

I. ROZPRAWY

ADAM WILIŃSKI (Lublin)

Studia nad alienacją niewolników w rzymskim prawie prywatnym

Sprzedaż niewolnika z zastrzeżeniem miejsca pobytu

I. Wstęp. 1. Potrzeba badań nad rzymskim prawem niewolniczym z uwzględnieniem klauzul przy alienacji niewolnika. 2. Dwa rodzaje klauzul dotyczących miejsca pobytu niewolnika. II. Klauzula wydalenia: 1. Treść, przyczyny i czas powstania tej klauzuli; 2. Ochrona prawna (sankcje wykonania), a) stypulacja karna i *actio venditi* (zagadnienie dopuszczalności w rozwoju historycznym), b) *manus iniectio*, c) problem konkurencji sankcji; 3. Klauzula wydalenia a wyzwolenie niewolnika; 4. Granice ingerencji władzy państwowej. III. Klauzula niewydalenia: 1. Treść, przyczyny i czas powstania (problem interpolacji w D. 18, 7, 7 *in fine*); 2. Sankcja wykonania klauzuli. IV. Uwagi końcowe o charakterze prawnym omawianych klauzul tudzież ich znaczeniu dla poznania polityki pryncypatu względem niewolników.

I

1. Problematyka rzymskiego prawa prywatnego dotycząca niewolników jest w nowożytnych badaniach historycznoprawnych — w porównaniu z zagadnieniami wynikającymi z stosunków prawnych między wolnymi — nieco zaniedbana. Fakt ten daje się częściowo wytłumaczyć tym, że już prawo pandektowe w czasach rozwijającego się kapitalizmu nie miało praktycznego zastosowania, a więc i większego zainteresowania teoretycznego dla zagadnień rzymskiego prawa prywatnego związanych bezpośrednio z niewolnictwem. Stąd też nowsze badania nad prawem niewolniczym stosunkowo w niewielkiej tylko mierze mogły korzystać z owego wielowiekowego zaplecza gruntownej analizy źródeł i konstrukcji prawnych, jakie stworzyła pandektystyka dla nowożytnej romanistyki. Inną trudnością był — i jest — fakt, że zagadnienia prawa niewolniczego są bardzo złożone i kompleksowe, jako z reguły związane z różnymi kwestiami różnych działów prawa prywatnego. Wymagają one nadto możliwie dokładnej znajomości stosunków gospodarczych i społecznych tudzież polityki prawnej danego okresu dziejów, co często jest niemożliwe do osiągnięcia z braku odpowiednich źródeł.

W rezultacie nie ma dziś żadnego nowszego opracowania całości rzymskiego prawa niewolniczego, oprócz znakomitej, lecz obecnie w wie-

lu kwestiach przestarzałej monografii W. Bucklanda z roku 1908¹. Zna-
ne monografie H. Wallona² i W. Westermanna³, napisane zresztą przez
nieprawników, zajmują się w ogólności ustrojem niewolniczym całej sta-
rożytności grecko-rzymskiej i w związku z tym specjalna problematyka
prawna rzymskiego niewolnictwa nie została w nich potraktowana ob-
szerniej i w sposób bardziej pogłębiony. Podobnie R. Barrow w swej
monografii o rzymskim niewolnictwie za pryncypatu⁴ nie interesuje się
bliżej stroną prawną sytuacji niewolników. Nowsze prace szczegółowe, tj.
niezbyt zresztą liczne rozprawy i artykuły dotyczące niektórych zagad-
nień prawnych niewolnictwa rzymskiego, pozostawiają jeszcze wiele te-
matów nie opracowanych⁵. Duże zainteresowanie zagadnieniami niewol-
nictwa w starożytności daje się zauważyć w radzieckiej literaturze nau-
kowej, w której istnieje w tym zakresie szereg cennych metodologicznie
opracowań⁶. Jednak tylko część z nich dotyczy stosunków rzymskich,
przy czym autorów także tu interesują głównie zagadnienia społeczne
i gospodarcze niewolnictwa rzymskiego, nie zaś prawne. Pewnym wy-
jątkiem w tym względzie jest monografia H. Sztajerman, w której zostało
wykorzystanych w interesujący sposób także wiele źródeł prawnych⁷.

Potrzeba prowadzenia badań nad rzymskim prawem niewolniczym
wydaje się zatem już w związku z powyższym uzasadniona. Mogą one
ponadto przyczynić się do poznania wewnętrznego mechanizmu walki
klasowej i metod rządzenia społeczeństwem rzymskim, a także do lepsze-
go określenia funkcji prawa w tym zakresie, wykazując istnienie specy-
ficznych odrębności norm prawnych dotyczących niewolników w stosun-
ku do rzymskiego *ius commune*.

Szczególnie interesujące światło na powyższe zagadnienia mogą rzucić,
zdaniem moim, badania nad klauzulami stosowanymi przy alienacji nie-
wolnika, za pomocą których pan zbywający niewolnika mógł wyrazić
dyspozycję co do jego przyszłej sytuacji osobistej. Z reguły alienacja nie-
wolnika następowała w wykonaniu zawartego uprzednio kontraktu kup-

¹ W. W. Buckland, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge 1908.

² H. Wallon, *Histoire de l'esclavage dans l'antiquité*, I - III, Paryż 1879.

³ W. L. Westermann, art. *Sklaverei*, w: Pauly-Wiss. RE, Suppl. VI, col. 894; tenże, *The Slave Systems of Greek and Roman Antiquity*, Philadelphia 1955.

⁴ R. H. Barrow, *Slavery in the Roman Empire*, Londyn 1928.

