

I. ROZPRAWY

MARIA ZABŁOCKA (Warszawa)

Ustanowienie kognitora w rzymskim procesie klasycznym

Problemem zastępstwa procesowego w drodze kognitury zajmuje się doktryna romanistyczna od bardzo dawna. Jednym z kontrowersyjnych i do dziś nie rozstrzygniętych zagadnień jest moment ustanowienia kognitora. Autorzy zajmują tu różne stanowiska. Gehrich¹ stwierdza, że kognitora można było ustanowić w procesie dopiero po *litis contestatio*; Bethmann-Hollweg², Wirbel³, Wenger⁴, Pugliese⁵, Kaser⁶ mówią, iż ustanowienie mogło być dokonane przed *litis contestatio*.

Jeszcze dalej idącą hipotezę wysuwa Rozwadowski⁷, który, zajmując się problemem cesji wierzytelności w prawie rzymskim i przydatnością kognitora do cesji dochodzi do wniosku, iż kognitora można było ustanowić dla takiego procesu, który miał toczyć się także w odległej przyszłości⁸, przed powstaniem po stronie cesjonariusza roszczenia procesowego wobec dłużnika⁹.

Powstaje więc pytanie, czy rzeczywiście możliwe jest ustanowienie kognitora dla procesu przyszłego, co do którego nie wiadomo, czy w ogóle będzie miał miejsce?

¹ W. Gehrich, *Kognitur und Prokuratur in rem suam als Zessionsformen des klassischen römischen Rechts*, Göttingen 1963, s. 8 i n.; porównaj też C. Bertolini, *Appunti didattici di diritto romano*, II. *Il processo civile* II, Torino 1913, s. 271.

² M. Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, II, Bonn 1865, s. 417, n. 50.

³ Ch. Wirbel, *Le cognitor*, Paris 1911, s. 100 i n.

⁴ L. Wenger, *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, New York 1940, s. 89 (cyt. *Institutes*).

⁵ G. Pugliese, *Il processo civile romano*, II. *Il processo formulare*, I, Milano 1963, s. 327 (cyt. *Proc. form.*).

⁶ M. Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, s. 153, n. 11 (cyt. ZPR).

⁷ W. Rozwadowski, *Przelew wierzytelności w prawie rzymskim*, Poznań 1969, s. 43 i n.

⁸ W. Rozwadowski, o. c., s. 44. Podobnie co do ustanowienia kognitora dla przyszłego procesu już poprzednio L. Debray, *De la représentation en justice par le cognitor*, Paris 1892, s. 105 i n.

⁹ W. Rozwadowski, o. c., s. 44.

Ponieważ wszystkie rozważania dotyczące *datio cognitoris* opierają się na jednym źródle — G. IV, 83 — przyjrzyjmy się podanemu przez Gaiusa sformułowaniu:

*Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur. nam actor ita cognitorem dat: QUOD EGO A TE verbi gratia FUNDUM PETO, IN EAM REM LUCIUM TITIUM TIBI COGNITOREM DO; adversarius ita: QUIA TU A ME FUNDUM PETIS, IN EAM REM TIBI PUBLIUM MEVIUM COGNITOREM DO; potest, ut actor ita dicat: QUOD EGO TECUM AGERE VOLO, IN EAM REM COGNITOREM DO; adversarius ita: QUIA TU MECUM AGERE VIS, IN EAM REM COGNITOREM DO*¹⁰.

Powyższy fragment zapoznaje nas z formułami¹¹ służącymi do ustanowienia kognitora¹². W przekazie Gaiusa znajdujemy terminy, których bliższe naświetlenie i wyjaśnienie może nam pomóc w określeniu najwcześniejszego momentu *datio cognitoris*, dlatego też zatrzymajmy się najpierw nad nimi. Kognitora ustanawiano — jak wynika z tekstu — *in litem*. Zajmijmy się więc najpierw tym terminem.

W sensie nie technicznym *lis* oznaczała wszelką kontrowersję, spór¹³ Np. Varro (de lingua lat. VII, 93), m. in. mówi: *itaque quibus res erat in controversia, ea vocabatur lis*.

Dotychczasowa doktryna¹⁴ starała się ustalić przede wszystkim pier-

¹⁰ E. Ruhstrat, *Der Process gegen den Schauspieler Roscius*, ZSS 3, s. 38, n. 1; O. Lenel, ZSS 4, s. 152; O. Gradenwitz, *Zur Rechtssprache*, ZSS 16, s. 130; E. Grupe, *Zur Sprache der Gaiianischen Digestenfragmente*, ZSS 17, s. 320; P. Krüger, *Der Kommentar zu Gai Institutiones in Autun*, ZSS 24, s. 400; M. Wlassak, *Die prätorischen Freilassungen*, ZSS 26, s. 422 oraz *Praescriptio und bedingter Prozess*, ZSS 33, s. 101, n. 4; L. Wenger, ZSS 32, s. 483; G. Bessler, ZSS 46, s. 269; E. Seckel und E. Levy, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, ZSS 47, s. 191, n. 2; F. Serrao, *Il procurator*, Milano 1947, ss. 16, 45, 78 i 83; S. Perozzi, *Il contratto consensuale classico*, Scritti giuridici, II, Milano 1948, s. 588; F. Bonifacio, *Cognitor, procurator e rapporto processuale*, Studi Francisci IV, s. 542; F. Casavola, *Studi sulle azioni popolari romane le „actiones populares“*, Napoli 1958, s. 147, n. 370; H. Lévy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris 1960, s. 126; B. Mecke, *Die Entwicklung des „procurator ad litem“*, SDHI 28, s. 102 i n.; J. Gaudemet, IURA 15, s. 417; C. Nicolet, *L'ordre équestre à l'époque républicaine (312 - 43 av. J.-C.)*, I. Définitions juridiques et structures sociales, Paris 1966, s. 424; D. Simon, *Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozess*, München 1969, s. 67 oraz literatura podana w uw. 57 - 69.

¹¹ Co do dwoistości formuł patrz dalsze rozważania.

¹² Formuła mogła być wypowiedziana w języku obcym (Frag. Vat. 319); w IV, 97 mówi Gaius o *certis et quasi sollemnibus verbis*.

¹³ Por.: VIR, t. 1, szp. 1008 i n. s.v. controversia; E. Heumann-Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1958, s.v. lis; A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Filadelfia 1953, s. 565 — *Lis indicates any suit*.

¹⁴ O. Karlowa, *Der römische Civilprozess zur Zeit des Legisactionen*, Berlin

wotne znaczenie terminu *lis*. Jak już powiedzieliśmy, mógł on oznaczać spór, kłótnię, spór prawny i wreszcie przedmiot sporu. Za znaczenie pierwotne terminu przyjmuje się obecnie „spór”, „proces” *lis* natomiast w znaczeniu „przedmiotu sporu” jest terminem wtórnym¹⁵.

Techniczne znaczenie terminu *lis*=proces i związane z tym zagadnienie, od kiedy możemy mówić o powstaniu procesu, jest różnie rozumiane przez autorów. Krüger¹⁶, Wlassak¹⁷, Wenger¹⁸, Jahr¹⁹ sądzą, iż *lis* to proces po *litis contestatio*, toczący się dopiero *apud iudicem* (a więc *lis*=*iudicium*); Kaser²⁰, Kupiszewski²¹ uważają, że nie byłoby wskazane zacieśnianie tego pojęcia tylko do drugiej fazy postępowania, bowiem *lis* oznacza już wcześniejsze stadium postępowania, toczące się przed pretorem.

Który z tych poglądów jest bliższy rozumieniu technicznego terminu *lis* przez jurystów klasycznych?

W tekstach klasyków nie brak wypowiedzi, w których termin *lis* jest użyty dla określenia procesu w czasie, gdy postępowanie toczy się jeszcze przed pretorem²².

Takie pojęcie terminu *lis* można odczytać z fragmentu Ulpiana — D. 44, 1, 2, 4 (*libro septuagensimo quarto ad edictum*)²³:

1872, s. 67; H. Krüger, *Geschichte der capitis deminutio*, Breslau 1887, s. 248 i n. (cyt. *Capitis deminutio*); M. Wlassak, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, ZSS 25, s. 94; G. Beseler, ZSS 49, s. 430, n. 2; M. Kaser, *Festschrift Wenger*, I, München 1944, s. 119; G. Broggin, *Iudex Arbitrarius*, Köln-Graz 1957, s. 63; G. Jahr, *Litis Contestatio. Streitbezeugung und Prozessbegründung im Legislations- und im Formularverfahren*, Köln-Graz 1960, s. 12 i n.; M. Kaser, ZPR, s. 57.

