

I. ROZPRAWY

WŁADYSŁAW ROZWADOWSKI (Poznań)

Exceptiones procuratoriae i cognitoriae

I. Problem badawczy. II. O zastępstwie procesowym w ogólności. III. *Cautio rem ratam dominum habiturum*. IV. *Exceptio* przeciw zastępcy pozwanego. V. *Exceptio tutoria* i *curatoria*. VI. *Exceptio* przeciw osobom *quibus sine mandatu agere liceat*. VII. Dwa rodzaje *exceptio procuratoria* i *cognitoria*. VIII. O *exceptio cognitoria* i *procuratoria* w ogólności. IX. *Exceptio procuratoria* i *cognitoria* jako zarzut braku zdolności procesowej. X. *Exceptio procuratoria* i *cognitoria* jako zarzut braku legitymacji procesowej. XI. Treść *exceptiones procuratoriae* i *cognitoriae*. XII. *Cautio ratam rem dominum habiturum* a *exceptio procuratoria*. XIII. Wnioski.

I

Problem zastępstwa procesowego w prawie rzymskim przykuwał w ostatnich latach uwagę wielu romanistów. Przedmiotem jednak szczególnego zainteresowania literatury jest tzw. *procurator ad litem*. Mimo wielu publikacji na jego temat nadal nie wyjaśniono do końca roli, jaką w historii procesu rzymskiego odegrała związana z tym zastępcą tajemnicza *exceptio procuratoria*.

Zarzut ten wiązał się ściśle z podobnym zarzutem, który w źródłach określany jest mianem *exceptio cognitoria*. Romaniści zgodni są w zasadzie co do tego, iż zarówno jedna jak i druga *exceptio* występowały w roli podwójnej: raz jako zarzut braku zdolności procesowej zastępcy, drugi raz jako zarzut braku legitymacji procesowej.

Sporny jednak pozostaje nadal problem treści obu zarzutów: czy miały one charakter jednolity (pogląd w literaturze przeważający), czy też istniały liczne *exceptiones procuratoriae* i *cognitoriae* o zróżnicowanej treści (pogląd reprezentowany przez Solazziego). Wyjaśnienia wymaga również charakter prawny samych *exceptiones procuratoriae* i *cognitoriae* ze względu na ich podstawę: czy zawsze należały one do zarzutów dylatoryjnych, czy też mogły mieć postać peremptoryjną. Wreszcie wątpliwości budzi również stosunek *exceptio procuratoria* do *cautio de rato* oraz do zastępstwa procesowego w przypadku, gdy podejmowała się go osoba, która pod nieobecność *dominus litis* z własnej inicjatywy zamierzała reprezentować jego interesy przez wnoszenie powództwa. Wyjaśnienie tych kwestii,

które dla funkcjonowania prokuratury miały znaczenie kolosalne, możliwe jest tylko na tle analizy wszystkich postaci zastępstwa procesowego, jakie znało rzymskie prawo klasyczne.

II

Możliwość zastępstwa w procesie rzymskim na szerszą skalę¹ pojawiła się dopiero w procesie formułkowym. W tym kierunku zmierzały też udogodnienia przewidziane w edyktie pretorskim. Zastępca działający za którąkolwiek ze stron powinien mieć przede wszystkim prawo do działań procesowych *alieno nomine*, a ponadto powinien być do tych działań odpowiednio umocowany. Umocowanie takie mogło mieć różne źródło. W przypadku zastępstwa koniecznego, kiedy strona zastąpiona nie miała prawa do działań procesowych, w jej imieniu występował albo opiekun albo kurator. Tu też wymienić można syndyka (*actor*) zastępującego *municipium* albo *civitas*. Zastępstwo dobrowolne natomiast miało miejsce wtedy, gdy strona sama wprowadzić miała zdolność do działań procesowych, ale z jakichś powodów (np. z powodu nieobecności albo choroby) osobiście występować nie mogła. W takich przypadkach strona powoływała zastępcę, którym był albo *cognitor*, albo *procurator*.

Pretor w zakresie zastępstwa przewidział jeszcze jedną możliwość: gdy strona nie była w stanie powołać zastępcy, a jego brak mógł narazić ją na szkody majątkowe, dopuszczał zastępstwo przez osobę trzecią nawet bez wiedzy zastąpionego. Zastępca taki musiał tylko dać odpowiednie gwarancje przeciwnikowi procesowemu.

Szczególną prozycję zajmowały tu osoby związane ze stroną procesową jakimiś więzami natury osobistej. Osoby te występujące w procesie w roli zastępcy nie miały żadnego obowiązku legitymowania się uzyskanym pełnomocnictwem. Wystarczyło, aby wykazały, jaki stosunek łączy je ze stroną zastąpioną. Źródła wymieniają konkretne osoby i sprawy, w jakich mogły one występować *sine mandatu*. Są to dzieci *in potestate* w sprawach rodziców i rodzice w sprawach dzieci, mąż w sprawach swej żony, wyzwoleńcy w sprawach patronów. Wzajemnie mogli się także zastępować bracia i powinowaci². Umocnienie tych osób do zastępowania bliskich w procesie oparte było niejako na domniemanym pełnomocnictwie do działań procesowych, czyli tzw. *mandatum praesumptum*³. Osoby te wymienione były taksatywnie w edyktie pretorskim. Dowodzi tego Ulpian,

¹ W procesie legisakcyjnym zastępstwo procesowe dopuszczalne było tylko w sytuacjach wyjątkowych.

² D.3,3,35; D.46,7,3,3. Zob. na ten temat O. Lenel, *Das Edictum perpetuum*³, Leipzig 1927 (cyt. dalej EP), s. 95 i n.; M. Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966 (cyt. dalej ZPR), s. 149 i przyp. 19; 157 i przyp. 43.

³ F. Eisele, *Cognitur und Prokuratur*, Freiburg u. Tübingen 1881 (cyt. Cogni-

który stwierdza wyraźnie w D. 46,7,3,3: *quod enim eis agere permittitur edicto praetoris*.

Lenel w swej rekonstrukcji edyktu pretorskiego jedną z jego rubryk (§ 29) zatytułował *Quibus alieno nomine agere liceat*. Mimo że Lenel przyznaje⁴, iż na temat treści owej rubryki brak jest jakichkolwiek informacji, to jednak twierdzi stanowczo, że nie zawierała ona żadnej wzmianki na temat mandatu⁵. To aprioryczne twierdzenie musi budzić zastrzeżenia. Jest bowiem mało prawdopodobne, by rubryka nosiła tytuł zaproponowany przez Lenela. Przez osoby *quibus alieno nomine agere liceat* rozumie się wszelkie osoby, które mają zdolność do występowania w roli zastępców procesowych i dlatego takie brzmienie mógł nosić cały tytuł VIII edyktu traktujący o zastępstwie w procesie rzymskim w ogóle. Spośród zastępców natomiast tylko niektórzy mogli podjąć się swej funkcji bez potrzeby powołania się na *mandatum* ze strony zastąpionego. Prawo to przysługiwało im z uwagi na szczególny i osobisty stosunek do zastąpionego⁶. Różnica między zastępcą znajdującym się w bliskim stosunku do strony zastąpionej a takim, który był wobec niej całkowicie obcy, polegała zapewne na tym, iż ten ostatni mógł występować w procesie jedynie pod nieobecność strony, której interesy reprezentował. Stąd wydaje się wysoce prawdopodobne, iż analizowana rubryka była zatytułowana *Quibus alieno nomine sine mandatu agere liceat*. Pośrednio dowodzą tego sformułowania Ulpiana⁷ oraz Aleksandra Sewera⁸.

Równie wyjątkową pozycję wśród zastępców zajmował ten, kto bez zlecenia z własnej inicjatywy podejmował czynności procesowe w interesie kogoś, kto z jakichś powodów był nieobecny i dlatego nie mógł ani osobiście wystąpić w procesie, ani też mianować w tym celu kognitora czy prokuratora. Z uwagi na brak umocowania istniała tu zawsze niepewność,

tur), s. 194¹³⁴, 197¹³⁶; G. Donatuti, *Mandatum praesumptum*, in: Studi Albertoni I, Padova 1935, s. 367 i n. Pogląd Donatutiego (który idzie w tym względzie za Beselesem), jakoby koncepcja zastępstwa *sine mandatu* w procesie osób bliskich była tworem doktryny bizantyńskiej, jest nieprzekonywający. Zob. też na ten temat Lenel, EP, s. 96⁶.

⁴ EP, s. 96.

⁵ Według Lenela (EP, s. 96) edykt pretorski nie stawiał wymogu mandatu po stronie prokuratora, stąd też rubryka opisana przez niego (§ 29) nie mogła również zawierać na ten temat żadnej wzmianki. Twierdzenie to tylko wówczas byłoby uzasadnione, gdyby zastępcy, *quibus sine mandatu agere liceat*, traktowani byli w okresie klasycznym jako prokuratorzy. Jak nas informuje Ulpian (D.46,7,3,3): *quod enim eis agere permittitur edicto praetoris, non facit eos procuratores*. Zapewne na tej podstawie Lenel twierdzi, że *procuratorum* w D.3,3,35 pr. jest wrętem tryboniańskim. Podobnie zresztą S. Solazzi, II „*procurator ad litem*” (1949), in: *Scritti di diritto romano*, V, Napoli 1972 (cyt. II. *procurator*), s. 129.

⁶ Te postanowienia edyktu porównać można ze współczesnymi uregulowaniami, które w naszym kodeksie postępowania cywilnego znalazły swój wyraz w art. 87 § 1.

⁷ D.3,3,35 — — *quibus sine mandatu agere licet*; D.46,7,3,3, — — *a quibus mandatum non exigitur*.

⁸ C.2,12,12 — — *defendere quis* — — *sine mandato potest*.

czy zastąpiony zaakceptuje czynności takiego zastępcy i dlatego ten ostatni w każdym przypadku musiał przeciwnikowi procesowemu udzielić zabezpieczenia w postaci odpowiedniej *cautio*. Według Gaiusa (4, 84):

sunt qui putant eum quoque procuratorem videri, cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum.

Spór dotyczy przede wszystkim tego, jak należy traktować takiego zastępcę od momentu podjęcia przez niego czynności procesowych w imieniu nieobecnego aż do chwili zatwierdzenia tych czynności (*ratihabitio*) przez zastąpionego. Ulpian w tej kwestii nie ma już żadnej wątpliwości, kiedy *expressis verbis* stwierdza:

D. 46,7,3,2 (Ulpianus 77 ad edictum): *sed et si ratum fuerit habitum procurator videtur*⁹.

III

Z wyjątkiem kognitora i syndyka *municipii*¹⁰ pozostali zastępcy wnosząc powództwo *alieno nomine* mieli obowiązek, na żądanie pozwanego, ustanowić *cautio rem ratam dominum habiturum*. Zróżnicowanie pod względem tego obowiązku poszczególnych zastępców wynikało z różnego stopnia pewności co do ich umocowania w momencie *litis contestatio*, a to z kolei zależało od źródła samego umocowania.

Prokuratora powoływano w sposób nieformalny, także pod nieobecność przeciwnika procesowego. Jak powiada Gaius (4, 84):

Procurator vero nullis certis verbis in litem substituitur, sed ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur. I dalej: quamquam et ille cui mandatum est plerumque satisfacere debet, quia saepe mandatum initio litis in obscuro est et postea apud iudicem ostenditur.

Od momentu ustanowienia prokuratora aż do chwili jego *litis contestatio* z pozwanym mogły zajść najrozmaitsze zdarzenia, które powodowały wygaśnięcie pełnomocnictwa. W takim przypadku *litis contestatio* prokuratora nie pociągała za sobą konsumpcji powództwa ze skutkiem dla zastąpionego. Według Gaiusa (4, 98):

Procurator vero si agat satisfacere iubetur ratam rem dominum habiturum; periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiat.

⁹ Zob. na ten temat Lenel, EP, s. 96; Kaser, ZPR, s. 157; O. Behrends, *Die Prokuratur des klassischen römischen Zivilrechts*, in: ZSS 88/1967, s. 267; R. Quadrato, D.3,3,1 pr. e la definizione di „procurator”, in Labeo 20/1974, s. 211; P. Angelini, *Il „Procurator”*, Milano 1971, s. 154 i n.

¹⁰ Syndyk tylko wtedy mógł być zobowiązany do ustanowienia *cautio de rato*, jeśli wyloniły się wątpliwości co do dekretu określającego jego pełnomocnictwo. Por. D.3,4,6,3.

Gdy prokurator działający bez pełnomocnictw przegrał proces, jego mocodawca nie tracił prawa ponownego wniesienia powództwa o to samo roszczenie. Aby zabezpieczyć pozwanego przed taką ewentualnością, powinien prokurator na żądanie pozwanego, ustanowić wspomnianą *cautio do rato* i to pod rygorem *denegatio actionis*.

Analogicznie przedstawiała się sytuacja, gdy po stronie powoda występował opiekun albo kurator ¹¹. Także tu, ze względu na niebezpieczeństwo ponownego procesu o to samo roszczenie ze strony *dominus litis*, istniała potrzeba ustanowienia *cautio de rato* przez obu tych zastępców.

Niebezpieczeństwo to nie występowało, jeżeli po stronie powoda występował *actor universitatis* albo *cognitor*. Ten pierwszy w momencie *litis contestatio* wykazywał swe prawo do wnoszenia powództwa legitymując się dekretem, a więc dokumentem o charakterze publicznym. Wnosząc zatem *actio* konsumował ją wówczas, gdy ów dekret nie stracił uprzednio swej mocy prawnej. Jeśli natomiast wyłączały się w tym względzie jakieś wątpliwości, to jak widzieliśmy, również na syndyka nakładał pretor obowiązek ustanowienia *cautio de rato*.

A jak wyglądała sprawa, jeśli powództwo wnosił *cognitor*? Gaius informuje nas (4, 83):

Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur.

Sposób, w jaki powoływano kognitora, eliminował zatem do maksimum niebezpieczeństwo braku umocowania po stronie tego zastępcy procesowego. Przecistawiając pod tym względem kognitora prokuratorowi Gaius powiada (4, 98):

Quod periculum ¹² non intervenit, si per cognitorem actum fuerit, quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet, quam si ipse egerit.

Przyjmowano tu zatem niejako domniemanie, że udzielone nawet uprzednio kognitorowi pełnomocnictwo nie wygasło w momencie *litis contestatio*. A czy zawsze tak przedstawiał się stan prawny? Oczywiście, że nie. Od momentu ustanowienia kognitora do momentu jego *litis contestatio* z pozwanym mogły mieć miejsce zdarzenia, które powodowały wygaśnięcie tego pełnomocnictwa ¹³. Niestety źródła nie dają odpowiedzi na pytanie, jak w takich przypadkach postępował pretor ¹⁴.

Obowiązek ustanowienia *cautio de rato* mieli również zastępcy działający z mocy tzw. *mandatum praesumptum* ¹⁵.

¹¹ Gaius 4,99.

¹² i.e. *periculum* — — *ne iterum dominus de eadem re experiatur*.

¹³ Zob. na ten temat dalej, na s. 28.

¹⁴ Eisele (o.c., s. 217) przypuszcza, że pretor w takich przypadkach nakładał również na kognitora obowiązek ustanowienia *cautio de rato*.

¹⁵ Por. na ten temat C. Glück, *Pandekten V*, Erlangen 1789, s. 226⁷⁸; Eisele, o.c., s. 197¹³⁸; Lenel, EP, s. 93³. Inaczej jedynie G. Beseler, *Romanistische Studien*, in: ZSS 46/1926, s. 142.

IV

Gdy strona pozwana reprezentowana była w procesie przez zastępcę, powód w momencie *litis contestatio* konsumował powództwo nawet wówczas, gdy zastępcą był zwykły *defensor*, działający nie na podstawie umocowania, lecz jako prowadzący cudze sprawy bez zlecenia¹⁶. Wykonalność wyroku zabezpieczała *cautio iudicatum solvi*. W fazie *in iure* powód mógł jednak zgłaszać swoje zastrzeżenia co do zdolności kognitora czy prokuratora do występowania *alieno nomine* w procesie. Dotyczyło to przypadków, gdy pozwany mianował kognitorem bądź prokuratorem osobę pozbawioną z mocy edyktu pretorskiego prawa do takiego zastępstwa. Zgłoszoną w tym kierunku opozycję trudno nazwać ekscepcją w technicznym znaczeniu tego wyrazu, jako że zastrzeżenie takie pochodziło nie od strony pozwanej, lecz od powoda (tzw. *exceptio actoris contra reum*)¹⁷.