⁵ Por. bibliografię w kolejnych tomach L. Caes, R. Henrion (od 8 tomu tylko L. Caes), *Collectio bibliographica operum ad ius Romanum pertinentium*, ser. I, Bruksela 1949 i n.; por. także A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, s. 704 oraz W. Osuchowski, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1966 s. 231 i n., z zastrzeżeniem, że nie chodzi tu o podanie wyczerpującej bibliografii wszystkich prac dotyczących zagadnień prawnych niewolnictwa rzymskiego.

⁶ Por. bibliografię w „Więstniku Driewniej Istorii”, 1966, z. 1, s. 188 i n.; 1967, z. 1, s. 194 i n.; z. 3, s. 156 i n.; 1969, z. 4, s. 184 i n. (za lata 1962 - 67).

⁷ H. Sztajerman, *Spółczeństwo zachodniorzymskie w III w.*, Warszawa 1960 (przekład z rosyjskiego).

na-sprzedaży i wówczas wspomniane klauzule mogły być dołączone do tego kontraktu⁸. Nadto — w szczególności jeśli chodziło o klauzulę zastrzegającą późniejsze wyzwolenie niewolnika (*ut, manumittatur*) — można było jej użyć też w przypadku, gdy alienacja następowała *donationis causa*, bądź wreszcie i wtedy, gdy zbywano niewolnika tylko w tym celu, aby nabywca go wyzwolił.

Za pomocą wspomnianych klauzul mógł zatem pan wyrazić dyspozycję:

a) co do miejsca przyszłego pobytu niewolnika, zastrzegając mianowicie, że nie będzie on mógł przebywać w dotychczasowym lub innym oznaczonym miejscu pobytu, albo przeciwnie — że nie może być przez nowego pana wydany (klauzule te są właśnie przedmiotem niniejszych rozważań);

b) co do przyszłego *status libertatis* niewolnika, zastrzegając, że niewolnik zbywany nie może dostąpić wolności⁹, lub też — że winien być wyzwolony; co do niewolnicy wreszcie możliwe było dołączenie do kontraktu kupna-sprzedaży zastrzeżenia:

c) że nie może ona być skierowana do prostytucji.

Klauzule te wynikają z władzy, *potestas*, jaką miał pan niewolnika nad nim¹⁰; są tej władzy ostatnim wyrazem przed alienacją. Ten ich specyficzny charakter powodował niektóre odrębności w ich konstrukcji prawnej, w porównaniu z innymi możliwymi zastrzeżeniami (umowami dodatkowymi) stosowanymi przy kontraktach kupna-sprzedaży (np. zastrzeżenie lepszej oferty, sprzedaż na próbę, etc.). Niezależnie od nasuwających się tu spostrzeżeń natury prawnej, analiza wspomnianych klauzul pozwala na lepszy wgląd w politykę cesarzy okresu pryncypatu w stosunku do niewolników. Uzyskanie pełnych rezultatów badań będzie jednak możliwe dopiero po przeanalizowaniu wszystkich wspomnianych klauzul.

Jedyne, o ile mi wiadomo, opracowanie całościowe wszystkich klauzul stanowi opublikowana w r. 1888 rozprawa doktorska znanego francuskiego romanisty O. Senna¹¹. W późniejszych, znacznie bardziej zresztą pogłębionych badaniach zajęto się przede wszystkim klauzulą polecającą wyzwolenie zbywanego niewolnika (*ut manumittatur*)¹². Poza tym istnieje

⁸ W źródłach: *ea lege vendere [distrahere], ut[ne]* — lub podobnie; co do tej terminologii por. V. Georgesco, *Essai d'une théorie générale des leges privatae*, Paryż 1932, s. 15 i n.

⁹ Por. mój art. *Studia nad alienacją niewolników w rzymskim prawie prywatnym — Sprzedaż niewolnika z zastrzeżeniem niewyzwalania*, w: *Annales UMCS, Sectio G*, Lublin (w druku).

¹⁰ Por. G. 1, 52; 54.

¹¹ O. Senn, *Clauses insérées dans les ventes d'esclaves*, Paryż 1888.

¹² Ph. Lotmar, *Marc Aurels Erlass über die Freilassungsaufgabe*, w: *ZSS*, 33 (1912), s. 304.

je niewiele artykułów dotyczących niektórych wybranych zagadnień omawianej tematyki, a także można znaleźć na ten temat obszerniejsze niekiedy uwagi w monografiach poświęconych innym zagadnieniom¹³. Spośród autorów podręczników i systemów rzymskiego prawa prywatnego zwrócili uwagę na omawiane tu klauzule przede wszystkim P. Bonfante¹⁴, E. Cuq¹⁵, S. Perozzi¹⁶, z nowszych M. Kaser¹⁷.

2. Zastrzeżenie co do miejsca przyszłego pobytu sprzedawanego niewolnika — będące przedmiotem niniejszego opracowania — może mieć, jak wspomniano, dwojaką treść: a) dotychczasowy pan, sprzedawca niewolnika, może zastrzec w kontrakcie, że niewolnik ma zostać wydany z miejsca (terenu), gdzie dotychczas przebywał i nie będzie mógł tam przebywać, lub że ma być nie dopuszczony do przebywania w innym oznaczonym miejscu (klauzula wydalenia) albo b) może zastrzec, że sprzedawany niewolnik właśnie nie może być za karę wydany (klauzula niewydalenia).