¹⁵ G. Jahr, o.c., s. 13 i n.; patrz też T. Mayer-Maly, ZSS 78, s. 495; inaczej M. Kaser, ZPR, s. 57, n. 32.

¹⁶ H. Krüger, *Capitis deminutio*, s. 251.

¹⁷ M. Wlassak, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, Wien 1921, s. 104 (cyt. *Judikationsbefehl*).

¹⁸ L. Wenger, *Institutes*, s. 175, n. 2.

¹⁹ G. Jahr, o.c., s. 18 i 19; por. też A. Biscardi, *La „litis contestatio” nella procedura „per legis actiones”*, Studi in onore di V. Arangio-Ruiz, III, Napoli 1952, s. 464 i n.

²⁰ M. Kaser, ZPR, s. 57, n. 32.

²¹ H. Kupiszewski, *Litis contestatio. Uwagi na marginesie pracy: G. Jahr, Litis contestatio*, CPH XV, z. 1, s. 254; ostatnio patrz też T. Mayer-Maly, ZSS 78, s. 495.

²² W naszych wywodach ograniczymy się tylko do kilku przykładów. Wykaz wszystkich fragmentów, gdzie *lis* jest użyta na oznaczenie sporu przed *litis contestatio* będzie możliwe po ukazaniu się w VJR *vocabulum lis*.

²³ T. Schwalbach, *Zur Geschichte der Lehre von den Processeinreden*, ZSS 2, s. 203 n. 2; H. Eрман, ZSS 22, s. 247; L. Wenger, *Zur Lehre von der actio iudicati*, Graz 1901, s. 31; P. Thomas, *La condemnatio in simplum dans les actions quae crescunt in duplum adversus infitiantem*, RHD 27 (1903), s. 584, n. 2; E. Rabbel, ZSS 32, s. 421; T. Kipp, *Über dilatorische und peremptorische Exzeptionen*,

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.

Jurysta, omawiając rodzaje ekscepcji, jako przykład *exceptio dilatoria* podaje *exceptio procuratoria* i stwierdza, że ta nie dotyczy całego procesu, lecz tylko osoby prokuratora. Rozważania te zdają się odnosić do pierwszej fazy postępowania przed pretorem, przed dokonaniem *litis contestatio*, bo tylko wtedy można zasadnie rozpatrywać rodzaje ekscepcji i ich ewentualny wpływ na toczący się proces. Mimo tego, mając na myśli postępowanie toczące się *in iure*, używa Ulpian terminu *lis*.

Iavolenus w *libro quinto ex Cassio* (D. 26, 2, 24)²⁴ mówi, co następuje: *Si plures tutores sint, a praetore curatorem posci litis causa supervacuum est, quia altero auctore cum altero agi potest.* Fragment ten (pomijając ogólnie przyjętą²⁵, lecz nie mającą dla nas znaczenia interpolację słowa *tutor* na *curator*) informuje nas o procesie, który z pomocą jednego tutora prowadzi pupil przeciw innemu tutorowi. W zwyczajnych okolicznościach — gdy pupil chce procesować się z osobą trzecią — tutor udziela mu *auctoritas* w podejmowanych przez niego czynnościach procesowych. Gdy pupil chce się procesować ze swym tutorem, wówczas ten, zainteresowany w sprawie, która go dotyczy, nie może udzielać *auctoritas*²⁶ (występowałby bowiem sam przeciw sobie): wtedy pretor wyznacza dla pupila specjalnego tutora *ad litem*. W wypadku jednak istnienia kontutorów ten z nich, którego proces nie dotyczy, może udzielić swej *auctoritas* pupilowi i wtedy zbędne jest wyznaczanie specjalnego tutora. Rozstrzygnięcie, o którym mowa w powyższym fragmencie, dotyczy reprezentacji tutorów jedynie *a praetore*, a jednak jurysta nie waha się mówić o *lis* w sensie istniejącego już procesu.

ZSS42, s. 328; R. Düll, *Der Gütegedanke im römischen Zivilprozessrecht*, München 1931, s. 219; J. Paoli, *Lis infitiano crescit in duplum*, Paris 1933, s. 52, 56, 336 i n.; A. Beck, ZSS 57, s. 506; S. Solazzi, *Sulle classificazioni delle „exceptiones“*, Archivio giuridico 137, fasc. 1 (1949), s. 7; F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, s. 57; A. Palermo, *Studi sulla „exceptio“ nel diritto classico*, Milano 1956, s. 105, n. 2; M. Amelotti, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano 1958, s. 76, n. 173; P. Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, I, Padova 1962, s. 172; L. Raggi, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, Milano 1965, s. 140; D. Simon, o. c., s. 95.

²⁴ H. Peters, *Generelle und spezielle Aktionen*, ZSS, 32, s. 222, n. 1; s. 231 i 241; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, II, München 1959, s. 162, n. 19 (cyt. RPR); S. Solazzi, *La prestazione dell' „auctoritas“ e la pluralità dei tutori*, Scritti di diritto romano, III, Napoli 1960, s. 457; L. Labruna, *Rescriptum divi Pii. Gli atti del pupillo sine tutoris auctoritate*, Napoli 1962, s. 15, n. 30; P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, Milano 1963, s. 581, n. 6 i s. 602, n. 6.

²⁵ Por. Index Interp., t. II, szp. 120.

²⁶ *Ipse tutor in re sua auctor esse non poterat* (G. I, 184).

Może to, iż juryści klasyczni terminem *lis* oznaczali także fazę *in iure*, wynika najwyraźniej ze sformułowania Gaiusa w IV, 84 (ostatnie słowa fragmentu): *saepe mandatum initio litis in obscuro est et postea apud iudicem ostenditur*.

Gaius jak gdyby przeciwstawia późniejszej fazie procesu — *postea apud iudicem* — fazę wcześniejszą, przed *litis contestatio*, toczącą się *in iure* i właśnie tę wcześniejszą fazę określa mianem *initium litis*.

Widzimy więc, że terminem *lis* oznaczali juryści zarówno postępowanie *in iure*, jak i *apud iudicem*. Ale czy *lis* oznaczała proces od momentu przyścia stron przed magistraturę, czy może terminem tym można objąć również wcześniejsze postępowanie stron?

Porównajmy dwa fragmenty Digestów: D. 5, 1, 4 (Gaius, *libro primo ad edictum provinciale*)²⁷ z D. 2, 4, 8, pr (Ulpian, *libro quinto ad edictum*)²⁸.

D. 5, 1, 4: *Lis nulla nobis esse potest cum eo quem in potestate habemus, nisi ex castrensi peculio*.

D. 2, 4, 8, pr: *Adoptivum patrem, quamdiu in potestate est, in ius vocare non potest iure magis potestatis quam praecepto praetoris, nisi sit filius qui castrense habuit peculium*: —

Z D. 5, 1, 4 dowiadujemy się, że nie można mieć procesu (= *lis*) z tym, kogo mamy *in potestatem*, z D. 2, 4, 8, pr — że adoptowany, jako długo jest *in potestatem*, nie może ojca *in ius vocare*. W obydwu fragmentach mamy podobną sytuację mówiącą o tym, że nie można prowadzić procesu z osobą będącą pod władzą, bądź, że osoba ta nie może procesować się z piastunem władzy. Z D. 5, 1, 4 wiadomo, że nie można mieć *lis*, z D. 2, 4, 8, pr, że nie można dokonać *in ius vocatio*. Z porównania tego zdaje się wynikać, iż *lis*=proces zaczyna się w momencie *in ius vocatio*.

Biorąc pod uwagę wagę czynności dokonywanych przez strony procesowe, a zwłaszcza przez powoda, hipoteza ta staje się wielce prawdopodobna. Bowiem strona pozywająca, swym działaniem doprowadza do powstania sporu prawnego, rozpatrywanego następnie przez pretora i rozstrzyganego przez sędziego. Postępowanie powoda obojętnie, czy ma ono miejsce jeszcze przed przyjściem *in iure* czy po przybyciu przed pre-

²⁷ D. Daube, *Actions between paterfamilias and filiusfamilias with peculium castrense*, Studi Albertario, I, Milano 1953, s. 435 i n., s. 452 i n.; F. La Rosa, *I peculii speciali in diritto romano*, Milano 1953, s. 135 oraz *Ancora in tema di „peculium castrense”*, Studi Francisci, II, Milano 1956, s. 395.

