

II. PRACE DROBNE I MATERIAŁY

TOMASZ PALMIRSKI (Kraków)

Stanowisko prawne stron kontraktu użyczenia w świetle poglądów rzymskiej jurysprudencji

Użyczenie (*commodatum*) to umowa o nieodpłatne przekazanie rzeczy w celu używania, z obowiązkiem jej zwrotu w oznaczonym terminie lub po upływie czasu potrzebnego do racjonalnego użycia. Udzielający rzeczy to komodant, biorący w użyczenie to komodatariusz¹. Mimo że w obrocie prawnym *Imperium Romanum* użyczenie nigdy nie odgrywało tak ważnej roli jak sprzedaż (*emptio-venditio*) czy najem (*locatio-conductio rei*), to jednak umożliwiając darmowe korzystanie z cudzej rzeczy, ułatwiało życie codzienne². I chociaż z tej racji, że kontrakt ów opierał się na zaufaniu i przyjaźni stron, rzadko prowadził on do sytuacji konfliktowych, mających swój finał przed sądem, niemniej jako czynność prawna rodził wiele wątpliwości wynikających z interpretacji i rozwoju ogólnych pojęć. Tej właśnie problematyki dotyczy niniejszy artykuł.

¹ I.3,14,2: *...is cui aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. Sed is ab eo qui mutuum accepit longe distat: namque non ita res datur, ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur ... commodata autem res tunc proprie intellegitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur: gratuitum enim debet esse commodatum.*

² Literatura przedmiotu jest stosunkowo obfita; co do literatury XIX-wiecznej zob. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹ (opr. Th. Kipp), Frankfurt 1906, przedruki Aalen 1963, 1984; z opracowań XX w. zob. O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1901, s. 602 i n.; C. Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano, Opere di Contardo Ferrini III*, Milano 1929, s. 81 i n.; F. Carresi, *Il comodato. Il mutuo*, Torino 1950; F. Pastori, *Il comodato nel diritto romano, (Contributi all studio della responsabilità contrattuale)*, Milano 1954; F. Schwarz, *Die Konträrklagen*, ZSS 71 (1954), s. 111 i n.; S. Solazzi, *La responsabilità del commodatario nelle Istituzioni di Gaio*, Iura 6 (1955), s. 139 i n.; G.I. Luzzatto, *Commodati vel contra*, Labeo 2 (1956), s. 357 i n.; F. Pastori, *Sulla duplicità formulare dell'actio commodati*, Labeo 2 (1956), s. 89 i n.; F. Pastori, s.v. *comodato [diritto romano]*, NDI, III, Torino 1959, s. 688 i n.; G. Scherillo, s.v. *comodato [diritto romano]*, ED, VII, Milano 1960, s. 981 i n.; J. Michel, *Gratuité en droit romain. Etudes d'histoire et d'ethnologie juridiques*, Bruxelles 1962; M. Talamanca, s.v. *custodia*, ED, XI, Milano 1962, s. 562 i n.; B. Albanese, *D.13.6.19 e D.19.2.41 nel quadro dei pro-*

* * *

Jak już wspomniano na wstępie, na podstawie kontraktu użyczenia komodatariusz miał prawo używać cudzej rzeczy, z tym że winien to czynić zgodnie z jej przeznaczeniem i umową. Jeżeli korzystając z rzeczy przekroczył ustalone przez strony granice, wówczas popełniał *furtum usus*.

Problematyka ta była często dyskutowana przez rzymskich jurystów, czego przykładem są stosunkowo liczne teksty odnoszące się do tego przypadku. W pierwszej kolejności omówione zostaną jednak źródła literackie, albowiem również w nich odnajdujemy odnośne poglądy rzymskiej jurysprudencji:

Valerius Maximus, *Factorum et dictorum memorabilia* 8,2,4: *Multus sermo eo etiam iudicio manevit, in quo quidam furti damnatus est, qui quo, cuius usus illi Aricium commodatus fuerat, ulteriores eius municipii divovectus esset. Quid aliud hoc loci quam verecundiam illius saeculi laudemus, in quo tam minuti a pudore excessus puniebantur?*

Aulus Gellius, *Noctes Atticae* 6,15,1-2: (1) *Labeo in libro 'De Duodecim Tabulis' secundo acria et severa iudicia de furtis habita esse apud veteres scripsit, idque Brutum solitum dicere, et furti damnatum esse qui iumentum aliorum duxerat, quam quo utendum acceperat, item qui longius produxerat, quam in quem locum petierat.* (2) *Itaque 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'.*

Według Valeriusa Maximusa ten, kto wziął w użyczenie konia, aby dotrzeć z Rzymu do Aricii, lecz udał się dalej, do wzgórza oddalonego od miasta, został skazany za kradzież (*furtum*).

Analizę fragmentu autorstwa Gelliusa należy rozpocząć od jego części drugiej, albowiem tym, który sformułował abstrakcyjną regułę odnośnie do *furtum usus* był, jak wskazują F. Schulz³ i M. García Garrido⁴, cytowany tam-

blemi della „custodia”, Studi Grosso, I, Torino 1968, s. 77 i n.; V. Polacek, *Comodato e furto: spunti d'interpretazione dialettica*, Labeo 19 (1973), s. 161 i n.; M. García Garrido, *El furtum usus del depositario y del comodatario*, Atti Academia romanistica constantiniana (1981), s. 841 i n.; J. Słonina, *Commodatum rei suae*, PK 24 (1981), 3-4, s. 257 i n.; F. Pastori, *Comodato Contratto Responsabilità*, Milano 1982; J. Słonina, *Commodare habitationem*, PK 25 (1982), 3-4, s. 199 i n.; J. Słonina, *Korzystanie z rzeczy użyczonej w prawie rzymskim*, PK 26 (1983), 3-4, s. 181 i n.; P. L. Zannini, *Spunti critici per una storia del commodatum*, Milano 1983; A. D'Ors, *A propos de l'actio commodati*, Iura 34 (1983), s. 90 i n.; J. Słonina, *Actio commodati w prawie rzymskim*, PK 27 (1984), 3-4, s. 197 i n.; C. M. Tardivo, *Studi sul commodatum*, AG 204 (1984), s. 225 i n.; J. Paricio, *Una nota complementaria sobre la pretendida formula de buena fe del comodato (Contraposición entre D.13.6.13 pr. y D.12.6.17.5)*, Studi Biscardi, VI, Milano 1987, s. 355 i n.; L. Paricio Serrano, *La responsabilidad en el comodato romano a través de la casuística jurisprudencial*, Estudios J. Iglesias, I, Madrid 1988, s. 459 i n.; R. Robaye, *Le prêt d'usage est-il un contrat de bonne foi en droit romain classique*, RIDA 36 (1989), s. 351 i n.; W. Litewski, *Das Vorhandensein der formula in ius concepta mit der bona-fides-Klausel bei der Leihe*, RIDA 45 (1998), s. 287 i n.

³ F. Schulz, *Principien des römischen Rechts*, München 1934, s. 43.

⁴ M. García Garrido, *op. cit.*, s. 847.

że Quintus Mucius Scaevola. Według Scaevoli ten, kto używa zdeponowanej u niego rzeczy, bądź otrzymuje w użyczenie jakąś rzecz i używa jej w celu innym niż ustalony, jest odpowiedzialny za *furtum*. Natomiast w części pierwszej Brutus, cytowany przez Labeo, przedstawia przypadek zabrania przez komodatariusza użyczonego osła dalej niż ustalono. Wspomniany jurysta za odpowiedzialnego z tytułu kradzieży uważa tego, kto zabrał osła do miejsca innego niż to, do którego został mu on docelowo użyczony. Jak zawsze, kazuistyczne przypadki wyprzedziły sformułowanie *regula iuris*. Jakkolwiek nie wydaje się, aby dawna jureprudence (*veteres*) odróżniała jakieś inne kwestie czy wdawała się w dalsze wyjaśnienia. Pierwotne podstawy koncepcji zostały wyrażone w przytoczonej wyżej regule. Sam Labeo uważa tę interpretację za surową i okrutną. Nieznana nam jest jednak jego opinia ani zmiany, jakich dokonał w poglądach *veteres*, albowiem zarówno Digesta, jak i fragment zachowany w *Noctes Atticae* nie zawierają informacji odnośnie do jego punktu widzenia.

Dzięki komentarzom Paulusa znane są nam natomiast poglądy Sabinusa. Jurysta ten wprowadził nowy element, a nawet jeśli nie on był jego autorem, tutaj po raz pierwszy pojawia się on w źródłach:

D.47,2,40 (*Paulus libro nono ad Sabinum*): *Qui iumenta sibi commodata longius duxerit alienave re invito domino usus sit, furtum facit.*

Tak więc, popełnia kradzież ten, kto używa koni poza umówionym miejscem, lub używa rzeczy wbrew woli jej właściciela. Niespotykanym dotąd elementem jest postępowanie wbrew woli *dominus*. To samo rozwiązanie pojawia się ponownie u Pomponiusa:

D.47,2,77(76)pr. (*Pomponius libro vicensimo primo ad Quintum Mucium*): *Qui re sibi commodata vel apud se deposita usus est aliter atque accepit, si existimavit se non invito domino id facere, furti non tenetur. sed nec depositi ullo modo tenebitur: commodati an teneatur, in culpa aestimatio erit, id est an non debuerit existimare id dominum permissurum.*

W tekście tym do precedensowych kwestii należy z kolei to, iż nie uważa się odpowiedzialnego za kradzież tego, kto używając rzeczy w sposób nieobjęty ustaleniami, nie był świadomy, iż sprzeciwia się woli właściciela (użyczającego rzeczy). Zważyć również należy, iż ostatni z cytowanych jurystów nie mówi wprost o możliwości zastosowania *actio furti*⁵, lecz jedynie stwierdza, w jakich wypadkach nie ma ona miejsca. Podaje natomiast te przypadki, w których znajdzie zastosowanie *actio commodati*⁶.

⁵ Na temat przypadków, w których znajdowała zastosowanie skarga z tytułu kradzieży zob. niżej.

⁶ Zob. też J. Słonina, *Actio commodati...*, s. 200.

Oprócz obiektywnego czynnika *contrectatio* przy kradzieży jurysprudencja postawiła również wymóg występowania czynnika subiektywnego, jakim był *animus furandi*⁷. Kradzieży musiał zawsze towarzyszyć *dolus malus* (*animus furandi*) tego, który ją popełniał. W przypadku *furtum usus* można założyć, iż zawsze wtedy, gdy biorący w użyczenie korzystał z rzeczy poza ustalonymi granicami, pozostawał on w sytuacji złodzieja i podlegał *actio furti*. Pomimo to, mógł on zostać zwolniony z odpowiedzialności, jeśli wykazał, że nie działał w złym zamiarze, to znaczy nie postępował rozmyślnie wbrew woli *dominus*. Brak *dolus* musiał zostać udowodniony *apud iudicem* przez komodatariusza. Aby mógł to uczynić, w formule zbudowanej w oparciu o *actio furti*, zamieszczano również *exceptio*.

O *furtum usus* mówi także Gaius w *Institutiones*:

G.3,196: *Itaque si quis re, quae apud eum deposita sit, utatur, furtum committi; et si quis utendam rem acceperit eamque in alium usum transtulerit, furti obligatur; veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos cenam invitaturus, et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi gratia commodatum longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo, qui aciem perduxisset.*

Jurysta raz jeszcze przywołuje przykład użyczonego konia, czyniąc dosłowne odniesienie do rozwiązania podanego przez *veteres*. Komodatariusz otrzymawszy konia, aby dotrzeć do jakiegoś miejsca, jedzie dalej. Najczęstszym przypadkiem (przykładem, jakim zwykli posługiwać się *veteres*) było zabranie konia przez biorącego w użyczenie ze sobą na wojnę. Justynian w *Institutiones* prezentuje całą ewolucję odpowiedzialności w takim przypadku. Od pierwotnego braku rozróżnienia, gdy wszelkie różniące się od ustalonego użycie rzeczy stanowiło *furtum usus*, aż do późniejszego wyraźnego podziału uwarunkowanego *animus furandi*.

I.4,1,7: *Placuit tamen eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas acceperint, ita furtum committere, si se intellegant id invito domino facere eumque si intellexisset non permissurum, ac si permissurum credant, extra crimen videri: optima sane distinctione, quia furtum sine affectu furandi non committitur.*

To samo, jak widzieliśmy, znajduje się *implicite* już u Pomponiusa (w D.47,2,77[76]pr.), który uzupełnił regułę Quintusa Muciusa Scaevoli⁸.

Drugim problemem, jaki napotykamy w przypadku użyczenia konia i związanego z nim *furtum usus*, którego dopuścił się komodatariusz, jest kwestia środków, jakie przysługiwały przeciwko niemu.

⁷ Na temat *animus furandi* zob. G. Longo, *L'elemento soggettivo nel delitto di furto*, Studi di onore De Francisi, III, Napoli 1956, s. 251 i n.; B. Albanese, s.v. *furto*, ED, XVIII, Milano 1969, s. 313 i n.; M. Kaser, *Das römische Privatrecht* (cyt. RPr), I², s. 615, przyp. 6.

⁸ Zob. M. García Garrido, *op. cit.*, s. 845.

Tym między innymi zajął się Ulpianus:

D.13,6,5,7 (*Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum*): *Sed interdum et mortis damnum ad eum qui commodatum rogavit pertinet: nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis: idem erit et in homine. plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum. nam et si servum tibi tectorem commodavero et de machina ceciderit, periculum meum esse Namusa ait: sed ego ita hoc verum puto, si tibi commodavi, ut et in machina operaretur: ceterum si ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si machinae culpa factum minus diligenter non ab ipso ligatae vel funium perticarumque vetustate, dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere: nam et Mela scripsit, si servus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui neglegentius machinam colligavit.*

W cytowanym fragmencie⁹ jurysta stwierdza, że jeśli biorący w użyczenie popełnił *furtum usus* i nastąpiła śmierć konia, przysługuje *actio commodati*, albowiem *fur semper moram facere videtur*. Oczywiście sam fakt, że na wojnie nastąpiła śmierć konia stanowi przypadek *vis maior* i komodatariusz nie byłby w tym przypadku odpowiedzialny. Przy założeniu jednak, że koń został użyczony, aby iść na wojnę i jego śmierć następuje w czasie bitwy. Wówczas ryzyko (*periculum*) ponosi użyczający¹⁰. O ile jednak koń nie został użyczony na wojnę, a komodatariusz zabrał go na nią (popełniając *furtum usus*), ponosi on zawsze odpowiedzialność, nawet w przypadku siły wyższej.

Natomiast o konkurencji *actio commodati* z *condictio (ex causa) furtiva* wspominają Pomponius i Paulus:

D.13,1,16 (*Pomponius libro trigensimo octavo ad Quintum Mucium*): *Qui furtum admittit vel re commodata vel deposita utendo, conditione quoque ex furtive causa obstringitur: quae differt ab actione commodati hoc, quod, etiamsi sine dolo malo et culpa eius interierit res, conditione tamen tenetur, cum in commodati actione non facile ultra culpam et in depositi non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agentur.*

D.44,7,34,1 (*Paulus libro singulari de concurrentibus actionibus*): *Si is, cui rem commodavero, eam subripuerit, tenebitur quidem et commodati actione et conditione, sed altera actio alteram peremit aut ipso iure aut per exceptionem, quod est tutius.*

Pomponius, rozwijając myśl Quintusa Muciusa, przekazaną w cytowanych wyżej *Noctes Atticae* 6,15,2, dopuszczał *condictio (ex causa) furtiva*

⁹ Niektórzy autorzy uważają go za nieautentyczny; zob. F. Haymann, *Textkritische Studien zum römischen Obligationrecht (Über haftung für custodia)*, ZSS 45 (1925), s. 261 i n.; G. Beseler, *Romanistische Studien*, TR 8 (1928), s. 286; H.H. Pflüger, *Zur lehre von der Haftung des Schuldners nach römischen Recht*, ZSS 65 (1947), s. 128. Moim zdaniem należy przyjąć, iż jest on pochodzenia klasycznego, mimo wielu usterek gramatycznych i stylistycznych powstałych wskutek streszczenia rozważań Ulpianusa, dokonanego przez kompilatorów; zob. W.W. Buckland, *Diligens Paterfamilias*, Studi Bonfante, II, Milano 1930, s. 93; G. MacCormack, *Custodia and culpa*, ZSS 89 (1972), s. 210.

¹⁰ Na temat *periculum* zob. niżej.

w przypadku bezprawnego posłużenia się użyconą rzeczą¹¹. Natomiast Paulus przyznawał taką ochronę komodantowi wówczas, gdy komodatariusz wyzbył się potajemnie rzeczy, która została mu dana do używania. Według tego jurysty wniesienie jednej ze skarg wyklucza drugą bądź *ipso iure*, bądź – co wydaje się mu słuszniejsze – *per exceptionem*¹².