II

1. Wiadomości o tej klauzuli uzyskujemy ze źródeł prawnych. Jak mianowicie wynika już z rubryk dotyczących tytułów, kwestii tej poświęcony jest częściowo tytuł 7 księgi 18 Digestów, tudzież w całości tytuł 55 księgi 4 Kodeksu justyniańskiego. Wzmianki lub aluzje znajdujemy nadto w kilku innych miejscach kodyfikacji justyniańskiej; istnieje także jeden tekst Papiniana w *Fragmenta Vaticana*¹⁸. Podstawa źródłowa nie jest bogata i pozostawia wiele kwestii bez odpowiedzi. Według tych

¹³ F. Haymann, *Freilassungspflicht und Reurecht*, Berlin 1905; P. Viard, *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, Paryż 1929, s. 88 i n.; V. Georgesco, *Essai...*, o. c., s. 166 i n.; tenże, *La manus iniectio en matière de vente d'esclaves*, w: ZSS, 64 (1944), s. 376; M. Nicolau, *Causa liberalis*, Paryż 1933, s. 68; P. Frezza, *Osservazioni sopra il sistema di Sabino*, w: Riv. ital. per le scienze giurid., 8 (1933), s. 428 i n.; J. Lambert, *Les operae liberti*, Paryż 1934, s. 78 i n.; P. Noailles, *Fas et Ius*, Paryż 1948, s. 122 i n.; 147 i n. (do tego P. Koschaker, w: ZSS, 70 (1953), s. 430); tenże, *Du droit sacré au droit civil*, Paryż 1949, s. 136 i n.; M. Kaser, *Das altrömisches Ius*, Göttingen 1949, s. 191 i n., 204 i n.; G. Franciosi, *Il processo di libertà in diritto romano*, Neapol 1961, s. 127.

¹⁴ P. Bonfante, *Corso*, II, 2, Rzym 1928, s. 283 i n.

¹⁵ E. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paryż 1928, s. 128.

¹⁶ S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, I, Rzym 1928, s. 263 i n.

¹⁷ M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I², Monachium 1971, s. 293, 562, II, Monachium 1959, s. 90. W wymienionych wyżej podręcznikach i nowszych monografiach wykorzystano nieliczną starszą literaturę. Z niej należy jednak oddzielnie wymienić ważną rozprawę R. v. Iheringa, *Passive Wirkungen der Rechte*, w: „Jahrb. für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts”, 10 (1871), s. 546 i n.

¹⁸ D.18,7,1 (Ulp.); 18,7,2 (Marcian.); 18,7,5 (Pap.); 18,7,7 (Pap.); 18,7,9 (Paul.); 40,1,4,9 (Ulp.); 40,7,25 (Mod.); C.4,55,1; 4,55,2; 4,55,3; 4,55,4; 4,55,5; Fr. Vat. 6; por. także D.40,9,2 (Ulp.); C.3,36,5.

źródeł, klauzulę wydalenia mógł pan (sprzedawca) sformułować albo z położeniem nacisku na obowiązek nabywcy usunięcia niewolnika z dotychczasowego miejsca pobytu (*servus exportandus ab Italia; de civitate sua; de provincia certa*)¹⁹, albo — na obowiązek niewprowadzania go na jakiś oznaczony teren, który może być także różny od miejsca dotychczasowego pobytu (*ne aliquo loci moretur; ne in Italia esset; ne intra loca serviant*)²⁰. Różnica ta nie ma zasadniczego znaczenia. W istocie, w klauzuli wydalenia chodzi zawsze o wykluczenie niewolnika od przebywania na pewnym oznaczonym terenie. W tym rozumieniu obowiązek nabywcy polega zawsze na *non facere*, mianowicie na niewprowadzaniu niewolnika na ten zakazany teren²¹, a tylko — jeśli faktycznie niewolnik w chwili alienacji właśnie na takim terenie się znajduje (np. u dotychczasowego pana) — będzie nabywca na wstępie zobowiązany nadto do *facere*, tj. do usunięcia go z niego.

Zastrzeżenie wydalenia mogło być dołączone do kontraktu sprzedaży w intencji ukarania niewolnika lub wywarcia na nim zemsty; źródła w odniesieniu do tej klauzuli (a także klauzuli niewyzwalania) mówią o *poena* lub *vindicta*, tudzież o gniewie pana (*iratus in servos*)²². Można zapewne przypuścić, że zwłaszcza wydalenie z Rzymu mogło mieć taką właśnie przyczynę. Przyczyną klauzuli wydalenia mogła być także obawa pana przed niebezpieczeństwem (*sensu largo*) grożącym mu ze strony niewolnika. Mogło tu nie tylko chodzić o zagrożenie życiu lub zdrowiu pana, lecz również np. o zły wpływ na jego pozostałych niewolników czy nawet wolnych członków rodziny, o szerzenie szkodliwych wiadomości (prawdziwych lub nie) o stosunkach domowych lub majątkowych pana, wreszcie pan mógł się obawiać konkurencji zawodowej niewolnika (gdy np. ten wyuczył się rzemiosła pana)²³.

Z braku źródeł nie można ustalić, od kiedy uznano za możliwe dołączanie do kontraktu kupna-sprzedaży niewolnika zastrzeżenia wydalenia. Wspomniane wyżej źródła pochodzą wszystkie z końca II lub pierwszej połowy III w.n.e., z czasów panowania dynastii Sewerów. Jedno z nich (D. 18,7,6,1) informuje, że już Sabinus zajmował się kwestią zaskarżalności *ex vendito* klauzul karających niewolnika (tj. klauzuli wydalenia, a także niewyzwalania), co pozwala stwierdzić, że klauzula wydalenia stosowana była już w pierwszej połowie I w. n.e. Charakter omawianej klauzuli (jak i innych) jako przejawu *potestas* pana nad niewolnikiem, a nadto fakt, że na wypadek jej niewykonania można było zastrzec *manus*

¹⁹ D.18,7,2; C.4,55,5; Fr. Vat. 6; por. także C.4,55,3 — *in eadem civitate*.