²⁸ M. Sargenti, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino*, Milano 1938, s. 97, n. 2 i 3; Daube, o. c., s. 433 i 452; F. La Rosa, *I peculii speciali in diritto romano*, Milano 1953, s. 136 oraz *Ancora in tema di „peculium castrense”*, Studi Francisci, II, Milano 1956, s. 394; E. Albertario, *La costruzione „nisi — tunc enim” ed altre somiglianti*, Studi di diritto romano, VI, Milano 1953, s. 69 i n.; M. Kaser, RPR, I, s. 298; R. Martini, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano 1960, s. 104.

tora, czy następnie przed sędzią, jest czynnikiem, który powoduje powstanie i rozwój procesu mającego na celu uzyskanie wyroku zgodnego z pretensjami powoda. Bez tego działania rzymski proces prywatny nie może mieć miejsca (postępowanie z urzędu nie jest znane). A więc czynnikiem decydującym o powstaniu procesu jest podjęcie przez stronę pozyskującą prawnie określonych czynności, a nie miejsce ich dokonywania. Jeśli w ten sposób spojrzymy na rzymski proces, to fakt jego powstania w momencie *in ius vocatio*²⁹, pierwszej czynności, z którą prawo wiąże określone skutki procesowe, czynności, bez której żaden proces nie może dojść do skutku, zdaje się być pewne.

Dla procesu charakterystyczne jest stosowanie specjalnych terminów na określanie stron procesowych; powoda określali juryści terminem *actor*, pozwanego — *reus*. Ponieważ Gaius w IV, 83 również używa terminu *actor*, a więc i my zatrzymajmy się na chwilę nad tym terminem.

Co do tego, iż strona pozyskująca już w czasie postępowania przed pretorem nazywana jest terminem *actor*, dotychczasowa doktryna jest w zasadzie zgodna³⁰. Ale czy już wcześniej (i jeśli tak, to od kiedy) powód nie był określany tym terminem? Spójrzmy na wypowiedź Paulusa w *libro primo ad edictum* (D. 2, 5, 2, 1)³¹:

Si quis in ius vocatus non ierit, ex causa a competenti iudice multa pro iurisdictione iudicis damnabitur: rusticitati enim hominis parcendum erit: item si nihil intersit actoris eo tempore in ius adversarium venisse, remittit praetor poenam, puta quia feriatus dies fuit.

Przytoczony fragment w części *a competenti iudice* — — *iudicis* uległ

²⁹ Co do *in ius vocatio* patrz: C. Bertolini, o.c., I, s. 224 i n.; O. Lenel, *Edictum Perpetuum*, Leipzig 1927, s. 65 i n. (cyt. E. P.); L. Wenger, *Institutes*, s. 96 i n., G. Wesener R. E., t. 9 A, szp. 687 i n.; s.v. *Vocatio in ius*; G. Pugliese, *Proc. form.*, s. 370 i n.; M. Kaser, ZPR, s. 163; *in ius vocatio* w procesie legistycznym patrz H. Lévy-Bruhl, o. c., s. 157 i n.

³⁰ Por. VJR, t. 1, szp. 132 i n., s.v. *actor suam vel alterius in iure*; patrz też C. Bertolini, o.c., I, s. 89, n. 1; inaczej L. Wenger, *Institutes*, s. 82, n. 2, s. 175, n. 2 oraz A. Biscardi, IURA 7, s. 355.

³¹ O. Lenel, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, ZSS 2, s. 21 i n.; O. Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten*, ZSS 7, s. 64; F. Velsen, *Das edictum provinciale des Gaius*, ZSS 21, s. 87, n. 2; M. Wlassak, *Judikationsbefehl*, s. 181; F. Pringsheim, *Die archaische Tendenz Justinians*, Studi Bonfante, I, Milano 1930, s. 583, n. 184; B. Biondi, *Il processo civile giustiniano*, Atti del congresso internazionale di diritto romano, Roma II, (Pavia 1935), s. 185 i 188; F. de Martino, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937, s. 179 i n., A. Palermo, *Studi sulla „exceptio“ nel diritto classico*, Milano 1956, s. 8 n. 4; G. Pugliese, *Voies de recours sanctionnant l'in ius vocatio*, RIDA 3, s. 255, a także *Proc. form.*, s. 381 i n.; R. Martini, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano 1960, s. 101; B. Schmidlin, *Das Rekuperatorenverfahren*, Freiburg 1963, s. 58, n. 3 i s. 59 n. 1; M. Kaser, *Die Jurisdiktion der kurlischen Ädilen*, Mélanges Meylan 1 (1963), s. 179; G. I. Luzzatto, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, Bologna 1965, s. 77.

przeróbkom, gdyż, jak przekonywająco dowodzi Gradenwitz³², w czasach jurystów klasycznych każdy sędzia dany przez magistraturę był kompetentny, a więc nonsensem byłoby podkreślanie tego. Ale można było mówić o kompetentnym, bądź nie, *magistratus*, którego być może za czasów justyniańskich³³ lub już w okresie poklasycznym³⁴ określano terminem *iudex*. Tak więc sformułowanie *competens iudex* zostało wstawione przez kompilatorów, bądź prawników poklasycznych i odnosi się do *magistratus*. D. 2, 5, 2, 1 informuje nas o środkach, jakimi dysponuje *magistratus* w wypadku, gdy *vocatus* nie chce stawić się *in iure*. Mamy tu prawdopodobnie do czynienia z *in ius vocatio* przed magistraturę municypalną, która sama w takich wypadkach może wymierzać kary (*multa*), ale która nie jest kompetentna do udzielania skargi penalnej, którą dysponuje jedynie pretor³⁵. W pewnych jednak wypadkach — gdy powodowi nie stanowiłoby żadnej różnicy, czy przeciwnik przyjdzie natychmiast *in iure*, czy nie — może pretor darować karę. I to ostatnie zdanie D. 2, 5, 2, 1 ma dla nas znaczenie, gdyż jest w nim mowa o okolicznościach, gdy po dokonaniu *in ius vocatio* strony nie stawily się jeszcze *in iure*, a mimo to, dokonujący *in ius vocatio* określony jest terminem *actor*. Wynika z tego, że już od momentu *in ius vocatio* używano na określenie powoda tej samej terminologii, co i w dalszym przebiegu procesu.

Mówiąc o pozwanym, używa Gaius w IV, 83 terminu *adversarius*. Termin ten miał znaczenie techniczne i był używany przez jurystów na oznaczenie strony przeciwnej (zarówno powoda, jak i pozwanego) w procesie³⁶. W analizowanym poprzednio fragmencie D. 2, 5, 2, 1 spotykamy się również z tym terminem. Zdaje się więc, że był on używany na oznaczenie przeciwnika procesowego już od momentu *in ius vocatio*³⁷.

*

Wróćmy teraz do naszego kognitora. Z analizy przekazanego przez Gaiusa fragmentu (IV, 83) zdaje się wynikać, iż ten zastępca procesowy może być najwcześniej ustanowiony w momencie powstania procesu

³² O. Gradenwitz, *Interpolationem in den Pandekten*, ZSS 7, s. 63 i 64.

³³ O. Gradenwitz, o.c., s. 64.

³⁴ G. Pugliese, *Voies de recours sanctionnant l'in ius vocatio*, RIDA 3, s. 255.

³⁵ O. Lenel, ZSS 2, s. 22.

³⁶ Por. VIR, t. 1, szp. 272 i n., s.v. *adversarius*; patrz też V. Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1949, s. 14 (cyt. *Il mandato*); W. Gehrich, o.c., s. 50; W. Rozwadowski, o.c., s. 58.

³⁷ Podobnie Gaius w IV, 184 określa pozwanego terminem *adversarius* od momentu *in ius vocatio*: *Cum autem in ius vocatus fuerit adversarius neque eo die finiri potuerit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est, ut promittat se certo die sisti*.

(świadczą o tym techniczne terminy *lis*, *actor* i *adversarius*), czyli według nas najwcześniej w chwili *in ius vocatio*.

Dotychczasowa doktryna rozpatrując dwie, przez Gaiusa przekazane formuły ustanowienia kognitora, wysuwa wniosek, iż może on być najwcześniej ustanowiony w momencie wnoszenia powództwa lub przy okazji tak zwanej pozasądowej (czy pozaprocesowej) *editio actionis*³⁸. Należy się więc zastanowić, kiedy miała miejsce ta *editio actionis* (przed, czy po dokonaniu *in ius vocatio*) i czy rzeczywiście można ją nazwać pozasądową przy pozaprocesową?