Wyżej już zasygnalizowano, że przeciwko komodatariuszowi, który korzystał z rzeczy niezgodnie z umową, przysługiwało również *actio furti*. Problemem tym zajął się także Iulianus (na którego rozstrzygnięcie powołuje się Ulpianus), Iavolenus oraz cytowany wyżej¹³ Pomponius:

D.13,6,5,8 (*Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum*): *Quin immo et qui alias re commodata utitur, non solum commodati, verum furti quoque tenetur, 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: si minus neque me certiorasti ibi chirographum esse scriptum, etiam teneris mihi, inquit, commodati: immo, ait, etiam furti, quoniam aliter re commodata usus es, quemadmodum qui equo, inquit, vel vestimento aliter quam commodatum est utitur, furti tenetur.*

D.47,2,72(71)pr. (*Iavolenus libro quinto decimo 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.*

Według Iulianusa i Ulpianusa, przeciwko biorącemu w użyczenie, który dopuścił się *furtum usus*, przysługiwało nie tylko *actio commodati*, lecz także – jako złodziejowi – *actio furti*. Pojawia się problem, czy mamy w tym przypadku do czynienia z kumulacją skargi reipersekutoryjnej (*actio commodati*) i skargi penalnej (*actio furti*), czy też z konkurencją skarg. Na pierwszy rzut oka tekst skłoniłby nas być może do przyjęcia pierwszej możliwości. Jest jednak rzeczą pewną, iż nie ma ku temu wystarczających podstaw. Poza tym, przeczy temu fragment autorstwa Iavolenusa, w którym z absolutną jasnością wskazuje się, iż nie chodzi o kumulację, lecz stosuje się albo *actio commodati*, albo *actio furti*, nigdy obie. Stosownie do jego brzmienia, jeśli zastosuje się *actio furti* (*nec manifesti*), wygasa (*ipso iure*) *actio commodati*. I *vice versa*, jeśli udzielający rzeczy wytoczy *actio commodati*, wygasa *ope exceptionis actio furti*, co oznacza, iż chodzi o konkurencję skarg a nie o ich kumulację¹⁴.

¹¹ Tak D. Liebs, *Die klagenkonkurrenz im römischen Recht (Zur Geschichte der Scheidung von Schadenersatz und Privatstrafe)*, Göttingen 1972, s. 110, przyp. 133; przeciwnie G. Scherillo, (*op. cit.*, s. 985 i n.), który uważa, że cytowany jurysta przytacza rozstrzygnięcie Q.M. Scaevoli dotyczące *actio furti* i *condictio furtiva*, sam zaś jest autorem komentarza dotyczącego *actio commodati*.

¹² Por. E. Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II.1, Berlin 1922, s. 104 i n.

¹³ Zob. D.47,2,77(76)pr.

¹⁴ Na temat konkurencji wspomnianych powództw zob. E. Levy, *op. cit.*, s. 95 i n.; D. Liebs, *op. cit.*, s. 87 i n.

Fakt, iż nie następuje kumulacja skargi penalnej (*actio furti*) oraz skargi reipersekutoryjnej (*actio commodati* lub *condictio [ex causa] furtiva*), nie powinien dziwić, chociaż w przypadku *furtum rei* dopuszcza się kumulację skargi penalnej (*actio furti*) z powodzstwami reipersekutoryjnymi (*rei vindicatio, condictio [ex causa] furtiva*)¹⁵. Stąd można przyjąć, że analizowany przypadek *furtum usus* był przez jurysprudence traktowany jako mniej poważny niż *furtum rei*. Być może jedynie przywiązaniem do tradycji tłumaczyć należy to, iż przez cały okres prawa klasycznego (z justyniańskim włącznie) użycie rzeczy poza umówionym zakresem uważa się za kradzież, albowiem ze strukturalnego punktu widzenia *furtum usus* jest obiektywnie mniejszym bezprawiem niż inne typy kradzieży¹⁶.

Autorem kolejnych tekstów dotyczących *furtum usus*, interesujących również ze względu na różne określanie granic odpowiedzialności komodatariusza, jest Gaius:

D.13,6,18pr. (*Gaius libro nono ad edictum provinciale*): *In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent. quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat: alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet. haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res, at si utriusque, veluti si communem amicum ad cenam invitaverimus tuque eius rei curam suscepisses et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas: sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpa fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotilibus aestimari solet.*

D.44,7,1,4 (*Gaius libro secundo aureorum*): *et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nihilo minus obligatus permanet: is vero qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio ruina naufragio, rem quam accepit amiserit, securus est. Alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit. sed et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat, tenetur, veluti si quasi amicos ad cenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum acceperit, peregre proficiscens secum portare voluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursu amiserit.*

Nie ma wątpliwości, iż pierwszy z cytowanych tekstów, przynajmniej w jego początkowej części (*In rebus commodatis... non solent*), został przere-

¹⁵ Zob. D. Liebs, *op. cit.*, s. 92 i n.; A.L. Olde Kalter, *Condictio ex causa furtiva und dominum*, TR 38 (1970), s. 107 i n.

¹⁶ Zob. L. Paricio Serrano, *op. cit.*, s. 468.

dagowany¹⁷. Jest bowiem rzeczą oczywistą, iż dotyczyła ona odpowiedzialności biorącego w użyczenie za *custodia*¹⁸. Być może Gaius wyróżniał także przypadki, kiedy komodatariusz nie podlegał odpowiedzialności, jak katastrofy na morzu, pożar etc. Problem pojawia się również wtedy, gdy w tekście mowa o tym, że biorący w użyczenie nie odpowiada w wypadku *fugas servorum qui custodiri non solent*. Jednak, jak wskazuje A. Metro¹⁹, juryści ustanowili podział niewolników (którego podstawa nie jest nam dobrze znana) na tych, *qui custodiri non solent*, i niewolników *qui custodiri solent*, i za ucieczkę tych pierwszych komodatariusz nie był nigdy odpowiedzialny. Jeśli natomiast *servus* należał do tych, których zwykło było się pilnować, biorący w użyczenie ponosił odpowiedzialność. Zakwalifikowanie do jednej lub drugiej kategorii było uwarunkowane cechami konkretnego niewolnika²⁰.

W dalszej części cytowanego fragmentu mówi się o tym, iż jeśli komodant zezwolił biorącemu w użyczenie, zabrać rzecz w podróż, w wypadku katastrofy statku, napaści piratów etc., ryzyko było po stronie użyczającego. I tu jurysta przytacza przykład zastawy, jeden z najczęstszych przypadków, które pojawiają się w źródłach odnośnie do kontraktu użyczenia. Gaius zaznacza, iż jeśli biorący w użyczenie zabiera zastawę w podróż za przyzwoleniem udzielającego rzeczy, wówczas ryzyko w przypadku *vis maior* ponosi ten ostatni. Natomiast jeśli transportuje on zastawę bez pozwolenia użyczającego, jest w sytuacji złodzieja (*furtum usus*)²¹ i w tym wypadku zawsze odpowiada za stratę rzeczy²².

Następnie Gaius mówi, że granice odpowiedzialności są inne, gdy zawarto kontrakt, który przynosi korzyść obydwu jego stronom. Jurysta stwierdza, że w przypadku użyczenia sreber na ucztę dla wspólnego przyjaciela, niektórzy juryści przyjmują, iż komodatariusz odpowiada wyłącznie za *dolus*. Sam ze swej strony przyznaje, że biorący w użyczenie nie powinien w takim przypadku odpowiadać za *culpa*²³.

W opisanym wyżej przypadku istotne jest przede wszystkim to, że stwierdza się tamże, iż biorący w użyczenie odpowiada za *dolus*, wbrew zasadzie ogólnej. Dzieje się tak dlatego, że rzymscy juryści przy ustalaniu granic odpo-

¹⁷ Zob. *Index Interpolationum*; zob. też C.A. Cannata, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale del diritto romano*, Milano 1966, s. 118; F. Pastori, *Il commodato...*, s. 181, 209, 210, 272 i 273 przyp. 29; por. G. MacCormack, *op. cit.*, s. 208 i n.; W. Kunkel, *Diligentia*, ZSS 45 (1925), s. 271 i n.; F. Haymann, *op. cit.*, s. 202 i n.

¹⁸ Według V. Arangio-Ruiza, *talis diligentia* prawdopodobnie zastąpiła oryginalną *custodia*. Autor nie wyklucza również, iż fragment posiada też jakąś przeróbkę w końcowej partii (V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*², Napoli 1958, s. 73, przyp. 1 i s. 203); zob. też J. Michel, *op. cit.*, s. 329 i n.

¹⁹ A. Metro, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano 1966, s. 153 i n.

²⁰ Na temat kradzieży dokonanej przez użyczonego niewolnika zob. niżej.

²¹ Zob. G.3,196.

²² Zob. L. Paricio Serrano, *op. cit.*, s. 470.

²³ Zob. D. Nörr, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, ZSS 73 (1956), s. 82.

wiedzialności stron umowy stosowali zasadę *utilitas*²⁴. Odnoszący korzyść z kontraktu nie mógł więc oczekiwać łagodnego traktowania przy określaniu granic jego odpowiedzialności za szkodę. Z drugiej strony ten kto ponosił ciężary, mógł liczyć na to, że nie będzie się od niego wymagało takiej staranności jak od tego, kto odnosi korzyści. W przypadku *commodatum* korzyść z kontraktu odnosi zazwyczaj biorący rzecz w użyczenie. Stąd jego odpowiedzialność za *custodia*. Wynika z tego wszakże, że w przypadku użyczenia przynoszącego korzyść wyłącznie użyczającemu, odpowiedzialność komodatariusza nie może sięgać granic *custodia* tylko granic *dolus*. Ulpianus dostarcza kilku przykładów:

D.13,6,5,10 (*Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum*): *Interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit: ut puta si quis ita convenit, vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scaenicis commodavit, vel ipsi praetori quis ultro commodavit.*

D.13,6,10,1 (*Ulpianus libro vicensimo nono ad Sabinum*): *Si rem inspectori dedi, an similismit ei cui commodata res est, quaeritur. et si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum praestabit ...*

W pierwszym fragmencie jurysta opisuje przypadek użyczenia rzeczy w celu pochwalenia się bogactwem narzeczonej bądź żony czy też przepychem igrzysk, które użyczający miał zorganizować. Podobnie, jeżeli użyczono rzecz rzeczoznawcy, który miał określić jej wartość dla dającego rzecz. Wówczas rzeczoznawca odpowiadał wyłącznie za działanie *dolo malo*. I chociaż w cytowanych fragmentach Ulpianus nie sprecyzował wyraźnie zasady korzyści, to uzależnienie przez niego odpowiedzialności komodatariusza wyłącznie za winę umyślną (*dolus*) od korzyści osiągniętych przez użyczającego, wskazuje na to, że tę właśnie zasadę zastosował w swych rozstrzygnięciach²⁵. Źródła zdają się również potwierdzać fakt, że jeśli obie strony czerpały korzyść z użyczenia, juryści kładli specjalny nacisk na interes użyczającego²⁶.

Drugi z cytowanych wyżej fragmentów (D.44,7,1,4) pochodzi z *Res cottidianae*, dzieła przypisywanego przez kompilatorów Gaiusowi²⁷. Chociaż

²⁴ Zob. B. Kübler, *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht*, [w:] *Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto v. Giercke*, 1910, II, s. 235 i n.; D. Nörr, *op. cit.*, s. 68 i n.; J. Michel, *op. cit.*, s. 325 i n.; H. J. Hoffmann, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte. Unter besonderer Berücksichtigung der culpa levissima*, Berlin 1968, s. 16 i n.; S. Tafaro, *op. cit.*, s. 123 i n., 207 i n.; F. de Robertis, *op. cit.*, s. 13 i n.

²⁵ Zob. F. Wieacker, *Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrechts*, ZSS 54 (1943), s. 59; D. Nörr, *op. cit.*, s. 78 i n.

²⁶ Zob. J. Michel, *op. cit.*, s. 333.

²⁷ Doktryna roztrząsała niejednokrotnie problem autorstwa *Res cottidianae* (*sive aurea*). Na ogół uznawano, że dzieło to nie pochodzi bezpośrednio od Gaiusa, ale że mamy do czynienia z wczesną przeróbką poklasyczną w duchu gajańskim, choć niektórzy autorzy twierdzą, że musi być

w całym tekście napotkać możemy podejrzaną terminologię²⁸, niemniej jednak, jego klasyczny substrat nie mógł ulec modyfikacjom²⁹.

Fragment rozpoczyna się przypomnieniem ogólnej reguły *genera non pereunt* głoszącej, iż osoba otrzymująca pożyczkę, nigdy nie przestaje być odpowiedzialna. Następnie, odnośnie do odpowiedzialności biorącego w użyczenie stanowi się, iż nie jest on odpowiedzialny jedynie w wypadku *vis maior qui humana infirmitas resistere non potest*. W każdym innym natomiast ponosi odpowiedzialność. Mówi się również, iż od komodatariusza wymaga się *diligentia exactissima*³⁰. Użycie takiego stopnia odpowiedzialności w tym kontekście nie jest łatwe do zrozumienia. Może była to próba oparcia odpowiedzialności biorącego w użyczenie na kryteriach obiektywnych, to jest niezależnie od jego winy. Odpowiedź na to pytanie znajdziemy w tendencji dającej się zaobserwować u Justyniana, który pod wpływem filozofii greckiej, wzmocnionej następnie przez religię chrześcijańską, podstawy odpowiedzialności deliktowej oparł na winie³¹. Jak zwykle, próbował on pogodzić stare z nowym, i w ten sposób nałożył terminologię odnoszącą się do odpowiedzialności subiektywnej na poglądy klasyków³². Klasycy zakładali bowiem, że biorący w użyczenie jest odpowiedzialny nie tylko wtedy, gdy można mu zarzucić winę, ale również w pewnych przypadkach, gdy winy zarzucić mu nie będzie można. Taka odpowiedzialność nosiła nazwę *custodia*. Nie była czymś abstrakcyjnym, lecz określano ją w sposób kazuistyczny. Biorący w użyczenie jest odpowiedzialny za pewne określone przypadki szkód, których mógłby uniknąć, strzegąc w sposób należyty użyczonej mu rzeczy. Z drugiej strony – o czym była już mowa wyżej – nie odpowiada za inne enumeratywnie wyliczone przypadki szkód, które traktuje się jako niemożliwe do uniknięcia (*vis maior*)³³. Tak więc można powiedzieć, że odpowiedzialność za *custodia* obejmowała przypadki *casus minor*, to znaczy takie, których nie można było zaliczyć do *vis maior*³⁴. Ten pogląd przeważał

ono przypisane Gaiusowi bez zastrzeżeń (zob. literatura u W. Wołodkiewicza, *Obligaciones ex variis causarum figuris*. Studia nad źródłami zobowiązań w rzymskim prawie klasycznym, Warszawa 1968, s. 11, 12, przyp. 1-4).

²⁸ Na przykład *custodiam praestare debet* zostało bez wątpienia zastąpione przez wyrażenie *exactissimam diligentiam custodiandae rei praestare compellitur* (zob. *Index Interpolationum*; V. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, s. 72, 73), co jak wskazuje ostatni z cytowanych autorów, spowodowało zmianę klasycznego kryterium odpowiedzialności obiektywnej na kryterium subiektywne.

²⁹ Zob. C.A. Cannata, *op. cit.*, s. 117.

³⁰ W D.13,6,18 pr. mowa jest o staranności *diligentissimus pater familias*.

³¹ Zob. W. Kunkel, *Diligentia...*, s. 266, 301; V. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, s. 73; F. de Robertis, *op. cit.*, s. 171; S. Tafaro, *Regula e ius antiquum in D.50.17.23*, Bari 1984, s. 218.

³² Obydwa cytowane wyżej teksty (D.13,6,18pr. i D.47,7,1,4) są uważane za interpolowane; zob. W. Kunkel, *Diligentia...*, s. 271; V. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, s. 66; przeciwnie C.A. Cannata, *op. cit.*, s. 145; G. MacCormack, *op. cit.*, s. 208 i n.

³³ Zob. F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, s. 515; za Heinecciussem (*Elementa Iuris Civilis*, Lib. III, Tit. XIV, § 784) takie przypadki nazwać można *Casus est eventus a divina providentia profectus, cui resisti non potest*.