²⁰ D.18,7,1; 18,7,7; 40,7,25; C.4,55,1; 4,55,4.

²¹ Za ucieczkę niewolnika na ten teren nabywca nie odpowiada, p. niżej.

²² Por. D.18,7,6,1; 18,7,7; C.3,36,5.

²³ Por. D.18,7,1; Fr. Vat. 6; O. Senn, o.c., s. 7; M. Kaser, *Privatr.* I², s. 562; p. także A. Schiller, *Trade secrets and the roman law*, w: „Studi in onore di S. Riccobono”, IV, Palermo 1936, s. 76.

iniectio skuteczną *erga omnes* (p. niżej) przemawiają za możliwością jeszcze dawniejszego jej stosowania (być może od kiedy powstał konsensualny kontrakt kupna-sprzedaży — II w. przed n.e.?). Czy *manus iniectio* pozostawała tu w jakimś związku genetycznym z mancyacją, w szczególności z *nuncupatio* przy tej czynności, wydaje się wątpliwe, a w każdym razie przypuszczenia takiego nie da się nawet uprawdopodobnić²⁴.

2. Najwcześniejsze ze stojących do dyspozycji źródeł, mianowicie dwa fragmenty z księgi 10 *Quaestiones* Papiniana²⁵ traktują klauzulę wydalenia jako instytucję uprzednio znaną i nie nową. Zawierają bowiem rozważania dotyczące zagadnień już bardziej szczegółowych lub kontrolersyjnych z tego zakresu. Tak mianowicie wedle D. 18,7,5 dołączony do kontraktu kupna-sprzedaży zakaz pobytu sprzedanego niewolnika w obrębie *pomerium* jakiegoś miasta należy uważać za równoznaczny z zakazem pobytu także i w Rzymie. Pogląd ten opiera Papinian na jakichś bliżej nie określonych mandatach cesarskich, a nadto wzmacnia go argumentem *a fortiori*²⁶.

a) Drugi z wspomnianych wyżej fragmentów z księgi 10 *Quaestiones* Papiniana należy do grupy tekstów źródłowych mających zasadnicze znaczenie dla zagadnienia skuteczności i ochrony prawnej klauzuli wydalenia niewolnika:

D. 18,7,7

Servus ea lege venit, ne in Italia esset: quod si aliter factum esset, convenit citra stipulationem, ut poenam praestaret emptor. vix est, ut eo nomine vindictae ratione venditor agere possit, acturus utiliter, si non servata lege in poenam quam alii promisit inciderit. huic consequens erit, ut hactenus agere possit, quatenus alii praestare cogitur: quidquid enim excedit, poena, non rei persecutio est rell.

Tekst powyższy interesuje nas tu tylko w tej swojej — wyżej przytoczonej — pierwszej części²⁷. Należy go rozpatrzeć w związku z innym, nieco późniejszym, fragmentem z tegoż dzieła Papiniana:

²⁴ Nie przekonuje P. Frezza, o. c., s. 428 i n.; por. M. Kaser, *Privatr.*, I, (1955) s. 222 i inaczej 2 wyd. (1971), s. 562.

²⁵ *Quaestiones* Papiniana pochodzą prawdopodobnie z lat 193 - 198 n.e., por. Lennel, Paling. I (1960), 813, uw. 2; Jörs, w: Pauly-Wiss., RE, I, 573.

²⁶ D.18,7,5 — *Cui pacto venditoris pomerio cuiuslibet civitatis interdictum est, Urbe etiam interdictum esse videtur. quod quidem alias cum principum mandatis praeciperetur, etiam naturalem habet intellectum, ne scilicet qui careret minoribus fruatur maioribus.*

Krytyka i dowolna rekonstrukcja tego tekstu przez G. Beselera, w: ZSS, 50 (1930), s. 21 jest całkowicie nieprzekonująca; Beseler nie wspomina tu, że identyczna zasada znajduje się w C.4,55,5 (z r. 225 n.e.): *Qui exportandus a domino de civitate sua venit, nec in urbe Roma morari debet* —, rekonstruując później (o. c., s. 25) ten ostatni tekst także zupełnie arbitralnie stosownie do swoich z góry przyjętych założeń.

²⁷ Część druga, końcowa D.18,7,7 pozostaje w związku logicznym z pierwszą, nie

D. 18,7,6,1 — Pap. 1. 27 Quaest.

Nobis aliquando placebat non alias ex vendito propter poenam homini irrogatam agi posse, quam si pecuniae ratione venditoris interesset, veluti quod poenam promississet: ceterum viro bono non convenire credere venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset. sed in contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur.

Co do obu przytoczonych źródeł, w szczególności D. 18,7,7 wypowiedziano w literaturze naukowej wiele hipotez interpolacyjnych, które z kolei wywoływały sprzeczności ze strony innych badaczy. Niektóre radykalne tezy G. Beselera²⁸ (*citra stipulationem* itp.) zostały słusznie krytycznie ocenione już przez L. Mitteis²⁹ i S. Riccobono³⁰. Ostatnio zrozumienie wymienionych tekstów posunęli naprzód B. Börner³¹, D. Daube³² i D. Medicus³³, aczkolwiek pewne kwestie pozostały nadal sporne (p. niżej). Ostateczne rozstrzygnięcie wątpliwości wynikających z krytyki tekstu *Quaestiones* Papiniana jest w ogólności bardzo trudne³⁴, prawdopodobnie w obecnym stanie źródeł nawet niemożliwe. Z tym zastrzeżeniem — nie wchodząc przy tym w szczegóły nie związane bezpośrednio z omawianym tematem — sądzę, że w obu omawianych fragmentach nie ma konieczności przyjęcia interpolacji zmieniających w sposób zasadniczy ich pierwotny sens. Wydaje się, że fragmenty te — nie sprzeczne między sobą — oddają własną myśl Papiniana, choć w niektórych szczegółach mogły ulec formalnym zmianom.