Jak przekonywająco wyjaśnia Wenger³⁹, *editio actionis* w czasie postępowania legisakcyjnego mogła mieć miejsce w chwili *in ius vocatio*. Służyła ona poinformowaniu pozwanego o przyczynach i podstawie powództwa, by ten mógł zgromadzić odpowiednie dowody w celu obrony w chwili, gdy obie strony stawiają się przed pretorem. Taka *editio* w tym czasie nie była prawnie wymagana (ustawa XII tablic mówi tylko o *in ius vocatio*, a nie zawiera przepisów regulujących *editio*) i podjęcie jej zależało od dobrych chęci powoda⁴⁰. Dopiero przed pretorem powód wypowiadając odpowiednią formułę legisakcji przedstawiał swe żądania pod adresem pozwanego. I właśnie w określonych przez prawo formułach legisakcji można dopatrywać się wymaganej przez prawo *editio actionis*⁴¹. Widać z tego, że *editio actionis* w postępowaniu legisakcyjnym mogła (lecz nie musiała) mieć miejsce w chwili *in ius vocatio*, bądź dopiero w postępowaniu *in iure*. Nie ma natomiast żadnych podstaw ku temu by przypuszczać, że wyprzedzała ona w czasie *in ius vocatio*.

O *editio actionis* w procesie formułkowym informuje nas Ulpian w swym komentarzu do edyktu — D. 2, 13, 1, pr (*libro quarto ad edictum*)⁴² następująco: *Qua quisque actione agere volet, eam edere debet; nam aequissimum videtur eum qui acturus est edere actionem, ut proinde*

³⁸ M. Voigt, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig 1892, s. 293 i n.; Ch. Wirbel, o. c., s. 108; M. Kaser, ZPR, s. 153, n. 11. Patrz też W. Rozwadowski, o. c., s. 44 — ustanowienie kognitora „dla takiego procesu, który miał się toczyć także w odległej przyszłości”.

³⁹ L. Wenger, *Institutes*, s. 94 i 95.

⁴⁰ Powód mógł udzielić *editio* dopiero w chwili stawienia się przed pretorem. Patrz Plant., Persc., 4, 9, 8: *S. age ambula in ius leno. D. guid me in ius vocas? S. Olli apud praetorem dicam, sed ego in ius voco.*

⁴¹ Co do formuł legisakcji patrz H. Lévy-Bruhl, o. c., s. 37 i n.

⁴² Z. von Lintenthal, *Die Meinungsverschiedenheiten unter den Justinianischen Juristen*, ZSS 6, s. 39; M. Wlassak, *Die Litiskontestation im Formularprozess*, Leipzig 1889, s. 46 i 51 (cyt. *Litiskontestation*); tenże, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, ZSS 25, s. 168; tenże, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, Wien 1917, s. 176, n. 90, s. 178, n. 90 (cyt. *Anklage I*); tenże, *Die Aquilianische Stipulation*, ZSS 42, s. 429, n. 2; O. Lenel, *Die Form der Litiskontestation im Formularprozess*, ZSS 15, s. 386 (cyt. *Formularprozess*); F. Trampedach, *Die Form der Litiskontestation im Formular-*

sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat, et, si contendendum putat, veniat instructus ad agendum cognita actione qua conveniatur.

Pierwsze zdanie fragmentu (*qua quisque actione agere volet, eam edere debet*) pochodzi z edyktu pretorskiego⁴³. Natomiast dalsza część stanowi komentarz Ulpiana⁴⁴. Z tekstu umieszczonego w edykcie wynika, że ten, kto chce wnieść skargę, winien dokonać *editio*. Celem jej było — jak wyjaśnia Ulpian — zapoznanie pozwanego z roszczeniem, by ten mógł zastanowić się, jak ma postąpić: ustąpić (przyznać roszczenie), czy też przygotować się do obrony. Mamy tu do czynienia z *editio* dokonaną przed przyjściem *in iure*, o czym świadczą słowa *qui acturus est*⁴⁵, ale już w trakcie powstałego procesu, co wynika z określenia przeciwnika technicznym procesowym terminem *reus*. Dlatego też zdaje się, iż *editio actionis* była najwcześniej udzielana w momencie, gdy pozwany mógł być nazwany specjalnym terminem procesowym, czyli od powstania procesu w chwili *in ius vocatio*⁴⁶.

Hipotezę taką zdaje się potwierdzać dalszy komentarz Ulpiana (D. 2, 13, 1, 1)⁴⁷, z którego dowiadujemy się o sposobie dokonywania tej *editio*: *Edere est etiam copiam describendi facere: vel in libello complecti*

process, ZSS 18, s. 117, n. 6 i s. 143; S. Schlossmann, *Litis contestatio*, Leipzig 1905, s. 19 i n.; J. Partsch, ZSS 30, s. 497 oraz ZSS 46, s. 374 i 379; C. Bertolini, o.c., I, s. 251; G. Beseler, ZSS 45, s. 455; H. Niedermeyer, *Studien zum Edictum Carbonianum*, ZSS 50, s. 78, n. 1; P. Collinet, *La procédure par libelle*, Paris 1932, s. 51, nr. 2; s. 108, 518; E. Betti, *Diritto romano*, Padova 1935, s. 502; B. Biondi, o.c., s. 189; L. Wenger, *Institutes*, s. 270, n. 5, s. 271, n. 6; E. Albertario, *Actiones e interdicta*, Studi di diritto romano, IV, Milano 1946, s. 143; S. di Marzo, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1946, s. 106; n. 3; S. Peruzzi, *Della in rem actio per sponsionem*, Scritti giuridici, III, Milano 1948, s. 337, n. 1; G. Jahr, o.c., s. 165 i n.; A. Biscardi, *Sur la „litis contestatio“ du procès criminel*, RIDA 3^e série VII (1960), s. 345; tenże, IURA 12, cz. 2, s. 414; tenże, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, s. 301 i n. (cyt. *Processo romano*); G. Pugliese, *Proc. form.*, s. 354 i n.; G. I. Luzzatto, o.c., s. 71, n. 1, s. 76; U. Zilletti, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano 1965, s. 29, n. 69; J. G. Wolf, *Die litis contestatio im römischen Zivilprozess*, Karlsruhe 1968, s. 7, n. 19; D. Simon, o.c., s. 47.

⁴³ O. Lenel, E. P., s. 59.

⁴⁴ Wywody autorów na temat interpolacji komentarza Ulpiana są mało przekonywające.

⁴⁵ A. Biscardi, *Processo romano*, s. 302.

⁴⁶ Podobnie G. Pugliese, *La „litis contestatio“ nel processo formulare*, Scritti giuridici in onore di A. Scialoja, Bologna 1953, s. 384, a także *Proc. form.*, s. 354 i 361; inaczej O. Lenel, E. P., s. 60 oraz ZSS 15, s. 385 i n.; L. Wenger, *Institutes*, s. 95 oraz R. E., t. 5, szp. 1960 i n., s.v. *Editio actionis*; M. Kaser, ZPR, s. 162. Co do *editio actionis* patrz też G. Jahr, o.c., s. 165 i n.; A. Biscardi, *Processo romano*, s. 299 i n.; D. Simon, o.c., s. 275 i n.

⁴⁷ Z. von Lingenthal, o.c., s. 39; E. Huschke, *Weitere Beiträge zur Pandektenkritik*, ZSS 9, s. 343; M. Wlassak, *Litiskontestation*, s. 44 i 50; tenże, *Anklage I*, s. 178, n. 90; O. Lenel, *Formularprozess*, ZSS 15, s. 377, 381 i 387;

et dare: vel dictare. eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium suum ad album et demonstret quod dictaturus est, vel id dicendo, quo uti velit.

Pierwszą część fragmentu mówi o *editio formulae* mającej miejsce w chwili *litis contestatio*⁴⁸. Natomiast mówiąc o *editio actionis* Ulpian przytacza zdanie Labeona, z którego wypowiedzi zdaje się wynikać, że *edere* następowało w momencie, kiedy powód miał prawo przyprowadzić swego przeciwnika *ad album* i pokazać mu, jaką skargę wytoczy przeciw niemu po przyjściu przed pretora. Momentem tym zdaje się być najwcześniej chwila *in ius vocatio*, bo przedtem powód nie ma żadnej podstawy prawnej, by prowadzić swego przeciwnika i wyłuszczać mu przyczyny pozywania go.