³⁴ Zob. F. Schulz, *Classical Roman Law*, s. 515.

w XX w. wśród romanistów³⁵, co nie oznacza, że go nie dyskutowano³⁶. Odpowiedzialność za *custodia* można by określić jako odpowiedzialność gwarancyjną, gdyż osoba ją ponosząca ręczyła za skuteczny nadzór nad powierzoną rzeczą. Tak więc ten, kto gwarantował skuteczną opiekę (nadzór) nad rzeczą mu powierzoną, a jednocześnie nie przeszkadzał wystąpieniu szkody, był według wyobrażenia przeciętnego człowieka winny (nawet jeżeli w konkretnym przypadku to nie on zawinił), chyba że zaistniała przyczyna o charakterze *vis maior* wykluczająca owo zawinienie³⁷. Odpowiedzialność za *custodia* obejmuje przede wszystkim odpowiedzialność za utratę rzeczy w wyniku kradzieży³⁸. Oprócz biorącego w użyczenie odpowiedzialność za *custodia* ponosili również między innymi: folusznik (*fullo*) i krawiec (*sarcinator*)³⁹ oraz wynajmujący magazyny (*horrearius*)⁴⁰.

Odpowiedzialność za *custodia* nie była wszakże ciągle odpowiedzialnością obiektywną, albowiem nie wykraczała ponad to, czego można było wymagać od przeciętnego człowieka. Nikt więc nie może przyrzec więcej, niż jest to obiektywnie możliwe, tj. zapewnić takiego strzeżenia rzeczy, które obejmowałoby, na przykład, trzęsienia ziemi⁴¹. Te granice *custodia*, jak wyżej wspomniano, były określane mianem *vis maior*, lecz zawsze kazuistycznie, nigdy jako generalna reguła.

Odpowiedzialność za *custodia* nie zakładała winy. Oczywiście, ktokolwiek był odpowiedzialny za *custodia*, był również *a fortiori* odpowiedzialny za *culpa* lub *dolus*⁴². Mówi o tym Ulpianus:

D.13,6,10pr. (*Ulpianus libro vicensimo nono ad Sabinum*): *Eum, qui rem commodatam accepit, si in eam rem usus est in quam accepit, nihil praestare, si eam in nulla parte culpa sua deteriorem fecit, verum est: nam si culpa eius fecit deteriorem, tenebitur.*

Biorący w użyczenie nie odpowiadał więc za normalne zużycie się rzeczy. Gdy zaś zniszczył ją w sposób zawiniony, był za to zniszczenie odpowiedzialny.

³⁵ Zob. M. Kaser, *RPr*, I², s. 506; P. Jörs, W. Kunkel, L. Wenger (opr. H. Honsell, Th. Mayer-Maly, W. Selb), *Römisches Recht*⁴, Berlin 1987, s. 233 i tam cyt. literatura.

³⁶ G. MacCormack, *Custodia...*, s. 149 i n.; G.C.J.J. van den Bergh, *Custodiam praestare: custodia-Liability or Liability for failing custodia*, TR 43 (1975), s. 59 i n.; tenże, *Custodia and furtum pignoris, Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, I, Milano 1982, s. 601 i n.; R. Robaye, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles 1987.

³⁷ Zob. M. Kaser, *RPr*, I², s. 506 i n. oraz tam cyt. literatura; zob. też Th. Mayer-Maly, s.v. *vis*, RE IX A, szp. 340, Stuttgart 1961; D. Nörr, rec. Festschrift Artur Steinwenter. *Grazer Rechts- und Staatswissenschaftliche, Studien III* (1958), [w:] ZSS 76 (1959), s. 634.

³⁸ Zob. G.3,205-207.

³⁹ Zob. G.3,205; D.19,2,60,2; PS.2,31,29; D.47,2,12pr.

⁴⁰ Zob. D.19,2,60,6; D.19,2,60,9; D.19,2,55pr.

⁴¹ *Impossibile nulla obligatio est* (D.50,17,185); zob. też J. Hruschka, *Zwei Axiome des Rechtsdenkens*, [w:] *Aus dem Hamburger Rechtsleben, Festschrift für Walter Reimers*, Hamburg 1979, s. 459 i n.

⁴² Zob. M. Kaser, *RPr*, I², s. 511; J. Rosenthal, *Custodia und Aktivlegitimation zur Actio furti*, ZSS 68 (1951), s. 258 i n.

Należy zauważyć, że w źródłach odnajdujemy dwa różne rodzaje przypadków uszkodzenia użyczonego odzienia. Pierwszy dotyczy szkody dokonanej przez osobę trzecią, drugi, o czym wspomniano wyżej, przez samego komodatariusza.

Jeśli chodzi o szkodę dokonaną przez osobę trzecią na użyczonym odzieniu, źródła, jak wskazują między innymi E. Valiño i S. Schippani⁴³, zawierają trzy analogiczne przypadki. Pierwszy pochodzi od Iulianusa, dwa pozostałe od Ulpianusa, który jednak w obu fragmentach zawarł opinię pierwszego ze wspomnianych jurystów:

D.13,6,19 (*Iulianus libro primo digestorum*): *Ad eos, qui servandum aliquid conducunt aut utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere procul dubio est: qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?*

D.19,2,41 (*Ulpianus libro quinto ad edictum*): *Sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse Iulianus ait: qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? sed Marcellus interdum esse posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit: quae sententia Marcelli probanda est.*

D.9,2,11,9 (*Ulpianus libro octavo decimo ad edictum*): *Eum, cui vestimenta comodata sunt, non posse, si scissa fuerint, lege Aquilia agere Iulianus ait, sed domino eam competere.*

Pierwszy z cytowanych fragmentów zawiera, sformułowaną przez Salviusa Iulianusa, ogólną regułę odnośnie do rozpatrywanego problemu, choć w tekście zawarto jedynie opinię jurysty oddzieloną od konkretnego przypadku. Iulianus stwierdził, iż nie ma wątpliwości, że ten kto zobowiązał się strzec rzeczy, jak też biorący w użyczenie nie odpowiadają za szkodę spowodowaną bezprawnie przez osobę trzecią, albowiem jaką ich staranność w tym, by ktoś trzeci nie dokonał szkody na posiadanej przez owe osoby rzeczy, należy uznać za wystarczającą? Ulpianus w D.19,2,41 przytacza tę opinię, choć tym razem odnosi się ona do konkretnego przypadku. Jak twierdzi cytowany przez Ulpianusa Iulianus, najemca (który podobnie jak biorący w użyczenie odpowiadał za *custodia*) nie może być pozwany z tytułu szkody wyrządzonej przez osobę trzecią, albowiem nie jest w stanie należycie jej strzec przed tego typu przypadkami. Niemniej jednak, Ulpianus przytacza w następnej kolejności i aprobuje zdanie Marcellusa, jurysty nieco późniejszego od Iulianusa⁴⁴, według którego zarówno wtedy, gdy najemca mógł rzeczy strzec, jak i wtedy gdy on sam spowodował szkodę, może być pozwany, a zatem jest odpowiedzialny⁴⁵.

⁴³ E. Valiño, *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la Ley Aquilia*, Pamplona 1973, s. 93 i n.; S. Schippani, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino 1969, s. 213 i n. oraz tamże cyt. literatura.

⁴⁴ Zob. W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², Graz-Wien-Köln 1967, s. 213; W. Litewski, *Jurisprudencja rzymska*, Kraków 2000, s. 143, 145.

⁴⁵ Zob. też E. Valiño, *op. cit.*, s. 95.

Należy zauważyć, iż jeszcze w epoce, w której żył Iulianus, za zniszczenie rzeczy dokonane przez osobę trzecią nie jest odpowiedzialny komodatariusz (i, ogólnie rzecz biorąc, odpowiadający za *custodia*), dlatego też można uznać za słuszny pogląd C.A. Cannaty⁴⁶, który stwierdził, że jursprudence hadriańska nie dążyła do przewyciężenia wyłącznego prawa *dominus* do skargi, jakie przyznawała *lex Aquilia*. Niemniej jednak, jursprudence późnoklasyczna, podążając za Marcellusem (między innymi Ulpianus), rozciąga odpowiedzialność za *custodia* na pewne przypadki szkody, a zatem odpowiedzialność za *custodia* nie obejmowałaby już tylko kradzieży, lecz również pewne przypadki *damnum*.

Zauważyć należy, że Marcellus, a za nim Ulpianus, przy określaniu granic odpowiedzialności najemcy (a więc również komodatariusza) biorą już pod uwagę element subiektywny (ten, który miał strzec, nie zrobił tego). Być może jest to ogniwo łączące ją z odpowiedzialnością subiektywną prawa poklasycznego⁴⁷. Tak więc sądzić by można, iż w końcu epoki klasycznej przyznawano *actio legis Aquiliae* jako *utilis* w omawianym przypadku. W trzecim tekście Ulpianus ponownie przytacza opinię Iulianusa, który stwierdził, iż jeśli podarowano odzienie, osoba, której zostało ono użyczzone, nie może posłużyć się skargą *ex lege Aquilia*, gdyż skarga ta przysługuje jedynie właścicielowi. Jest rzeczą jasną, iż komodatariusz nie był legitymowany do wniesienia *actio legis Aquiliae*, gdyż *lex Aquilia* odnosiła się dosłownie do *erūs* (*dominus* w łacinie archaicznej)⁴⁸, a jursprudence interpretowała prawo dosłownie. Pomimo to, jak wskazuje E. Valiño⁴⁹, niewielka część romanistów sprzeciwiała się temu, ponieważ w późnej epoce klasycznej komodatariusz był legitymowany do wniesienia *actio legis Aquiliae* przeciwko osobie trzeciej, która spowodowała szkodę na użyczonych rzeczach⁵⁰.

Do drugiego rodzaju przypadków uszkodzenia użyczonych odzieży odnosi się Paulus:

D.44,7,34,2 (*Paulus libro tertio decretorum*): *Hinc de colono responsum est, si aliquid ex fundo subtraxerit, teneri eum conditione et furti, quin etiam ex locato: et poena quidem furti non confunditur, illae autem inter se miscentur. et hoc in legis Aquiliae actione dicitur, si tibi commodavero vestimenta et tu ea ruperis: utraeque enim actiones rei persecutionem continent. et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur: post commodati an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur: sed verius est remanere, quia simpli accedit: et simpli subducto locum non habet.*

⁴⁶ C.A. Cannata, *op. cit.*, s. 91.

⁴⁷ Zob. E. Valiño, *op. cit.*, s. 95.

⁴⁸ Zob. F. Schulz, *Classical Roman Law*, § 1007.

⁴⁹ A. Valiño, *op. cit.*, s. 93 i tam cyt. literatura.

⁵⁰ Zob. B. Albanese, *Studi sulla legge Aquilia*, *Annali Palermo* 21 (1950), s. 288 i n.; tenże, *D.13.6.19 e D.19.2.41 nel quadro dei problemi nella custodia*, *Studi Grosso*, I, Torino 1968, s. 80 i n.; M. Kaser, *RPr*, I², s. 622, przyp. 38.

Jeśli chodzi o różnicę pomiędzy przypadkiem opisanym przez Iulianusa (w D.9,2,11,9) a tym wspomnianym w cytowanym wyżej tekście, sprawa jest jasna. U Iulianusa szkody zostały dokonane przez osobę trzecią, u Paulusa natomiast powoduje je sam biorący w użyczenie. Tekst pochodzi z księgi Paulusa traktującej o konkurencji skarg i przedstawia kwestię konkurencji *actio commodati* oraz *actio legis Aquiliae*. Jurysta dochodzi do wniosku, iż nie ma kumulacji *actio commodati* (skarga reipersekutoryjna) i *actio legis Aquiliae* (skarga penalna). Wniesienie *actio commodati* wyklucza *actio legis Aquiliae* – *ope exceptionis*, jeśli uzna się, że istniała jedynie *actio commodati in factum*, zaś *ipso iure* jeśli się uzna, że istniała *actio commodati in ius* i *vice versa* (z tym że wygaśnięcie prawa do wniesienia *actio commodati* następowało *ipso iure*, albowiem *actio legis Aquiliae* była skargą *in ius*)⁵¹.

Jak wiadomo, skargi penalne kumulują się z odpowiadającą im rzeczowo skargą reipersekutoryjną⁵². Niemniej jednak, ponieważ *actio legis Aquiliae* była w okresie poklasycznym łącznie z prawem justyniańskim rozumiana jako skarga penalna z funkcją reipersekutoryjną, nie kumulowała się ona ze skargami reipersekutoryjnymi⁵³. Za pomocą tej skargi powód nie dochodził bowiem ścisłej wartości rzeczy, lecz jej najwyższej wartości w ostatnim roku (śmierć niewolnika lub zwierzęcia stadnego) bądź najbliższych 30 dniach (*in diebus triginta proximus*), co pogląd panujący w nauce odnosi do okresu liczonego wstecz od chwili dokonania czynu⁵⁴. Paulus wskazuje, o czym była już mowa wyżej, że jeśli wytoczono *actio legis Aquiliae*, wygasła skarga z kontraktu użyczenia. Problemem jest natomiast, czy możliwym było wytoczenie *actio legis Aquiliae* o nadwyżkę (a więc o to, czego nie udało się uzyskać za pomocą skargi z kontraktu). Cytowany jurysta uznaje, że nie, różnica jest bowiem drugorzędna odnośnie do wartości rzeczy i raz obliczona wartość podlegająca sąsądzeniu, nie daje powodu do upominania się o nadwyżkę. W rzeczywistości, z technicznego punktu widzenia, tekst Paulusa nie przedstawia większych trudności i podaje za kryterium ogólnym. Ponieważ mamy do czynienia z konkurencją obu skarg, użyczający powinien wybrać jedną z nich.

To samo rozwiązanie konkurencji skarg pojawia się ponownie u Gaiusa:

D.13,6,18,1 (*Gaius libro nono 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 qua earum actum fuerit, aliae tolluntur.*

⁵¹ Jako odrębna instytucja prawna powstało *commodatum* w późnej republice i chronione było przez *actio commodati (directa)*, będącą pretorską skargą z *formula in factum concepta*. W okresie wczesnoklasycznym pojawiła się cywilna *formula in ius concepta* z klauzulą dobrej wiary (zob. W. Litewski, *Rzymskie prawo prywatne*⁵, s. 281); problem ten zostanie szerzej omówiony niżej.

⁵² Co do możliwości kumulacji *actio furti* z *rei vindicatio* albo *condictio furtiva* zob. wyżej.

⁵³ Zob. M. Kaser, *RPr*, II², s. 438.

⁵⁴ Zob. O. Lenel, rec. F. Jolowicz, *The original scope of the lex Aquilia and the question of damages*, *The Law Quarterly Review* XXXVIII, [w:] *ZSS* 43 (1922), s. 575 i n.; M. Kaser, *Quanti ea res*

Actio legis Aquiliae konkurowała ze skargami z kontraktu zastawu, użyczenia i depozytu – kiedy powód wybiera jedną, druga wygasa. Odnosnie do pozostałych kwestii, zawsze wtedy, gdy komodatariusz oddawał rzecz zniszczoną (z wyjątkiem, kiedy szkoda byłaby spowodowana przez osobę trzecią)⁵⁵, jursprudenceja nie traktowała tego jako zwrot i dopuszczała *actio commodati* (alternatywną z *actio legis Aquiliae*)⁵⁶.

Resumując, w przypadku zwrotu rzeczy zniszczonej, komodant, zależnie od okoliczności, mógł zaakceptować zwrot (w tym wypadku biorący w użyczenie mógł dobrowolnie zapłacić kwotę za szkody, a jeśli tego nie czynił, dającemu w użyczenie przysługiwała *actio legis Aquiliae*) albo nie przyjmąwszy rzeczy, pozwać komodatariusza za pomocą *actio commodati* (jako że zwrot rzeczy w gorszym stanie od tego, w jakim była dana, nie był uważany za *reddere*), albo *actio legis Aquiliae*.

W związku z wątpliwościami nurtującymi jurystów w niektórych przypadkach odnośnie do zastosowania *actio commodati*, Ulpianus przedstawia przypadek użyczenia rzeczy w celu jej zastawienia:

D.13,6,5,12 (*Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum*): *Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares: dedisti: non repigneris, ut mihi reddas. Labeo ait commodati actionem locum habere, quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit: tunc enim vel in factum vel ex locato conducto agendum erit. plane si ego pro te rem pignori dederam tua voluntate, mandati erit actio. idem Labeo recte dicit, si a me culpa absit repignerandi, creditor autem nolit reddere pignus, competere tibi ad hoc dumtaxat commodati, ut tibi actiones adversus eum praestem. abesse autem culpa a me videtur, sive iam solvi pecuniam sive solvere sum paratus. sumptum plane litis ceteraque aequum est eum adgnoscerem, qui commodatum accepit.*

W cytowanym fragmencie możemy wyróżnić dwie części. W pierwszej przedstawiona jest następująca sytuacja: komodant daje komodatariuszowi jakąś rzecz, aby ten zastawił ją u swojego wierzyciela. Biorący w użyczenie nie wykupuje jednak zastawu, by zwrócić komodantowi rzecz, którą ten mu użyczył. Labeo mówi, iż ma miejsce skarga z kontraktu użyczenia, co Ulpianus uważa za słuszne, o ile w grę nie weszłoby wynagrodzenie, w takim bowiem wypadku należy pozywać za pomocą skargi z umowy najmu albo skargi *in factum*.

est, München 1935, s. 168 i n.; H. Ankum, *Quanti ea res erit in diebus XXX proximis dans le troisième chapitre de la lex Aquilia: un fantôme florentin*, Mélanges Ellul, Paris 1983, s. 171 i n.