Tak więc w przytoczonej części D. 18,7,7, pochodzącej z księgi 10 *Quaestionum*, chodzi o zagadnienie, czy sprzedawca może pozwać za pomocą *actio venditi* nabywcę, który nie wykonał zastrzeżonej w kontrakcie sprzedaży kary wydalenia niewolnika z Italii, jeśli mianowicie wykonanie tej klauzuli zabezpieczone zostało przez ustanowienie kary umownej w dołączonej do kontraktu umowie dodatkowej (a zatem nie w osobnej stypulacji karnej). Papinian zaprzecza możliwości, by sprzedawca mógł tu pozywać *vindictae ratione* („z racji zemsty”, oczywiście na niewolniku), czyniąc wyjątek dla przypadku, gdy sprzedawca — z powodu niewykonania przez nabywcę klauzuli wydalenia — sam ma płacić karę, do jakiej zobowiązał się stypulacyjnie poprzedniemu sprzedawcy, od któ-

dotyczy jednak klauzuli wydalenia, lecz niewydalenia; w związku z tym omówiona jest niżej osobno (w rozdziale III).

²⁸ G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen*, t. 2 (1911) s. 39; t. 3 (1913), s. 91; ZSS, 50 (1930), s. 22.

²⁹ L. Mitteis, w: ZSS, 33 (1912), s. 198.

³⁰ S. Riccobono, w: ZSS, 35 (1914), s. 262 uw. 2.

³¹ B. Börner, *Zur Auslegung von D.18,7,7*, w: ZSS, 71 (1954), s. 359 i n.

³² D. Daube, *Utiliter agere*, w: Iura, 11 (1960), s. 94 i n.

³³ D. Medicus, *Id quod interest*, Köln—Graz 1962, s. 176 i n.

³⁴ Por. F. Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960, s. 354, uw. 106.

rego kupił był tegoż niewolnika. Będzie wówczas skarżył *pecuniae ratione* (p. niżej).

W D.18,7,6,1, fragmencie późniejszej 27 księgi *Quaestionum*, Papinian ponownie zajmuje się tą kwestią, informując, że niegdyś (*aliquando*) wyznawał wyżej opisany pogląd. Jednakże, powracając do niego w swej późniejszej relacji, dokonuje ważnych poprawek i uściśleń. Dowiadujemy się więc, że był dawniej zdania, iż sprzedawca wyjątkowo może pozywać *ex vendito* nabywcę w razie niewykonania nie tylko klauzuli wydaleń, lecz w ogóle każdej klauzuli zmierzającej do ukarania niewolnika (*propter poenam*), a zatem — jak można stąd wnosić — także klauzuli zakazującej wyzwiania niewolnika. Może to jednak sprzedawca uczynić właśnie wyjątkowo, tj. tylko wtedy, gdy jest w tym wykonaniu zainteresowany materialnie, pieniądze (*pecuniae ratione*, a nie tylko *vindictae ratione*), w każdym więc razie — jak to już wiemy — gdy sam ma płacić karę stypulacyjną swemu poprzednikowi. W omawianej wypowiedzi z D. 18,7,6,1 nie ma żadnej wzmianki o karze umownej ustanowionej w *pactum adiectum* (ani też w stypulacji), można zatem przyjąć, że wedle (dawniejszego i obecnego) poglądu Papiniana *actio venditi* z powodu niewykonania klauzuli karającej niewolnika była dopuszczalna — wprawdzie wyłącznie *pecuniae ratione* — lecz niezależnie od tego, czy w umowie dodatkowej dołączonej do kontraktu sprzedaży (*pactum adiectum*) ustanowiono karę umowną, czy też nie³⁵. Omówiony wyżej pogląd Papiniana, że — poza wyjątkiem *pecuniae ratione* — *actio venditi* w opisanej sytuacji nie była możliwa³⁶, znajduje w D. 18,7,6,1 rodzaj uzasadnienia, a to w zwrocie *ceterum viro — non fuisset*, stanowiącym odpowiednik słów *vindictae ratione* oraz końcowego zwrotu *enimvero — continet* z D. 18,7,7³⁷. Z ostatniego zdania fragmentu D. 18,7,6,1 dowiadujemy się

³⁵ D. Medicus, o. c., s. 176. D. Daube, o. c., s. 98 i 100 jest wprawdzie zdania, że skarga *ex vendito* przysługiwała sprzedawcy *pecuniae ratione* (tj. gdy sam miał płacić karę stypulacyjną swemu poprzednikowi) także i wtedy, gdy nie ustanowiono kary umownej w *pactum adiectum*, jednakże uważa (s. 96), że w D.18,7,6,1 — mimo braku odpowiedniej wzmianki w tekście — należy dorozumiewać się przez analogię do D.18,7,7 także istnienia kary umownej ustanowionej w *pactum adiectum*. Słusznie jednak D. Medicus (o. c., s. 176 uw. 17) zauważa, że nie należy interpretować późniejszego poglądu Papiniana z księgi 27 *Quaestiones* (zawartego w D.18,7,6) za pomocą fragmentu napisanego wcześniej w księdze 10 *Quaestiones* (z D.18,7,7). Dodajmy, że w kontekście całego D.18,7,6 paragraf 1 następuje po zdaniu *remota quoque — non fecisset* (które uważa za autentyczne nawet krytyczny Beseler, w: ZSS, 50 (1930), 22). Zdanie to zawiera ogólną zasadę dopuszczalności skargi *ex vendito* w razie przekroczenia klauzuli przez nabywcę, przy czym o karze umownej ustanowionej w *pactum adiectum* tekst także nic tu nie mówi. Nie wydaje się więc, by w D.18,7,6,1 należało dorozumiewać się istnienia takiej kary umownej.