Niewątpliwie mogło się czasami zdarzyć, że wierzyciel informował dłużnika, o co może go pozwać w razie niewypełnienia świadczenia, lub naruszony w swym prawie rzeczowym informował naruszającego, co go spotka w wypadku nieprzywrócenia stanu sprzed naruszenia. Ale taka *editio* nie miała żadnego znaczenia procesowego, ponieważ prawo nie zajmowało się nieformalnymi działaniami ewentualnych stron procesowych. A więc *editio actionis* udzielona przed momentem *in ius vocatio* miała charakter nieformalny i nie pociągała za sobą żadnych skutków prawnych.

Natomiast *editio actionis* dokonana w momencie *in ius vocatio* informowała pozwanego o treści roszczenia skierowanego przeciwko niemu, które zostanie przedstawione *in iure*. *Editio* ta była następnie powtarzana przed magistraturą⁴⁹ i mogła stanowić podstawę (po dokonaniu pewnych modyfikacji) do ułożenia formułki, do stworzenia *editio formulae*. Pozwany był zmuszony do zapoznania się z *editio actionis* (zresztą było to

F. Trampedach, o. c., ZSS 18, s. 117, n. 6 i s. 143; H. Krüger, ZSS 26, s. 547; R. de Ruggiero, *Teorie nuove e teorie vecchie intorno alla „Litis contestatio”*, BIDR 17 (1905), s. 165 i n.; S. Schlossmann, o. c., s. 16 i n., 22 i 24; R. Samter, *Nichtförmliches Gerichtsverfahren*, Weimar 1911, s. 96, 114, n. 1; H. Kantorowicz, *Kritische Studien*, ZSS 49, s. 100; P. Collinet, o. c., s. 54, n. 2 oraz s. 109, 111 i n., 116, 518; B. Biondi, o. c., s. 189; L. Wenger, *Institutes*, s. 95; V. Arangio-Ruiz, *Sulla scrittura della formula nel processo romano*, IURA 1, s. 17, n. 4; A. Biscardi, *Quelques observations sur la litis contestatio*, RIDA 4 (1950), s. 166; tenże, *Sur la „litis contestatio” du procès criminel*, RIDA 3^e série VII (1960), s. 345; tenże IURA 12, s. 414; tenże *Processo romano*, s. 299 i n.; F. Bonifacio, *Appunti sulla natura della litis contestatio nel processo formulare*, Studi Albertario, I, Milano 1953, s. 71; G. Pugliese, *La „litis contestatio” nel processo formulare*, Scritti giuridici in onore di A. Scialoja, Bologna 1953, s. 383, n. 45, s. 384 i n.; tenże *Proc. form.*, s. 356 i n.; G. Jahr, o. c., s. 168, n. 19, s. 205, n. 132; J. G. Wolf, o. c., s. 7, n. 19.

⁴⁸ Podobnie ostatnio A. Biscardi, *Processo romano*, s. 218 i n., s. 299 i n.

⁴⁹ A. Biscardi, *Processo romano*, s. 303 i n.

⁵⁰ G. Pugliese, *Proc. form.*, s. 356; M. Kaser, ZPR, s. 162, n. 2; A. Biscardi, *Processo romano*, s. 304 i n.

w jego interesie, by poznać treść roszczenia i przygotować odpowiednią obronę), a co więcej, mógł się on domagać od powoda udzielenia *editio*. I taka formalna *editio actionis* zdaje się być możliwa dopiero w chwili *in ius vocatio*, pierwszej czynności procesowej, z którą prawo wiąże określone skutki prawne.

Autorzy⁵⁰ mówiący o pozasądowej *editio actionis* powołują się zawsze na fragmenty z konstytucji Antonina i Severa z 202 r. naszej ery (C. 2, 1, 3 i związany z nim C. 3, 9, 1). Popatrzmy więc i my, o czym informują nas te przekazy.

C. 2, 1, 3⁵¹: *Edita actio speciem futurae litis demonstrat, quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas vel ius red-dentis decernit aequitas.*

• C. 3, 9, 1⁵²: *Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio*

⁵¹ F. Keller, *Über Litis Contestatio und Urteil*, Zürich 1827, s. 58; M. Conrat (Cohn), ZSS 4, s. 132; O. Geib, *Actio fiduciae und Realwertrag*, ZSS 8, s. 141, n. 2; F. Eisele, *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen*, ZSS 10, s. 322; M. Wlassak, *Litiskontestation*, s. 45; tenże, *Anklage I*, s. 115, n. 39, s. 175 i 178, n. 91; tenże, *Zum römischen Provinzialprozess*, Wien 1919, s. 34, n. 53 (cyt. *Provinzialprozess*); tenże *Anklage und Streitbefestigung, Abwehr gegen Philipp Lotman*, Wien 1920, s. 52 (cyt. *Anklage II*); tenże ZSS 42, s. 429, n. 2; P. Krüger, *Die Ueberlieferung der Adressaten in Haloanders Ausgabe des Codex Iustinianus*, ZSS 13, s. 294; O. Lenel, *Formularprozess*, ZSS 15, s. 389; tenże, E. P., s. 59, n. 10; F. Trampedach, o. c., ZSS 18, s. 121, 128, 130; O. Gradenwitz, *Rescripte auf Papyrus*, ZSS 23, s. 368, n. 2; S. Schlossmann, o. c., s. 20, n. 1, s. 120; J. Partsch, ZSS 30, s. 497; R. Samter, o. c., s. 112, n. 1, s. 113; P. Koschaker, ZSS 40, s. 369; T. Kipp, o. c., ZSS 42, s. 336, n. 1; F. Pringsheim, *Ius aequum und ius strictum*, ZSS 42, s. 647, n. 7; A. Fliniaux, *Le sénatusconsulte Juventien et la litis contestatio*, RHD 2 (1923) s. 100 i n.; P. Collinet, o. c., s. 51, n. 2, s. 109 i n.; E. Betti, *Diritto romano*, Padova 1935), s. 678 i 680; tenże, *Struttura e funzione processuale dei libelli conventionis e contradictionis*, Atti del congresso internazionale di diritto romano, Roma II (Pavia 1935), s. 154 i 157; E. Balogh, *Beiträge zum Justinianischen Libellprozess*, Studi Riccobono, II Palermo 1936, s. 477 i 479; L. Wenger, *Institutes*, s. 275, n. 18; P. de Francisci, *Per la storia dell'editto perpetuo nel periodo postclassico*, RIDA 4 (1950), s. 324; G. Gandolfi, *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, Milano 1955, s. 47; A. Biscardi, IURA 7, s. 356; tenże, *Sur la „litis contestatio“ du procès criminel*, RIDA 3^e série VII (1960), s. 346; tenże, *Processo romano*, s. 304 i n.; G. Jahr, o. c., s. 41, s. 121, n. 1, s. 166, n. 3; G. Provera, *La pluris petitio nel processo romano, II, La cognitio extra ordinem*, Torino 1960, s. 56; tenże IURA 17, s. 321; G. Pugliese, *Proc. form.*, s. 356; U. Zilletti, o. c., 118, 144 i n., s. 158 i n.; D. Simon, o. c., s. 61, 129 i n.

⁵² F. Keller, o. c., s. 12, 58 i n.; M. Conrat (Cohn), ZSS 4, s. 132; F. Eisele, o. c., ZSS 10, s. 322; M. Wlassak, *Litiskontestation*, s. 45; tenże, *Anklage I*, s. 175 i n., 207, 226, n. 13, s. 230 i n.; tenże, *Provinzialprozess*, s. 34, n. 53; tenże, *Anklage II*, s. 52 i n.; tenże ZSS 42, s. 429, n. 2; P. Krüger, o. c., ZSS 13, s. 314; O. Lenel, *Formularprozess*, ZSS 15, s. 389; tenże, E. P., s. 61; F. Trampedach, o. c., ZSS 18, s. 128; O. Gradenwitz, o. c., ZSS 23, s. 371; S. Schlossmann, o. c., s. 20, n. 1, s. 120; J. Partsch, ZSS 30, s. 497; R. Samter, o. c., s. 8, n. 2,

simplex celebrata sit vel actionis species ante iudicium reo cognita. inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. lis enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit.