V

Znacznie bardziej skomplikowana była sytuacja, gdy zastępca występował po stronie powoda. Widać to już chociażby na przykładzie obowiązku ustanowienia *cautio de rato*. Motywy, które uzasadniały konieczność ustanowienia takiej *cautio* przez opiekuna i kuratora, dość jasno sprecyzował Ulpian:

D. 26, 7, 23 (Ulpianus 9 ad edictum): *quid tamen si dubitetur, an tutor sit vel an duret tutor vel an gestus illi commissus sit? aequum est adversarium non decipi. idem et in curatore est, ut Iulianus scripsit.* Pozwany przez tutora czy kuratora mógł, w razie wątpliwości co do ich

¹⁶ D.44,2,11,7. E. Betti, D.42,1,63. *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata 1922, s. 332 i n. Kaser, ZPR, s. 155 i 159.

¹⁷ *Exceptio cognitoria* i *procuratoria* podnoszona przeciw pozwanemu mogła dotyczyć wyłącznie osoby zastępcy, a nie braku pełnomocnictwa. Pośrednio na tego rodzaju ekscepcję mogłaby wskazać wypowiedź Ulpiana w D. 22,3,19,2: *Sed et si procuratoria quis exceptione utatur, eo quod non licuisset adversario dare vel fieri procuratorem, probare id oportet obicentem exceptionem*. Gdyby prawo do podnoszenia *exceptio procuratoria* przysługiwało tylko pozwanemu, wypowiedź Ulpiana powinna mieć następujące brzmienie: *Sed et si procuratoria exceptione utatur, eo quod non licuisset actori dare vel fieri procuratorem, probare id oportet reum*. Powodowi mogło np. zależeć na tym, by nie mieć w procesie do czynienia z prokuratorem dotkniętym infamią, tym bardziej, że przeciwko niemu musiał następnie kierować *actio iudicati*. Swe obiekcje powinien zapewne zgłosić w fazie *in iure*. Taki prawdopodobnie tok postępowania miał na uwadze A. Palermo (*Studi sulla „exceptio” nel diritto classico*, Milano 1956, s. 135) pisząc, iż strony wносиły odpowiednie *interrogationes in iure*. Na taki tok postępowania zdaje się wskazywać również Paulus w D.3,3,43,1. Pod terminem *exceptio* rozumieli zresztą Rzymianie nie tylko klauzulę stanowiącą część składową formułki procesowej, lecz także okoliczności, które stanowiły jej podstawę. Zob. na ten temat mój *Reskrypt Marka Aureliusza o kompensacji w doktrynie romanistycznej i w źródłach*, I, in: CPH XXVI, 2/1974, s. 20 i in. (z dalszą literaturą).

legitymacji, domagać się ustanowienia *cautio de rato*. Ale środek ten nie zawsze prowadził do właściwego celu. Nie chronił on bowiem pozwanego przed nowym procesem na wypadek, gdyby np. okazało się, że opiekun skutkiem dojścia pupila do pełnoletności przestał reprezentować jego interesy¹⁸. Dlatego też źródła klasyczne informują nas o jeszcze jednym środku, jaki oddawano w takich przypadkach do dyspozycji pozwanego. Była nim tzw. *exceptio tutoria*, *curatoria* oraz zarzut braku legitymacji po stronie syndyka.

Treścią zarzutu w *exceptio tutoria* mógł być zarówno brak legitymacji procesowej w ogóle, jak i to, że przedmiot sporu nie mieści się w gestii opiekuna. Na temat pierwszej ekscpcji traktują w jednej ze swoich konstytucji Dioklecjan i Maksymian:

C. 5, 45, 2, (294): *Non utiliter nominatus tutor pupillorum agendo nomine, licet ex eorum persona iniunctam impleat intentionem, exceptione 'si tutor non est' submovetur.*

Konstytucja ta przytacza również treść samej ekscpcji, która brzmiała zapewne *si tutor est*¹⁹. Na temat drugiej *exceptio tutoria* informuje nas Ulpian:

D. 26, 7, 3, 9 i 26, 7, 4 (Ulpianus 35 ad edictum): *Item si dividi inter se tutelam velint tutores, audiendi sunt, ut distribuatur inter eos administratio vel in partes vel in regiones, et si ita fuerit divisa, unusquisque exceptione summovebitur pro ea parte vel regione, quam non administrat.*

Jak brzmiała w tym drugim przypadku *exceptio tutoria*, tego niestety nie wiemy. Jest wręcz nieprawdopodobne, by tutaj pretor chronił pozwanego ekscpcją *si tutor est*, jako że przeciwnik procesowy był przecież opiekunem powoda, a tylko dochodzone roszczenie nie mieściło się w jego gestii. Sądzę więc, że jeśli np. przedmiotem sporu była jakaś rzecz, ekscpcja taka mogła mieć brzmienie następujące: *si A° A° rerum administrandarum ius competit*²⁰.

O *exceptio curatoria* wspomina jedna z konstytucji Dioklecjana i Maksymiana:

C. 2, 18, 20, pr i § 2 (294): *Tutori vel curatoris similis non habetur, qui citra mandatum negotium alienum sponte gerit — —. § 2 De ceteris*

¹⁸ Zob. na ten temat D. 26, 7, 39 pr.

¹⁹ Według Lenela (EP, s. 503 i przyp. 3) ekscpcje zawsze miały postać twierdzenia pozytywnego a nie negatywnego. Podobnie zresztą E. Levy, *Beweislast im klassischen Recht*, in: Iura 3/952, s. 160 i n. Wersja *si tutor non est* przekazana w konstytucji Dioklecjana i Maksymiana jest zapewne rezultatem zwykłej niedokładności kopisty, tym bardziej, że w niektórych rękopisach Kodeksu brak jest słowa *non*. O. Bülow (Die Lehre von den Processeinreden, Giessen 1868, s. 35 i n.) i F. Bonifacio (Procurator e preclusione processuale, in: Studi Cagliari 38/1956 — nadbitka s. 9) opowiadają się za negatywną postacią *exceptio tutoria*.

²⁰ Zbyt daleko idzie chyba Bülow (o.c., s. 36) doszukując się śladów *exceptio tutoria* również w D. 26, 7, 23 i 35; D. 46, 7, 3, 4 i 5.

vero, quae ab aliis tui constituta iuris detenta exacta non sunt, ab hoc, qui nec agendi quidem propter exceptionis obstaculum facultatem habere potuit, exigi non potest.

Exceptio, o której traktuje powyższa konstytucja, paraliżowała skuteczność czynności procesowych zastępcy. Przedmiotem tego zarzutu, jeśli zastępca był kuratorem, mogła być zarówno utrata przezeń kwalifikacji jako kuratora (*si curator est*), jak i inne okoliczności wykluczające zdolność tego zastępcy do podejmowania czynności procesowych ²¹.

Na temat zarzutu podnoszonego przeciwko syndykowi *universitatis* informuje nas:

D. 3,4,6,2 (Paulus 9 ad edictum): *Quid si actor datus postea decreto decurionum prohibitus sit, an exceptio ei noceat? et puto sic hoc accipiendum, ut ei permissa videatur cui et permissa durat.*

VI

Wyjątkowo mało uwagi poświęcono dotychczas w literaturze ekscepcji, której przedmiotem był brak umocowania po stronie osób działających na podstawie tzw. *mandatum praesumptum*. Jak zdołałem ustalić, wspomina o niej tylko Eisele ²², i to zupełnie marginesowo, wykluczając w ogóle możliwość podnoszenia tego rodzaju zarzutu procesowego. Sądzę, iż pogląd ten wyraził on zbyt pochopnie. Spróbujmy jednak przeanalizować pochodzący od Ulpiana fragment D. 3,3,40,4:

In his autem personis, in quibus mandatum non exigimus, dicendum est, si forte evidens sit contra voluntatem eos experiri eorum pro quibus interveniunt, debere eos repelli. ergo non exigimus, ut habeant voluntatem vel mandatum sed ne contraria voluntas probetur: quamvis de rato offerant cautionem.

Widzimy zatem, że także te sposoby, in quibus *mandatum non exigitur*, musiały postępować z domniemaną wolą osoby zastępowanej ²³. Jeżeli obowiązek ten naruszały, należało *eos repelli*. Celowi temu mogła służyć tylko *exceptio* zmierzająca do wyeliminowania takiego zastępcy, i to nawet wówczas, gdy ustanowił on *cautio de rato*. Zarzut taki nie mógł brzmieć *si A^s A^s procurator (cognitor) est*, ani też *si A^t A^t mandatum est ut peteret*. Mógł natomiast pretor formułować go w sposób następujący: *si A^s A^s secundum voluntatem Lⁱ Tⁱ peteret*. Zdarzyć się bowiem mogło, iż powód w ogóle nie zamierzał dochodzić swojej pretensji od pozwanego, a osoba bliska mimo to wniosła przeciw niemu powództwo.

²¹ Według Bülowa (o.c., s. 36) na *exceptio curatoria* zdaje się wskazywać również D.27,10,7,1 i 2.

²² *Cognitor*, s. 194¹³⁴; 197¹³⁶. Według Eiselego nie można było w stosunku do osób bliskich opierać zarzutu na braku zlecenia, jeśli ich umocowanie było przedmiotem domniemania.

²³ Donatutti, o.c., s. 369 (z dalszą literaturą w przyp. 2).

VII

Przedmiotem wszystkich dotychczas omówionych zarzutów był brak po stronie zastępcy umocowania do występowania w imieniu *dominus litis* ²⁴. W źródłach brak niestety informacji na temat możliwości stawiania pod adresem tych zastępców zarzutu, którego treścią był brak zdolności procesowej ²⁵. Na temat tego zarzutu w źródłach mowa jest tylko w odniesieniu do kognitora i prokuratora ²⁶.

Pretor w swoim edyktie wymieniał osoby, które pozbawione były zdolności do działań procesowych *alieno nomine*. I tak nie mogły w cudzym imieniu procesować się niewiasty ²⁷, żołnierze ²⁸ oraz osoby dotknięte infamią ²⁹. Należący do tej ostatniej kategorii, zwani *ignominiosi* ³⁰, nie mogli ponadto posługiwać się we własnym procesie zastępcą, lecz występować musieli osobiście. Przy pogwałceniu tego zakazu strona przeciwna posłużyć się mogła *exceptio procuratoria* czy *cognitoria*. Występująca w źródłach *exceptio cognitoria* i *procuratoria* służyła do wykluczenia z procesu zastępcy albo z powodu braku pełnomocnictwa, albo z powodu braku zdolności procesowej. Każda z tych dwóch ekscepcji miała zatem charakter podwójny.

VIII

Wyjątkowo fragmentaryczne są informacje źródłowe na temat *exceptio cognitoria*. W kompilacji justyniańskiej zniknęła definitywnie postać kognitora jako zastępcy procesowego. Zastąpił go prokurator. W tym kierunku dokonano też ogromnej liczby interpolacji fragmentów, w których pierwotnie mowa była o kognitorze. Zmiany te niewątpliwie dotknęły

²⁴ W literaturze niemieckiej zastępcę bez umocowania określa się jako działającego „mangels Vollmacht”.

²⁵ Zastępcę pozbawionego tej zdolności określa się w literaturze niemieckiej jako działającego „mangels Fähigkeit”.

²⁶ Niektórzy zastępcy procesowi (np. opiekun, kurator) musieli mieć zdolność procesową z racji wykonywanej funkcji. Przystawali zapewne wykonywać swą funkcję z chwilą utraty tej zdolności. Na temat utraty zdolności procesowej opiekuna zob. E. Volterra, *Istituzioni di diritto romano*², s. 88; S. Solazzi, *Il momento finale della tutela e il senatoconsulto di Gai. 1,182*, (1949), in: *Scritti V*, s. 149 i n.

²⁷ W drodze wyjątku pretor *causa cognita* zezwalał córkom występować w imieniu ojca w przypadku jego choroby lub podeszłego wieku. Por. D.3,3,41.

²⁸ Zakaz ten wprowadzony został mocą konstytucji cesarskich.

²⁹ Przeszkodę do *postulare pro alios* z tytułu infamii zniósł dopiero Justynian (I.4,13,11). Zob. na ten temat dalej na s. 37. Pozbawieni czci obywatelskiej (*infames*) nie mogli do czasów justyniańskich wystąpić w roli zastępców procesowych mimo zgody strony przeciwnej (Sent. Pauli 1,2,1). S. Wróblewski (*Zarys wykładu prawa rzymskiego*, I, Kraków 1916, s. 422) utrzymywał nawet, że pretor w takich przypadkach z urzędu umieszczał w formułce odpowiednią *exceptio*.

³⁰ Gaius 4,182.

i te teksty, w których mowa była o *exceptio cognitoria*. Nie zawsze możliwe jest ustalenie, które teksty przeredagowane zostały ręką kompilatorów justyniańskich. Stąd wiadomości nasze na temat *exceptio cognitoria* są raczej fragmentaryczne.

Stosunkowo wiele uwagi poświęcił *exceptio cognitoria* Gaius. W części zawierającej wykład na temat *exceptiones dilatoriae* (4,124) autor Instytucji pisze:

Non solum autem ex tempore, sed etiam ex persona dilatoriae exceptiones intelleguntur, quales sunt cognitoriae: veluti si is, qui per edictum cognitorem dare non potest, per cognitorem agat, vel dandi quidem cognitoris ius habeat, sed eum det cui non licet cognituram suscipere. nam si obiciatur exceptio cognitoria, si ipse talis erat, ut ei non liceat cognitorem dare, ipse agere potest; si vero cognitori non liceat cognituram suscipere, per alium cognitorem aut per semet ipsum liberam habet agendi potestatem, et tam hoc quam illo modo evitare potest exceptionem; quodsi dissimulaverit eam et per cognitorem egerit, rem perdit.

Gaius traktuje tu o *exceptio cognitoria*, której przedmiotem jest brak zdolności procesowej, a nie brak pełnomocnictwa. W literaturze wyrażano również pogląd, że *exceptio cognitoria* w ogóle znana była tylko w takiej postaci³¹. Pogląd ten wiąże się ściśle z innymi zagadnieniami, a mianowicie, w jakim momencie, jeśli chodzi o proces, następowało ustanowienie kognitora. Byłby on trafny jedynie w tym przypadku, gdyby moment ustanowienia tego zastępcy procesowego łączył się z momentem konsumpcji wnoszonego przezeń powództwa. Ale wiadomo przecież, że przynajmniej w okresie późniejszym ustanowienie kognitora mogło wyprzedzać moment *litis contestatio*³², a w tym czasie mogło również wygasnąć pełnomocnictwo tego zastępcy do działań procesowych. Jak podaje Paulus:

³¹ W ten sposób Bülow, o.c., s. 38, a ostatnio także Bonifacio, o.c., s. 6; „la solennità dell'atto di costituzione ed il fatto che questa avviene *coram adversario* (Gai. 4,83) dovrebbe escludere che il convenuto possa opporre il difetto di autorizzazione”.

³² Problemem tym zajmowałem się w pracy pt. *Przelew wierzytelności w prawie rzymskim*, Poznań 1969. Tam też (s. 44) wyraziłem pogląd, że „kognitora ustanowić można było dla takiego procesu, który miał się toczyć także w odległej przyszłości”. Dodałem przy tym (przyp. 53), że „jeśli nawet przyjmujemy, że przeciwnik procesowy mógł wypowiedzieć formułę o ustanowieniu kognitora przy okazji pozaprosesowej *editio actionis*, to nie wiemy, czy i jak dalece akt ten wyprzedzać mógł in *ius vocatio*”.