³⁶ Por. D.18,7,7, — — *vir est, ut — — possit*; D.18,7,6,1 — — *non alias — — agi posse, quam si — —*.

³⁷ Co do zwrotów tych wypowiadano wiele hipotez interpolacyjnych odmawiających im autentyczności, zd. m. niesłusznie. Kwestię tę — szczególnie w odniesieniu

jednak, że Papinian ostatecznie odstąpił od wyżej przedstawionych zastrzeżeń i dał się przekonać zdaniu Sabinusa, na podstawie którego uznał, że użycie *actio venditi*³⁸ w opisanej sytuacji jest możliwe, ponieważ niewolnik, którego ukaranie zastrzeżono w kontrakcie, jest sprzedawany po cenie odpowiednio obniżonej.

W rezultacie wydaje się — w świetle źródeł dotychczas omówionych — że w rozwoju zaskarżalności za pomocą *actio venditi* klauzul ustanawiających karę dla sprzedawanego niewolnika (wydalenie, zakaz wyzwalań) punktem wyjściowym była sytuacja, gdy użycie tej skargi uważano w tych przypadkach za niemożliwe. Zabezpieczenie wykonania wspomnianych klauzul mogło więc nastąpić tylko przez stworzenie osobnej odpowiedzialności kontraktowej nabywcy drogą zawarcia z nim stypulacji karnej — i taki sposób postępowania był zapewne jeszcze w wczesnym prawie klasycznym z reguły stosowany³⁹. Poza tym — tylko jeśli chodziło o klauzulę wydalenia, nie zaś zakaz wyzwalań — sprzedawca mógł zastrzec sobie *manus iniectio* na sprzedanym niewolniku (p. niżej). Przyczyną owej negacji użycia skargi *ex vendito* wydaje się być przekonanie, że sprzedawca nie jest i nie może być materialnie zainteresowany w wykonaniu klauzuli karnej (wydalenia czy niewyzwalań); „szkoda”, jaką ponosi w razie niewykonania takiej klauzuli jest bowiem wyłącznie psychiczna (przykre uczucie zawodu lub oburzenia — *poenae non inrogatae indignatio*). Już jednak Sabinus był zdania (D.18,7,6,1 *in fine*), że jeśli da się stwierdzić istnienie takiego materialnego zainteresowania sprzedawcy, gdy np.

do drugiej części D.18,7,7 — omawiam niżej (p. rozdz. III). Tu co do zwrotu *ceterum viro — non fuisset* z D.18,7,6,1 trzeba zauważyć, że „filantropijne” tendencje, jakie widzi w tym zwrocie B. Börner, o. c., s. 365 można odnaleźć już w niejednym reskrypcie cesarza II w.n.e., por. np. Coll. 3,3. Za autentycznością omawianego zwrotu przemawia także użycie określenia *vir bonus* (*viro bono non convenit*), znanego z wielu tekstów nieprawnych (Cicero), a także prawnych, por. VIR, s. v. bonus (np. D.40,5,41,4 *in fine*); do tego por. v. Lübtow, w: ZSS, 66 (1948), s. 520 i n., tudzież dalsza literatura u B. Börnera, o. c., s. 364, uw. 33 - 34. Chyba przez przeoczenie, Börner (o. c., s. 365 i 371) wspominając o wpływach chrześcijańskich i stoickich zauważa, że także te ostatnie były obce „dem heidnischen Römertum”.

Do omawianej kwestii por. także D. Medicus, o. c., s. 177; F. Wieacker, o. c., s. 354.

³⁸ Chodzi tu o właściwą *actio venditi*; *utiliter* nie oznacza *actio utilis*, por. D. Daube, o. c., s. 95, 102; D. Medicus, o. c., s. 175, uw. 14. Tak przynajmniej w omawianym fragmencie; że poza tym niekiedy termin *utiliter agere*, jednak oznacza *actio utilis* w znaczeniu technicznym por. R. Quadrato, *Ancora su „utiliter agere”*, w: Labeo, 10 (1964), s. 356.

³⁹ O takiej stypulacji wspomina np. D.18,7,6,1 (— — *poenam promississet*); D.18,7,7 (— — *citra stipulationem*; — — *in poenam quam — — promissit*); D.18,7,9 (— — *poenam promississet*; — — *stipulatus esset*); C.4,55,2. — Przy klauzuli niewyzwalań stypulacja karna straciła w późnym prawie klasycznym swe praktyczne zastosowanie, por. D.18,7,6, pr. tudzież mój art. w *Annales UMCS* (w druku).

w związku z zastrzeżeniem karnym zgodził się na obniżenie ceny za niewolnika, to użycie skargi *ex vendito* było możliwe. Ta opinia Sabinusa wypowiedziana była prawdopodobnie tylko w odniesieniu do jakiegoś pojedynczego przypadku; w każdym razie zagadnienie to później w prawie klasycznym pozostawało widocznie otwarte, skoro zajmuje się nim potem Papinian uogólniając opinię Sabinusa.