⁵⁵ Zob. wyżej D.9,2,11,9.

⁵⁶ D.13,6,3,1 (*Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum*): *Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videtur reddita, quae deterior facta redditur, nisi quid interest praestetur: proprie enim dicitur res non reddita, quae deterior redditur.* To, co winno się rozumieć przez *reddere*, zostało poddane analizie jursprudenceji, która stwierdziła, iż nie chodzi o jakikolwiek zwrot, lecz o zwrot rzeczy w dobrym stanie. Dlatego też Ulpianus zaznaczał, że jeśli użyczoną rzecz oddawano zniszczoną, nie powinno się uważać, iż została zwrócona.

Moim zdaniem, nie pojawia się tu żaden trudny do zrozumienia problem. Jest bowiem oczywiste, że jeśli biorący w użyczenie nie wykupi rzeczy, aby ją zwrócić, zostaje pozwany za pomocą skargi z kontraktu użyczenia (*actio commodati*), co potwierdza zarówno Labeo jak i Ulpianus⁵⁷. Analogicznie w przypadku najmu, przeciwko najemcy, który nie odzyska rzeczy, przysługuje *actio conducti*. We fragmencie tym wyraźnie zostało podkreślone, że kontrakt użyczenia powstaje tylko wtedy, gdy ktoś daje rzecz w używanie nieodpłatnie. Jeśli świadczenia stron są wzajemne, ma miejsce umowa nienazwana, chroniona skargą *in factum*. Następnie mowa jest o tym, że jeśli ktoś zastawił rzecz, albowiem został o to poproszony, to wówczas (w przypadku jej niewykupienia przez zleceniodawcę) przysługuje zastawnikowi skarga z kontraktu zlecenia (*actio mandati*). Również i tu nie napotykamy żadnej trudności, bowiem z całą przejrzystością uznaje się istnienie zlecenia. Więcej niejasności występuje w części drugiej, którą należy uznać za interpolowaną⁵⁸. W tekście bowiem przedstawia się na przykład Labeo wypowiadającego się na temat cesji skarg, chociaż ta była możliwa w niektórych przypadkach dopiero z końcem epoki klasycznej (poprzez *actiones utiles*)⁵⁹. Wówczas nie było innego wyjścia, jak uciec się do przekazu czynnego (*delegatio nominis*) lub zastępstwa procesowego⁶⁰. Mowa jest tam również o kosztach procesowych, jakie winien w opisywanej sytuacji ponieść biorący w użyczenie. Jest to niezrozumiałe, jeśli zważy się, że postępowanie sądowe w okresie, w którym żył Labeo, wolne było od kosztów⁶¹. Chyba że przyjmie się, iż ostatnie zdanie pochodzi od samego Ulpianusa, a cała sytuacja znalazła swój finał w postępowaniu *extra ordinem*⁶².

Paulus z kolei przedstawił przypadek użyczenia misy do wyrabiania chleba:

D.12,6,36 (*Paulus libro quinto epitomarum Alfeni digestorum*): *Servus cuiusdam insciente domino magidem commodavit: is cui commodaverat pignori eam posuit et fugit: qui accepit non aliter se redditurum aiebat, quam si pecuniam accepisset: accepit a servulo et reddidit magidem: quaesitum est, an pecunia ab eo repeti possit. respondit, si is qui pignori accepisset magidem alienam scit apud se pignori deponi, furti eum se obligasse ideoque, si pecuniam a servulo accepisset redimendi furti causa,*

⁵⁷ Ostrożne sformułowanie Ulpiana zawarte w cytowanym fragmencie zaznaczone przez *puto* wynika z tego, że w czasach w których żył Ulpianus, użyczenie wychodziło powoli z użycia, co widać w terminologii stosowanej w konstytucjach cesarskich, w których termin *commodare* traci sens techniczny (zob. J. Słonina, *Korzystanie z rzeczy w prawie rzymskim*, s. 195 i tam cyt. literatura).

⁵⁸ Wystarczy spojrzeć na *Index Interpolationum*, aby przekonać się o wątpliwościach, jakie wzbudził analizowany fragment.

⁵⁹ Labeo urodził się około 48 r. p.n.e., zmarł zaś między 10 a 21 r. n.e. Koniec epoki prawa klasycznego to III w. n.e.

⁶⁰ Zob. W. Litewski, *Rzymskie prawo prywatne*⁵, Warszawa 2003, s. 266 i n.

⁶¹ Zob. M. Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*² (opr. K. Hackl) [cyt. ZPr²], München 1996, s. 374.

⁶² *Ibidem*, s. 496, 631, 632.

*posse repeti: sed si nescisset alienam apud se deponi, non esse furem, item, si pecunia eius nomine, a quo pignus acceperat, a servo ei soluta esset, non posse ab eo repeti*⁶³.

Stan faktyczny jest następujący. Niewolnik użyczył miśę bez wiedzy swojego właściciela. Komodatariusz następnie zastawił ją i uciekł. Zastawnik stwierdził, że zwróci miśę jedynie wtedy, kiedy otrzyma świadczenie będące przedmiotem zobowiązania, co też nastąpiło po tym, jak należny dług uiścił niewolnik. Powstaje pytanie, czy można domagać się od zastawnika kwoty, którą pobrał on od niewolnika.

Paulus uzależnia swoją odpowiedź od *scientia* wierzyciela (lichwiarza), to znaczy od tego, czy wiedział on czy nie, iż miśa należała do właściciela niewolnika. Jeżeli założymy, że lichwiarz miałby tego świadomość, należałoby mówić o kradzieży (*si is qui pignori accepisset magiem alienam scit...furti eum se obligasse*), ponieważ pojęcie kradzieży opiera się na korzyści, którą osoba trzecia czerpie na skutek szkody na rzecz *dominus*⁶⁴. Niemniej jednak, kwestia *scientia* (w znaczeniu działania w świadomym zamiarze) jest niezbędna, aby w ogóle mówić o kradzieży, jeśli bowiem nie było zamiaru, nie można mówić o kradzieży. Dlatego też, jeśli nastąpiła kradzież, *dominus* ma *condictio* przeciwko temu, kto otrzymał kwotę pieniężną, zatrzymuje ją bowiem bezpodstawnie. Można uznać, iż jest tak, jakby ukradł także kwotę pieniężną i przysługiwałaby przeciw niemu *condictio (ex causa) furtiva*⁶⁵. W przypadku, gdy zastawnik nie był świadomy pochodzenia rzeczy, nie popełniał kradzieży, dlatego też nie można było domagać się kwoty zapłaconej przez niewolnika.

Opisany wyżej przypadek może być połączony z treścią fragmentu osiemnastej księgi komentarza Ulpianusa do dzieła Sabinusa:

D.13,6,14 (*Ulpianus libro quadragesimo octavo ad Sabinum*): *Si servus meus rem meam tibi scienti nolle me tibi commodari commodaverit, et commodati et furti nascitur actio et praeterea condictio ex causa furtiva.*

Ulpianus zaznacza tu, iż jeśli mój niewolnik użyczył ci należącej do mnie rzeczy, a ty wiedziałeś, że ja nie chciałem, aby została ci ona użyczona, jest miejsce dla udzielenia *actio commodati*, *actio furti* oraz *condictio (ex causa) furtiva*, z tym że (o czym już była mowa wyżej) skargi te konkurują między sobą.

⁶³ Szczegółowe omówienie tego tekstu znajduje się jedynie u M. García Garrido, (*Derecho Privato Romano. Acciones, casos, instituciones*⁴, Madrid 1988, s. 184-185) oraz L.P. Serrano (*op. cit.*, s. 496 i n.). Niewielkie wzmianki znajdują się także u G. Pugliese (*Obligazione del capofamiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime dell'noxalità*, Studi di onore De Francisci, IV, Napoli 1956, s. 280) i F. de Robertis (*Scientia debitoris: causae imputandi e presupposti della responsabilità*, Syntelaia Arancio Ruiz, Napoli 1964, s. 587, przyp. 12). M. Kaser (*RPr*, I²), nawet nie wspomina tego tekstu. W indeksie źródeł czasopisma „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte”, Rom. Abt. pojawia się on trzykrotnie, jednak w pracach, do których indeks się odwołuje, cytuje się go tylko jako odniesienie, bez żadnego komentarza.

⁶⁴ Zob. G. Longo, *L'elemento soggettivo nel delitto di furto*, Studi di onore De Francisci, III, Napoli 1956, s. 280.

⁶⁵ Zob. A. D'Ors, *The odium furtum of Gaius 4.4*, RIDA 12 (1965), s. 453 i n.

Z całą pewnością, jeśli ktoś pragnie, aby mu coś użyczono i prosi o to najpierw właściciela, który nie chce użyczyć, a wtedy zwraca się do niewolnika, popełnia kradzież. Zawładnął bowiem rzeczą wbrew woli właściciela. Ponownie w tekście mówi się o *scientia*, to znaczy, o działaniu w zamiarze. Komodatariusz wie, że właściciel rzeczy nie chce mu jej użyczyć (gdyż bądź to – jak zwykle bywa – zapytał go o to, bądź też tak zakłada: w tym przypadku, jeśli prosi o to niewolnika, działa w złym zamiarze) i dlatego, jeśli posiadzie ją przy pomocy niewolnika, popełnia kradzież.

Odpowiedzialność biorącego w użyczenie nie dotyczyła wyłącznie samej rzeczy oddanej mu do używania, lecz rozciągała się również na jej przynależności. Na ten temat wypowiada się przede wszystkim Ulpianus:

D.13,6,5,9 (*Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum*): *Usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat: ut puta equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur: etiam pulli te custodiam praestare debere veteres responderunt.*

D.47,2,14,15 (*Ulpianus libro vicensimo nono ad Sabinum*): *Non solum autem in re commodata competit ei cui commodata est furti actio, sed etiam in ea, quae ex ea adgnata eat, quia et huius custodia ad eum pertinet. Nam et si servum tibi commodavero, et vestis eius nomine furti ages, quamvis vestem, qua vestitus est, tibi non commodaverim. Item si iumenta tibi commodavero, quorum sequella erat eculeus, puto competere furti actionem etiam eius nomine, quamvis ipse non sit commodatus.*

Pierwszy z cytowanych tekstów nie przedstawia śladów żadnej istotnej zmiany z wyjątkiem ewidentnego zastąpienia *custodia praestanda* przez *diligentia praestanda*⁶⁶. Jako zasadę ogólną Ulpianus wskazuje na początku, iż biorący w użyczenie odpowiada również za przynależności rzeczy użyczonej. Dla potwierdzenia tej zasady wymienia, znany już jurystom republikańskim, przypadek użyczenia klaczy (*equa*), której towarzyszyło jej młode (*pullus*). Ulpianus przypomina, iż już *veteres* byli zdania, że biorący w użyczenie odpowiadał za *custodia* nad źrebięciem. Sam podziela tę opinię, co pozwala nam sądzić, iż dawna reguła pozostała niezmienną⁶⁷.

To samo rozwiązanie odpowiedzialności komodatariusza za pieczę nad przynależnościami rzeczy głównej pojawia się ponownie w D.47,2,14,15, choć traktowane jest ono tutaj w związku z *actio furti*, która przysługiwała biorącemu w użyczenie odnośnie do rzeczy głównej. Jak wiadomo, odpowiedzialność za pieczę dotyczy przede wszystkim ryzyka kradzieży i odpowiada-

⁶⁶ Zob. V. Arangio Ruiz, *op. cit.*, s. 97; C.A. Cannata, *op. cit.*, s. 53 przyp. 33; zob. też *Index Interpolationum*. Sygnalizowana interpolacja nie dotyczy końcowego fragmentu tekstu, który pozostał w wersji niezmiennionej (*custodia praestare*).

⁶⁷ Ów przypadek użyczenia klaczy, której towarzyszył źrebak, rozpatrywany odnośnie do odpowiedzialności biorącego w użyczenie również za przynależności, jest dobrym przykładem na formowanie się jednolitej opinii w analizowanym przypadku. Zajmowali się nim bowiem najpierw dawni juryści republikańscy (*veteres*), później juryści epoki pryncypatu i Sabinus, który, jak wynika ze świadectwa Ulpianusa, sformułował regułę ogólną, a na koniec juryści późnej epoki klasycznej.

jącemu za *custodia* przysługuje *actio furti* przeciw złodziejowi. Ulpianus rozpoczyna od przytoczenia zasady ogólnej, sformułowanej przez Sabinusa, iż biorącemu w użyczenie przysługuje *actio furti* przeciwko złodziejowi, nie tylko za rzecz użyczoną, ale i za tę, która się z niej narodziła, gdyż ona również podlega pieczy komodatariusza. Razem z przykładem z odzieniem Ulpianus ponownie przywołuje przypadek klaczy i towarzyszącego jej źrebięcia, wskazując, iż nawet jeśli nie było ono odrębnym przedmiotem użyczenia, komodatariusz posiada także skargę z tytułu kradzieży przeciwko złodziejowi. Jak możemy zaobserwować, rozwiązanie to jest identyczne z podanym w D.3,6,5,9, z tą różnicą, iż tutaj pojawia się ono w bardziej szczegółowej wersji. Ulpianus przytacza także inny przykład, dotyczący stroju użyczonego niewolnika. Komodatariusz odpowiada za *custodia* niewolnika (rzecz główna), jak i jego odzienia (przynależność) i może posłużyć się *actio furti* przeciwko złodziejowi tego odzienia.

Wyżej zasygnalizowano już, że juryści zajmujący się problematyką związaną z kontraktem użyczenia, w przypadku, gdy jego przedmiotem był niewolnik, ustanowili ich podział (którego podstawa nie jest nam dobrze znana) na tych, *qui custodiri non solent* i niewolników *qui custodiri solent*. Zaliczenie użyczonego niewolnika do jednej z tych dwóch kategorii było uwarunkowane obiektywnymi okolicznościami konkretnego niewolnika i miało wpływ na ewentualną odpowiedzialność komodatariusza. Problematykę tę porusza w księdze dwudziestej ósmej swego komentarza do edyktu Ulpianus:

D.13,6,5,5-6 (*Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum*): (5) *Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare.* (6) *Sed an etiam hominis commodati custodia praestetur, apud veteres dubitatum est. nam interdum et hominis custodia praestanda est, si vinculus commodatus est, vel eius aetatis, ut custodia indigeret: certe si hoc actum est, ut custodiam is qui rogavit praestet, dicendum erit praestare.*

Krótki paragraf piąty to jedynie przypomnienie ogólnej zasady odnośnie do odpowiedzialności biorącego w użyczenie: *custodiam plane commodatae rei (etiam diligentem) debet prestare* i nie ma potrzeby się nad nim zatrzymywać. O wiele większe trudności napotykamy w następującym po nim paragrafie szóstym, który dla jasności wywodów podzielić należy na dwie części. Część pierwsza (*Sed an etiam... dubitatum est*) nie przedstawia żadnych trudności, jako że Ulpianus przypomina jedynie wątpliwości, jakie juryści republikańscy (*veteres*) prezentowali odnośnie do odpowiedzialności za *custodia* użyczonego niewolnika. Bardziej dyskusyjna wydaje się druga część fragmentu. Wielu romanistów przyznało, iż począwszy od *nam* styl tekstu wydaje się zbyt ciężki⁶⁸, jednak moim zdaniem nie ma podstaw, aby wątpić w klasycyzm tego fragmentu⁶⁹. Należy

⁶⁸ Zob. *Index Interpolationum*; zob. też V. Arangio Ruiz, *op. cit.*, s. 169; C.A. Cannata, *op. cit.*, s. 45 i n.; A. Metro, *op. cit.*, s. 52.

⁶⁹ Zob. też L. Paricio Serrao, *op. cit.*, s. 483.

oczywiście odrzucić, jako nieznajdującą uzasadnienia, opinię G. Beselera⁷⁰, według której Ulpianus w oryginalnym tekście zacytować miał poglądy różnych jurystów, przez kompilatorów zredukowane do jednego, bynajmniej nie ogólnie akceptowanego⁷¹. Moim zdaniem nie można również zgodzić się z hipotezą F. Schulza⁷², który rekonstruował fragment następująco: *[nam] interdum et hominis [custodia] <fuga> praestanda est*, gdyż utrzymywałby tym samym, iż biorący w użyczenie odpowiadał za *custodia* zawsze. To z kolei, o czym będzie jeszcze mowa niżej, odnosiło się jedynie do niewolników *qui custodiri solent*, ponieważ odnośnie do *servi qui custodiri non solent* ich ucieczka była traktowana jako przypadek *vis maior*, wyłączający odpowiedzialność komodatariusza⁷³.