Pogląd ten stał się przedmiotem krytyki M. Zabłockiej (*Ustanowienie kognitora w rzymskim procesie klasycznym*, in: CPH XXIV, 2/1972, s. 1 i n.), która podjęła próbę wykazania, iż pozasądowa *editio actionis* miała miejsce w momencie in *ius vocatio*, a zatem ustanowienie kognitora możliwe było najwcześniej w momencie tej czynności procesowej. Pogląd ten poddałem krytyce w artykule polemicznym pt. *Jeszcze raz o ustanowieniu kognitora w rzymskim procesie klasycznym* (CPH XXVI, 1/1974, s. 235 i n.). Zabłocka w swej odpowiedzi (*Moment ustanowienia kognitora na-*

D. 3,3,16 (Paulus 7 ad edictum): *Ante litem contestatam libera potestas est vel mutandi [procuratoris] (cognitoris) ³³ vel ipsi domino iudicium accipiendi.*

Cofnięcie udzielonego kognitorowi pełnomocnictwa mogło nastąpić, przynajmniej od czasów Hadriana ³⁴, w taki sam sposób jak jego powołanie, czyli *per quasi solemnia verba* i w obecności przeciwnika procesowego ³⁵. Pełnomocnictwo udzielone kognitorowi traciło swą moc także w momencie śmierci mocodawcy ³⁶. We wszystkich tych przypadkach pozwany posłużyć się mógł *exceptio cognitoria*. Zmierzała ona wówczas do wyeliminowania z procesu kognitora z powodu braku pełnomocnictwa ³⁷.

dal dyskusyjny, in: CPH XXVII, 1/1975, s. 137 i n.) podtrzymała swe stanowisko, uzupełniając wywody o dodatkowe argumenty.

Nadal nie mogę pogodzić się z moją oponentką, jakoby pierwsza, pozaprosowa *editio actionis*, miała miejsce dopiero w momencie *in ius vocatio*. Nie dlatego, że pogląd ten jest raczej odosobniony (por. chociażby na ten temat Lenel, EP, s. 60: „Die editio actionis, die unser Edikt vorschreibt, ist als aussergerichtlichen zu denken, die der in ius vocatio vorausgeht...”). Podobnie zresztą G. Pugliese, *Il processo civile romano II, Il processo formulare*, I, Milano 1963 [cyt. dalej. Proc. form], s. 354 i n.; Kaser, ZPR, s. 162; ostatnio także K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*², Warszawa 1976, s. 127, a zwłaszcza obszerna monografia poświęcona *editio actionis* A. F. Berreiro, *La previa informacion del adversario en el proceso romano*, Pamplona 1969, s. 32 i n.), ale dlatego, że pozostaje on w sprzeczności z przekazami źródłowymi (obszerne wywody na ten temat zob. Pugliese, o.c.). Zabłocka w swej drugiej publikacji nie odparła najbardziej istotnego argumentu, na którym oparłem swój punkt widzenia. Chodzi mianowicie o brzmienie drugiej formuły, którą Gaius (4,83) przytacza jako przykład na *datio cognitoris: quod ego tecum agere volo, in eam rem cognitorem do* oraz *quia tu mecum agere vis, in eam rem cognitorem do*. Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że wypowiadający te słowa sam, albo też jego przeciwnik, nosił się dopiero z zamiarem wytoczenia powództwa (*agere volo, agere vis*), a powołanie kognitora następowało właśnie w momencie wypowiedziania formuły (*cognitorem do, a nie dabo*). Jakkolwiek przytoczone przez Gaiusa formuły mają charakter przykładowy (*potest ut actor ita dicat*), to jednak pozwalają one stwierdzić, że ustanowienie kognitora mogło w czasie wyprzedzać wszczęcie postępowania *in iure* (*in ius vocatio*).

³³ Lenel, *Paulus* 175; Krüger, *ad D.3,3*; M. Wlassak, *Zur Geschichte der Cognitur*, Breslau 1893, s. 30; P. Koschaker, *Translatio iudicii*, Graz 1905, s. 91; G. Maier, *Zur Geschichte der Zession*, in: *Festschrift Rabel*, II, Tübingen 1954, s. 207; W. Gehrich, *Kognitur und Prokuratur in rem suam als Zessionsformen des Klassischen römischen Rechts*, Göttingen 1963, s. 18.

³⁴ Por. np. D.46,7,7, w którym Gaius analizuje przypadek, gdy pozwany nie wiedząc o odwołaniu kognitora wdał się z nim w spór.

³⁵ M. Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, II, Bonn 1865, s. 418; Eisele, o.c., s. 54; L. Debray, *De la représentation en justice par le cognitor*, Paris 1892; s. 122; Koschaker, o.c., s. 91; Betti, o.c., s. 336; Gehrich, o.c., s. 24³⁵.

³⁶ Odmienny pogląd reprezentuje jedynie P. Gide, *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain*, Paris 1879, s. 291 oraz Maier, o.c., s. 207.

³⁷ Eisele, o.c., s. 215; M. Wlassak, *Die klassische Prozessformel*, Wien 1924, s. 202; Lenel, EP, s. 593; Debray, o.c., s. 159; Ch. Wirbel, *Le cognitor*, Paris

Wszystkie teksty traktujące w kompilacji justyniańskiej o *exceptio procuratoria*, której przedmiotem był brak legitymacji procesowej, podejrzane są o interpolację. O *exceptio procuratoria* podnoszonej z powodu braku zdolności procesowej informuje nas Quintilianus w swoich *Inst. oratoriae*:

IV,4,6-7 *Recusatio quoque plures interim propositiones habet, ut contra petitionem pecuniae: male petis, procuratorem enim tibi esse non licuit, sed neque illi cuius nomine litigas, habere procuratorem;*

VII,1,19 *procurator alicuius pecuniam petit ex faenore hereditario: potes incidere quaestio, an huic esse procuratorem liceat; i dalej w § 20 queratur: an ei, cuius nomine litigatur, procuratorem habendi sit ius?*

„Klasycyzm” *exceptio procuratoria* zakwestionował tylko Beseler³⁸, ale pogląd jego pozostał zupełnie odosobniony.

IX

Mimo iż prawnicy rzymscy używali terminu *exceptio cognitio* czy *procuratoria* w znaczeniu podwójnym, wszystko wskazuje na to, że w pełni zdawali sobie sprawę z dwoistego charakteru każdego z tych zarzutów. Gaius, jak widzieliśmy, zaliczył *exceptio cognitio* do zarzutów dylatoryjnych. W tym samym duchu sformułowany jest odpowiedni *passus* *Instytucji justyniańskich*, 4,13,11:

Preterea etiam ex persona dilatoria sunt exceptiones: quales sunt procuratoriae, veluti si per militem aut mulierem agere quis velit: nam militibus nec pro patre vel matre vel uxore nec ex sacro rescripto procuratorio nomine experiri conceditur: suis vero negotiis superesse sine offensa disciplinae possunt.

Tę samą myśl wyraził również Ulpian:

D. 44,1,2,4, (Ulpianus 74 ad edictum): *Sane solemus dicere quasdam exceptiones esse dilatorias, quasdam peremptorias: ut puta dilatoria est exceptio, quae differt actionem, veluti procuratoria exceptio dilatoria est: nam qui dicit non licere procuratorio nomine agi, non prorsus litem infitatur, sed personam evitat*³⁹.

Na temat *exceptio procuratoria* jako zarzutu dylatoryjnego Paulus pisał: D. 3,3,43,1 (Paulus 9 ad edictum): *Cum quaeretur, an alicui procuratorem habere liceat, inspiciendum erit, an non prohibeatur procuratorem dare, quia hoc edictum prohibitorium est*⁴⁰.

1911, s. 126 i n.; B. Mecke, *Die Entwicklung des „procurator ad litem”*, in: *SDHI* 28/1962, s. 154; Kaser, *ZPR*, s. 155.

³⁸ Beseler, o.c., s. 142. Zob. na ten temat dalej, s. 16 i n.

³⁹ Wirbel, o.c., s. 176⁴ proponuje przed *procuratoria* dodać *cognitio* vel.

⁴⁰ Według Kellera (zob. Ind. interp.) Paulus pisał nie *procuratorem dare*, lecz *cognitorem dare*. F. Serrao (*Il procurator*, Milano 1947, s. 50, 52) utrzymuje, że

W tej grupie źródeł przytoczyć jeszcze należy:

D. 44,1,3, (Gaius 1 ad ed. provinc.): *procuratoriae quoque exceptiones dilatoriae sunt, quae evitari possunt* ⁴¹.

Zastanawiając się nad tym, kogo obciąża *onus probandi* w *exceptio procuratoria* Ulpian powiada:

D. 22,3,19,2, (Ulpianus 7 disputationum): *Sed et si procuratoria quis exceptionem utatur, eo quod non licuisset adversario dare vel fieri procuratorem, probare id oportet obicientem exceptionem* ⁴².

Nie jest kwestią zwykłego przypadku podkreślenie Ulpiana, iż chodzi mu o zarzut braku zdolności procesowej. Z jednej strony zamierzał on zapewne zwrócić uwagę, że jeśli taki zarzut podniesie powód, on musi udowodnić jego prawdziwość. Z drugiej strony wypowiedź Ulpiana dowodzi przeświadczenia tego jurysty, że przy *exceptio procuratoria* z powodu braku pełnomocnictwa po stronie prokuratora *ex parte actoris*, dowód na przeciwieństwo mógł obciążać nie pozwanego, który zarzut podnosił, lecz samego prokuratora ⁴³. O takim właśnie przypadku traktuje *expressis verbis* w swojej konstytucji Aleksander Sewerus:

C. 2,12,12 (230): *Exigendi a filio tuo mandati, — — duplici ratione necessitas non fuit, aut quod defendere quis sive libertus sive extraneus sine mandato potest, — — aut quod filius, etiamsi ultro actionem patris nomine dirigat, mandatum probare non cogitur*.

Między *exceptio dilatoria* i *peremptoria* istniały poważne różnice pod wielu względami. Pominięcie przez pozwanego ekscepcji *peremptoryjnej* stanowiło zawsze podstawę *restitutio in integrum*. Czy tego samego mógł domagać się zainteresowany na wypadek pominięcia ekscepcji *dylatoryjnej* — jeszcze za czasów Gaiusa było przedmiotem sporu ⁴⁴. Za czasów Dioklecjana spór ten niewątpliwie rozstrzygnięty został już negatywnie ⁴⁵. W tym samym kierunku skłaniał się zapewne także Ulpian ⁴⁶, na co zdaje się wskazywać jego:

także w pierwszym zdaniu Paulus traktował o kognitorze. Uwagi krytyczne na temat tej sugestii zob. u Solazziego, *Il procurator*, s. 118.

⁴¹ Autentyczność frazy *quae evitari possunt* kwestionują, moim zdaniem bezpodstawnie, Mommsen (zob. jego wydanie *Digestów*) i Lenel (*Kritisches und Antikritisches*, in ZSS 49/1929, s. 8).

⁴² Lenel, Ulpianus 121 i Wirbel, o.c., s. 162² uważają, że tekst pierwotnie traktował również o kognitorze.

⁴³ W ten sposób również E. Levy, *Beweislast*, s. 159 i n.

⁴⁴ Gaius 4,125: *Sed peremptoria quidem exceptione si reus per errorem non fuerit usus, in integrum restituitur adiciendae exceptionis gratia; dilatoria vero si non fuerit usus, an in integrum restituatur, quaeritur*.

⁴⁵ C.4,19,19 (294): *Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverit quod adseverat, oportet*. Zob. też na ten temat Eisele *Zur Geschichte d. prozessualen Behandlung d. Exceptionen*, s. 61; S. Solazzi, *Studi romanistici*, (1949), in: *Scritti di diritto romano V* (cit. dalej *Studi*), s. 213.

⁴⁶ W ten sposób E. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*², Paris 1928, s. 866. Inaczej Solazzi, *Studi*, s. 213¹⁹⁶.

D. 3,3,57,1 (Ulpianus 74 ad edictum): *Si quis remisit exceptionem procuratoriam, non poterit ex paenitentia eam opponere* ⁴⁷.

Fragment ten dotyczy niewątpliwie zarzutu braku zdolności procesowej, a nie braku legitymacji procesowej ⁴⁸. Ten ostatni zarzut, określany także mianem *exceptio procuratoria* czy *cognitoria*, moim zdaniem, nie mógł być przez Rzymian zaliczany do *exceptiones dilatoriae* ⁴⁹. Popatrzmy na konsekwencje prawne takiego zarzutu, jeśli zastępcą mimo braku zdolności procesowej nie odstąpił od popierania powództwa przed *litis contestatio*. Według Gaiusa (4,123):

Observandum est autem ei cui dilatoria obicitur exceptio, ut diferat actionem; alioquin si obiecta exceptione egerit, rem perdit; non enim post illud tempus, quo integra re eam evitare poterat, adhuc ei potestas agendi superest re in iudicium deducta et per exceptionem perempta.

Gdy w następnym paragrafie Gaius wyjaśnia, że taki właśnie skutek powoduje zlekceważenie *exceptio cognitoria*, zaznacza natychmiast, że charakter dylatoryjny ma *exceptio cognitoria*, jeśli zarzut dotyczy osoby (*ex persona*) zastępcy lub jego mocodawcy ⁵⁰. Zastrzeżenie to nie jest bynajmniej przypadkowe. Gaiusowi chodziło niewątpliwie o podkreślenie, iż traktuje o braku zdolności procesowej, a nie o braku legitymacji procesowej.

Możemy zatem dokonać pewnego uogólnienia tych źródeł, które traktują o *exceptiones dilatoriae*. Ich cechą charakterystyczną jest to, że ilekroć wśród tych zarzutów wymieniana jest przykładowo *exceptio cognitoria* czy *procuratoria*, natychmiast dodaje się, iż chodzi o zarzut braku zdolności procesowej. W ten sposób przeciwstawia się go *exceptio procuratoria* czy *cognitoria*, w której chodzi o brak legitymacji procesowej. Skutki tego ostatniego zarzutu były bowiem całkiem inne. Jeśli strona w procesie rzymskim reprezentowana była przez zastępcę, który nie miał do tego żadnego prawa, wydany w takim procesie wyrok był z mocy prawa nieważny ⁵¹, a stronom zainteresowanym przysługiwało w takich

⁴⁷ Keller proponuje (zob. Ind. interp.), by po *exceptio* dodać *cognitoriam* aut.

⁴⁸ Inacej Mecke, o.c., s. 155. Bülow (o.c., s. 48) jest w tym względzie niezdecydowany.

⁴⁹ Inacej A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, s. 460; Pugliese, o.c., s. 339⁹⁰. W literaturze romanistycznej pomija się zupełnie analizę skutków prawnych, jakie pociągała za sobą *exceptio procuratoria* z punktu widzenia tego, czy pozwany kwestionował brak zdolności procesowej zastępcy, czy też brak pełnomocnictwa. Zdarza się nawet, iż niektórzy autorzy w ogóle utożsamiają te dwa zarzuty. Por. np. A. Steinwenter, *Zur Gliederung des Verfahrens im Libellprozess*, in: *Festschrift Wenger*, I, München 1944, s. 187, a także Palermo, o.c., s. 135.

⁵⁰ Zob. na ten temat P. Collinet, *La procédure par libelle*, Paris 1932, s. 202.

⁵¹ D.5,1,74,2; D.5,1,44,1; C. 2,12,10; C.7,56,1; Zob. też na ten temat H. Apelt, *Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozess*, s. 65 i n.; Kaser, ZPR, s. 152.

przypadkach prawo domagania się *restitutio in integrum* ⁵². *Exceptio procuratoria* i *cognitoria* z powodu braku legitymacji procesowej należały zatem nie do zarzutów dylatoryjnych, lecz peremptoryjnych i tak też traktowali je prawnicy rzymscy.

Wyjątkowo interesujący jest w tej materii jeden z reskryptów Aleksandra Sewera z roku 230 ⁵³. Żołnierz Frontinus pozwany został pod nieobecność przez swego wierzyciela. Nieobecnego zastąpił w procesie jego niedojrzały syn, i to bez pełnomocnictwa. Ze swego obowiązku wywiązał się jednak tak dzielnie, że sędzia powództwo oddalił. Powód chcąc wykorzystać ów brak pełnomocnictwa, a ponadto to, że zastępca był niedojrzały, domagał się *restitutio in integrum*. Aleksander odpowiada, że syn ma prawo występować w obronie ojca bez jakiegokolwiek pełnomocnictwa (na podstawie tzw. *mandatum praesumptum*). Co się tyczy natomiast jego młodego wieku, to cesarz oświadcza:

Sane quod necdum legitimam aetatem idem filius tuus compleverat, ob hoc quidem depellere procuratione eum iudex non iniuste potuit. sed multo iustius fuit vel huiusmodi defensorem audire, quam absentem quasi contumacem et indefensum gravi condemnatione adficere ⁵⁴.