Z D.18,7,7 zdaje się dalej wynikać, że zagadnienie dopuszczalności *actio venditi* z powodu niewykonania klauzuli wydalenia stawiało się szczególnie aktualne wtedy, gdy ustalano — w nieformalnej umowie dodatkowej do kontraktu kupna-sprzedaży — sumę pieniężną, którą miałyby płacić nabywca w razie niewykonania tej klauzuli⁴⁰. Wtedy bowiem można było uważać tę konkretną sumę pieniężną za sprecyzowanie materialnego zainteresowania sprzedawcy w wykonaniu klauzuli wydalenia, co pozwalało uniknąć niemożliwej do przeprowadzenia wyceny jego nieistniejącej szkody materialnej (w razie niewykonania klauzuli wydalenia), a zatem mogło się wydawać, że wytoczenie powództwa za pomocą *actio venditi* jest w tej sytuacji możliwe. Użycie tej skargi wtedy mogło się wydawać tym bardziej dopuszczalne, że już od wczesnego okresu prawa klasycznego (Sabinus)⁴¹ inne umowy dodatkowe do kontraktu kupna-sprzedaży były prawdopodobnie zaskarżalne *actione venditi*.

A jednak Papinian w D. 18,7,7, — mimo założenia tam istnienia takiej ustalonej w *pactum adiectum* kary umownej — odmawia skargi *ex vendito*. Przyczyną tego stanowiska jest znowu brak materialnego zainteresowania sprzedawcy, a zatem — w razie niewykonania klauzuli — brak jego materialnej szkody^{41a}. Ustalenie zatem o ile można by pozywać nie przesądza bynajmniej kwestii, czy można pozwać. O tej ostatniej przesądza w sensie pozytywnym — wedle wcześniejszego poglądu Papiniana — tylko *ratio pecuniae* (D. 18,7,6,1), tj. tu w szczególności istnienie długu pieniężnego sprzedawcy ze stypulacji karnej zawartej z poprzednikiem, który to dług staje się wymagalny w razie niewykonania klauzuli wydalenia przez (drugiego) nabywcę⁴². Sprzedawca skarży więc wtedy o wynagrodzenie swej (powstałej przez zapłatę kary stypulacyjnej) szkody, jego zainteresowanie materialne umożliwiające skargę ograniczone jest wysokością tej szkody — i do tej też wysokości może sprzedawca skarżyć *ex vendito*, nie zaś o całą karę umowną ustaloną w *pactum adiectum*. Taki — zgodny zresztą z tekstem źródła — pogląd na tę ostatnią, bardzo sporną kwestię⁴³ wymaga dodatkowego uzasadnienia (bez wdawania się

⁴⁰ D.18,7,7 — *convenit citra stipulationem*; co do autentyczności tego miejsca por. wyżej przyp. 28 - 30.

⁴¹ Por. M. Kaser, *Röm. Privatr.*, I², s. 562.

^{41a} Por. D. Daube, o. c., s. 97 i n. („a penalty for not satisfying a non-claim”).

⁴² D.18,7,7: *si non servata lege in poenam quam alii promisit inciderit*.

⁴³ W najnowszej literaturze tegoż zdania jest M. Medicus, o. c., s. 177, częściowo odmiennego D. Daube (o. c., s. 98), według którego sprzedawca, w razie usta-

zresztą w różne nasuwające się tu uboczne zagadnienia): Umowa dodatkowa *ex continenti* dołączona do kontraktu kupna-sprzedaży (*pactum adiectum*) jest zaskarżalna skargą *ex vendito*. Nie ma tu żadnej analogii ze stypulacją karną; nie ma żadnej osobnej skargi *ex pacto*⁴⁴. Wobec tego wspomnianą wyżej sporną kwestię, o co może sprzedawca pozywać w opisanej sytuacji, należy rozważyć biorąc pod uwagę charakter prawny stojącej tu do dyspozycji skargi, tj. *actio venditi*. Metoda taka zgodna jest ze skargowo-procesowym sposobem ujmowania zagadnień prawnych przez prawników klasycznych⁴⁵.

Ryzykując nawet zarzut przypominania truizmów, należy jednak wskazać na fakt, że *actio venditi* jest skargą reipersekutoryjną nie zaś penalną. Ustanowiona w *pactum adiectum* suma pieniężna, *poena*, nie jest karą pieniężną we właściwym znaczeniu; karą wynikającą z deliktu i zaskarżalną skargą penalną. A zatem — po pierwsze — wszystko, czego może domagać się sprzedawca za pomocą *actio venditi* wskutek niewykonania obowiązków kontraktowych przez nabywcę ma być wyrównaniem powstałej z tego niewykonania szkody, czyli odszkodowaniem. Rozmiar odszkodowania wynika przede wszystkim z wysokości szkody. Po wtóre — *actio venditi* nie jest też skargą *stricti iuris* z *intentio* na *certa pecunia*, a zatem sędzia prywatny — aczkolwiek w umowie dodatkowej ustalono sumę „kary” — nie jest tą sumą związany przy wydawaniu wyroku, jak by było, gdyby suma ta była ustalona w osobnej stypulacji. Przeciwnie, skoro *intentio* skargi *ex vendito* opiewa na *quidquid dare facere oportet ex fide bona*, sędzia musi określić owo *quidquid* zasądzenia, kierując się przy tym wymaganiami *bonae fidei*. Oznacza to, że — stosownie do tego, czego wymaga *bona fides* w konkretnym przypadku — suma za-

nowienia kary umownej w *pactum adiectum*, pozywałby — w prawie klasycznym — za pomocą *actio venditi* o całą sumę kary (zwrot *huic consequens-persecutio est* według Daubego „represents Byzantine sentimentality”), a tylko gdyby kary takiej nie umówiono skarga skierowana byłaby na odszkodowanie za poniesioną stratę (zapłatę kary stypulacyjnej poprzednikowi). Zupełnie odmiennie B. Börner (o. c., s. 370) b) — i raczej niesłusznie, bo z faktu nieistnienia w prawie klasycznym zasady *iustum pretium* przy zawieraniu kontraktu kupna-sprzedaży nie można wyciągać żadnych wniosków co do odrębnej kwestii, o co można pozywać *actione venditi*; dla tej ostatniej kwestii miarodajna jest treść i charakter formuły tej skargi (p. niżej tekst.).

