant pas dans des considérations probables, qui ne sont pas appuyées sur des sources, au sujet du caractère attaquant de commodant, dans la période de la procédure législative, il faut remarquer qu'avant l'introduction du caractère attaquant de contrat on pouvait obtenir indirectement la protection de ces états effectifs,

qui furent ensuite renfermés dans le contrat du commodant. L'emploi illégal de l'objet donné à usage était considéré comme *furtum* (était attaqué à l'aide de *actio furti* (Gellius, *Noctes Atticae* 6,15,2; D.13,6,5,8; D.47,2,72/71/pr.; D.47,2,77/76/pr.). La disparition ou l'aliénation de l'objet, en conséquence de malversation, justifiait l'introduction de *conditio furtiva* (D.13,6,1,16; D.44,7,34,1), pendant que la destruction de l'objet — *actio legis Aquiliae* (D.13,6,7,1; D.13,6,18,1; D.44,7,34,2). Le commodant obtenait la protection juridique contractée en suite de l'activité du pretorien (D.13,6,1 pr.). Il est difficile de définir précisément la date de la formation d'*actio commodati*. Dans les temps de Gaius le prêt à usage était sûrement protégé à l'aide de la demande en justice *in factum* et *in ius* (Gai 4,47). En citant les formules de l'action de dépôt ce juriste constata que *commodatum* possède les *formulae similes*. Par la ressemblance des formules de ces contrats Gaius suggère que la formule *in ius commodati* possédait la clause *ex bona fide*. Mais de l'autre côté le fait de placer le commodant dans l'édit pretorien de la rubrique *de rebus creditis* (D.12,1,1,1) ainsi que le manque de certitude, faute de la déformation du texte, que Gaius en énumérant les *actiones bonae fidei* (Gai 4,62) prit aussi en considération *commodatum*, peut faire remarquer que l'*actio commodati* ne possédait pas cette clause. Les textes qui comprennent expressis verbis cette clause dans la *formula in ius* ne peuvent pas supprimer des doutes puisqu'ils sont généralement connus comme interpolés (D.13,6,3,2; D.17,2,38 pr.). Cependant les preuves indirectes témoignent irréfutablement que le commodant comprenait la clause de la bonne foi. La possibilité d'appliquer l'indemnisation en est une preuve. Elle est citée dans beaucoup de textes concernant le commodant, ainsi que *ius retentionis* (droit de retention) à titre de la mise de fonds qui menait aussi indirectement à l'accomplissement de l'indemnisation (D.13,6,18,2; D.47,2,15,2; D.47,2,60/59). La susdite indemnisation résultait le plus souvent de titre des mises de fonds subies par le commodataire et c'était réalisé dans le *iudicium directum* (D.13,6,18,4). Dans des circonstances mentionnées on pouvait également procéder avec *actio commodati contraria* (D.13,6,17,1). On pouvait profiter de cette action non seulement en cas de la mise de fonds, mais aussi à titre de dommages que le commodataire subit en conséquence du prêt à usage (p. ex. par réticence des défauts de l'objet ou par la reprise de l'objet avant le délai) (D.13,6,5,8; D.13,6,17,3; D.13,6,17,5; D.13,6,18,3; D.13,6,21 pr.-1; D.13,6,22).