Solazzi ⁵⁵ pomylił dwa rodzaje *exceptiones procuratoriae*, kiedy stwierdził, że Aleksander nie zadawałby sobie trudu wykazania, iż syn w opisanym stanie faktycznym pomógł ojcu, gdyby mógł wprost odmówić *restitutio in integrum* z powodu pominięcia *exceptio procuratoria* jako zarzutu dylatoryjnego. Przede wszystkim nie chodzi tu o *exceptio procuratoria* sensu stricto, jako że zarzut podniesiony został nie przez pozwanego, lecz przez powoda. Znacznie bardziej godne uwagi jest jednak to, że Aleksander uzasadnia szczegółowo brak możliwości *restitutio* nie z powodu braku zdolności procesowej, ale z powodu braku legitymacji procesowej (*mandatum*). Odmówił prawa do *restitutio* jedynie dlatego, że uznał, iż syn władny był zastąpić swego ojca w procesie. Gdyby zastępca działał bez mandatu, wnioski o *restitutio in integrum* byłyby w pełni uzasadnione, jako że zarzut braku umocowania należał do ekscepcji peremptoryjnych, a nie dylatoryjnych.

Z treści poszczególnych źródeł traktujących o *exceptio procuratoria* można wnioskować o rodzaju zarzutu, którego dane źródło dotyczy. Tylko w jednym przypadku egzegeza tekstu nie daje nam jednoznacznej odpowiedzi na to pytanie:

⁵² Bethmann-Hollweg, o.c., s. 722.

⁵³ C.2,12,12 (cyt. na s. 13).

⁵⁴ Wyraz „iudex” zdaniem Solazziego (Studi, s. 213¹⁹⁰) jest nieautentyczny.

⁵⁵ Studi, s. 213¹⁹⁰, Lenel (Ulpianus 130) uważa, iż przed wyrazem *procuratoriam* kompilatorzy wykreślili *cognitoriam* vel. Wirbel (o.c., s. 68²) z kolei sądzi, iż cały fragment został poddany przeróbce. Jego autentyczność podważa również Beseler, o.c., s. 142.

D. 17,1,29,4 (Ulpianus 7 disputationum): *Quaedam tamen etsi sciens omittat fideiussor, caret fraude, ut puta si exceptionem procuratoriam gruit de apicibus iuris disputare, sed de hoc tantum, debitor fuerit nec ne.*

Poręczyciela pozwał o świadczenie prokurator wierzyciela. Po wyroku poręczyciel świadczenie spełnił, a następnie w drodze regresu domaga się zwrotu świadczenia od dłużnika. Jak się okazało, prokuratorem wierzyciela był ktoś, komu poręczyciel mógł przeciwstawić *exceptio procuratoria*. Tego jednak poręczyciel nie uczynił i dlatego dłużnik ma wątpliwości, czy powinien zaspokoić roszczenie regresowe. Ulpian powiada, że roszczenie takie jest zasadne, i to bez względu na to, czy poręczyciel wiedział o możliwości skorzystania z *exceptio procuratoria*, albowiem nie chodzi tu o finezje prawa, lecz o to, czy dłużnik rzeczywiście był winien czy też nie.

Bülow⁵⁶ uważał, że zwrot *de apicibus iuris* wskazuje na to, iż Ulpian mógł mieć na uwadze jedynie brak zdolności procesowej prokuratora, a nie brak umocowania. Zarzutu braku pełnomocnictwa nie mógł Ulpian, zdaniem Bülowa, nazwać „wybiegiem prawnym”. Pogląd ten zasługuje na aprobatę. Nie można jednak wykluczyć, że świadczenie spełnione przez poręczyciela do rąk osoby nie upoważnionej do jego odbioru, dotarło do wierzyciela (na ten temat fragment niestety informacji nie zawiera). Wówczas dłużnik również nie mógłby robić poręczycielowi wyrzutów, że wdał się w spór z osobą działającą bez umocowania wierzyciela.

X

Exceptio procuratoria jako zarzut braku pełnomocnictwa do działań procesowych przykuwała uwagę wielu romanistów⁵⁷. Zarzut ten związany jest ściśle z zastępcą, który w imieniu swego *dominus* występował po stronie powoda, czy to jako *procurator omnium bonorum*, czy też w roli tzw. prokuratora *ad litem*.

W literaturze romanistycznej postać tego ostatniego prokuratora stała się w pierwszej połowie naszego stulecia bardzo kontrowersyjna. W latach dwudziestych Albertario⁵⁸ i Frese⁵⁹ wystąpili z tezą, iż rzymskiemu

⁵⁶ Bülow, o.c., s. 43.

⁵⁷ Spośród autorów, którzy poświęcili jej stosunkowo dużo uwagi wymienić należy takich romanistów jak: Bülow, o.c., s. 31 i n.; Eisele, *Cognitur*, s. 232 i n.; Lenel, EP, s. 96, 502 i n.; Beseler, o.c., s. 142 i n.; Solazzi, *Il procurator*, s. 128 i n.; tenże, *Studi*, s. 206 i n.; Bonifacio, o.c., s. 1 i n.; Pugliese, o.c., 330 i n.; s. 339⁹⁰; Mecke, o.c., s. 153 i n.

⁵⁸ *Procurator unius rei*, in: *Studi Istituto Giuridico Università di Pavia*, 6/1921, s. 87 i n.

⁵⁹ *Procuratur und negotiorum gestio*, in: *Mélanges Cornil*, I, Gand-Paris 1926, s. 325 i n.

prawu klasycznemu znana była tylko postać prokuratora *omnium bonorum*. Do tych autorów nieco później przyłączył się również Serrao⁶⁰. Autorzy ci utrzymywali, iż *procurator ad litem* jako postać prokuratora *unius rei* obca była rzymskiemu prawu klasycznemu, a wszelkie teksty, które zawierają wzmiankę na temat tego zastępcy procesowego zostały odpowiednio przeredagowane przez kompilatorów justyniańskich, albo odnosiły się do prokuratora *omnium bonorum* występującego w roli zastępcy procesowego.

Pogląd tych autorów spotkał się z uzasadnioną krytyką Solazziego⁶¹ i Arangio-Ruiza⁶², którzy wykazali ponad wszelką wątpliwość, iż *procurator ad litem* był postacią zastępcy procesowego znanego i doskonale ukształtowanego już w czasach klasycznych.

W literaturze brak nadal zgodności poglądu co do tego, kiedy po raz pierwszy zaczęto posługiwać się prokuratorem wyłącznie w celu zastępstwa procesowego. Przeważa zdecydowanie pogląd, że możliwość taką stworzyło dopiero rzymskie prawo klasyczne⁶³. Wobec skromnej liczby źródeł wszelkie twierdzenia co do tego, czy wcześniejszy historycznie jest prokurator *unius rei*, czy tzw. *procurator ad litem*, obracać się będą raczej w kręgu hipotez. Pewne jednak wydaje się być to, że prokurator powołany do prowadzenia pojedynczej sprawy wszedł do praktyki życia prawnego w momencie, w którym pojawił się termin *procurator omnium bonorum (rerum)*. Dopóki nie była znana jakakolwiek inna postać prokuratora poza zarządcą całego majątku *domini*, dodatek *omnium bonorum* był zupełnie zbyteczny.

Prawdą jest, że prokurator występował również w prawie publicznym, ale gdyby prywatnego prokuratora przeciwstawiano publicznemu, użyto by terminu *procurator rerum privatarum*, a nie *procurator omnium bonorum*.

Termin *procurator omnium rerum, omnium bonorum, totum bonorum* albo po prostu *procurator rerum*⁶⁴ w źródłach klasycznych występuje wielokrotnie. Dowodzi to, że obok niego znana była również inna postać

⁶⁰ Il *procurator*, s. 43 i n.

⁶¹ Solazzi, *La definizione del procuratore*, (1923), in: *Scritti di diritto romano*, II, Napoli 1957, s. 557 i n.

⁶² *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1949, s. 17 i n.

⁶³ Por. zwłaszcza Mecke, o.c., s. 105 (z dalszą literaturą), ostatnio zaś Angelini, o.c., s. 81 i n. (z dalszą literaturą). Zagadnieniem tym zajmowałem się na marginesie moich studiów nad przelewem wierzytelności w prawie rzymskim (*Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano*, in: *BIDR* 76/1973, cyt. dalej *Studi*, s. 49 i n.). Staralem się wówczas wykazać, że postać prokuratora *ad litem* znana już była w okresie republikańskim. Podobnie zresztą E. Schlossmann, *Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Recht*, Leipzig 1884, s. 99 i przyp. 2; Maier, o.c., s. 213; A. Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli 1958, s. 608.

⁶⁴ Na temat tej terminologii zob. M. Zołnierczuk, *Rzymski prokurator umocowany*, in: *Annales UMCS XXII*, 12/1975, s. 174.

prokuratora. W przeciwnym bowiem razie zarządcę całego majątku zwa-
no by po prostu prokuratorem.

Najwcześniej terminem *procurator omnium rerum* posłużył się Cycero
w słynnej definicji prokuratora (pro Caec., 20,57):

— — *is qui legitime procurator dicitur omnium rerum eius
qui in Italia non sit absitve rei publicae causa quasi quidam paene do-
minus, hoc est alieni iuris vicarius.*

Moim zdaniem Cycero zamierzał prokuratora *ad litem* wprowadzić do
procesu przeciwko Dolabelli, zobowiązanego do zwrotu posagu po rozwo-
dzie z jego córką Tulią ⁶⁵.

W kilka lat po zakwestionowaniu „klasyczności” prokuratora *ad litem*
Beseler wystąpił z tezą, jakoby *exceptio procuratoria*, której przedmio-
tem był brak legitymacji procesowej, była tworem prawa poklasycznego ⁶⁶.
Autor ten nie znajdował żadnej racji bytu dla takiego zarzutu proceso-
wego w okresie klasycznym, a to z uwagi na obowiązek ustanawiania
cautio de rato. Pogląd Beselera poddał gruntownej rewizji Bonifacio. Au-
tor ten wykazał w sposób nie budzący wątpliwości, że zakwestionowana
przez Beselera *exceptio procuratoria* spełniała istotną funkcję w rzym-
skim procesie klasycznym ⁶⁷. Dowodzi tego kilka źródeł klasycznych ⁶⁸,
z których niektóre podejrzane są o interpolację i dotyczyć mogły *exceptio*
cognitoria. Są wśród nich jednak i takie, które ponad wszelką wątpliwość
dotyczyć mogły wyłącznie prokuratora a nie kognitora. Spróbujmy zatem
jednym i drugim poświęcić nieco uwagi.

D. 3,3,62 (Pomponius 2 ex Plautio): *Ad legatum petendum procurator
datus si interdicto utatur adversus heredem de tabulis exhibendis, pro-
curatoria exceptio, quasi non et hoc esset ei mandatum, non ob-
stat* ⁶⁹.

W ścisłym związku z powyższym fragmentem pozostaje:

D. 3,3,56 (Ulpianus 66 ad edictum): *Ad rem mobilem petendam datus
procurator ad exhibendum recto aget.*

Podobnego problemu dotyczy także:

D. 3,3,78,1 (Africanus 6 quaestionum): *Ad duas res petendas procurator*

⁶⁵ Obszerniej na ten temat wypowiedziałem się w moich Studi, s. 55 i n.

⁶⁶ Beseler, o.c., s. 142 i n.

⁶⁷ Bonifacio, o.c., s. 3 i n.

⁶⁸ Stosunkowo niewielką ich ilość tłumaczyć możemy jedynie utratą znaczenia
exceptio procuratoria po wydaniu konstytucji z roku 382 (C.Th.2,12,3), nakładającej
na sędziego obowiązek badania legitymacji prokuratora *in principio quaestionis*. Por.
też autorów cyt. w przyp. 147.

⁶⁹ Zdaniem F. Kellera (*Der römische Civilprozess und die Actionen*⁶, Leipzig
1883, s. 277⁶⁴²) Pomponius traktował zarówno o prokuratorze jak i kognitorze. Wir-
bel (o.c., s. 101³), Beseler (o.c., s. 142) i Macke (o.c., s. 154) utrzymują, że frag-
ment dotyczył wyłącznie kognitora. Za jego autentycznością opowiadają się Boni-
facio (o.c., s. 6 i n.), Pugliese (o.c., s. 330 i n.), Kaser, ZPR, s. 157⁴⁰, O. Beh-
rends, o.c., s. 246¹²⁵.

datus si unam rem petat, exceptione non excluditur et rem in iudicium deducit ⁷⁰.

Z wypowiedzi Pomponiusa i Ulpiana wynika, że w pewnych okolicznościach pełnomocnik mógł wyjść poza ramy umocowania bez obawy narazania się na zarzut przekroczenia pełnomocnictw. Africanus natomiast analizuje przypadek, gdy pełnomocnik korzystając z części swoich uprawnień nie może być za pomocą *exceptio* zmuszony do zrobienia od razu użytku z pełni przysługujących mu praw.

Podobnego zagadnienia dotyczy:

D. 3,3,28 (Ulpianus 1 disputationum): *Si [procurator] (cognitor) meus iudicatum solvi satis acceperit, mihi ex stipulatu actio utilis est, sicut iudicati actio mihi indulgetur. sed et si egit [procurator] (cognitor) meus ex ea stipulatione me invito, nihilo minus tamen mihi ex stipulatu actio tribuetur, quae res facit, ut [procurator] (cognitor) meus ex stipulatu agendo exceptione debeat repelli: sicuti cum agit iudicati non in rem suam datus nec ad eam rem [procurator] (cognitor) factus* ⁷¹.

Upoważnienie kognitora do prowadzenia procesu nie obejmowało zatem prawa do wdrażania powództwa z tytułu *cautio iudicatum solvi*. Kognitor, który by taką inicjatywę podjął wbrew woli mocodawcy, mógł być odparty za pomocą *exceptio cognitoria*. Nie dotyczyło to przypadku kognitora specjalnie powołanego do wnoszenia tego rodzaju powództwa, ani też kognitora *in rem suam*, któremu przysługiwało również prawo wdrażania egzekucji za pomocą *actio iudicati*. Kognitor, który pozywał z takiej *actio ex stipulatu*, mógł na *exceptio cognitoria* odpowiedzieć replikacją, w której wykazywał szczególne prawo do wnoszenia tego powództwa ⁷².

⁷⁰ Prokuratora proponują tu zastąpić kognitorem: Keller, Eisele, Lenel, Krüger, Wirbel, Beseler (por. Ind. interp.), a nadto Mecke, o.c., s. 154, Nie wyklucza takiej interpolacji również Pugliese, o.c., s. 331⁶⁵ oraz Behrends, o.c., s. 246¹²⁵. Większość tych autorów uważa, że gdyby proces wszczynany był przez prokuratora, to jego *litis contestatio* nie mogłaby prowadzić do konsumpcji powództwa. Moim zdaniem sugerowana interpolacja jest wysoce prawdopodobna. Dowodzi tego jednak nie konsumpcja powództwa wnoszonego przez zastępcę procesowego, lecz to, że ilekroć juryści klasyczni wspominają o konsumpcji prokuratorowskiej, zawsze zaznaczają, że prokurator działał na podstawie *mandatum domini*. Africanus natomiast zachowuje w tej kwestii milczenie.

⁷¹ Zob. Ind. interp. ad l.cit. Wyjątkowo dużo argumentów przemawia na rzecz wykazanych interpolacji. Fragment traktuje o *a. iudicati*, która przysługiwała nie kognitorowi, lecz jego mocodawcy. Wyjątek stanowił *cognitor in rem suam*, o którym mowa jest na końcu cytowanego fragmentu. Przy zastępstwie *per procuratorem a. iudicati* przysługiwała prokuratorowi. W dalszej części tego samego fragmentu Ulpian traktował rzeczywiście o prokuratorze, a użyty przezeń zwrot *per contrariam* tylko wtedy ma sens, jeśli w części pierwszej jurysta rozważał prawo kognitora do wnoszenia *a. iudicati*.