Z fragmentu C. 2, 1, 3 wynika, że *edita actio demonstrat speciem futurae litis*, a więc, że procesu jeszcze nie ma, wobec czego ta editio jest pozaprocesowa. Czy jednak jest tu mowa o *editio actionis* procesu formułkowego? C. 2, 1, 3 łączy się z C. 3, 9, 1, gdyż oba fragmenty pochodzą z tej samej konstytucji⁵³. W C. 3, 9, 1 mowa jest o procesie kognicyjnym⁵⁴. Czy nie zdaje się więc prawdopodobne, że *editio actionis* z C. 2, 1, 3 dotyczyła też procesu kognicyjnego, a nie formułkowego? Czy do przyjęcia jest bowiem, żeby w jednej i tej samej konstytucji omawiane były sprawy procedury formułkowej i zaraz potem kognicyjnej? A jeśli hipotezę, iż C. 2, 1, 3 dotyczy procesu kognicyjnego przyjmujemy za słusz-

s. 112 i n., 156; tenże, ZSS 33, s. 486; G. Pescatore, ZSS 33, s. 498; L. Mitteis, ZSS 35, s. 350 i n.; A. Steinwenter, *Studien zum römischen Versäumnisverfahren*, München 1914, s. 130, n. 2; tenże, *Die Litiskontestation im Libellprozess*, ZSS 50, s. 186, 199 i n., 209; tenże, ZSS 54, s. 375, 378; P. Koschaker, ZSS 40, s. 369; A. Fliniaux, RHD 2 (1923), s. 100 i n., 196; S. Riccobono, *Die Vererblichkeit der Strafklangen und die Fiktion der Litiskontestation nach klassischem und justinianischem Rechte*, ZSS 47, s. 103 i 106; A. Fliniaux, *Contribution à l'histoire des modes de citation au Bas-Empire: la postulatio simplex*, RHD 9 (1930), s. 197 n. 1; P. Collinet, o. c., s. 208, 242, 248 i n., 252, 258, 316 i n.; E. Betti, *Diritto romano*, Padova 1935, s. 675, n. 4, 677, 679; tenże, *Struttura e funzione processuale dei libelli conventionis e contradictionis*, s. 149 i 156; E. Balogh, o. c., s. 473, 475 i n.; L. Wenger, *Institutes*, s. 288; E. Albertario, „*Lis contestata*” e „*controversia mota*”, *Studi di diritto romano*, IV, Milano 1946, s. 267, n. 1; tenże, *Sull'applicabilità della riforma giustiniana contenuta in C. 8, 40, 28 alla obbligazione solidale attiva*, *Studi di diritto romano*, VI, Milano 1953, s. 337; S. di Marzo, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1946, s. 127, n. 3; S. di Paola, *La „litis contestatio” nella „cognitio extra ordinem” dell'età classica*, Napoli 1948 (*Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, II, 1948), s. 6, n. 7; G. Pugliese, *Figure processuali ai confini tra iudicia privata e iudicia publica*, *Studi Solazzi*, Napoli 1948 (= *Processo privato e processo pubblico*, *Rivista di diritto processuale*, 1948, I), s. 407; tenże, *Proc. form.*, s. 356; P. de Francisci, o. c., RIDA 4 (1950), s. 324; A. Biscardi, *La litis contestatio nel processo penale romano*, *Studi Senesi* 1954 - 55, fasc. 5 - 6, s. 646; tenże RIDA VII (1960), s. 312, 345 i n.; tenże, *Processo romano*, s. 304 i n.; F. Serrao, *Sul danno da reato in diritto romano*, *Archivio Giuridico* vol. CLI, fasc. 1 - 2, 1956, s. 54, n. 123; G. Jahr, o. c., s. 40 i n., s. 120, n. 1, s. 165, n. 3, s. 166, n. 3; G. Provera, *La pluris petitio nel processo romano*, II, *La cognitio extra ordinem*, Torino 1960, s. 56, s. 99, n. 47; tenże, IURA 17, s. 321; U. Zilletti, o. c., s. 96, 144, n. 76; s. 145 i n., s. 158; M. Kaser, ZPR, s. 162, n. 2; D. Simon, o. c., s. 32, n. 138, 60, 128 i n.

⁵³ Hipotezę, że oba fragmenty pochodzą z jednego reskryptu, uzasadniają odnośne inscriptiones i subscriptiones — jak słusznie zostało zauważone przez Cujacio in lib. II Cod. (Opera 10, 1722, s. 610).

⁵⁴ Dyskusję i zestawienie literatury odnośnie do zagadnienia, czy interesujące nas fragmenty odnoszą się do procesu klasycznego, czy justyniańskiego, znajdujemy ostatnio u U. Zilletti, o. c., s. 146, n. 80.

ną, to fragment ten nie ma dla nas większego znaczenia przy ustalaniu momentu udzielenia *editio* w procesie formułkowym.

Z powyższych rozważań zdaje się wynikać, że zarówno w procesie legisakcyjnym, jak i formułkowym, formalna, mająca znaczenie procesowe *editio actionis*, mogła najwcześniej nastąpić w momencie *in ius vocatio*. Wcześniejsze informowanie ewentualnego przeciwnika procesowego o treści roszczenia, które ma być skierowane przeciw niemu, nie rodziło żadnych skutków prawnych.

Czy więc nazywanie *editio actionis* pozasądową lub pozaprocesową jest adekwatne? Określenie „pozasądowa” nasuwa wniosek, iż rzecz dzieje się nie przed sądem (sędzią), a więc we wcześniejszym stadium postępowania. I rzeczywiście, udzielenie takiej *editio* ma miejsce jeszcze przed ustanowieniem sędziego, co więcej — zachodzi jeszcze przed przyjściem przed pretora (jeśli mianem czynności sądowych chcemy określać rozszerzając akty dokonywane zarówno *in iure*, jak i *apud iudicem*). Wobec powyższego widzimy, że nazywanie tej *editio* pozasądową może mieć uzasadnienie. Natomiast mówienie o pozaprocesowej *editio actionis* w celu określenia roszczeń powoda, podanych pozwanemu w czasie od *in ius vocatio* do przyjścia przed magistraturę, byłoby o tyle słuszne, gdyby rzeczywiście proces zaczynał się dopiero w momencie pojawienia się stron przed pretorem. Ale jak staraliśmy się uprawdopodobnić powyżej, proces zaczyna się już w chwili *in ius vocatio*. W związku z tym wszystkie czynności dokonywane w tym momencie, jak i potem, są już czynnościami procesowymi. A więc, naszym zdaniem, nazywanie tej *editio* pozoaprocessową⁵⁵ jest niesłuszne.

Konkludując, formalnej, mającej znaczenie procesowe *editio actionis*, można było najwcześniej udzielić w procesie formułkowym w momencie *in ius vocatio*. Jeśli w ten sposób będziemy interpretować moment udzielenia *editio actionis*, to dotychczasowe poglądy doktryny⁵⁶, mówiące o ustanowieniu kognitora przy okazji pozasądowej *editio actionis*, zgadzałyby się z naszymi wywodami, iż zastępcę tego można najwcześniej ustanowić w chwili *in ius vocatio*.

Przyjrzyjmy się raz jeszcze dwum formułom ustanowienia kognitora, przekazanych przez Gaiusa (IV, 83):

nam actor ita cognitorem dat: QUOD EGO A TE verbi gratia FUNDUM PETO, IN EAM REM LUCIUM TITIUM TIBI COGNITOREM DO; adversarius ita: QUIA TU A ME FUNDUM PETIS, IN EAM REM TIBI PUBLIUM MEVIUM COGNITOREM DO. potest, ut actor ita dicat: QUOD EGO TECUM AGERE VOLO, IN EAM REM COGNITOREM DO; adversarius ita: QUIA TU MECUM AGERE VIS, IN EAM REM COGNITOREM DO.

⁵⁵ Takiej nazwy używa W. Rozwadowski, o. c., s. 43.

⁵⁶ Patrz uw. 38.