Tekst powinien być analizowany w połączeniu z wypracowanymi przez jurysprudencej kategoriami niewolników *qui custodiri solent* oraz *qui custodiri non solent*. Ulpianus włącza do pierwszej ze wspomnianych kategorii niewolnika określanego jako *vinctus* (więzionego, związanego, zwyciężonego) oraz niewolnika w określonym wieku, to znaczy niewolnika będącego bądź bardzo małym dzieckiem, bądź starcem.

Jak wiadomo, biorący w użyczenie jest odpowiedzialny za strzeżenie rzeczy (*custodia*). Jednak gdy chodzi o niewolników, kwestia jego odpowiedzialności jest o wiele bardziej problematyczna. Dlatego też jurysprudenceja wypracowała te dwie kategorie dotyczące niewolników, których konkretna sytuacja czyniła podobnymi lub nie do rzeczy ruchomych czy zwierząt.

Jest rzeczą oczywistą, iż oba cytowane przez Ulpianusa przypadki, niewolnik *vinctus* i niewolnik dziecko (lub niewolnik starzec), dotyczą ludzi w pewnym sensie ubezwłasnowolnionych, a zatem niemogących uciec i stąd komodatariusz odpowiada za *custodia*, tak jak w przypadku użyczenia rzeczy ruchomych czy zwierząt. Przeciwnie natomiast, gdy chodzi o niewolnika własnowolnego, jest oczywiste, iż w pewnych okolicznościach biorący w użyczenie nie jest w stanie zapobiec jego ucieczce. Dlatego też jurysprudenceja uważa tych ostatnich za *servi qui custodiri non solent* i nie czyni komodatariusza odpowiedzialnym za ich ucieczkę, albowiem jest ona traktowana jako przypadek *vis maior*. Powyższe potwierdza również Gaius:

D.13,6,18pr. (*Gaius libro nono ad edictum provinciale*): *In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent. quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat: alioquin si cui ideo*

⁷⁰ G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen 1920, s. 297.

⁷¹ Zob. V. Arangio Ruiz, *op. cit.*, s. 169; L. Paricio Serrao, *op. cit.*, s. 483.

⁷² F. Schulz, [w:] *Index Interpolationum*.

⁷³ Zob. C.A. Cannata, *op. cit.*, s. 45 przyp. 14; A. Metro, *op. cit.*, s. 152, przyp. 162.

argentum commodaverim, quod is amicos ad cenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet. haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res, at si utriusque, veluti si communem amicum ad cenam invitaverimus tuque eius rei curam suscepisses et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas: sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpa fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet.

Choć w końcowej części tekstu (*certe si ... erit praestare*) Ulpianus wspomina o odpowiedzialności komodatariusza za *custodia* również w takim przypadku, to moim zdaniem nie stoi to w sprzeczności z tym, co powiedziano wyżej, skoro dopuszcza się umowną modyfikację odpowiedzialności stron umowy⁷⁴.

Z kolei Paulus zajął się przypadkiem kradzieży, której dopuścił się oddany w użyczenie niewolnik:

D.13,6,22 (*Paulus libro vicensimo secundo 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 ignorantia commodavit*⁷⁵.

Tekst wzbudził wiele wątpliwości wśród romanistów, którzy uznali za interpolację zdanie (*quemadmodum ... impedisti*)⁷⁶ (teza przyjęta przez F. de Visschera)⁷⁷. O. Lenel⁷⁸ i G. Segre⁷⁹ uważają za zmienioną całą drugą część tekstu (*et furti ... commodavit*). D. Liebs⁸⁰ natomiast nie odnajduje istotnych zmian. T. Giménez-Candela⁸¹ w swoim studium na temat odpowiedzialności noksalnej nie omawia tego tekstu.

⁷⁴ Co do interpolacji końcowego fragmentu tekstu zob. A. Metro, *op. cit.*, s. 151, i odnośna literatura cyt. tamże w przyp. 161.

⁷⁵ Według kompilatorów cytowany tekst pochodził z 22 księgi *ad Edictum* Paulusa, dotyczącej *lex Aquilia*. Choć akceptuje to między innymi O. Lenel (*Palingenesia iuris civilis*, I, col. 1010-1013, Lipsiae 1889), wydaje się, że brak podstaw, aby się z tym zgodzić, przede wszystkim dlatego, iż nie dotyczy ów fragment deliktu *damnum iniuria datum* regulowanego wspomnianą ustawą. Według L. Paricio Serrao (*op. cit.*, s. 485), z czym należy się zgodzić, mamy tu do czynienia z błędem w transkrypcji dokonany przez kompilatorów (a być może zawartym już w kopii, na której pracowali), którzy zacytowali jako XXII księgę XXIX, gdyż właśnie ta księga komentra *ad Edictum* Paulusa dotyczyła kontraktu użyczenia (O. Lenel, *Palingenesia...*, I, col. 1022-1023). To znaczy, iż błąd spowodowało pomylenie ostatniej cyfry X z I.

⁷⁶ Zob. *Index Interpolationum*.

⁷⁷ F. de Visscher, *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles 1947, s. 473, przyp. 49; podobnie F. Pastori, *Il commodato...*, s. 373 przyp. 19.

⁷⁸ Zob. *Index Interpolationum*.

⁷⁹ G. Segre, *Sull eta dei giudizi di buona fede di commodato e di pegno*, Studi Fadda, VII, Scritti vari di diritto romano, Torino 1952, s. 91.

⁸⁰ D. Liebs, *op. cit.*, s. 122 i n.

⁸¹ T. Giménez Candela, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona 1981.

Według L. Paricio Serrao⁸² tekst przeredagowano w całości, zniekształcając na zawsze oryginał Paulusa. Według cytowanego autora, samo zdanie w nawiasie (*quemadmodum...impedisti*) nie ma zbyt wiele wspólnego z fragmentem je poprzedzającym, a porównanie pomiędzy wydatkami na leczenie niewolnika i kradzieżą popełnioną przez niewolnika jest doprawdy w najwyższym stopniu niezręczne. Nie można się z tym do końca zgodzić. Paulus stwierdza bowiem jedynie, iż *actio commodati contraria* przysługuje przeciwko komodantowi z tytułu popełnionej przez użyczonego niewolnika kradzieży, przy założeniu że dający w użyczenie znał jego skłonności do kradzieży. Wspomniana skarga ma również miejsce w przypadku poczynionych na niewolnika nakładów. Taka opinia jest zgodna z prawdą. O możliwości zastosowania w tym przypadku *actio commodati contraria* będzie mowa niżej⁸³. Według rozstrzygnięcia zaproponowanego przez Paulusa, biorącemu w użyczenie, który został okradziony przez użyczonego niewolnika, przysługuje również w każdym przypadku⁸⁴ *actio furti (noxalis)*⁸⁵.

W dotychczasowej analizie tekstów poruszających problematykę odpowiedzialności komodatariusza niejako *a priori* zakładano, iż po tej stronie umowy występował tylko jeden podmiot. W źródłach znaleźć możemy jednak również fragmenty przedstawiające problematykę tak zwanej mnogości podmiotów równorzędnych. Między innymi Ulpianus w komentarzu do edyktu pretorskiego przedstawia taki przypadek:

D.13,6,5,15 (*Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum*): *Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius scripsit libro sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur. et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. usum autem balinei quidem vel porticus vel campi uniuscuiusque in solidum esse (neque enim minus me uti, quod et alius uteretur): verum in vehiculo commodato vel locato pro parte quidem effectu me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam. sed esse verius ait et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere: quare duo quodammodo rei habebuntur et, si alter conventus praestiterit, liberabit alterum et ambobus competit furti actio.*

D.13,6,7pr. (*Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum*): *Unde quaeritur, si alter furti egerit, an ipse solus debeat commodati conveniri. et ait Celsus, si alter conveniatur qui furti non egit, et paratus sit periculo suo conveniri alterum qui furti agendo lucrum sensit ex re commodata, debere eum audiri et absoluti.*

Problem przedstawiony w cytowanych fragmentach dotyczy odpowiedzialności osób, którym użyczono wóz. W pierwszej kolejności Ulpianus

⁸² L. Paricio Serrao, *op. cit.*, s. 485 i n.

⁸³ Zob. niżej.

⁸⁴ A więc niezależnie od tego czy właścielowi niewolnika, można było zarzucić, że świadomie naraził komodatariusza na kradzież.

⁸⁵ Zob. też J. Stonina, *Actio commodati...*, s. 220.

przycacza opinię Celsusa syna, który przypomina ogólną zasadę, zgodnie z którą własność lub posiadanie nie może należeć w całości jednocześnie do dwóch osób, lecz dana im jest współwłasność niepodzielnej części rzeczy. Inaczej jednak wygląda kwestia samego korzystania z rzeczy (przez dwie lub więcej osób). Wskazuje, że użycie łaźni, krużganka czy pastwiska należy w całości do każdego współwłaściciela, gdyż korzystanie z (całej) rzeczy przez jednego ze nich nie oznacza, że inni współwłaściciele są w swym prawie do używania rzeczy w jakikolwiek sposób ograniczeni. Ulpianus po przytoczeniu tego poglądu zaznacza, iż choć w przypadku użyczenia (najmu) wozu może wydawać się, że mamy do czynienia z podzielnością *quia non omnia hora vehiculi teneam*, opinia Celsusa odnośnie do tego, iż zarówno oboje solidarnie odpowiadają, jak i oboje mają *actio furti* przeciw złodziejowi, jest pewna. Należy jednak pamiętać, że jeśli jeden z biorących w użyczenie posłuży się wspomnianą skargą, to wówczas wygasa możliwość wniesienia *actio furti* przez drugiego z komodatariuszy⁸⁶.

W drugim z cytowanych fragmentów Ulpianus stawia pytanie: czy komodant może zastosować *actio commodati* przeciw jednemu z komodatariuszy, jeśli drugi z nich wytoczył już *actio furti*? I ponownie powraca Ulpianus do opinii Celsusa, który twierdził, iż w takim wypadku skarga przysługiwała przeciwko temu, kto posłużył się *actio furti* i z tego tytułu odniósł pewne korzyści. Z całą pewnością, jeśli chodzi o solidarnych dłużników, można było zastosować *actio commodati* przeciw któremukolwiek z komodatariuszy, jeśli jednak jeden z nich pozwał złodzieja, to przeciw niemu przysługiwała skarga z kontraktu użyczenia. Rozwiązanie to wydaje się oparte raczej na zasadach słuszności niż na ścisłych zasadach, którymi rządziła się solidarność bierna⁸⁷.

Problem odpowiedzialności (wielu) komodatariuszy porusza również Africanus:

D.13,6,21,1 (*Africanus libro octavo quaestionum*): *In exercitu contubernalibus 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 contubernalibus constat pro cuiusque parte: sed et illi mecum furti servi nomine agere possunt, quando et noxa caput sequitur. et si tibi rem periculo tuo utendam commo-
davero eaque a servo meo subripiatur, agere mecum furti possis servi nomine.*

Fragment ten, należący do ósmej księgi *Quaestiones Africanusa*, w których odtwarza on myśl swojego mistrza Iulianusa⁸⁸ – rzecz zdumiewająca – nie jest omawiany ani w monografiach dotyczących użyczenia, ani w opracowaniach

⁸⁶ D.13,6,6 (*Pomponius libro quinto ad Sabinum*): *ut alter utro agente alterius actio contra furem tollatur.*

⁸⁷ Zob. L. Paricio Serrao, *op. cit.*, s. 492.

⁸⁸ Zob. W. Kunkel, *Herkunft...*, s. 172 i n.

na temat odpowiedzialności kontraktowej (nie omawiają go V. Arangio Ruiz, F. Pastori, P.L. Zannini, ani A. Metro czy C.A. Cannata)⁸⁹.

Wspomniany jurysta opisuje przypadek użyczenia naczyń kilku osobom. Jakiś czas potem niewolnik należący do komodanta kradnie je. Udaje się go złapać, lecz wówczas okazuje się, że nie ma on już tych naczyń przy sobie. Africanus stwierdza, że użyczającemu przysługiwała skarga z kontraktu użyczenia (*actio commodati*) przeciwko komodatariuszom, stosownie do udziału każdego z nich, zaś biorącym w użyczenie skarga (*actio furti*) z tytułu deliktu popełnionego przez niewolnika należącego do komodanta.

Z powyższego wynika więc jasno, że rozwiązanie zaproponowane przez Africanusa jest diametralnie różne od tego, które proponował, cytowany przez Ulpianusa, Celsus. Ponieważ oba teksty pochodzą od tej samej komisji kodyfikującej – komisji sabiniańskiej, dodatkowo nie ułatwia to wyjaśnienia dlaczego w tak bliskich sobie tekstach zachowało się odmienne traktowanie zagadnienia. G.G. Archi⁹⁰ nie wyklucza, iż chodzi o kontrowersję pomiędzy ostatnim ze wspomnianych jurystów (który przyjmował odpowiedzialność *in solidum*), i Iulianusem (Africanusem), którzy mówią o odpowiedzialności *pro parte* w przypadku wielości biorących w użyczenie. Wskazuje jednak, iż stwierdzenie *pro cuiusque parte* mogło również zostać wtrącone później przez kompilatorów.

Ryzykiem byłoby skłaniać się ku jednemu lub drugiemu rozwiązaniu. Jednak skoro Africanus wspomina, iż naczyń użyczono na wspólne ryzyko (*communi periculo*) komodatariuszy, bardziej prawdopodobne okazuje się uznać za interpolowany ostatni z cytowanych fragmentów⁹¹, przede wszystkim dlatego, iż, jak to zostanie dowiedzione poniżej, w prawie klasycznym istniał ścisły związek pomiędzy *periculum* i odpowiedzialnością.

Periculum może odnosić się zarówno do ryzyka, które ponosi właściciel jakiejś rzeczy, kiedy ta doznaje szkody wywołanej wskutek działania siły wyższej (mówimy wtedy o *periculum vis maiores*), jak i do ryzyka, jakie ponosi dłużnik w określonej relacji prawnej, a mianowicie *periculum custodiae*⁹². Problematykę *periculum* w umowie użyczenia porusza między innymi Ulpianus:

D.13,6,5,14 (*Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum*): *Si de me petisses, ut triclinium tibi sternerem et argentum ad ministerium praeberem, et fecero, deinde petisses, ut idem sequenti die facerem et cum commode argentum domi referre non possem, ibi hoc reliquero et perierit: qua actione agi possit et cuius esset periculum? labeo de periculo scripsit multum interesse, custodem posui an non: si posui, ad me*

⁸⁹ Zajmuje się nim na przykład G.G. Archi, *La funzione del reporto obligatorio solidare*, SDHI 8 (1942), s. 232, przyp. 82 i L. Paricio Serrao, *op. cit.*, s. 492 i n.

⁹⁰ Zob. G.G. Archi, *La funzione del reporto obligatorio solidare*, s. 232.

⁹¹ Zob. L. Paricio Serrao, *op. cit.*, s. 493.

⁹² Zob. J. Miquel, *Periculum locatoris*, ZSS 81 (1964), s. 139; E. Seckel, E. Levy, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, ZSS 47 (1927), s. 249; V. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, s. 100 i n.

periculum spectare, si minus, ad eum penes quem relictum est. ego puto commodati quidem agendum, verum custodiam eum praestare debere, penes quem res relictæ sunt, nisi aliud nominatim convenit.