⁷² Informacje przekazane w analizowanej wypowiedzi Ulpiana, w badaniach

Podobne tematycznie są dwa kolejne fragmenty pochodzące od Juliana i Pomponiusza:

D. 39,1,6, (Iulianus 41 digestorum): *et ideo neque exceptiones procuratoriae opponi ei debent nec satisfacere cogendus est ratam rem dominum habiturum* ⁷³.

D. 39,2,39,3 (Pomponius 21 ad Sabinum): *Alieno nomine stipulari ita licet, ut quod damnum domino datum sit, comprehendatur: cavere autem debebit is qui stipulabitur dominum ratam rem habiturum exceptioque procuratoria stipulationi inserenda erit, sicut in stipulatione legatorum: quod si ei non cavebitur, mittendus est in possessionem procurator omnimodo, ut ei exceptio procuratoria non noceat* ⁷⁴.

Fragment pierwszy stanowi uzupełnienie wywodów Ulpiana w D. 39,1,5,20, w którym jurysta analizuje przypadek, gdy prokurator w imieniu nieobecnych właścicieli przyjął *cautio ex operis novi nuntiatione*. Ponieważ prokurator mimo to siłą przeszkadzał w dalszej budowie, przeciwnik wystąpił przeciwko niemu z interdyktem, a prokurator ustanowił *cautio iudicatum solvi*. Do tych wywodów dołączyli kompilatorzy tekst zaczerpnięty od Juliana z jego digestów. W tym układzie wypowiedź Juliana wydaje się dość dziwna. Wzmiankowane w niej *exceptiones procuratoriae* były podnoszone nie przez pozwanego, lecz przez powoda, a prokurator zwolniony był z obowiązku ustanowienia *cautio de rato*, a jak wiemy, kaucję taką z reguły ustanawiał prokurator powoda, a nie pozwanego. Fragment Juliana został zapewne wyrwany z kontekstu i niezbyt szczęśliwie przyłączony do wywodów Ulpiana.

Pomponius analizuje podobny przypadek związany z *cautio damni infecti* ustanowioną na rzecz prokuratora, który ze swej strony udzielił przeciwnikowi *cautio rem ratam habiturum*. Pomponius konkluduje, że prokurator może zmusić przeciwnika do udzielenia mu *cautio* za pomocą pozaprosesowej *missio in possessionem*, jeśli jego żądanie o tę *missio* nie zostanie sparaliżowane ekscpepcją prokuratorską.

Również od Juliana pochodzi jeszcze jeden interesujący fragment traktujący o *exceptio procuratoria*:

D. 46,8,23 (Iulianus 5 ex Minicio): *Procurator cum peteret pecuniam, satisfacit amplius non peti: post iudicium acceptum extitit, qui et ipse procuratorio nomine eandem pecuniam peteret: quaesitum est, cum is,*

nad *exceptio cognitioria* dotychczas nie wykorzystane, stanowią najbardziej przekonujący dowód na stosowanie tego tajemniczego zarzutu w okresie prawa klasycznego.

⁷³ Kończącą część fragmentu *nec — — fin.* podejrzewa W. Rechnitz, *Studien zur Salvius Iulianus*, Weimar 1925, s. 98. Beseler (o.c., s. 142) natomiast kwestionuje autentyczność frazy *et ideo — — debent*.

⁷⁴ Zastrzeżenia pod adresem tego fragmentu zgłasza jedynie Beseler (o.c., s. 143), kwestionując zdanie *exceptioque — — erit*, oraz końcowe słowa fragmentu *omnimodo — — fin.* Tę drugą sugestię Beselera aprobuje również Bonifacio, o.c., s. 8²².

*qui postea peteret, procurator non esset et propter hoc exceptionibus procuratoriis excludi posset, num fideiussores prioris procuratoris tenerentur. Iulianus respondit: verius est non obligari fideiussores: nam in stipulatione cavetur non petiturum eum, cuius de ea re actio petitio persecutio sit, et ratum habituros omnes, ad quos ea res pertinebit: hic autem, qui procurator non est, nec actionem nec petitionem habere intellegendus est*⁷⁵.

Bonifacio⁷⁶ dostrzega ścisły związek tego fragmentu z opinią Paulusa wyrażoną w:

D. 3,3,32 (Paulus 8 ad edictum): *Pluribus procuratoribus in solidum simul datis occupantis melior condicio erit, ut posterior non sit in eo quod prior petit procurator.*

Obydwaj juryści są zgodni, że działanie drugiego prokuratora, który zamierzał wytoczyć nowe powództwo w tej samej sprawie, w której poprzednio inny prokurator doprowadził już do *litis contestatio*, pozbawione jest wszelkich skutków prawnych. Najważniejsza jednak jest końcowa konkluzja Juliana: *qui procurator non est, nec actionem habere intellegendus est*. Wypowiedź ta raz jeszcze dowodzi, że czynności procesowe podjęte przez osoby działające bez umocowania pozbawione były wszelkich skutków prawnych. Stąd też *exceptiones procuratoriae*, mające na celu wyeliminowanie zastępcy działającego bez umocowania, nie były przez prawników rzymskich zaliczane do kategorii ekscpcji dylatoryjnych, lecz peremptoryjnych⁷⁷. Przeciw prokuratorowi, który wszczynał proces bez umocowania i z tego tytułu oddalony został z powództwem, a wystąpił ponownie o to samo roszczenie po uzyskaniu mandatu, *exceptio rei iudicatae* była nieskuteczna, jako że proces nie toczył się o *idem*. Najbardziej jasno zasadę tę wyraził Julian:

D. 44,2,25,2 (Iulianus 51 digestorum): *Si te negotiis meis optuleris et fundum nomine meo petieris, deinde ego hanc petitionem tuam ratam*

⁷⁵ Zastrzeżenia co do tego tekstu w części dotyczącej *exceptio procuratoria* zgłasza jedynie Beseler (o.c., s. 143). Jak trafnie zauważa Bonifacio (o.c., s. 9), zastrzeżenia Beselera pod adresem zwrotów *procurator non est* są całkiem nieuzasadnione. W takich przypadkach bowiem kompilatorzy posługiwali się terminem *falsus procurator*.

⁷⁶ Bonifacio, o.c., s. 8 i n.

⁷⁷ Inaczej Pugliese, o.c., s. 339⁶⁰, Berger, o.c., s. 460, a także T. Kipp, *Über dilatorische und peremptorische Exceptionen*, in: ZSS 42/1921, s. 329, który stwierdza wręcz, że *exceptio procuratoria* i *cognitoria*, jeśli ich podstawę stanowił brak pełnomocnictwa, należały również do ekscpcji dylatoryjnych. Kipp wychodzi przy tym z założenia, że po uzupełnieniu tego braku proces mógł się toczyć. Autor ten nie bierze jednak pod uwagę tego, że nowy proces nie toczył się o *idem*, bowiem przedmiotem jego była *alia res*. Solazzi z kolei (*Sulle classificazioni delle exceptiones*, [1949], in: Scritti V, s. 137 i n.) zalicza *exceptiones cognitoriae* do zarzutów dylatoryjnych, nie czyniąc żadnego rozróżnienia, czy podstawę ich stanowił brak legitymacji procesowej, czy też brak pełnomocnictwa.

non habuero, sed mandavero tibi, ut ex integro eundem fundum peteres, exceptio rei iudicatae non obstat: alia enim res facta est interveniente mandatu. Idem est, si non in rem, sed in personam actum fuerit.

Jeżeli natomiast prokuratorowi działającemu na podstawie zlecenia albo kognitorowi zarzucano brak zdolności procesowej, a zastępca mimo to popierał powództwo (*non differat actionem*) i przegrał proces, to, jak nas informuje Gaius ⁷⁸, *res in iudicium deducta et per exceptionem (cognitoriam v. procuratoriam) perempta (est).*

Ostatni ⁷⁹ zespół tekstów, które dotyczą *exceptio procuratoria*, to dwa fragmenty pochodzące od Gaiusa i wtłoczona między nie wypowiedź Juliana:

D. 3,3,46,7 (Gaius 3 ad ed. provinc.): *Si duobus mandata sit administratio negotiorum, quorum alter debitor sit mandatoris, an alter cum eo recte acturus sit? et utique recte: non enim ob id minus procurator intellegitur, quod is quoque cum quo agitur procurator sit.*

D. 3,3,47 (Iulianus 4 ad Urseium Ferocem): *Qui duos procuratores omnium rerum suarum reliquit, nisi nominatim praecepit ut alter ab altero pecuniam petat, non videtur mandatum utrilibet eorum dedisse.*

D. 3,3,48 (Gaius 3 ad ed. provinc.): *Itaque, si hoc specialiter mandatum est, tunc excipiente eo cum quo agitur 'si non mihi mandatum sit, ut a debitoribus peterem' actorem ita debere replicare 'aut si mihi mandatum est, ut a te peterem'.*

Gaius reprezentował pogląd, że jeśli *dominus* pozostawił dwóch prokuratorów *omnium rerum* a jeden z nich był dłużnikiem *dominus*, drugi prokurator miał prawo domagać się spełnienia tego świadczenia. Julian reprezentował nieco inny pogląd ⁸⁰. Uważał on mianowicie, że drugiemu prokuratorowi takie prawo przysługuje, jeśli *dominus* specjalnie go do tego upoważnił. Kompilatorzy justyniańscy przychyliłi się do koncepcji Juliana. Aby ją zsynchronizować z poglądem Gaiusa, w ostatnim fragmencie dodali zwrot *si hoc specialiter mandatum est tunc* ⁸¹.

Wypowiedź Gaiusa jest szczególnie interesująca ze względu na to, że zawiera dokładną treść *exceptio procuratoria* 'si non mihi mandatum sit, ut a debitoribus peterem'. Oznacza to, że przedmiotem sporu między obydwojema prokuratorami było to, kto z nich otrzymał od wierzyciela *mandatum* do ścigania dłużnika. Przypadek analizowany przez Gaiusa jest nie-

⁷⁸ Gaius 4,123.

⁷⁹ Konstytucja Dioklecjana i Maksymiana (C.2,18,20, pr. i 2) traktująca również o *exceptio procuratoria* omówiona już była (zob. s. 7 i n.) w związku z *exceptio tutoria* i *curatoria*.

⁸⁰ Zob. na ten temat H. Peters, *Generelle und spezielle Actionen*, in ZSS 32/1911, s. 282 i n.

⁸¹ W ten sposób Lenel, Gaius 81. Zob. też na ten temat Behrends, o.c., s. 236⁸² i ⁸⁴.

typowy⁸², ale nie można też twierdzić, jak to czyni Beseler⁸³, że nie ma on nic wspólnego z *exceptio procuratoria*. Wręcz przeciwnie. Przedmiotem zarzutu pozwanego prokuratora jest brak mandatu po stronie jego kolegi. Zarzut tej treści powód może odeprzeć replikacją *aut si mihi mandatum est, ut a te peterem*, w której znowu *expressis verbis* powód powołuje się na *mandatum actionis*. Spór zatem bez wątpienia obracał się wokół legitymacji procesowej i dlatego ściśle związany był z *exceptio procuratoria*.

XI

W literaturze od długiego już czasu toczy się spór co do sformułowania *exceptio procuratoria*. Zarzut ten musiał przyjąć taką postać, *ut conditionalem faciat condemnationem*⁸⁴.

Próbie rekonstrukcji treści takiego zarzutu podjął już Bülow⁸⁵ twierdząc, że pretor nakazywał zasądzić pozwanego *extraquam si (A° A°) mandatum non est*. Polemizując z tym autorem Eisele trafnie zauważa, że wyraz *extraquam* przy formułowaniu ekscepcji nie znajduje potwierdzenia w źródłach klasycznych. Jego zdaniem *exceptio procuratoria* brzmiała po prostu *si Agerio a Titio mandatum est ut peteret*⁸⁶.

Pogląd Eiselego aprobował Lenel w swym pierwszym wydaniu *Edictum perpetuum*, ale już w drugim wydaniu⁸⁷ zmienił swój punkt widzenia twierdząc, że przedmiotem zarzutu nie mógł być brak po stronie zastępcy *mandatum actionis*. Gdyby w *exceptio procuratoria* spór dotyczył *mandatum*, według Lenela oznaczałoby to, że edykt pretorski formułował pojęcie prokuratora jako zastępcy wyposażonego w mandat, a jak wiadomo jeszcze w czasach Gaiusa istniała wśród jurystów rzymskich na ten temat poważna różnica zdań. Dlatego też według Lenela *exceptio procuratoria* brzmiała po prostu *si A° A° Lucii Titii procurator est*⁸⁸.

Pośrednie stanowisko w tym sporze zajął Mecke⁸⁹. Aprobując w zasadzie pogląd Lenela, widzi on jednak, w wyjątkowych wypadkach możliwość zastosowania również klauzuli *si actori mandatum sit ut peteret*.

Te same kontrargumenty, które Lenel wytoczył przeciwko klauzuli *si mandatum est ut peteret*, można moim zdaniem podnieść przeciw klauzuli *si procurator est*. Spełniałaby ona swą rolę tylko wówczas, gdyby

⁸² W ten sposób również Lenel, EP, s. 96³; Mecke, o.c., s. 155.

⁸³ Beseler, o.c., s. 142.

⁸⁴ Gaius 4,119. Zob. też na ten temat Mecke, o.c., s. 155 i n.

⁸⁵ Bülow, o.c., s. 31⁶, 58. Autor ten powołuje się w tej mierze na Rudorffa, *Rechtsgeschichte*, 2 § 31 przyp. 11.

⁸⁶ Eisele, *Cognitur*, s. 192 i n.

⁸⁷ *Edictum Perpetuum*², Leipzig 1907, s. 95 i 431.

⁸⁸ Lenel, EP, s. 96, 506. W ten sposób również Serrao, o.c., s. 149 i n.; Pugliese, o.c., s. 330; Levy, *Beweislast*, s. 160.

⁸⁹ Mecke, o.c., s. 155.

w edykcje pretor w sposób jasny określał, kto dla niego jest prokuratorem⁹⁰. Ponieważ tego nie czynił, wynik procesu, w którym strony wiodły spór o to, czy zastępca jest prokuratorem, zależałby od zapatrywania sędziego na postać prokuratora w ogóle. Sędzia, który reprezentował pogląd, że ten, *qui liti aut defensionis se optulit*⁹¹, nie jest prokuratorem, uwzględniając *exceptio* musiałby wydać wyrok uwalniający pozwanego i vice versa, jeśli reprezentował pogląd, że taki zastępca jest prokuratorem, nie dopatrując się braku legitymacji po jego stronie, musiałby wydać wyrok zasądający. Nie sądzę, aby na tak płynnych podstawach oparty był rzymski wymiar sprawiedliwości, gdy proces wszczynany był przez prokuratora działającego *ex parte actoris*⁹².

Lenel odtwarzając treść *exceptio procuratoria* poszukiwał zapewne takiej klauzuli, która byłaby uniwersalna i mogła znaleźć zastosowanie także wówczas, gdy prokuratorowi zarzucano nie tylko brak legitymacji procesowej, ale również brak zdolności procesowej. Byłoby to możliwe przy założeniu, że nie można nazwać prokuratorem osoby, która nie miała zdolności do działań procesowych, albo też osoby, która została ustanowiona zastępcą przez powoda zobowiązanego do osobistego reprezentowania swoich interesów w procesie. Ale i w takich przypadkach klauzula *si procurator est* mogła nie spełniać warunku wykluczającego kondemnację.

Solazzi, który zrazu skłaniał się ku koncepcji Eiselego⁹³, później modyfikuje swój pogląd stawiając hipotezę⁹⁴, że w prawie rzymskim *exceptio procuratoria* nie miała sprecyzowanego brzmienia i jako taka nie mogła być w postaci modelowej klauzuli zaproponowana w edykcje pretorskim. Brzmienie jej mogło być różne, dostosowane każdorazowo do sytuacji stanowiącej jej podstawę. Stąd, zdaniem Solazziego, należałoby mówić nie o *exceptio procuratoria*, lecz raczej o *exceptiones procuratoriae*. Za tym poglądem przemawia przede wszystkim szereg źródeł, które tak o *exceptio procuratoria* jak i *cognitoria* traktują w liczbie mnogiej⁹⁵.

Wylania się zatem pytanie zasadnicze, jak brzmiała umieszczona przez pretora w formułce klauzula, określana w źródłach jako *exceptio procuratoria* czy *cognitoria*? Moim zdaniem, zależało to głównie od tego, czy zarzut dotyczył braku zdolności procesowej zastępcy czy braku legitymacji procesowej⁹⁶.