Romaniści wysuwali liczne hipotezy związane z dwoistością formuły ustanowienia kognitora. Savigny⁵⁷ przyjmuje, że pierwsza formuła (— — *fundum peto* — —) była związana z *actio in rem*, druga (— — *agere volo* — —) z *actio in personam*; Bethmann-Hollweg⁵⁸, Wlassak⁵⁹ uważają, iż pierwsza formuła służyła do ustanowienia kognitora dla konkretnego procesu, druga ustanawiała pełnomocnictwo w sposób ogólny, z góry na przyszłość; Karlowa⁶⁰, Eisele⁶¹, Bertolini⁶², a ostatnio Gehrich⁶³ sądzą, że pierwsza formuła była starsza i pierwotnie jedyna, druga powstała później, w czasach złagodzenia formalizmu i odtąd obu tych formuł można było używać zamiennie; Rümelin⁶⁴, Debrey⁶⁵, Wirbel⁶⁶, Wenger⁶⁷, Pugliese⁶⁸, Kaser⁶⁹ dowodzą natomiast, iż pierwsza formuła była używana do ustanowienia kognitora w momencie *litis contestatio* lub później, drugą posługiwano się przed dokonaniem *litis contestatio*: w czasie postępowania *in iure* lub przy okazji *editio actionis*⁷⁰.

Wiązanie pierwszej formuły z *actio in rem* zdaje się być niesłuszne, ponieważ słowo *peto* było używane również w *actio in personam*⁷¹. Również wątpliwe jest stanowisko Bethmann-Hollwega i Wlassaka, ponieważ, jak słusznie zauważa Pugliese: „ogni cognitor sembra essere costituito solo per una determinanta lite e, in ogni caso, solo di fronte ad un determinato avversario, che deve essere presente”⁷².

Podobnie mało prawdopodobne zdaje się być rozwiązanie dwoistości formuł, reprezentowane przez Bertoliniego i Gehricha, ponieważ obie formuły przewidywały to samo formalistyczne wyrażenie *cognitorem*

⁵⁷ F. Savigny, cyt. za E. Huschke, *Kritische Bemerkungen zum vierten Buch der Institutionen des Gaius*, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft XIII, 1846, s. 306 i n.

⁵⁸ M. Bethmann-Hollweg, o. c., II, s. 417, n. 50.

⁵⁹ M. Wlassak, *Zur Geschichte der Cognitur*, Breslau 1893, s. 25 i n.; patrz też wywody autora na temat *cognitora ad agendum* i *cognitora ad litem suscipendum*, na s. 28.

⁶⁰ O. Karlowa, o. c., s. 359, n. 2.

⁶¹ F. Eisele, *Cognitur und Prokuratur*, Freiburg und Tübingen 1881, s. 28 i n.

⁶² C. Bertolini, o. c., s. 271 i s. 274, n. 4.

⁶³ W. Gehrich, o. c., s. 11.

⁶⁴ M. Rümelin, *Zur Geschichte der Stellvertretung im römischen Civilprozeß*, Freiburg 1886, s. 85.

⁶⁵ L. Debray, o. c., s. 105 i n.

⁶⁶ Ch. Wirbel, o. c., s. 100 i n.

⁶⁷ L. Wenger, *Institutes*, s. 89.

⁶⁸ B. Pugliese, *Proc. form.*, s. 327.

⁶⁹ M. Kaser, ZPR, s. 153, n. 11.

⁷⁰ O ustanowieniu kognitora przy okazji *editio actionis* mówią autorzy cytowani w uw. 38.

⁷¹ Rozważania na temat używania słowa *peto*, patrz Ch. Wirbel, o. c., s. 102, n. 3.

⁷² P. Pugliese, *Proc. form.*, s. 327, n. 62.

do⁷³, a umieszczenie jednej z nich na pierwszym miejscu przez Gaiusa nie koniecznie oznaczało, że powstała ona wcześniej⁷⁴.

Najbardziej przekonujące są wywody autorów⁷⁵ stojących na stanowisku, że użycie pierwszej, bądź drugiej formuły było uzależnione od stopnia zaawansowania procesu. Szczególnie wnikliwe badania przeprowadził na ten temat Wirbel, który m. in. mówi: „la première formule est prononcée par le constituant au moment où il manifeste ses prétentions au magistrat et à l'adversaire. La simultanéité des opérations explique que les verbes soient employés à un temps présent. La seconde formule est prononcée par le constituant avant le procès, mais lorsque l'affaire est déjà in controversia» — — peut-être au moment de l'editio extrajudiciaire de l'action”⁷⁶.

Rzeczywiście pierwsza formuła mogła być stosowana w celu ustanowienia kognitora w czasie *litis contestatio*, a druga wcześniej, w momencie *editio actionis*, ale nie przed procesem, jak twierdzi autor, tylko już w jego trakcie. *Editio actionis*, mającą znaczenie procesowe udzielano bowiem, jak staraliśmy się wykazać, najwcześniej w chwili *in ius vocatio*, a więc w momencie powstania procesu.

*

Jeśli przyjmiemy hipotezę, że *datio cognitoris* może najwcześniej nastąpić w chwili *in ius vocatio*, to ustanowienie kognitora dla przyszłego procesu zdaje się być niemożliwe. Ale ponieważ i takie rozważania pojawiły się ostatnio⁷⁷, więc i my musimy rozpatrzyć dokładnie taką możliwość.

Rozważania o możliwości ustanowienia kognitora dla przyszłego procesu mogą opierać się na porównaniu ustanowienia kognitora z ustanowieniem innego zastępcy procesowego — prokuratora. Gaius mówiąc o ustanowieniu prokuratora używa rzeczywiście na pozór podobnych słów, ale różnice między ustanowieniem tych zastępców są znaczne. O ustanowieniu prokuratora jurysta mówi następująco (G. IV, 84): *Procurator vero nullis certis verbis in litem substituitur, sed ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur* — —. I tego zastępcę, według Gaiusa, ustanawia się w procesie (*in litem*), ale nie *certis verbis*, tylko *ex solo mandato*, a ta różnica pociąga za sobą dalsze (wskazane niżej) konsekwencje.

Z innych przekazów (D. 3, 3, 3) wiadomo, że prokuratora można było ustanowić *ad litem futuram*, dołączając do aktu ustanowienia termin lub

⁷³ Ibidem, s. 327, n. 62.

⁷⁴ Podobnie Ch. Wirbel, o. c., s. 102, n. 1.

⁷⁵ Patrz autorzy cytowani w przyp. 64 - 69.

⁷⁶ Ch. Wirbel, o. c., s. 108.

⁷⁷ W. Rozwadowski, o. c., s. 44; poprzednio podobnie L. Debray o. c., s. 105 i n.

warunek. Czy dla kognitora istniała też taka możliwość? Naszym zdaniem, nie.

Prokuratora, jak już była o tym mowa, można było ustanowić *ex solo mandato* i do tej czynności dołączyć termin czy warunek. Natomiast *datio cognitoris* zrodzona w starodawnym, formalistycznym prawie zachowała w epoce klasycznej charakterystyczne rysy aktu uroczystego — *actus legitimus* ze wszystkimi związanymi z tym konsekwencjami.

Mamy wyraźny przekaz mówiący o tym, że do *datio cognitoris* nie mógł być dołączony warunek — Frag. Vat. 329 (Papinian, *libro II responsorum*)⁷⁸: *Sub condicione cognitor non recte datur, non magis quam mancipatur aut acceptum vel expensum fertur; nec ad rem pertinet, an ea condicio sit inserta, quae non expressa tacite inesse videatur*.

We fragmencie tym nie ma mowy o terminie, ale to zdaje się nie mieć dla nas większego znaczenia⁷⁹. Ewentualne ustanowienie kognitora dla przyszłego procesu, o którym nie wiadomo, czy w ogóle będzie miał miejsce, nastąpiłoby — naszym zdaniem — z dołączeniem warunku, że do powstania procesu dojdzie w przyszłości. Istnieje bowiem, aż do momentu *in ius vocatio* możliwość, iż roszczenia potencjalnego powoda zostaną w ostatniej chwili zaspokojone i do procesu nie dojdzie. A ta możliwość (ustanowienia kognitora z dołączeniem warunku) została wyraźnie wyłączona przez Papiniana. Dlatego rozważania, czy kognitor może być ustanowiony dla przyszłego procesu, muszą doprowadzić do wniosku negatywnego, a to wobec uroczystego charakteru *datio cognitoris* oraz, co ważniejsze, wobec wyraźnego przekazu klasycznego jurysty.