D.13,6,5,13 (Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum): *Si me rogaveris, ut servum tibi cum lance commodarem et servus lancem perdidit, Cartilius ait periculum ad te respicere, nam et lancem videri commodatam: quare culpam in eam quoque praestandam. plane si servus cum ea fugerit, eum qui commodatum accepit non teneri, nisi fugae praestitit culpam.*

W pierwszym z cytowanych fragmentów jurysta opisuje przypadek, w którym pewna osoba prosi kogoś o przygotowanie bankietu i użyczenie srebrnej zastawy, co też ma miejsce. Ponieważ prośbę swą ponawia następnego dnia, użyczone rzeczy pozostają nadal w jej władaniu. Zastawa jednak znika. Powstaje pytanie, jaką skargę można zastosować i po czyjej stronie leży *periculum*. W kwestii *periculum* Ulpianus, nie wymieniając dzieła, w którym została ona wyrażona, przytacza opinię Labeo. Jurysta ten rozróżniał sytuacje, kiedy komodant zostawił straż (by strzegła użyczonych rzeczy) – wtedy ryzyko jest po jego stronie i kiedy jej nie zostawił – wówczas zdaniem Labeo ryzyko ponosi biorący w użyczenie. Ulpianus stwierdza natomiast, iż z całą pewnością należy zastosować *actio commodati*, a komodatariusz winien odpowiadać za *custodia*. Zważyć należy, że gdy Ulpianus, powołując się na Labeo dodaje *ego puto*, to nie oznacza to bynajmniej, iż jest przeciwny jego zdaniu. Aby odpowiedzieć na pytanie, jakiej skargi można użyć, trzeba w pierwszej kolejności rozwikłać kwestię: kto ponosi ryzyko – *periculum*. W tym celu Ulpianus ogranicza się do przypomnienia odnośnej opinii Labeo, nie stwierdzając, czy jest ona słuszna czy też nie, jak często ma to miejsce w innych tekstach. W każdym razie można odnieść wrażenie, iż ją akceptuje. Według Labeo (a więc i według Ulpianusa), jeśli dający rzecz w użyczenie postawił straż, zamiast zabrać zastawę do domu, to należy traktować go jak tego, który rzecz zabrał. Jeśli natomiast nie postawił straży, to biorący w użyczenie ponosi *periculum custodiae*, gdyż jego odpowiedzialność jest obiektywna. Rozwiązawszy kwestię *periculum* i opierając się na prezentowanym przypadku (gdzie zgodnie z tekstem wszystko zdaje się wskazywać, iż użyczający nie pozostawił straży), Ulpianus ze swojej strony odwołuje się do zasad ogólnych. Jako że komodatariusz odpowiada za *custodia*, z całą pewnością należy zastosować *actio commodati*, chyba że strony umówiły się inaczej⁹³.

⁹³ Choć P. Krüger (*Corpus Iuris Civilis*, editio stereotypa, wyd. Th. Mommsen, P. Krüger, Berlin 1928, II: [*Institutiones, Digesta*], ad D.13,6,5,13) postrzegał tę końcową wstawkę jako justyniańską, późniejsza romanistyka nie wzięła pod uwagę jego obserwacji. Pozostaje oczywiście zagadką, jaki powód przywiódł niemieckiego romanistę do takiego wniosku. Możliwe, iż temat ten można by wiązać z istnieniem lub nie skargi dobrej wiary dla kontraktu użyczenia. Być może współgrałaby ona lepiej ze umową chronioną przez skargę dobrej wiary niż z umową chronioną przez skargę prawa ścisłego, choć moim zdaniem sprawy tak się nie mają. Nawet bowiem, gdyby przyjąć, że kontrakt użyczenia przez całą epokę klasyczną zachował wyłącznie swą pierwotną formułę *in factum*, to i tak brak wystarczającego uzasadnienia, aby uważać tę końcową wstawkę tekstu za in-

W drugim fragmencie przedstawiona została sytuacja, w której pewna osoba prosi kogoś, aby użyczył jej niewolnika oraz talerz czy półmisek. Z opisu wynika, iż niewolnik jest kelnerem, a półmisek posiada pewną wartość. Następnie stawia się pytanie: jaka jest odpowiedzialność biorącego w użyczenie, jeśli niewolnik zgubi półmisek. Ulpianus, przywołując opinię Cartiliusa, odpowiada, że *periculum (custodiae)* jest po stronie biorącego w użyczenie. Mamy zatem do czynienia z dwiema umowami użyczenia – niewolnika kelnera oraz półmiska – a nie z jedną, w której półmisek zostałby powierzony niewolnikowi. We fragmencie tym wyraźnie widzimy, iż wyrażenie *periculum (custodiae)* jest jednoznaczne z odpowiedzialnością za *custodia*, jako że na biorącym w użyczenie spoczywa ryzyko zaginięcia półmiska. Możliwe, jak twierdzi V. Arangio Ruiz⁹⁴, iż na tym kończyła się odpowiedź Ulpianusa: *quare culpam in eam quoque praestandam*. To, co potem następuje, byłoby zatem wstawką poklasyczną. O ile jednak nie możemy być tego całkowicie pewni, poklasycy z całą pewnością zastąpili pierwotną *custodia* przez *culpa*⁹⁵, ponieważ zdanie jest niezrozumiałe w świetle obiektywnej odpowiedzialności prawa klasycznego. W dalszej części tekstu formułuje się odmienną hipotezę – niewolnik zbiegł z półmiskiem. Ulpianus twierdzi, iż w tym wypadku biorący w użyczenie nie ponosi odpowiedzialności⁹⁶.

Z analizy kolejnych fragmentów, w których Ulpianus rozważa granice odpowiedzialności komodatariusza, wynika, iż na nim spoczywa odpowiedzialność za pieczę:

D.13,6,5,7 (*Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum*): *Sed interdum et mortis damnum ad eum qui commodatum rogavit pertinet: nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis: idem erit et in homine. plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum. nam et si servum tibi tectorem commodavero et de machina ceciderit, periculum meum esse namusa ait: sed ego ita hoc verum puto, si tibi commodavi, ut et in machina operaretur: ceterum si ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si machinae culpa factum minus diligenter non ab ipso ligatae vel funium perticarumque vetustate, dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere: nam et mela scripsit, si servus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui neglegentius machinam colligavit.*

terpolację. Jeśli spojrzymy na użyczenie jak na umowę dobrej wiary, nie pojawia się żaden problem, gdyż w umowach *ex fide bona* typowa odpowiedzialność mogła zostać zmieniona na życzenie stron. Oczywiście tylko pod warunkiem, iż nie wykluczano *dolus*, jako że jurysprudencja nie dopuszczała, aby w jakiegokolwiek relacji jedna ze stron nie odpowiadała nawet za podstęp (D.13,6,17pr. [*Paulus libro vicensimo nono ad edictum*]: *In commodato haec pactio, ne dolus praestetur rata non est*). Tak więc strony mogły zmieniać odpowiedzialność tego, kto z rzeczy korzystał. To z kolei mogło dać sposobność do podniesienia zarzutu (*exceptio*) przez pozwanego w przypadku w którym powód, pomimo zgody na zmniejszenie odpowiedzialności komodatariusza, posłużyłby się skargą.

⁹⁴ V. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, s. 96 i n.

⁹⁵ *Ibidem*, s. 97.

⁹⁶ Uzasadnienie jurysty ma związek z podziałem użyczanych niewolników na *servi qui custodiri solent* oraz *servi qui custodiri non solent*. Odnośna problematyka została omówiona powyżej.

Dla omawianej problematyki *periculum* istotna jest druga część cytowanego fragmentu⁹⁷. Ulpianus przedstawia w niej przypadek niewolnika murarza, który ponosi śmierć, pracując na rusztowaniu⁹⁸. Powstaje pytanie, kto ponosi *periculum*.

Wśród romanistów zajmujących się interpolacjami, pomijając pierwotną tezę G. Beselera, przez niego samego zresztą później porzuconą⁹⁹, najbardziej radykalna jest opinia W. Kunkela¹⁰⁰, według którego fragmenty *sed ego ... ipsum prastare debere* i *qui... colligavit* zostały wtrącone do cytowanego wyżej tekstu. V. Arangio Ruiz¹⁰¹ z dużo większą pomysłowością rekonstruuje centralną jego część w sposób następujący: *aut si machine culpa fatum sit [] vel furium perticarumque vetustate dico periculum [] (te) praestare debere...*, i uznaje za autentyczną pozostałą część tekstu, nie zgadzając się z opinią W. Kunkela, z wyjątkiem tego, co dotyczy wstawki końcowej. J. Miquel¹⁰², C.A. Cannata¹⁰³, zdają się uważać cały tekst za autentyczny¹⁰⁴.

W pierwszym wariantcie prezentowanym przez Ulpianusa murarz spada z rusztowania (*machina*). Jurysta przywołuje opinię Namusy, według którego ryzyko (*periculum*) spoczywa na użyczającym. Nie negując tej opinii, wskazuje jednak na konieczność rozróżnienia dwóch sytuacji. Po pierwsze, trzeba rozważyć, czy niewolnik został użyczony do pracy na rusztowaniu, czy też nie. Jeżeli tak, rację miałby Namusa, i jest ewidentne, że *periculum* leży po stronie użyczającego, gdyż wypadek należy traktować jako przypadek siły wyższej. Dlatego też tekst mówi o *suo periculo* – *periculum vis maiores*. Jednak jeśli niewolnik został użyczony, aby pracował na ziemi (*si ut de plano opus faceret*), jasne jest, iż odpowiada biorący w użyczenie. Nadto komodatariusz, używając niewolnika do pracy na rusztowaniu, a więc niezgodnie z umową, popełnia *furtum usus*¹⁰⁵. Ulpianus wskazuje następnie, iż biorący w użyczenie ponosi odpowiedzialność także wtedy, gdy rusztowanie było wadliwe wskutek działania innej osoby, która związała je bez należytej staranno-

⁹⁷ Początkowa część tekstu została poddana analizie poniżej przy okazji omawiania problematyki *furtum usus*, jakiego dopuszcza się używający rzecz niezgodnie z umową, komodatariusz (zob. s. 5 i n.).

⁹⁸ Jak można się domyślić, był to przypadek często analizowany przez jurystów, zważywszy, iż Ulpianus przytacza także opinię Aufdiusa Namusy, jurysty żyjącego w I w. p.n.e. (przez Pomponiusa [D.1,2,44] uważany był on za ucznia Serviusa Sulpiciusa Rufusa); zob. też W. Kunkel, *Herkunft...*, s. 30 i n.) i Meli, jurysty działającego za czasów Augusta (zob. W. Kunkel, *Herkunft...*, s. 116; A. Guarino, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, I, Napoli 1968, s. 199).

⁹⁹ Zob. G. Beseler, *Romanistische Studien*, Studi Riccobono I, s. 306; zob. też V. Arangio Ruiz, *op. cit.*, s. 277, przyp. 1; F. Haymann, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, ZSS 40 (1919), s. 206; W. Kunkel, *Diligentia...*, s. 273; G. Beseler RHD 8, s. 287.

¹⁰⁰ W. Kunkel, *Diligentia...*, s. 273.

¹⁰¹ V. Arangio Ruiz, *op. cit.*, s. 277.

¹⁰² Zob. J. Miquel, *op. cit.*, s. 151.

¹⁰³ Zob. C.A. Cannata, *op. cit.*, s. 116 i n.

¹⁰⁴ Zob. też przyp. 9.

¹⁰⁵ Zob. wyżej s. 88 i n.

ści, lub też zawałiło się ono na skutek wieku lin czy pali. V. Arangio Ruiz¹⁰⁶ uważa, że tekst powinien odnosić się tylko do przypadku, gdy rusztowanie jest wadliwe czy też liny lub pale są stare, jednak, prawdę powiedziawszy, takie zawężenie nie okazuje się potrzebne¹⁰⁷. Jest bowiem oczywiste, że skoro niewolnik-murarz ma wejść na rusztowanie, ten któremu został on użyczony, powinien zawsze upewnić się, iż jest ono w dobrym stanie. Odnosi się to także do opisywanego przez Ulpianusa przypadku, gdy osoba trzecia źle związała rusztowanie, gdyż o tym winien był przekonać się również komodatariusz.

Na koniec Ulpianus przytacza opinie Meli, według którego jeśli niewolnik został użyczony kamieniarzowi (*lapidarius*) i zginął pod rusztowaniem, to rzemieślnik (*faber*) odpowiadał na podstawie *actio commodati*. To oczywiste, że *faber* jest tutaj jedną i tą samą osobą, której użyczono niewolnika, zamiast bowiem powtarzać *lapidarius*, zamieszcza się inne słowo będące jego odpowiednikiem. Jeśli tak zinterpretujemy tekst, zachowuje on poprawny sens. Końcowa wstawka, jak wykazali W. Kunkel i V. Arangio Ruiz, została zmieniona przez kompilatorów, gdyż głosi ona, iż *actio commodati* przysługuje przeciw rzemieślnikowi czy też robotnikowi (*faber*), który przez niedopełnienie obowiązków źle powiązał rusztowanie. Gdyby *faber* odnosiło się do komodatariusza, nie istniałby żaden problem, jednak końcowy dodatek zdaje się wskazywać, iż były to dwie różne osoby, i w takim wypadku tekst jest pozbawiony sensu dla epoki klasycznej. A zatem, jeśli końcowy fragment odnosi się do biorącego w użyczenie, może być uważany za autentyczny. Skoro jednak wydaje się nawiązywać do osoby trzeciej, powinien zostać uznany za interpolację¹⁰⁸.

Kończąc przedstawianie problematyki związanej z *periculum*, należy jeszcze przytoczyć fragment autorstwa Iulianusa:

D.13,6,20 (*Iulianus libro tertio ad Urseium Ferozem*): *Argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidissem ad te perferendum, ut non debuierit quis aestimare futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum, non meum detrimentum erit, si id mali homines interceptissent.*

Komodatariusz przekazał srebrną zastawę jednemu ze swych niewolników, bardzo odpowiedniemu, aby ten zwrócił ją temu, który ową rzecz użyczył. Niewolnik został niespodziewanie napadnięty przez bandytów (*malis hominibus*). Według cytowanego jurysty, jeśli bandyci odebrali niewolnikowi zastawę, szkodę (*periculum*) ponosi użyczający a nie biorący w użyczenie.

Jak wykazał J. Miquel¹⁰⁹, Iulianus użyłby zapewne terminu *periculum* a nie *detrimentum*, będącego prawdopodobnie zmianą wprowadzoną przez

¹⁰⁶ Arangio Ruiz, *op. cit.*, s. 227.

¹⁰⁷ L. Paricio Serrao, *op. cit.*, s. 477.

¹⁰⁸ Zob. L. Paricio Serrao, *op. cit.*, s. 478.

¹⁰⁹ Juryści klasyczni nie rozważają *periculum* z abstrakcyjnego punktu widzenia, gdyż prawo rzymskie było prawem kazuistycznym. Określenie *periculum* jako *damnum* czy *detrimentum* zostało wprowadzone przez poklasyków (zob. J. Miquel, *op. cit.*, s. 187-188).

kompilatorów. Analizowany przypadek odnosi się do *periculum vis maiores*, w przeciwnym bowiem razie tekst byłby niezrozumiały. Iulianus mówi, iż *detrimentum (periculum)* ponosi użyczający a nie biorący w użyczenie¹¹⁰. Komodatariusz wręczył bowiem srebrną zastawę jednemu ze swych niewolników, jednak nie pierwszemu lepszemu, lecz odpowiedniemu, zaufanemu niewolnikowi. To tak, jakby on sam dokonywał zwrotu użyczonej rzeczy. Następnie tekst mówi o tym, jak niewolnika podeszli (oszukali, ograbili) źli ludzie. W tym właśnie miejscu mogą pojawić się trudności. Dosłownie tekst brzmi następująco: *ut a quibusdam malis hominibus deciperetur*. Czasownik *decipio* ma dość szerokie znaczenie: oszukać, podejść, lecz również skracać, uprzyjemniać czy też ograbić¹¹¹. Jeśli zdecydujemy się na proste „oszukać”, rozwiązanie jurysty nie miałoby sensu, gdyż w takim wypadku niewolnik, a w konsekwencji jego właściciel, byłby odpowiedzialny. Moim zdaniem, jako że mowa o bandytach w liczbie mnogiej oraz o *deciperetur*, należy to rozumieć w ten sposób, iż niewolnik został zaatakowany (nie zaś oszukany czy zaskoczony) przez grupę ludzi. Dlatego też jurysta mówi, iż za stratę odpowiada dający w użyczenie. Jak wiemy, komodatariusz odpowiada za *custodia*, i dlatego nie ponosi on odpowiedzialności w przypadku utraty użyczonego przedmiotu w wyniku rabunku, który jest porównywalny z *vis maior*. Komodant dysponuje oczywiście skargą penalną przeciw rabusiowi *actio vi bonorum raptorum*¹¹².

Jeśli niewolnik był bardzo odpowiedni – zgodnie z dosłownym znaczeniem tekstu – to tak, jakby chodziło o samego *dominus*, a przy takim założeniu, jeśli stał się ofiarą rabunku, komodatariusz pozostawałby wolny od jakiegokolwiek odpowiedzialności.