⁹⁰ Zob. na ten temat Eisele, *Cognitur*, s. 192.

⁹¹ Zob. na ten temat Mecke, o.c., s. 116.

⁹² Zob. na ten temat Solazzi, *Il procurator*, s. 129.

⁹³ Solazzi, *Il procurator*, s. 129 i przyp. 42.

⁹⁴ Solazzi, *Studi*, s. 206 i n. Autor ten zastrzega się, że sugestii jego nie należy traktować jako definitywnego rozwiązania ukrytej w źródłach zagadki co do sformułowania *exceptio procuratoria*. Kończąc swe rozważania na ten temat, ów znakomity romanista włoski pisze wprost (s. 209): „Anchio... devo comprimere il desiderio della soluzione definitiva e contentarmi di mettere i problemi innanzi ai lettori”.

⁹⁵ Gaius 4,124; D.44,1,3 (Gaius); D.39,1,6 i D. 46,8,23 (Iulianus); I. 4,13,11.

⁹⁶ Wprawdzie Bonifacio w swym obszernym studium na temat *exceptio pro-*

Jak wiemy, zdolności procesowej pozbawione były aż do czasów justyniańskich osoby dotknięte infamią⁹⁷, a ponadto żołnierze oraz niewiasty⁹⁸.

Informacje na temat sformułowania *exceptio procuratoria* z powodu infamii przekazał nam Teofilus w swej parafrazie do Instytucji justyniańskich. W tłumaczeniu Ferriniego brzmi ona:

Cum ego tecum agere vellem, infamen quendam procuratorem constitui; vel cum ille quidem integrae famae esset, ipse infamis eram; exceptio infamiae obstat, reus enim ait „si non infamis tu procurator es” aut „si ab infami non es constitutus”.

Solazzi⁹⁹ uważa, że redakcja *si non infamis tu procurator es* nie mogła mieć zastosowania w prawie klasycznym, jako że prawnicy klasyczni nie posługiwali się terminem *infamis* na określenie osób wymienionych w edykcji *de postulando*. Wiemy natomiast¹⁰⁰, że osoby te określano mianem *ignominiosi*. Nie jest więc wykluczone, że *exceptio procuratoria*, której podstawą była infamia, miała brzmienie następujące *si A^s A^s ignominiosus non est* albo *si A^s A^s ab ignominioso procurator constitutus non est*. Jeśli pozwany zarzucał prokuratorowi lub kognitorowi, że jest żołnierzem, *exceptio* mogła mieć brzmienie *si A^s A^s miles non est*¹⁰¹.

Exceptio procuratoria przeciwko niewieście praktycznie nie istniała. Prokurator bowiem z urzędu odmawiał jej *actio*, a jeśli udzielił w celu zastępstwa chorego lub starego ojca, czynił to *causa cognita*¹⁰². Decyzja prokuratora nie mogła podlegać kontroli sądu, a do tego sprowadzałyby się w takich przypadkach tego rodzaju *exceptio*. Jeśli natomiast niewiasta występowała w roli zastępcy *in rem suam*¹⁰³, spór dotyczyć mógł tylko tego, czy rzeczywiście miała ona wyegzekwowaną należność zatrzymać dla siebie. Wówczas jednak *exceptio procuratoria (cognitoria)* brzmiała zapewne *si in rem suam procurator (cognitor) est*.

We wszystkich tych przypadkach, w których *exceptio procuratoria* włączona została do formuły z powodu braku zdolności procesowej prokuratora, moim zdaniem, wyszczególniano motywy ograniczające jego

curatoria nie zajmuje się jej tenorem, jednakże wyraża przekonanie (s. 1), że sformułowanie zarzutu braku zdolności procesowej różniło się od sformułowania zarzutu braku legitymacji procesowej. Podobnie również Pugliese, o.c., s. 337.

⁹⁷ Zob. też na ten temat J. Michel, *Quelques observations sur l'évolution du procurator en droit romain*, in: *Etudes Jean Macqueron*, Aix-en Provence 1970, s. 520. Pozbawienie zdolności do zastępstwa procesowego osób dotkniętych infamią było zapewne wyrazem oporów wolno urodzonych Rzymian przeciwko wciskaniu się do wymiaru sprawiedliwości obywateli niskiego stanu, zajmujących się często profesją, która spotykała się z ogólną dezaprobatą społeczną.

⁹⁸ Obszerne wywody na ten temat zob. Collinet, o.c., s. 199 i n.

⁹⁹ Solazzi, *Studi*, s. 207.

¹⁰⁰ Gaius 4,182.

¹⁰¹ Na temat *praescriptio militiae* zob. dalej na s. 26.

¹⁰² D. 3,3,41.

¹⁰³ C. 2,12,4 — — *aliena negotia per mulierus non aliter agi possunt nisi in rem suam*.

zdolność¹⁰⁴. Ekscepcja *si procurator est*, za którą w takich przypadkach opowiada się nawet Solazzi¹⁰⁵, nie mogła spełnić swej funkcji. Wiadomo bowiem, że żołnierz mógł pełnić funkcję prokuratora *omnium bonorum*, a pozbawiony był jedynie zdolności do występowania w procesie. Przeciw takiemu zastępcy zarzut *si procurator est* trafiałby w próżnię. Charakterystyczne jest także to, że kiedy cesarz Gordian w swej konstytucji C. 2, 12, 13 rozważa problem zdolności procesowej żołnierza, nie mówi o *exceptio procuratoria*, lecz powiada wprost *non est tibi opposita praescriptio militiae*¹⁰⁶.

A jak sformułowany był zarzut braku legitymacji procesowej? Także i jego treść zależała od okoliczności danego stanu faktycznego i prawnego.

Na przykładzie zastępców działających na podstawie tzw. *mandatum praesumptum* widzieliśmy, że pozwany mógł podjąć swą obronę nie przez twierdzenie, że zastępca nie jest prokuratorem (*si A^s procurator est*), ani też, że działa bez umocowania (*si A^o mandatum est ut peteret*). Treścią zarzutu mogła być tylko sprzeczność działania zastępcy z wolą zastąpionego. Przy *exceptio tutoria* z kolei widzieliśmy, że w niektórych przypadkach zarzut *si tutor est* byłby zupełnie nieskuteczny, ale w tym samym przypadku do celu prowadziła klauzula *si A^o A^o rerum administrandarum ius competit*.

Przy *exceptio procuratoria* i *cognitoria* sytuacja przedstawiała się podobnie. W pewnych przypadkach wystarczyło, by pretor w formułce umieścił klauzulę *si A^s A^s Lucii Titii procurator (cognitor) est*. Była to w pełni skuteczna klauzula np. w stanie faktycznym opisanym przez Juliana w D. 46, 8, 23¹⁰⁷. Mogła też być przydatna w okolicznościach opisanych w D. 39, 1, 6 i D. 39, 2, 39, 3¹⁰⁸, gdyby prokuratorzy tam wyszczególnieni byli jedynie prokuratorami *ad litem*, ale już chybiała celu, gdyby występowali w roli prokuratorów *omnium bonorum*. Ci bowiem mieli nie tylko prawo, ale i obowiązek podejmowania czynności mających na celu zachowanie integralności majątkowej *domini*. *Exceptio procuratoria* przeciw takim zastępcom byłaby skuteczna jedynie wówczas, gdyby ich postępowanie sprzeczne było z wyraźnym zakazem mocodawców. Wówczas jednak ekscepcja powinna brzmieć *si A^t A^t non prohibitum est ut peteret*. Gdybyśmy mieli wyobrazić sobie klauzulę ekscepcji dla stanu faktycznego opisanego w D. 3, 3, 78, 1¹⁰⁹, to niewątpliwie nie mogła ona brzmieć *si A^s A^s Lucii Titii procurator (cognitor) est*, bowiem zastępca był ustanowiony pełnomocnikiem, a pozwany miał do niego tylko pretensję o to, że zamiast domagać się zwro-

¹⁰⁴ Inaczej Solazzi, Studi, s. 208.

¹⁰⁵ Solazzi, tamże.

¹⁰⁶ Na temat tej konstytucji zob. też Collinet, o.c., s. 200.

¹⁰⁷ Cyt. i omówiony na s. 20 i n.

¹⁰⁸ Obydwa teksty cytowane i omówione na s. 20.

¹⁰⁹ Cyt. i omówiony na s. 18 i n.

tu dwóch rzeczy, wnosi powództwo tylko o jedną. W stanie faktycznym przedstawionym w D. 3,3,28¹¹⁰ ekscepcja *si A^s A^s cognitor est* także godziła w próżnię, bowiem powód był kognitorem. Nie miał on tylko prawa pozywać ze stypulowanej mu *cautio iudicatum solvi*, chyba, że czynił to za zgodą mocodawcy albo był kognitorem *in rem suam*. Dlatego sędzę, że w takich przypadkach *exceptio cognitoria* była sformułowana po prostu *si A^sA^s invito L^oT^o non petit* albo *si A^sA^s cognitor in rem suam est*. Z tych samych również względów Gaius w D. 3,3,48¹¹¹ formułuje *exceptio procuratoria* jako *si A^oA^o mandatum est ut peteret*. Zastępcą, którego atakował pozwany, był prokuratorem *omnium bonorum* i dlatego *exceptio si A^sA^s procurator est* nie mogła *condicionalem facere condemnationem*.

W świetle powyższych wywodów w pełni trafna wydaje się hipoteza Solazziego, że *exceptio procuratoria* nie miała jednolitej struktury i jako taka nie była przez pretora proponowana w jego edykcie. Jej brzmienie zależało od okoliczności, które stanowiły jej podstawę. Nic więc dziwnego, że źródła traktują niekiedy o *exceptio procuratoria* w liczbie mnogiej.

XII

Dla zilustrowania funkcji *exceptio procuratoria* musimy jeszcze zastanowić się nad jej stosunkiem do *cautio rem ratam dominum habiturum*. W początkach okresu klasycznego, jak wiemy, prawie wszyscy zastępcy działający *ex parte actoris* przed *litis contestatio* mieli obowiązek ustanowić na rzecz pozwanego powyższą *cautio*¹¹². Jaki był jej cel? Pod tym względem brak w literaturze jednolitego stanowiska. Niektórzy autorzy reprezentują pogląd, że *cautio de rato* stanowiła surogat brakującej konsumpcji przy powództwie wnoszonym przez prokuratora¹¹³. Pogląd ten byłby możliwy do przyjęcia, gdyby *procurator* wyposażony w *mandatum* swego mocodawcy, wnosząc *actio* w jego imieniu, rzeczywiście nie konsumował powództwa w momencie *litis contestatio*. A czy tak było rzeczywiście?

W literaturze przeważa pogląd, że w okresie klasycznym *actiones* wznoszone przez prokuratora-mandatariusza konsumowane były nie skutkiem *litis contestatio*, lecz skutkiem *ratihabitio* ze strony *dominus*¹¹⁴. Liczne

¹¹⁰ Cyt. i omówiony na s. 19.

¹¹¹ Cyt. i omówiony na s. 22 i n.

¹¹² D.3,3,33,3.

¹¹³ Eisele, *Cognitur*, s. 156; Pugliese, o.c., s. 229; Mecke, o.c., s. 149.

¹¹⁴ Bethmann-Hollweg, o.c., s. 432; Eisele, *Cognitur*, s. 141 i n.; J. Duquesne, *La translatio iudicii dans la procédure civile romaine*, Paris 1910, s. 146; S. Wróblewski, o.c., s. 415; Koschaker, o.c., s. 494; Betti, o.c., s. 348; Beseler, o.c., s. 139; E. Levy, *Pauli Sententiae*, New York 1945, s. 82 i n.; Maier, o.c., s. 215; Pugliese, o.c., s. 339⁸⁹; Palermo, o.c., s. 135; Mecke, o.c., s. 124 i n.; Gehrich, o.c., s. 74 i n.; Kaser, ZPR, s. 158⁸⁸; Angelini, o.c., s. 193⁸⁸; Zol-

teksty przekazane w *Corpus Iuris*, a także w innych zbiorach¹¹⁵, wskazujące na konsumpcję w momencie *litis contestatio*, miały być odpowiednio interpolowane¹¹⁶. Braku takiej konsumpcji jeszcze w czasach Gaiusa ma dowodzić wypowiedź tego prawnika w jego *Institutiones*, 4,98:

Procurator vero si agat, satisfacere iubetur ratam rem dominum habiturum; periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experietur.

Z treści tej wypowiedzi, moim zdaniem, nie można bynajmniej wyprowadzać wniosku, iż według Gaiusa *procurator* nigdy nie konsumował powództwa osoby, którą zastępował. Dowodzi tego przede wszystkim zwrot *periculum enim est*¹¹⁷. Owo *periculum*, jak trafnie zauważa Bonifacio, wskazuje jedynie na ryzyko, na jakie narażał się pozwany wdając się w spór z osobą, która mogła nie mieć umocowania do wnoszenia powództwa w cudzym imieniu. Nie oznacza ono wcale, że *dominus litis* zawsze zachowywał możliwość wnoszenia powództwa *de eadem re*. Ryzyko to polegało na tym, że jeżeli rzeczywiście okazało się, że *mandatum* zostało *procuratorowi* cofnięte, albo też wygasło skutkiem śmierci mocodawcy, *dominus*, lub jego spadkobiercy zachowywali prawo ponownego wniesienia powództwa *de eadem re*. Myśl tę dobitnie wyraził Papinian:

Fr. vat 33: *Absentis procuratorem satisfacere debere de rato habendo recte responsum est. Multis enim casibus ignoratibus nobis mandatum solvi potest vel morte vel revocato mandato*¹¹⁸.

W tym samym duchu wypowiada się zresztą sam Gaius 4,84:

*quamquam et ille cui mandatum est plerumque satisfacere debet, quia saepe mandatum initio litis in obscuro est et postea apud indicem ostenditur*¹¹⁹.

Cytowane fragmenty Instytucji Gaiusa dowodzą, że za jego czasów pro-

nierczuk, o.c., s. 182 i 188. Odmienny pogląd w tej kwestii wyrazili: E. Husc hke, *Cicero über seine Forderung an Dolabella*, in: ZGRW 14/1848 s. 64 i n.; Keller, o.c., s. 312 i przyp. 719; C. Bertolini, *Appunti didattici di diritto romano. Il processo civile*, II, Torino 1911, s. 286 i n.; G. Donatuti, *Studi sul procurator*, I, in: AG 89/1925, s. 194 i n.; Solazzi, *Ancora procuratori senza mandato*, in: *Scritti di diritto romano*, II, Napoli 1957, s. 621; Bonifacio, o.c., s. 16 i n.

¹¹⁵ Szczegółową analizę tych tekstów przeprowadziłem w *Studi*, s. 99 i n.

¹¹⁶ Obszerne wywody na ten temat zob. Mecke, o.c., s. 124 i n.

¹¹⁷ Na tę okoliczność zwracał już uwagę Husc hke (o.c., s. 67). Podobnie zresztą Donatuti (*Studi*, s. 198 i n.) i Bonifacio (o.c., s. 17).

¹¹⁸ Zastrzeżenia zgłaszane pod adresem „*vel morte vel revocato mandato*” przez Donatutiego (*Studi*, s. 213), C. Morelliego (*Die Geschäftsführung im klassischen römischen Recht*, Leipzig 1935, s. 31) i Fresego (*Defensio, solutio, expromissio des unberufenen Dritten*, in: *Studi Bonfante*, IV, Milano 1930, s. 416 i n.) są zupełnie nieuzasadnione. Zob. na ten temat Mecke, o.c., s. 151¹⁰ (z dalszą literaturą).

¹¹⁹ Autentyczność frazy *quamquam et ille* — — *fin.* kwestionują ci autorzy, którzy reprezentują pogląd, iż *procurator cui mandatum est* nie konsumował powództwa swego mocodawcy. Por. np. Eisele, *Cognitur*, s. 143; Kaser, *Gaius und die Klassiker*, in: ZSS 70/1953, s. 127 i n. (z dalszą literaturą), Mecke, o.c., s. 130; Gehrich, o.c., s. 52. Gdyby w okresie poklasycznym rzeczywiście zamierzano zsynchronizować

curator cui mandatum est konsumował wnoszone powództwo ze skutkiem dla mocodawcy i to już w momencie *litis contestatio*, a nie w momencie *ratihabitio*.