Porównując kognitora z prokuratorem należy też mieć zawsze na uwadze genezę powstania tych dwóch instytucji. Jak wiadomo, w okresie republiki istniała instytucja prokuratora *omnium bonorum*. W tym czasie „il procurator romano era l'amministratore stabile e generale, munito di pieni poteri, di tutti gli affari, compresi quelli giudiziali, di un terzo, per lo più assente”⁸⁰. Aby prokurator mógł wykonywać w całej rozciągłości

⁷⁸ Th. Niemeyer, ZSS 11, s. 323; F. Hellmann, o. c., ZSS 23, s. 415; M. Wlassak, *Die prätorischen Freilassungen*, ZSS 26, s. 422; F. E. Vassali, *Dies vel condicio*, BIDR 27 (1915), s. 219, n. 3; B. Kübler, ZSS 46, s. 385; S. Riccobono, *Dies e condicio nella costituzione delle servitù su fondi italici e su fondi provinciali*, TR 3 (1922), s. 335 i n.; E. Betti, *Diritto romano*, Padova 1935, s. 349; S. di Marzo, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1946, s. 67, n. 2; F. Serrao, *Il procurator*, Milano 1947, s. 47; M. Amelotti, *La „donatio mortis causa” in diritto romano*, Milano 1953, s. 81, s. 179, n. 1 i s. 180; M. Kaser, RPRI, s. 219 i 220, a także *Conditio iuris und condicio tacita*, Eos 48, 1 (Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae), s. 434; M. Bretone, *La nazione romana di umfrutto*, Napoli 1962, s. 191, n. 118; H. König, *Die vor der Ehe bestellte dos nach klassischem römischem Recht*, SDHI 29, s. 187; G. Pugliese, *Proc. form.*, s. 327; G. Gandolfi, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano 1966, s. 303; C. St. Tomulescu, *Nexum bei Cicero*, IURA 17, s. 46, n. 9.

⁷⁹ Inaczej W. Rozwadowski, o. c., s. 44.

⁸⁰ F. Serrao, *Il procurator*, Milano 1947, s. 19.

swe funkcje, zezwolił mu pretor w okresie klasycznym na występowanie w procesach wynikających z prowadzonego przez niego zarządu jako zastępcy procesowego osoby, której majątkiem administrował⁸¹. Jasne jest, że taki prokurator był zawsze ustanawiany przed powstaniem procesu, bo jego pełnomocnictwo odnosiło się do całego zarządu majątkiem bez względu na to, czy w czasie trwania zarządu dojdzie do powstania procesu, czy nie. Na wzór *procurator omnium bonorum* występującego w procesie, dopuścił pretor możliwość wyznaczania zastępcy procesowego dla określonego procesu⁸². Osobę taką określano też mianem *procurator* lub *procurator ad litem*⁸³. Widzimy więc, że ustanowienie prokuratora pod warunkiem, że proces powstanie, miało swe uzasadnienie, bowiem wpływało z ogólniejszych zadań pełnionych przez prokuratora, wynikających z całokształtu jego działalności jako zarządcy.

Natomiast kognitor pełnił zawsze tylko i wyłącznie funkcję zastępcy procesowego. Nie wydaje się więc sensowne wyznaczanie zastępcy dla ewentualnego przyszłego procesu, który nie wiadomo, czy w ogóle dojdzie kiedyś do skutku. Trzeba pamiętać, że po ustanowieniu zastępcy mogą zająć okoliczności, które spowodują, że do procesu nigdy nie dojdzie (np. spełnienie przez dłużnika świadczenia). Czy w takim wypadku ustanowiony zastępca byłby w ogóle zastępcą procesowym, kiedy o procesie nie może już być mowy? I dlatego sam charakter funkcji pełnionych przez kognitora zdaje się nasuwać wniosek, iż jest on ustanawiany dla istniejącego już procesu.

Na zakończenie rozważań o *datio cognitoris* można rozpatrzeć możliwość rozejścia się w czasie dwóch momentów: ustanowienia kognitora i objęcia przezeń funkcji procesowych. Możliwość taka może mieć miejsce w wypadku nieobecności kognitora w chwili wypowiedzania formuły ustanawiającej go zastępcą⁸⁴. W takim wypadku obejmował kognitor swe funkcje w chwili przyjęcia nominacji⁸⁵. Nie zmienia to jednak faktu, iż wypowiedzenie formuły *datio cognitoris* mogło najwcześniej nastąpić w chwili powstania procesu (w momencie *in ius vocatio*)⁸⁶.

⁸¹ Podobnie V. Arangio-Ruiz, *Il mandato*, s. 13.

⁸² Podobnie G. Pugliese, *Proc. form.*, s. 331.

⁸³ V. Arangio-Ruiz, *Il mandato*, s. 13.

⁸⁴ Gaius dopuszcza możliwość nieobecności kognitora w chwili wypowiedzania formuły (IV, 83): — *nec interest, praesens an absens cognitor detur*.

⁸⁵ Patrz G. IV, 83; — — *sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognoverit et suscepit officium cognitoris*.

⁸⁶ Zupełnie odrębną kwestią jest stosunek wewnętrzny między kognitorem a osobą go ustanawiającą, który mógł opierać się na iussum (P. Gide, *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain*, Paris 1879, s. 458 i n.), bądź na kontrakcie zlecenia (L. Debray, o. c., ss. 117 i n., 121). Ale ten stosunek

Maria Zabłocka (Warszawa)

LA CONSTITUTION DU COGNITOR DANS LA PROCÉDURE ROMAINE
À L'ÉPOQUE CLASSIQUE

Résumé

Le problème de la Cogniture en tant que représentation judiciaire a été depuis bien longtemps l'objet des recherches dans la doctrine du droit romain. On se demandait à quel moment de la procédure avait lieu la constitution du *cognitor*. Cette question, vivement discutée, demeure ouverte jusqu'à nos jours. Diverses hypothèses ont été avancées: certains auteurs supposent que le *cognitor* ne pouvait être constitué — au cours du procès — qu'après la *litis contestatio*, d'autres en revanche, placent la constitution du *cognitor* avant la *litis contestatio*, et prétendent même que la *datio cognitoris* pouvait être réalisée en vue d'une action future, intentée à une époque ultérieure.

Or, puisque nous ne possédons qu'un seul témoignage portant sur la *datio cognitoris* (G. IV, 83), il serait fort opportun d'examiner de plus près ce fragment et, en premier lieu, d'analyser les termes qui s'y trouvent, tels que *lis*, *actor*, *adversarius*, pour voir quelles indications on pourrait en déduire.

L'analyse des textes D. 2, 15, 8, 20; D. 44, 1, 2, 4; D. 26, 2, 24 et des derniers mots de G. IV, 84, prouve que les juristes romains employaient l'expression *lis* pour indiquer les deux phases, soit la phase *apud iudicem*, soit celle *in iure*. Il est à remarquer cependant certaines analogies entre les fragments D. 5, 1, 4 et D. 2, 4, 8, pr qui laissent supposer que les juristes de l'époque classique acceptaient ce terme pour désigner le procès déjà dès le moment de *in ius vocatio*. Le témoignage D. 2, 5, 2, 1 nous fait voir que les expressions *actor* et *adversarius* étaient employées pour désigner les parties plaidantes également déjà à partir du moment de *in ius vocatio*.

Les interprètes contemporains du droit romain sont amenés à conclure que le *cognitor* pouvait être constitué lors de l'*editio* extrajudiciaire de l'action. C'est d'ailleurs la thèse traditionnelle qu'ils ont reprise. A examiner les sources D. 2, 13, 1 pr et D. 2, 13, 1, 1 on est enclin à admettre que cette *editio actionis* ne pouvait être conférée avant la *in ius vocatio*, la constitution du *cognitor* ne pouvant, par conséquent, non plus avoir lieu à un moment antérieur.

Les considérations que nous venons de présenter nous font écarter la conjecture qui voulait que la constitution du *cognitor* soit réalisée en vue d'un procès futur. Cette conclusion est compatible avec le témoignage fourni par le Frag. Vat. 329 qui n'admet pas l'insertion d'une condition dans la *datio cognitoris*. Or, il est évident que celle-ci, constituée en vue d'un procès futur, ne serait réalisée qu'à condition que l'action soit effectivement intentée dans l'avenir.

wewnętrzny nie zmienia faktu, iż pełnomocnictwo procesowe wpływało tylko z *datio* (podobnie P. G i d e, o. c., s. 281 i n.) *Datio cognitoris* była formułą ustanowienia, a nie zatwierdzenia zastępcy (L. D e b r a y, o. c., s. 121). Nie ma więc znaczenia, czy *iussum* bądź kontrakt zlecenia poprzedzał wypowiedzenie formuły *datio*, czy nie, bo i tak dopiero ona była aktem ustanawiającym zastępcę, mającym znaczenie procesowe.