¹¹⁰ Pewne aspekty tekstu były krytykowane przez romanistykę. I tak, F. Schulz i F. Haymann uważali za dodany fragment *tam idoneo*, A. Pernice jedynie samo *tam*. F. Haymann twierdził, iż poza tym interpolacją jest także prawdopodobnie *ut non... tuum non*. A. Pernice i F. Schulz uważali za możliwą interpolację *ut non... deciperetur* oraz podejrzewali, że *erit* zastąpiło początkowe *esse* (zob. *Index Interpolationum*). V. Arangio Ruiz (*op. cit.*, s. 113, przyp. 2) uznawał, iż do tekstu dodano być może konstrukcję *culpa in eligendo*. F. Pastori natomiast nie dostrzega lub przynajmniej nie wskazuje żadnych zmian w tym fragmencie Iulianusa. Jeśli chodzi o „odpowiedniość” niewolnika, to moim zdaniem nie ma powodu, dla którego należałoby stwierdzić interpolację. To właśnie cechy niewolnika są podstawą odpowiedzi jurysty. Jedyne, co osiąga F. Haymann, podtrzymując hipotezę przekreślającą autentyczność fragmentu *ut non ... tuum non*, to pozbawienie tekstu całego problemu i pozostawienie go tak uproszczonym, iż ze strony Iulianusa byłoby absurdem poświęcać temu przypadkowi szczególną uwagę. Po prostu nie istniałby problem do rozwiązania. To samo można by powiedzieć na temat spekulacji A. Pernice’a i F. Schulza, gdyż w takim wypadku nie sposób zrozumieć opinii jurysty. Moim zdaniem rację miał L. Parcio Serrao (*op. cit.*, s. 479), który stwierdził, że analizowany tekst powinien być zachowany w całości, tylko w takiej bowiem postaci zachowuje spójność. Nie należy jednak wykluczać pewnych stylistycznych poprawek kompilatorów, podobnie jak w przypadku *detrimentum i periculum*.

¹¹¹ Zob. J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997, s.v. *decipio*.

¹¹² Była to skarga pretorska *in factum* do poczwórnej wartości rzeczy, równoległa do skargi przysługującej za szkody spowodowane przez grupę, być może wprowadzona w Edykcje w okresie późniejszym niż ta ostatnia (po 76 r. p.n.e.) przez pretora M. Treraciusa Luculusa; zob. też O. Lenel, *Das Edictum perpetuum*³ (cyt. EP³), s. 391 i n.; L. Vacca, *Ricerche sulla rapina nel diritto romano*,

Moim zdaniem słuszna jest opinia L. Paricio Serrao¹¹³, który stwierdził, że odpowiedź jurysty jest oparta na solidnych fundamentach i brak wystarczająco znaczących przyczyn, aby uważać tekst za interpolowany. Klucz, w każdym razie, znajduje się w charakterze niewolnika, ponieważ gdyby nie był on odpowiedni (to znaczy, gdyby chodziło o niewolnika niezbyt pilnego, wátłego, który nie cieszy się zaufaniem swojego właściciela), odpowiedzialność ponosiłby komodatariusz.

Do tej pory przedmiotem analizy były przypadki odpowiedzialności komodatariusza. Jeżeli natomiast chodzi ośrodki ochrony, jakimi dysponował biorący w użyczenie, to najprostszym z nich było prawo zatrzymania (*ius retentionis*), które pozwalało mu nie zwracać rzeczy, dopóki nie otrzymał wynagrodzenia za koszty poniesione w związku z zachowaniem rzeczy w dobrym stanie. Wspominają o tym Julian i Paulus.

D.47,2,60(59) (*Julianus libro terio 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 impensas necessarias in rem commodatam facerat. interfuit eius potius per retentionem eas servare quam ultro commodati agere, ideoque furti actionem habebit.*

D.47,2,15,2 (*Paulus libro quinto 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 fecisti, retentionem eius habueris, etiam cum ipso domino, si eam subripiat, habebis furti actionem, quia eo casu quasi pignoris loco ea res fuit.*

Cytowani juryści rozważają sytuację, w której użyczający rzecz, zabrał ją podstępnie (*clam*) komodatariuszowi. Wówczas *actio furti* nie znajdowała zastosowania, gdyż właściciel zabrał swoją rzecz. Zastrzegają zarazem, iż stan taki istnieć będzie jedynie wtedy, gdy używający rzeczy na podstawie zawartej umowy użyczenia nie poczynił na nią żadnych nakładów. Gdyby bowiem poczynił pewne nakłady konieczne (*impensae necessariae*), to według Iulianusa zamiast pozywać za pomocą *actio commodati contraria*, winien skorzystać z prawa zatrzymania (*per retentionem eas servare quam ultro commodati agere*)¹¹⁴. Paulus

Studi Univ. Cagliari 45 (1965), s. 519 i n.; M. Balzarini, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova 1969, s. 422, przyp. 127.

¹¹³ L. Paricio Serrao, *op. cit.*, s. 480.

¹¹⁴ Zob. G. Provera, *Linee generali di uno studio sui „iudicia contraria”*, SDHI 8 (1942), s. 127 i n.; 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.; A. Bürge, *Retentio in römischen Sachen- und Obligationenrecht*, Zürich 1979, s. 176 i n.; B. Biondi (*Iudicia bonae fidei*, Annali Palermo 7 [1918], s. 137 i n.) uważa, iż w opisanym przypadku komodatariuszowi przysługiwało jedynie *ius retentionis*, albowiem prawo klasyczne nie znało *actio commodati contraria*. Jeżeli natomiast użyczający zabierał rzecz, nie dokonawszy zwrotu nakładów, tym samym naruszając *ius retentionis*, biorący w użyczenie mógł wnieść przeciwko niemu *actio furti* (zob. J. Rosenthal, *Custodia und Aktivlegitimation*, ZSS 68 [1951], s. 251 i n.).

stwierdza natomiast, że roszczenie o zwrot nakładów zarówno koniecznych, jak i użytecznych (*aliquas impensas*) uzasadniało między innymi prawo do zatrzymania rzeczy, która ma być zabezpieczeniem tych wydatków, gdyby właściciel nie chciał ich pokryć, identyfikując *retentio* z zabezpieczeniem rzeczowym na wzór zastawu (*quasi pignus*)¹¹⁵.

Procesowym środkiem ochrony prawa zatrzymania był zarzut (*exceptio in factum, exceptio doli*), którego włączenia do formuły procesowej (formuła *in factum*) domagał się pozwany komodatariusz. Gdyby natomiast komodant pozywał go za pomocą *formula in ius* z klauzulą dobrej wiary, komodatariusz nie potrzebował domagać się włączenia do formuły odpowiedniego zarzutu, chroniącego jego prawo zatrzymania, tylko korzystał z potrącenia (wynikającego z jego wzajemnych roszczeń), które sędzia mógł uwzględnić z urzędu przy wydawaniu wyroku. Na taką możliwość wskazuje Gaius.

D.13,6,18,3-4 (*Gaius libro nono ad edictum provinciale*): (3.) *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.*

Jurysta ten stwierdza, iż w przypadku świadomego użyczenia naczyń nie nadających się do przechowywania w nich wina czy oleju, komodatariusz, który poniósł z tego tytułu szkodę, mógł pozwać komodanta za pomocą *actio commodati contraria*. Jego wzajemne roszczenia mogły być również uwzględnione w procesie wytoczonym mu przez powoda (za pomocą *actio commodati directa*) właśnie przez ich potrącenie z roszczeniami tego ostatniego.

W prawie klasycznym potrącenie (*compensatio*) było bowiem charakterystyczne dla procesów prowadzonych w oparciu o formuły z klauzulą dobrej wiary. O takiej możliwości wyraźnie wspomina Gaius, który w Instytucjach omawia *compensatio* w związku z *iudicia bonae fidei*.

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

Według Gaiusa, sędzia miał prawo zastosować potrącenie wierzytelności stron procesowych, jeżeli powstały one z tej samej podstawy rodzącej zobowiązanie. Ewentualną nadwyżkę roszczenia powoda należało mu przysądzić. Chociaż początek tego fragmentu Instytucji jest uszkodzony, to wiadomo, że chodziło o powództwa dobrej wiary, gdyż w następnym, nawiązującym doń fragmencie, cytowany jurysta daje wykaz *iudicia bonae fidei*.

¹¹⁵ Zob. F. Schwarz, *op. cit.*, s. 125; oryginalność tej frazy, jako niepasującej do prawa klasycznego, kwestionuje między innymi E. Nardi (*op. cit.*, s. 418).

G.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«.*

Na marginesie zważyć należy, iż zestawienie tych dwóch fragmentów Instytucji z fragmentem pochodzącym z Digestów (D.13,6,18,3-4) czyni prawdopodobną tezę, iż przedstawiony przez Gaiusa w G.4,62 spis procesów dobrej wiary nie jest kompletny i w swej oryginalnej wersji zawierał także użyczenie.

Wyżej wymienione środki miały jednak ograniczony obszar zastosowania, ponieważ pierwszy z nich wymagał, by komodatariusz zatrzymał rzecz u siebie, drugi zaś, by został pozwany do sądu. Najpowszechniejszym środkiem ochrony przysługującym komodatariuszowi była *actio commodati contraria*, poprzez którą mógł on uzyskać zarówno zwrot wydatków poczynionych na użyczoną mu rzecz, jak i odszkodowanie za straty spowodowane przez nią. Pierwotnie, o czym była mowa wyżej, roszczenia wzajemne pozwanego potrącano z roszczeniami powoda lub dochodzo ich w drodze *ius retentionis*, potem pojawiła się skarga wzajemna *sensu stricto*. Przypomnieć w tym miejscu należy, że *actio commodati contraria* nie stanowiła z reguły środka służącego realizacji potrącenia, albowiem wzajemne roszczenia pozwanego mogły być uwzględnione przez sędziego w *iudicium directum*. Jako samodzielna skarga mogła mieć miejsce wtedy, gdy sędzia nie uwzględnił kompensacji w wyroku czy roszczenie pozwanego przenosiło roszczenie powoda. Komodatariusz pozywał za jej pomocą komodanta również wtedy, gdy dobrowolnie zwrócił rzecz, a sam miał wobec tego ostatniego jakieś roszczenie z tytułu zawartej umowy użyczenia¹¹⁶.

Wystąpienie z *actio commodati contraria* dopuszczalne było jedynie wówczas, gdy zaistniały pewne okoliczności¹¹⁷. Co było tymi okolicznościami, które powodowały powstanie tej skargi?

Z jednej strony biorący w użyczenie mógł domagać się zwrotu nakładów, które poczynił na użyczoną mu rzecz. Na taką możliwość wskazywał Iulianus w cytowanym wyżej fragmencie jego komentarza do Miniciusa (D.47,2,60[59]). Problematyką tą zajmował się również Gaius:

¹¹⁶ Zob. cyt. wyżej D.13,6,18,3-4.; zob. też W. Osuchowski, *Historyczny rozwój kompensacji w prawie rzymskim*, Warszawa-Kraków 1970, s. 109. O niezależności *actio commodati contraria* wobec *iudicium directum* wspomina również komentujący edykt Paulus: D.13,6,17,1 (*Paulus libro vicensimo nono ad edictum*): *Contraria commodati actio etiam sine principali moveri potest, sicut et ceterae quae dicuntur contrariae.*

¹¹⁷ Zob. G. Provera, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, Torino 1951, s. 20 i n.; F. Schwarz, *op. cit.*, s. 189 i n.; B. Biondi (*op. cit.*, s. 160) uważa, że w początkowym okresie rozwoju ochrony *commodatum*, *actio commodati contraria* mogła być przyznana jedynie łącznie z formułą powstałą w oparciu o *iudicium directum*, a dopiero później stała się samodzielnym środkiem ochrony procesowej komodatariusza.

D.13,6,18,2 (*Gaius libro nono 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.*

Według tego jurysty, uzasadnioną przyczyną wystąpienia przez komodatariusza z *iudicium contrarium*¹¹⁸ są wydatki, które poniósł, ścigając zbiegłego niewolnika lub lecząc innych o słabszym zdrowiu. Domagać się można było jedynie nakładów koniecznych, a więc takich które swoją wartością przenosiły te związane ze zwykłym utrzymaniem przy zdrowiu (tutaj przede wszystkim koszty wyżywienia) oraz z powszechnie przyjętym sposobem pilnowania niewolnika (a więc tych, które wykraczały poza obowiązek biorącego w użyczenie, a polegający na *custodiam praestare*).

Actio commodati contraria służyła również wyrównaniu szkód, jakie biorący w użyczenie odniósł z kontraktu¹¹⁹. Problemem tym zajął się między innymi Gaius w cytowanym wyżej fragmencie komentarza do edyktu prowincjonalnego (D.13,6,18,3-4). Kolejne rozstrzygnięcia, mówiące o możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności użyczającego, przedstawiają Ulpianus i Paulus:

D.13,6,5,8 (*Ulpianus libro vicensimo octavo 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 ...*

D.13,6,17,3 (*Paulus libro vicensimo nono ad edictum*): *Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. cum autem id fecit, id est postquam commo-*

¹¹⁸ Co prawda w cytowanym fragmencie nie ma odniesienia do *actio commodati contraria*, jednakże przyjęcie, iż Gaius rozważa kwestię okoliczności dopuszczających zaskarżenie komodatanta przez komodatariusza wynika z dalszej części jego komentarza do edyktu zawartej w D.13,6,18,4 (zob. też G. Provera, *Contributi alla teoria...*, s. 130; przeciwnie B. Biondi, *op. cit.*, s. 139 i n.; A.D'Ors, *Observaciones sobre el „Edictum de rebus creditis”*, SDHI 19 [1953], s. 185).

¹¹⁹ Najstarsze rozstrzygnięcie, mające za podstawę odpowiedzialność komodatanta za wady rzeczy użyczonej, pochodzi od Trebatiusa. Przekazuje je Paulus w swym komentarzu do edyktu. D.4,3,18,3 (*Paulus libro undecimo 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 mercies datum est repeti conditione potest: nisi si ea conditione merx venit, ut illis ponderibus traderetur, cum ille decipiendi causa adfirmasset se aequa pondera habere*). Trebatius udziela komodatariuszowi *actio de dolo* w przypadku świadomego użyczenia rzeczy mającej wady. Powstaje więc pytanie: dlaczego, skoro komodatant odpowiedzialny jest za *dolus*, nie udzielono skargi kontraktowej. Najbardziej prawdopodobny powód jest taki, mając na uwadze subsydiarny charakter skargi *de dolo*, iż w czasach Trebatiusa *actio commodati contraria* jeszcze nie istniała (zob. B. Kübler, *Die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip*, ZSS 38 [1917], s. 106; G. Provera, *Contributi alla teoria...*, s. 105, przyp. 57).

davit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudaе voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitates consummare. igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, 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 beneficio oportet. ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est.

Pierwszy z jurystów przedstawia rozstrzygnięcie Iulianusa, który uważał, że podstawą do wniesienia przedmiotowej skargi było wymazanie z użyczonej tabliczki zapisu o należności dłużnika komodatariusza¹²⁰. Paulus natomiast traktuje o niedopuszczalności przedwczesnego zabrania rzeczy użyczonej, w następstwie czego komodatariusz mógł ponieść szkodę. Pobieżna lektura tekstu sprawia, że wydaje się on dość niejasny¹²¹. Stąd, by móc sformułować konkretne wnioski, należy cytowany fragment poddać szczegółowej analizie.

Paulus rozpoczyna od stwierdzenia, iż ten kto oddaje rzecz w użyczenie, nie czyni tego będąc w potrzebie, lecz kontrakt ten jest jest aktem jego niczym niewymuszonej woli i wynika z jego chęci uczynienia komuś przysługi (*officium*). Granice i cel, dla jakiego strony zawierają umowę, ustala komodant. Następnie Paulus zaznacza, iż po wydaniu rzeczy, nie tylko *officium*, ale także zobowiązanie które łączy strony umowy, czyni niemożliwym żądanie zwrotu przedmiotu kontraktu przed upływem ustalonego przez strony terminu. Oczywiście, strony umowy mogą nie określić dokładnie okresu, przez jaki wolno będzie biorącemu w użyczenie korzystać z rzeczy, nie może jednak dający w użyczenie sam zmienić ustalonego wcześniej czasu, gdyż w takim wypadku jego skardze komodatariusz może przeciwstawić *exceptio doli*.

Jeśli z uwagą przyjrzymy się analizowanemu fragmentowi, zauważymy, iż logicznie byłoby teraz przejść do tej jego części, która rozpoczyna się od słów *igitur si pugillares mihi commodasti*, który treściowo łączy się z tym, co właśnie zostało powiedziane. Paulus mówi bowiem tamże o upomnieniu się nie w porę o tabliczki do pisania, użyczone w celu spisania dokumentu, co oznaczałoby, iż po omówieniu ogólnych zasad przechodzi do przedstawienia konkretnego przypadku. Niemniej jednak, zanim to nastąpi, w tekście zamieszczono rozległy komentarz, niemający nic wspólnego z tym, o czym traktuje początkowa część tekstu. Paulus mówi, iż (w przypadku umowy użyczenia) strony są względem siebie wzajemnie zobowiązane i stąd istnieją dwie skargi

¹²⁰ Przeciwnie L. Paricio Serrao, *op. cit.*, s. 503.