W literaturze istnieje mocno ugruntowane przekonanie, oparte zresztą na przekazach źródłowych¹²⁰ w pełni uznanych za autentyczne, że już w czasach Celsusa i Juliusza dłużnik spełniający świadczenie do rąk prokuratora wyposażonego w *mandatum* zwalniał się z zobowiązania, nawet bez *ratihabitio* ze strony mocodawcy¹²¹. Gdybyśmy przyjęli, że prokurator *cui mandatum est*, wnosząc skutecznie powództwo przeciw dłużnikowi i przyjmując z rąk jego świadczenie *ex causa iudicati*, nie skonsumował powództwa wierzyciela, oznaczałoby to, że ów wierzyciel miał prawo raz jeszcze domagać się od dłużnika spełnienia tego samego świadczenia. Taki pogląd prowadziłby do niczym nie uzasadnionej konkluzji, że dłużnik uwalniał się od zobowiązania, spełniając świadczenie do rąk prokuratora umocowanego, jeżeli uczynił to dobrowolnie; nie uwalniał się natomiast — jeśli świadczył z mocy wyroku sądowego. Takiego braku konsekwencji nie dałoby się, moim zdaniem, wytłumaczyć operując kategoriami rzymskiego myślenia prawniczego. Wniosek zatem może być tylko jeden: *procurator cui mandatum est*, wnosząc powództwo w imieniu *dominus*, konsumował je w momencie *litis contestatio* z pozwanym.

Myśl tę dość jasno wyraził w swej konstytucji Aleksander Severus:

C. 2,12,10 (227): *Si procurator ad unam speciem constitutus officium mandati egressus est, id quod gessit, nullum domino praeiudicium facere potuit. quod si plenam potestatem agendi habuit, rem iudicatam*

wypowiedź Gaiusa z konstytucją Gracjana, Walentyniana i Teodozjusza z 382 r. (C. Th. 2,12,3), jak to sugeruje Eisele, to nie czyniono by tego przez wtłoczenie do tekstu Gaiusa kwestionowanego zwrotu. Konstytucja ta bowiem nakładała na sędziego obowiązek sprawdzenia pełnomocnictw prokuratora na początku procesu, a Gaius przecież powiada, że *saepe mandatum initio litis in obscuro est*. Zob. na ten temat również Bonifacio, o.c., s. 17; Behrends, o.c., s. 269 i przyp. 217 (z dalszą literaturą), oraz moje uwagi co do pozornej sprzeczności wypowiedzi Gaiusa w 4,98 i 4,84 w Studi, s. 100²².

¹²⁰ D. 12,6,16, pr. (Paulus 3 ad Sabinum): — — *Celsus: ideo quoniam, cum quis procuratorem rerum suarum constituti, is quoque mandare videtur, ut solvat creditori, neque postea expectandum sit, ut ratum habeat. § 2 Celsus ait eum qui procuratori debitum solvit, continuo liberari neque ratihabitionem considerari*. Podobnie D.46, 3,87 (Celsus 20 digestorum); D. 46,3,34,3 (Ilianus 54 digestorum): *Si Titium omnibus negotiis meis praeposuerō, deinde vetuero eum ignorantibus debitoribus administrare negotia mea, debitores ei solvendo liberabuntur. nam is, qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intellegitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant*. Tę samą zasadę formuluje również D. 20,6,7,1 (Gaius 1 ad formulam hypothecariam).

¹²¹ F. Schwarz, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, Münster—Köln 1952, s. 151 i n.; E. Levy, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar 1956, s. 67²²⁰; A. Wiliński, *Das römische Recht*, Leipzig 1966, s. 70; Angelini, o.c., 131 i n.; A. Claus, *Gewillkürte Stellvertretung im römischen Privatrecht*, Berlin 1973, s. 155 i n.; M. Kaser, *Stellvertretung und „notwendige Entgeltlichkeit*, in: ZSS 91/1974, s. 210; Żołnierczuk, o.c., s. 178.

rescindi non oportet, cum si quid fraude vel dolo egit, convenire eum more iudiciorum non prohiberis.

Zatem działanie prokuratora tylko wówczas nie wiąże zastąpionego, gdy zastępcą powołany został *ad unam speciem* i do tego przekroczył ramy mandatu. Jeżeli natomiast prokurator *plenam potestatem agendi habuit*, wyrok wydany w procesie prowadzonym przez takiego zastępcę miał **po**wagę rzeczy osądzonej. Przed nowym powództwem mocodawcy mógł **po**zwany bronić się za pomocą *exceptio rei iudicatae*. Od prokuratora, który w swym działaniu kierował się złym zamiarem, może mocodawca jedynie dochodzić odszkodowania. Cesarz ani słowem nie wspomina o tym, że może on nie zatwierdzić (*ratum habere*) czynności procesowych prokuratora. Nie wspomina dlatego, że prokurator działając w ramach umocowania skonsumował przysługującą dla *dominus actio*.

Jaką funkcję wobec tego spełniała *cautio ratam rem habiturum* obciążająca prokuratora występującego *ex parte actoris*? Na pewno nie zastępowała ona braku konsumpcji skutkiem pretorskiej *litis contestatio*. Wiadomo przecież, że *tutor* i *curator* wnosząc powództwo w imieniu osób zastępowanych konsumowali je w momencie *litis contestatio*¹²² i to już za czasów Juliana¹²³. Mimo to, jak nas informuje Gaius¹²⁴, tak samo jak prokurator mieli oni również obowiązek ustanowienia *cautio de rato*. Od obowiązku tego, jak powiada Gaius, byli oni czasem zwalniani. Nieco inaczej ten sam problem przedstawił Ulpian:

D. 26,7,23 (Ulpianus 9 ad edictum): *Vulgo observatur, ne tutor caveat ratam rem pupillum habiturum, quia rem in iudicium deducit. quid tamen si dubitetur, an tutor sit vel an duret vel an gestus illi commissus sit? aequum est adversarium non decipi. idem et in curatore est, ut Iulianus scripsit.*

Wspomniana przez Ulpiana niepewność co do osoby lub umocowania opiekuna do działań stanowiła jedyny motyw dla *cautio de rato*. To, co do czasów Gaiusa było jeszcze zasadą, za czasów Ulpiana stało się wyjątkiem. W treści wywodów Ulpiana najważniejsze jednak jest to, że konieczność ustanowienia *cautio de rato* wywodzi on z niebezpieczeństwa braku właściwego umocowania zastępcy do działań procesowych. Dlaczego

¹²² D. 44, 2, 17, 7 (Ulpianus 75 ad edictum): *Hoc iure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei iudicatae haec personae continentur, quae rem in iudicium deducunt: inter hos erunt procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum*. To, że Ulpian wymieniał tu także kognitora, jest wysoce prawdopodobne. Nie ma natomiast żadnych podstaw do przypuszczeń (jak to czyni Eisele, *Cognitur*, s. 173), że na jego miejsce kompilatorzy wpisali *procurator, cui mandatum est*. Kompilatorzy bowiem na określenie takiego prokuratora używali terminu *verus procurator*.

¹²³ Eisele, *Cognitur*, s. 157; Bethmann-Hollweg, o.c., s. 437^{126a}; Betti, o.c., s. 363 i n.; Kaser, ZPR, s. 160.

¹²⁴ Gaius 4,99; *Tutores et curatores eo modo quo et procuratores satisfacere debere verba edicti faciunt; sed aliquando illis satisfactio remittitur*.

więc motywy tej samej *cautio* miałyby być inne, jeżeli ustanawiał ją prokurator?

Gdyby *cautio de rato* rzeczywiście spełniała rolę surogatu brakującej konsumpcji skutkiem prokuratorskiej *litis contestatio*, to z chwilą, gdy w okresie późno-klasycznym *litis contestatio* prokuratora powodowała już ponad wszelką wątpliwość konsumpcję powództwa, powinna też odpaść konieczność ustanawiania *cautio de rato*. Liczne źródła ¹²⁵, niestety, informują nas, że tak się wcale nie stało. A nie stało się bynajmniej dlatego, że — jak to sugeruje Mecke — *cautio de rato* zmieniła później swoją funkcję. Wręcz przeciwnie. Od samego początku kaucja nie była surogatem brakującej konsumpcji, lecz miała na celu zabezpieczenie pozwanego przed nowym procesem, gdyby okazało się, że prokurator w momencie *litis contestatio* nie był należycie umocowany do działań procesowych.

Cautio de rato ustanawiano niemal we wszystkich przypadkach, w których po stronie powoda nie występował bezpośrednio uprawniony ze spornego stosunku prawnego. Wyjątek stanowił jedynie *cognitor* i *actor municipii*. Ale i ten ostatni mógł być zobowiązany do ustanowienia takiego zabezpieczenia, *si de decreto dubitetur* ¹²⁶. Jak wspomniałem, syndyka zwalniano zapewne z obowiązku ustanowienia *cautio* dlatego, że dekret, z którego wynikało jego umocnienie, miał charakter dokumentu publicznego. W odniesieniu do kognitora brak wymogu ustanawiania *cautio de rato* był reminiscencją starej praktyki procesowej. Pierwotnie kognitora można było ustanowić wyłącznie w momencie *litis contestatio*, i to w obecności samego kognitora ¹²⁷. Wówczas też nie mogło być nigdy wątpliwości co do umocowania kognitora do działań procesowych. *Cautio de rato* była tu zupełnie zbędna. Kiedy później wprowadzono możliwość ustanawiania kognitora przed *litis contestatio*, nie zerwano z zasadą, w myśl której kognitor wolny był od obowiązku ustanawiania *cautio ratam rem dominum habiturum*. Jedynym przeto uzasadnieniem *cautio de rato* był brak pewności w momencie *litis contestatio*, czy zastępca jest w pełni legitymowany do występowania w procesie *alieno nomine* ¹²⁸.

Cautio de rato zawierała trzy klauzule. W pierwszej zastępca dawał gwarancję, że w tej samej sprawie jego przeciwnik nie będzie pozwany po raz drugi (*amplius non peti*). W drugiej zastępca gwarantował, że jego mocodawca zatwierdzi czynności podjęte w jego imieniu (*rem ratam habiturum*). W trzeciej klauzuli zastępca zapewniał pozwanego, że zachowanie jego będzie pozbawione *dolus malus*.

¹²⁵ Niektóre z nich przytacza Mecke, o.c., s. 149 i n.

¹²⁶ D. 3,4,6,3. Zob. na ten temat wyżej na s. 4 i przyp. 10.

¹²⁷ Do tego celu służyła pierwsza formuła przytoczona przez Gaiusa (4,83), która niewątpliwie jest starsza od formuły drugiej. Zob. na ten temat Eisele, *Cognitur*, s. 31.

¹²⁸ W ten sposób również Kaser, ZPR, s. 209.

Jak wiemy, wyrok wydany w sprawie, w której brak było właściwego zastępstwa, był nieważny i jako taki nie wiązał osoby uprawnionej. Zachowywała ona prawo ponownego wniesienia powództwa, a pozwanemu pozostała jedynie szansa czynienia użytku z pierwszej klauzuli *cautio de dato* w stosunku do pozornego zastępcy. Działanie takiego zastępcy mogło również nabrać mocy prawnej, jeżeli *dominus* dokonał *ex post ratihabito*. Sama klauzula *de rati habendo* nie zawsze zabezpieczała pozwanego ¹²⁹.

A jaką funkcję spełniała tu ewentualna *exceptio procuratoria*? Mylą się niewątpliwie Burdese ¹³⁰ i Pugliese ¹³¹ suponując, że możliwość zastosowania *exceptio procuratoria* przewidywali tylko ci juryści, którzy nie uznawali jako prokuratora *ad litem* osoby działającej bez mandatu. Kontrowersja wokół prokuratora *ad litem*, o której wspomina Gaius, nie dotyczyła tego, czy zwykły *negotiorum gestor* może domagać się od pretora powództwa *alieno nomine*. Prawo takie zagwarantowane było przecież w edykcje pretorskim. Te postanowienia edyktu wychodziły naprzeciw potrzebom życia. Chodziło tu o obronę interesów osób nieobecnych (często w sprawach państwowych) przed ewentualnymi szkodami majątkowymi. Wprawdzie pretor stosował w takich przypadkach *restitutio in integrum* (*propter absentiam*), ale środek ten nie zawsze okazywał się skuteczny. Znacznie większe gwarancje dawało wprowadzenie do procesu kogoś, kto dobrowolnie, bez zlecenia osoby nieobecnej, zamierzał wnosić w jego imieniu *actiones*, zarówno *in rem* jak i *in personam*. Spór w rzymskiej jurysprudencji wokół takiego gestora dotyczył jedynie tego, czy można go określić mianem prokuratora. Ów spór nie miał jednak żadnego wpływu na zastosowanie *exceptio procuratoria* ¹³².

W odniesieniu np. do kognitora nie było żadnego sporu wśród prawników rzymskich co do jego umocowania w procesie, a możliwość stosowania *exceptio cognitoria* z powodu braku legitymacji procesowej znana była prawu klasycznemu z całą pewnością. Ponadto, jak trafnie zauważa Bonifacio ¹³³ w polemice z Burdesem, pogląd tego ostatniego pozostaje w jawnej kolizji z przekazami źródłowymi. Julian np. należał do tych pra-

¹²⁹ Pogląd mój, jakoby klauzula pierwsza i druga wzajemnie się wykluczały (zob. Studi, s. 116⁷⁸), uznaje obecnie za nieuzasadniony.

¹³⁰ A. Burdese, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino 1970, s. 46.

¹³¹ Pugliese, o.c., s. 340⁸⁰.

¹³² Myli się niewątpliwie Pugliese (*Note sull'ingiustizia della sentenze nel diritto romano*, in: Studi Betti, III, Milano 1962, s. 752⁸⁸), twierdząc, że *exceptio procuratoria* wyeliminowała z praktyki prawniczej zwykłego gestora jako zastępcę powoda. Ten sam pogląd reprezentuje również E. De Simone, *Rappresentanza in guidizio. Diritto romano*, in: NNDI XIV Torino 1967, s. 859. O *exceptio procuratoria* z powodu braku pełnomocnictwa wspomina już Julian, a prokuratora, który *sponte negotia absentis gerit* jako reprezentanta interesów nieobecnego w procesie *dominus litis* uznaje jeszcze w 100 lat później Ulpian i Paulus.

¹³³ Bonifacio, o.c., s. 14 i n.

wników, którzy zwykłego gestora uznawali za prokuratora ¹³⁴, a rozważał on również możliwość stosowania *exceptio procuratoria* ¹³⁵. To samo powiedzieć można także o Ulpianie, który traktował o *exceptio procuratoria* ¹³⁶ uznając zarazem jako prokuratora zwykłego gestora ¹³⁷.

Exceptio procuratoria nie we wszystkich przypadkach zmierzać musiała do wyeliminowania zastępcy działającego bez mandatu. Jeżeli pretor uznał, że w danym przypadku zastępstwo takie jest konieczne, udzielał zastępcy powództwa nie umieszczając w formułce *exceptio procuratoria*. Mógł on tym samym realizować zapowiedź w edykcie, że udzieli powództwa, kto *bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum*.

Stosunek *exceptio procuratoria* do *cautio rem ratam dominum habiturum* z pewnością nie polegał, jak to sugeruje Bonifacio ¹³⁸, na wzajemnym wykluczaniu się obu tych środków. Prokurator, zanim uzyskał od pretora *actio*, a więc przed *litis contestatio*, zobowiązany był ustanowić *cautio de rato* ¹³⁹. Jeżeli pozwany nie miał wątpliwości co do umocowania prokuratora, mógł oczywiście odstąpić od wymogu *cautio de rato* ¹⁴⁰, ale wówczas ponosił pełne ryzyko, gdyby okazało się, że prokurator przed *litis contestatio* utracił legitymację procesową. *Exceptio procuratoria* mogła być podniesiona w ostatnim momencie fazy *in iure*, tj. w chwili układania treści formułki. Jeśli odniosła ona swój skutek i zastępca oddalony został z powództwem z powodu braku umocowania, a *dominus litis* ponownie wniósł powództwo przeciw pozwanemu, ten ostatni z *cautio de rato* mógł domagać się od zastępcy pokrycia wszelkich strat, jakie poniósł w związku z nowym procesem. W interesie pozwanego leżało zatem to, by prokurator ustanowił *cautio de rato*, niezależnie od tego czy pozwany korzystał z *exceptio procuratoria*, czy też nie. *Cautio* mobilizowała również prokuratora do zabiegania o *ratihabitio*, co powodowało konwalidację dokonanych przez prokuratora czynności procesowych, gdyby były one podjęte bez właściwego umocowania. Kumulatywnego występowania *cautio de rato* oraz *exceptio* z tytułu braku legitymacji dowodzą również źródła ¹⁴¹.