¹²¹ Wystarczy spojrzeć do *Index Interpolationum*, aby zdać sobie sprawę z ogromnych kontrowersji, jakie wzbudził, i z przeróżnych rekonstrukcji, których był przedmiotem.

cywilne. Następnie przechodzi do wypowiedzi na temat *negotiorum gestio* i *mandatum*, które zdaniem jurysty, mając na uwadze wspomnianą wyżej wzajemności zobowiązań stron, są podobne do *commodatum*. Nagle pojawia się *igitur*, niemający jednak nic wspólnego z ostatnim komentarzem. Moim zdaniem jest oczywiste, iż fragment komentarza *geritur enim... necessitatis consummare* stanowi przerwę w dyskursie jurysty¹²². Pominąwszy tę rozległą wstawkę, stwierdzić należy, iż poza tym tekst przedstawia się bardzo spójnie¹²³.

Omówiwszy kwestię autentyczności niektórych fragmentów analizowanego tekstu, należy w następnej kolejności zająć się dwoma cytowanymi przez Paulusa przykładami dotyczącymi upomnienia się przez komodanta nie w porę o zwrot użyczonej rzeczy. W pierwszym z nich Paulus mówi, że jeśli użyczono tabliczek do pisania, po to by dłużnik spisał na nich jakiś dokument, nie można by uznać za słuszne postępowania tego, który ich użyczył, gdyby upomniał się on o nie w nieodpowiednim momencie. Według Pastorigo¹²⁴, analizowany fragment, mając na uwadze końcową część komentarza Paulusa (*ex quibus causis... dicendum est*), stanowi przypadek możliwego zastosowania *actio commodati contraria*. Moim zdaniem w tym wypadku skarga ta jest całkowicie niepotrzebna. Jurysta zaznacza bowiem jedynie, iż jeśli komodant nie w porę upomniałby się o tabliczki, nie postępowałby słusznie, to jest działałby ze świadomym zamiarem. Stąd jeżeli komodant pozywał biorącego w użyczenie za pomocą skargi bazującej na *formula in ius* z klauzulą dobrej wiary, ów zły zamiar winien być wzięty pod uwagę przez sędziego z urzędu, bez potrzeby posłużenia się przez biorącego w użyczenie *exceptio doli*. Natomiast włączenie do formuły procesowej zarzutu podstępny byłoby konieczne tylko wtedy, gdyby komodant skorzystał z *formula in factum*.

Paulus wskazuje następnie, iż *idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti, aut etiam sciens vitiosa commodaveris adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet*, co oznacza, iż podobnie rzecz się ma, jeśli użyczono belek do podparcia domu, a później je zabrano, lub gdy świadomie użyczono belek wadliwych. *Idemque est* sygnalizuje, iż jurysta nawiązuje do poprzedniego, a opisanego wyżej przypadku, w którym miał miejsce *dolus*. Tak więc, dający w użyczenie działa podstępnie również wtedy, gdy użycza belek dla podparcia domu, a potem je zabiera, a także, jeśli będąc tego świadom, oddaje w użyczenie przedmioty wadliwe. Tutaj jednak z braku skargi komodanta nie może być mowy o udzieleniu *exceptio doli* komodatariuszowi czy wzięciu przez sąd podstępnego działania komodanta pod uwagę z urzędu. Biorącemu w użyczenie przysługuje natomiast *actio commodati contraria*¹²⁵.

¹²² Zob. L. Paricio Serrao, *op. cit.*, s. 499.

¹²³ Zob. F. Schwarz, *op. cit.*, s. 129 i n.; G. Provera, *Contributi alla teoria...*, s. 103 i n.

¹²⁴ F. Pastori, *Il commodato...*, s. 379 i n.

¹²⁵ Przeciwnie L. Paricio Serrao (*op. cit.*, s. 486), który w takim przypadku, negując istnienie wspomnianej wyżej skargi przeciwnej, przyznaje komodatariuszowi *actio de dolo*; zob. też A. D'Ors, *Observaciones sobre el Edictum de rebus creditis*, SDHI 19 (1953), s. 189; co do subsydiarnego

Scientia komodanta akcentowana jest również w innym fragmencie autorstwa Paulusa:

D.13,6,22 (*Paulus libro vicensimo secundo 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.*

W swym komentarzu do edyktu jurysta opisuje przypadek użyczenia niewolnika, który następnie ukraść przedmiot będący własnością biorącego w użyczenie. Oczywiście komodant będzie odpowiedzialny noksalnie z tytułu popełnionego *furtum*. Będzie mógł albo zapłacić odszkodowanie, albo wydać niewolnika (*noxae datio*). Natomiast *actio commodati contraria* przysługiwać będzie komodatariuszowi tylko wtedy, gdy właściciel niewolnika (użyczający) wiedział o jego skłonnościach. Można mu bowiem w takim przypadku zarzucić, że świadomie naraził komodatariusza na kradzież¹²⁶.

Pojawia się jeszcze jeden problem. Co w przypadku, gdy użyczający dał wadliwą rzecz nieumyślnie. Należy przyjąć, że biorącemu w użyczenie przysługiwała wówczas również *actio legis Aquiliae*. Problem w tym, że do zaistnienia odpowiedzialności przewidzianej tą ustawą nie wymaga się, by delikt został popełniony umyślnie (*dolo malo*). Wystarczy wina nieumyślna. Tak więc możliwość wniesienia w takim przypadku (w którym nie byłoby możliwe wniesienie skargi z kontraktu – dający w użyczenie odpowiadał bowiem wyłącznie za *dolus*, jako że nie odnosił korzyści z kontraktu) skargi deliktowej pogarszałaby uprzywilejowaną pozycję komodanta. Moim zdaniem nie można jednak ograniczonej odpowiedzialności kontraktowej rozciągać na odpowiedzialność *ex delicto*, albowiem należałoby wówczas przyjąć, iż to co jest dozwolone na gruncie umowy (*culpa*), dozwolone jest również na gruncie odpowiedzialności deliktowej.

Na koniec należy podnieść, że *actio commodati contraria* przysługiwała biorącemu w użyczenie nie tylko wtedy, gdy doznał on szkody wskutek wad użyczonego przedmiotu, ale również wtedy, gdy rzecz znalazła się u właściciela (komodanta), a komodatariusz nie wiedząc o tym spełnił, będąc pozwanym za pomocą *actio commodati directa*, zasądzone świadczenie. Mówią o tym Africanus i Paulus:

D.13,6,21pr. (*Africanus libro ocatvo quaestionum*): *Rem mihi commodasti: eandem subripuisti: deinde cum commodati agrees nec a te scirem esse subreptam, iudex me condemnavit et solvi: postea comperi a te esse subreptam: quaesitum est, quae*

charakteru *actio de dolo*, zob. A. Guarino, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, *Labeo* 8 (1962), s. 270 i n.; B. Albanese, *Ancora in tema di sussidiarietà dell'actio de dolo*, *Labeo* 9 (1963), s. 42 i n.

¹²⁶ Zob. F. Schwarz, *op. cit.*, s. 107; G. Provera, *Contributi alla teoria...*, s. 81 i n.

mihi tecum actio sit. respondit furti quidem non esse, sed commodati contrarium iudicium utile mihi fore.

D.13,6,17,5 (*Paulus libro vicensimo nono 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 pierwszym z cytowanych fragmentów opisany jest przypadek kradzieży rzeczy użyczonej, której dokonał komodant. Po zapłaceniu kwoty zasądzonej wyrokiem, komodatariusz dowiedział się kto był sprawcą kradzieży. Africanus nie przyznaje mu jednak prawa do wniesienia *actio furti*¹²⁷. Udziela mu natomiast *actio commodati contraria*¹²⁸. W drugim z przytoczonych fragmentów Paulus przedstawia natomiast przypadek zgubienia rzeczy użyczonej. Rzecz ta następnie znalazła się w posiadaniu komodanta. Stało się to wszakże po tym, jak komodatariusz uiścił za nią kwotę, na jaką opiewał wyrok w sprawie. W takim wypadku Labeo przyznaje temu ostatniemu *iudicium contrarium*. Komodant, chcąc uniknąć zasądzenia, winien jest zwrócić rzecz będącą przedmiotem umowy, albo sumę, którą zapłacił mu komodatariusz¹²⁹.

* * *

Analiza odnośnych tekstów źródłowych pozwala wysnuć następujące wnioski. Ogólnie, biorący w użyczenie odpowiadał za *custodia*. Takie zakreślenie granic odpowiedzialności oznacza jego odpowiedzialność za kradzież rzeczy użyczonej. Odpowiada on również za *fuga servi qui custodiri solent*, lecz nie za *servi qui custodiri non solent*, o ile ucieczka niewolnika nie byłaby skutkiem postępowania komodatariusza. Pierwotnie biorący w użyczenie nie odpowiadał za *damnum iniuria datum* spowodowaną przez osoby trzecie. Zawsze gdy używał on rzeczy w celu innym niż ustalony, popełniał *furtum usus*. Mógł on jednak bronić się przeciwko skardze komodanta jeśli wykazał, iż nie działał w zamiarze jego pokrzywdzenia. Odpowiedzialność za *custodia*, o której mowa wyżej, rozciągała się również na przynależności rzeczy będącej przedmiotem kontraktu użyczenia. Dlatego też komodatariusz był czynnie legitymizowany do wniesienia *actio furti* przeciwko złodziejowi owych przynależności. Jeśli użyczono dwóm lub więcej osobom, ich odpowiedzialność była solidarna.

Jeszcze jedna kwestia wymaga zwrócenia na nią uwagi. Wyżej była mowa o ochronie prawnej komodanta zarówno pozakontraktowej, jak i tej realizowanej za pomocą *actio commodati (directa)*. Tamże wspomniano, że skarga ta

¹²⁷ Zabranie własnej rzeczy, chociażby uczynione było potajemnie, nie jest bowiem traktowane jako kradzież; również przyjęcie nienależnego świadczenia nie jest traktowane jako kradzież, może być jednak podstawą do *condicio indebiti*.

¹²⁸ Zob. G. Provera, *Contributi alla teoria...*, s. 103 i n.

¹²⁹ Zob. *ibidem*.

mogła mieć dwojaki charakter. Z jednej bowiem strony dający w użyczenie chroniony był pretorską skargą z *formula in factum concepta*¹³⁰. Z drugiej zaś w okresie wczesnoklasycznym pojawiła się cywilna *formula in ius concepta* z klauzulą dobrej wiary¹³¹. Mówi o tym wyraźnie Gaius w swoich Instytucjach:

G.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 DEPOSUIT, QUA DE RE AGITUR, QUIDQUID OB EAM REM 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. NEGIDII 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.*

Czy *formula in ius concepta* powstała wcześniej od *formula in factum*, trudno powiedzieć. Kwestia ta jest bowiem sporna w nauce romanistycznej¹³². Wydaje się, że wymienienie na pierwszym miejscu formuły *in ius* oznacza, że była ona częściej stosowana¹³³. Jest również kwestią sporną, czy słowo *veluti* oznacza „czyli”, czy też oznacza „jak” i stąd wymienienie depozytu i użyczenia w cytowanym fragmencie należy uznać jedynie za przykładowe. Bardziej prawdopodobna, zważywszy na podręcznikowy charakter *Instytucji*, jest druga z podanych możliwości. Wiadomo bowiem, że w tym okresie także inne stosunki prawne, na przykład zastaw, *negotiorum gestio* czy *fiducia*, miały podwójną formułę. Podręcznikowy charakter *Instytucji* spowodował i to, że Gaius nie przytoczył pełnej formuły dla kontraktu użyczenia, tylko poprzestał na stwierdzeniu, że jest ona podobna (*similes*) do formuły, którą przytoczył dla depozytu. Różnica polegała zapewne na stopniu odpowiedzialności, ponieważ formuła *in factum* dla depozytu zawierała wzmiankę o *dolus* jako podstawie odpowiedzialności, natomiast *actio commodati* nie wymagała istnienia tego, jako że komodatariusz odpowiadał za *custodia*. Natomiast formuła *in ius* dla *actio commodati*, podobnie jak formuła *actio depositi*, była *ex fide bona* i jak wszystkie formuły dobrej wiary, po wskazaniu w *intentio* stosunku kontrakto-

¹³⁰ Zob. D.13,6,1pr.; zob. też O. Lenel, *EP*³, s. 252; C.A. Maschi, *La categoria dei contratti reali (Corso di diritto romano)*, Milano 1973, s. 150; C.M. Tardivo, *op. cit.*, s. 234.

¹³¹ Zob. przede wszystkim W. Litewski, *Das Vorhandensein der formula...*, s. 287 i n.

¹³² E. Levy, *Zur lehre von den sog. actiones arbitrarie*, ZSS 36 (1915), s. 1; F. Schulz, *Classical Roman Law*, s. 513; M. Kaser, *Oportere und ius civile*, ZSS 83 (1966), s. 30; C.A. Maschi, *op. cit.*, s. 218, 231; C.M. Tardivo, *op. cit.*, s. 240.

¹³³ Zob. F. Pastori, *Sulla duplicità...*, s. 89 i n.; M. Kaser, *In bonis esse*, ZSS 78 (1961), s. 212 i n.; A. Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, s. 167.

wego, w *condemnatio* dawała sędziemu moc wydania wyroku w oparciu o zasady dobrej wiary, czyli normy uczciwości kontraktowej¹³⁴.

Co prawda, w edykcje pretorskim użyczenie zostało umieszczone w rubryce *de rebus creditis* a nie *de bonae fidei iudiciis*¹³⁵, a źródła przekazane w *Institutiones* Gaiusa i *Digestach* justyniańskich, mówiące o tym że *actio commodati* miała klauzulę *ex fide bona*, podejrzane są o zniekształcenia i interpolicje¹³⁶, o tym, że była ona jednak zaliczana do powództw dobrej wiary świadczyć mogą dowody pośrednie. Dowodem takim jest możliwość dokonywania potrącenia, przez pozwanego o zwrot rzeczy komodatariusza, z tytułu poniesionych przez niego nakładów¹³⁷.

¹³⁴ Zob. O. Lenel, *EP*³, s. 253; G. Segrè, *Sul'età dei giudizi di buona fede di commodato e di pegno, Scritti vari*, Torino 1953, s. 61 i n.; B. Kübler, *op. cit.*, s. 75 i n.; B. Biondi, *Iudicia bonae fidei*, *Annali Palermo* 7 (1918), s. 261 i n.; W. Kunkel, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht, Festschrift Koschaker*, II, Weimar 1952, s. 3, przyp. 2; G. I. Luzatto, *op. cit.*, s. 358 i n.; przeciwnie E. Levy, *Zur Lehre...*, s. 1 i n.; E. Levy, *Die Konkurrenz...*, s. 52 i n.; E. Levy, *Neue Lesung von Gai 4,62, ZSS* 49 (1929), s. 472 i n.; M. Kaser, *Quanti ea res est*, München 1935, s. 72; M. Kaser, *Oportere...*, s. 30; M. Kaser, *RPr*, I², s. 534.

¹³⁵ D.12,1,1,1 (*Ulpianus libro vicesimo sexto ad edictum*): *Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditorum 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.*

Cytowany jurysta stwierdził, że użyczenie zostało umieszczone w tytule *de rebus creditis* ze względu na swój kredytowy charakter, ponieważ według Celsusa w ogólnym pojęciu *creditum* zawiera się również *commodatum*. Być może taka lokalizacja użyczenia była wynikiem tego, iż w okresie kształtowania się edyktu, *actio commodatii* miała jeszcze tylko jedną formułę *in factum*, podobną do kredytowej *condictio* (zob. M. Kaser, *Oportere...*, s. 31) i z tego względu umieszczono ją tamże. W redakcji juliańskiej edyktu natomiast do formuły *in factum* dołączona została późniejsza formuła *in ius ex fide bona*, jednakże bez zmiany umiejscowienia kontraktu (por. O. Lenel, *EP*³, s. 252 i n.). Taka lokalizacja formuły w edykcje nie może być na pewno argumentem decydującym o tym, iż *actio commodatii* nie zawierała klauzuli *ex fide bona*, albowiem w edykcje pretorskim nie wszystkie *iudicia bonae fidei* zostały umieszczone w tytule *de bonae fidei iudiciis*. Na przykład formuła *in ius ex fide bona negotiorum gestorum* została umieszczona w tytule *de cognitoribus* obok analogicznej formuły *in factum*; zob. O. Lenel, *EP*³, s. 101 i n.

¹³⁶ G.4,62; D.17,2,38pr.; D.13,6,3,2.; szerzej na ten temat zob. J. Słonina, *Actio commodati...*, s. 209 i n. oraz cyt. tam literatura.

¹³⁷ Zob. wyżej s. 116 i n.