Rola *exceptio procuratoria* i *cognitoria* z tytułu braku legitymacji pro-

¹³⁴ D. 44,2,25,2 i D. 46,3,34,4.

¹³⁵ D. 46,8,23.

¹³⁶ D. 3,3,56.

¹³⁷ D. 46,8,12,1. Występujący tu zwrot *a falso procuratore* dowodzi, że Ulpian traktował niewątpliwie o prokuratorze *cui mandatum non est*.

¹³⁸ Bonifacio, o.c., s. 14.

¹³⁹ D. 3,3,40,3; *Ratihabitionis autem satisfactio ante litis contestationem a procuratore exigitur*.

¹⁴⁰ D. 3,3,40,3: *ceterum semel lite contestata non compelletur ad cautionem*.

¹⁴¹ Por. np. D. 3,3,40,4: *In his autem personis, in quibus mandatum non exigimus — debere eos repelli [i.e. exceptione] quamvis de rato offerant cautionem*. Oba te środki występują obok siebie również w D. 39,2,39,3. Wzmiankowana w D. 3,3,40,4

cesowej, podobnie zresztą, jak *exceptio tutoria* i *curatoria*, sprowadzała się wyłącznie do tego, by chronić pozwanego przed procesem z osobą, która nie miała prawa zastępować powoda. Przed takim zastępcą nie chroniła go bynajmniej *cautio de rato*¹⁴². Wprawdzie na wypadek nowego powództwa ze strony *dominus* pozwany mógł dochodzić ewentualnej szkody od prokuratora na podstawie *cautio*, ale w nowy proces wdać się musiał. Podnosząc natomiast *exceptio procuratoria* pozwany mógł zapobiec przynajmniej jednemu procesowi. Jeżeli *exceptio* okazała się uzasadniona, prokurator przegrał proces, a na podstawie *cautio* był zobowiązany zapłacić pozwanemu odszkodowanie na wypadek, gdyby ponownie pozwał go *dominus litis*. Jeżeli natomiast *exceptio procuratoria* okazała się skuteczna, oznaczało to, że *mandatum* prokuratora — jak powiada Gaius — *apud iudicem ostenditur*. Wówczas jednak nowy proces o to samo roszczenie toczyć się nie mógł. Dlatego *exceptio procuratoria*, której celem w tym przypadku było ustalenie *mandatum* prokuratora, jest jeszcze jednym dowodem na to, że *procurator cui actio mandata est*, konsumował poprzez *litis contestatio* z pozwanym *actio* swego mocodawcy. Gdyby *mandatum* mocodawcy takiego skutku nie powodowało, *exceptio procuratoria*, zmierzająca do jego wykazania, nie miałyby na gruncie procesu formułkowego żadnej racji bytu¹⁴³. Zanikła ona zresztą po roku 382, tj. po słynnej konstytucji Gracjana, Walentyniana i Teodozjusza (C. Th. 2,12,3), która nałożyła na sędziego obowiązek sprawdzania legitymacji prokuratora *in principio questionis*¹⁴⁴. W ten sposób *exceptio procuratoria* zastąpiona została przez *praescriptio ex persona*¹⁴⁵. Tym też tłumaczy się stosunkowo niewielką liczbę źródeł dotyczących *exceptio procuratoria* zawartych w *Corpus Iuris Civilis*¹⁴⁶.

cautio de rato dowodzi, iż środkiem przeciw wymienionym tam zastępcom była *exceptio*, a nie *denegatio actionis*.

¹⁴² Myli się chyba P u g l i e s e (*Proc. from.*, s. 339⁸⁰) twierdząc, że gdyby *procurator praepositus* konsumował powództwo mocodawcy, zbędna byłaby *cautio de rato*. W momencie ustanawiania *cautio* nie było jeszcze wiadomo, czy prokurator jest właściwie umocowany. Jeśli *apud iudicem* okazało się, że nie, uprawniony zachowywał prawo wniesienia powództwa przeciw pozwanemu. W tym przypadku jednak służyło pozwanemu roszczenie przeciw prokuratorowi lub jego poręczycielom, a jego podstawę stanowiła właśnie *cautio de rato*. Nie można zatem twierdzić, że *cautio de rato* i *exceptio procuratoria* to środki, które ze względu na odmienne cele wzajemnie się wykluczały.

¹⁴³ Poniesiony trud w kierunku ustalenia *mandatum* zastępcy szedłby zawsze na marne, gdyby okoliczność ta była prawie obojętna. Dlatego też ci autorzy, którzy twierdzą, że prokurator-mandatariusz nie konsumował powództwa w imieniu mandata (zob. np. E i s e l e, *Cognitur*, s. 189 i n.; M e c k e, o.c., s. 156 i n.) nie mogą znaleźć właściwego uzasadnienia dla *exceptio procuratoria*.

¹⁴⁴ C o l l i n e t, o.c., s. 202; K a s e r, ZPR s. 451.

¹⁴⁵ Zob. na ten temat S t e i n w e n t e r, *Rhetoric und römischer Zivilprozess*, in: ZSS 65/1947, s. 103; a także S o l a z z i, *Il procurator*, s. 129 i przyp. 41.

¹⁴⁶ S o l a z z i, tamże; M e c k e, o.c., s. 155.

XIII

Udzielenie powództwa *alieno nomine* prokuratorowi było w procesie rzymskim poważnym krokiem w kierunku odformalizowania instytucji zastępstwa dobrowolnego. Przy tej okazji jednak narażano na szwank interesy pozwanego, który nie miał na ogół pewności, czy zastępca działa na podstawie pełnomocnictwa, jako że ustanawiano go *absente et ignorante adversario*. Jeszcze gorzej przedstawiała się sytuacja pozwanego, gdy pretor zapowiedział, iż także w imieniu nieobecnego udzieli powództwa komuś, kto nie jako mandatariusz, lecz jako zwykły *negotiorum gestor* wystąpi *bonae fidei* w procesie po stronie powoda. Tu bowiem wiadomo było, że zastępca nie ma pełnomocnictw, a istnieje tylko domniemanie, że będzie działać opierając się na woli zastąpionego.

W obu przypadkach, przewidując tego rodzaju zastępstwo, pretor miał na uwadze interes powoda. Ale musiał on również przewidzieć odpowiednie gwarancje dla pozwanego jako ekwiwalent ewentualnego ryzyka, gdyby okazało się, że zastępca powołujący się na *mandatum*, nie był w momencie *litis contestatio* należycie umocowany, albo gdyby czynności procesowe zwykłego *negotiorum gestor* nie zostały *ex post* zatwierdzone przez *dominus litis*.

Jedną z takich gwarancji była *cautio ratam rem dominum habiturum* ustanawiana w obu przypadkach w celu zabezpieczenia interesów pozwanego, gdyby okazało się, że z jakichkolwiek powodów (brak pełnomocnictwa w pierwszym przypadku lub odmowa *ratihabitio* w drugim) *dominus litis* wniósł ponownie powództwo przeciw pozwanemu.

Cautio de rato jednak nie zmierzała bynajmniej do wykluczenia nowego procesu z *dominus litis* o to samo roszczenie. Celowi temu służył drugi środek przewidziany przez pretora, jakim była *exceptio procuratoria*, której przedmiotem był brak legitymacji procesowej. Pozwany korzystał z niej wówczas, gdy miał wątpliwości co do *mandatum*, na które powoływał się prokurator powoda. Konieczność sprawdzania legitymacji procesowej zastępcy pojawiła się wraz z dopuszczalnością zastępstwa procesowego w ogóle. Zastępca wkraczał bowiem każdorazowo do procesu jako osoba materialnie nieuprawniona¹⁴⁷. Skoro weźmiemy przy tym pod uwagę, że na gruncie prawa rzymskiego, wykazującego tak duże opory wobec zastępstwa bezpośredniego, działania procesowe zastępcy wywoływały swój skutek najpierw wobec niego samego, a nie wobec *dominus litis*, rola eksciepcji zmierzających do sprawdzenia pełnomocnictwa zastępcy rysuje się nam z całą ostrością. Jeśli między uczestnikami procesowymi dochodziło na tym tle do sporu, pretor miał dwie możliwości: albo odmówić zastępcy powództwa (*denegatio actionis*), albo udzielić go umiesz-

¹⁴⁷ Obszerne wywody na ten temat zob. E. B e t t i, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova 1947, s. 319².

czając w formułce odpowiednią klauzulę. Z tej pierwszej możliwości korzystał zapewne tylko wtedy, gdy sam był w stanie ustalić, że umocowanie, na które powołuje się zastępca, straciło swą moc prawną. W pozostałych przypadkach wyjaśnienie tej okoliczności przekazywał sędziemu, który powinien to uczynić w toku postępowania dowodowego. Przy zastępstwie *per procuratorem* ów obowiązek sędziego wynikał właśnie z *exceptio procuratoria*. Jeżeli *apud iudicem* ustalono, że zastrzeżenia pozwanego co do zgodności działań prokuratora z wolą zastępowanego były nieuzasadnione, *exceptio* spełniała swą funkcję: prokurator, który okazał się mandatariuszem konsumował powództwo w imieniu mandanta. Zastąpionemu, który wnosiłby nowe powództwo o *idem pretor* albo odmawiał *actio*, albo udzielał jej załączając do formułki *exceptio rei iudicatae*. Jeżeli natomiast sędzia ustalił, że zastrzeżenia pozwanego pod adresem powoda były uzasadnione, także wówczas *exceptio procuratoria* spełniała swe zadanie: prokurator oddalony został z powództem, a na podstawie *cautio rem ratam dominum habiturum* pokrywał straty pozwanego związane z ewentualnym powództem wnoszonym ponownie przez *dominus litis*.

Cautio rem ratam habiturum i *exceptio procuratoria* były zatem środkami, które nie tylko że się nie wykluczały, ale nawzajem się uzupełniały.

Treść *exceptio procuratoria* i *cognitoria* była różnicowana i to w zależności od okoliczności, które stanowiły ich podstawę. To tłumaczy nam, dlaczego w źródłach zarówno o *exceptiones procuratoriae* jak i *cognitoriae* traktuje się niejednokrotnie w liczbie mnogiej.

Charakter dylatoryjny miała jedynie *exceptio*, której podstawę stanowił brak zdolności procesowej. Gdy natomiast podstawę zarzutu stanowił brak legitymacji procesowej, zarówno *exceptio cognitoria* jak i *procuratoria* miały charakter peremptoryjny. Oddalony na tej podstawie zastępca, po uzupełnieniu braku, wnosił powództwo nowe. Nie można mu było przeciwstawić *exceptio rei iudicatae*, która skuteczna była na wypadek ponownego powództwa ze strony kognitora lub prokuratora bądź ich mocodawców, jeśli oddalenie nastąpiło z powodu braku zdolności procesowej zastępcy.

W praktyce rzymskiego procesu najszybciej zniknęła *exceptio cognitoria*. Podzieliła ona los samej kognitury, a to skutkiem stopniowego jej wypierania przez prokuraturę, zapoczątkowanego zrównaniem z kognitorem prokuratora *praesentis* bądź *apud acta factum*. W kompilacji justyniańskiej kognitor, jak wiemy, zniknął definitywnie.

Losy *exceptio procuratoria* były nieco inne. W okresie poklasycznym straciła swe znaczenie *exceptio*, której podstawę stanowił brak legitymacji procesowej. Nastąpiło to po roku 382. Jeśli zarzut ten spotkać możemy jeszcze w kompilacji justyniańskiej, to tylko dlatego, że przedostał się do niej zupełnie przypadkowo, wzmiankowany w tych fragmentach, których treść według kompilatorów godna była uwagi z innych powodów. Najdłużej, bo aż do czasów justyniańskich, przetrwała *exceptio procuratoria*,

której przedmiotem był brak zdolności procesowej¹⁴⁸. Tu Justynian dokonał nawet pewnej reformy (I. 4,13,11), znosząc infamię jako podstawę zarzutu wnoszonego przeciw osobie działającej w procesie *alieno nomine*. W okresie poklasycznym daje się zaobserwować dość duże zbliżenie prokuratury do profesjonalnej adwokatury¹⁴⁹. Ponieważ godność adwokata piastować mogły jedynie osoby o nieposzlakowanej opinii, Justynian zapewne nie widział już potrzeby utrzymywania w mocy ograniczeń zdolności procesowej z tytułu infamii.

Władysław Rozwadowski (Poznań)

EXCEPTIONES PROCURATORIAE ET COGNITORIAE

Résumé

L'auteur fait l'analyse des *exceptiones procuratoriae* et *cognitoriae* à la base de la situation juridique du représentant de la partie (*cognitor*, *procurator*, *tutor*, *curator*, *actor*) dans le droit romain.

Le fondement d'exception *procuratoria* et *cognitoria*, constitue non seulement le manque de capacité d'être partie au procès du représentant (*mangels Vollmacht* en allem.), mais aussi le manque de capacité d'ester en justice (*mangels Fähigkeit* en allem.). L'auteur demontre que la première exception était admissible dans le procès lorsque le demandeur était remplacé par des personnes *quibus sine mandatu agere liceat*. Les sources semblent démontrer que les juristes romains appercevaient la différence du point de vue des effets du procès entre une telle exception comme manque de capacité d'ester en justice et celle qui avait comme but d'éliminer le représentant, faute de manque du mandat de représentation en justice. D'après l'auteur ce n'était que la première *exceptio* qui possédait le caractère dilatoire, tandis que la deuxième appartenait à la catégorie *exceptiones peremptoriae*. Le représentant dont la demande en justice a été rejeté, faute de pleins pouvoirs de la partie de *dominus litis*, après avoir tout complété, introduisait une nouvelle demande en justice. Il n'était pas possible de lui opposer *exceptio rei iudicatae*, qui était efficace en cas de la nouvelle demande en justice introduite par le *cognitor*, par le *procurator*, ou leur mandant, en cas que le réjet d'une demande en justice est arrivé comme suite du manque de la capacité d'ester en justice.

Se basant sur l'analyse de toutes les sources concernant *exceptiones procuratoriae* et *cognitoriae*, l'auteur demontre que ces exceptions n'avaient pas un caractère homogène en forme de „*si A^{us} A^{us} procurator (cognitor) est*” ce qui est suggéré par la majorité d'auteurs mais le sujet de deux *exceptiones* était différencié selon la base de l'exception. Dans cette sphère les sources semblent approuver la hypothèse

¹⁴⁸ Kaser, ZPR, s. 478¹⁶.

¹⁴⁹ L. Wenger, *Institutionen der römischen Zivilprozessrecht*, München 1925, s. 313; Levy, *Pauli Sent.*, s. 71³⁴⁹; W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar 1952, s. 330 i n.; Kaser, ZPR, s. 450¹⁶, 454¹⁶.

de Solazzi, que le droit romain connaissait toute une série d'*exceptiones procuratoriae* et *cognitoriae*.

Exceptio procuratoria, comme dit l'auteur, n'exclut pas *cautio rem ratam habiturum*. Cette dernière protégeait les intérêts du défendeur au cas où le représentant serait réjeté avec la demande en justice, faute du mandat de représentation en justice et *dominus litis* aurait profité de *actio* à laquelle il a droit contre le défendeur. L'introduction d'*exceptio procuratoria* dans la pratique romaine de procès n'exclut pas la représentation des personnes absentes par un *gestor* qui *liti se obtulit*, puisque dans ce cas *pretor* refusait de l'introduire dans la formule du procès.

Exceptio procuratoria ayant comme but l'exclusion de représentant, qui se référait sans fondement à *mandatum domini litis*, est d'après l'auteur, l'une des preuves de la consommation de la demande en justice, introduite par le *procurator* auquel *actio mandata est*.