⁴⁴ P. Viard, o. c., s. 4, 13 słusznie wskazuje na to, że ochrona procesowa kontraktu kupna-sprzedaży dotyczy całej jego treści, a zatem i wchodzącej do tej treści umowy dodatkowej, por. też M. Kaser, *Privatr.*, I², s. 487; pogląd ten można uważać od dawna za *communis opinio*. — Pogląd B. Börnera, o. c., s. 369 (i uw. 66), który — uznając zresztą właściwość *actio venditi* (s. 363). — niemniej sądzi, na podstawie D.18,7,7 i D.18,7,6 (?-AW), że *pactum adiectum*, zawierające ustanowienie kary umownej, jest to „ein selbständiges Strafgedinge”, co sugeruje — jeśli dobrze rozumiem autora — jakąś analogię do stypulacji karnej, jest zd. m. błędny.

⁴⁵ Z podobnego założenia wychodzi w swych rozważaniach również B. Börner, o. c., s. 367, dochodząc jednak do odmiennych rezultatów.

sądzenia w wyroku może być niekiedy mniejsza niż suma ustalona uprzednio w *pactum adiectum*, kiedy indziej równa jej lub nawet wyższa. W rozważanym tu przypadku pierwsza z tych ewentualności miałyby miejsce wtedy, gdyby kara pieniężna ze stypulacji należała od (drugiego) sprzedawcy jego poprzednikowi była niższa niż kara umówiona między tymże sprzedawcą a jego nabywcą w *pactum adiectum*. Zgodne z *bona fides* będzie bowiem wtedy przyznanie temu sprzedawcy odszkodowania odpowiednio do wysokości jego własnej — a dającej się konkretnie ustalić — szkody materialnej (tj. przede wszystkim należnej poprzednikowi kary stypulacyjnej), nie zaś w wysokości całej umówionej w *pactum adiectum* sumy⁴⁶. Poza wspomnianą karą ze stypulacji sprzedawca z reguły nie ponosi żadnej szkody materialnej; jak już wyżej powiedziano, nie wynika ona w szczególności z samego faktu niewykonania klauzuli wydalenia, niekorzystnej dla niewolnika⁴⁷. Jeśli chodzi o kwestię autentyczności tekstu D. 18,7,7, to wynikałoby z powyższego, że zdanie *huic consequens — praestare cogitur* z tego fragmentu należy do oryginalnej myśli Papiniana; nie wykluczone natomiast, że dalszy — uzasadniający tę myśl — zwrot *quidquid enim — persecutio est* jest głosem poklasyczną, jednakże zupełnie zgodną z tą myślą prawnika⁴⁸.

Powracając do poruszonej wyżej kwestii zmiany poglądu Papiniana za Sabinusem (D. 18,7,6,1 *in fine*) trzeba zauważyć, że zdanie *sed in contrarium — venisse videatur*, a w szczególności uogólniające uzasadnienie *quoniam hoc minoris homo venisse videatur* należy — w tym właśnie sformułowaniu — przypisać raczej autorstwu Papiniana, nie zaś Sabinusa⁴⁹. Stosowanie obniżki ceny niewolnika podejrzanego, bo obciążonego klauzulą wydalenia (lub niewyzwalania), było zapewne normalnie praktykowane, co zdaniem Papiniana mogło uzasadniać generalnie stosowanie *actio venditi* w razie niewykonania (przekroczenia) tych klauzul. Nie wiadomo, jak brzmiała oryginalna *Sabini sententia*, która dała asumpt do tej zmiany poglądu Papiniana, w każdym razie jest prawdopodobne —

⁴⁶ Dla uproszczenia pomijam tu kwestię możliwą teoretycznie — lecz nie rozważaną w źródłach — zasądzenia nabywcy na sumę równą lub wyższą od ustalonej w *pactum adiectum*. Ta ostatnia sytuacja jest zresztą w praktyce zupełnie nieprawdopodobna, bo sprzedawca, zobowiązawszy się stypulacyjnie swemu poprzednikowi do zapłaty oznaczonej sumy w razie niewydalenia niewolnika a potem zbywając dalej tego niewolnika, ustali oczywiście ze swoim nabywcą w *pactum adiectum* taką sumę w wysokości co najmniej równej karze stypulacyjnej jaką sam miał płacić, w każdym razie nie niższej.

⁴⁷ Por. D. 18,7,7 — *vix est, ut — vindicare ratione venditor agere possit*, a także zwrot *enimvero poenae — solam duritiam continet*; p. również niżej rozdz. III.

⁴⁸ Podobnie D. Medicus, o. c., s. 177, uw. 22.

⁴⁹ Tak D. Daube, o. c., s. 69 i 94, wykazując także że *utiliter agere* to zwrot dość częsty u Papiniana, a raczej nie używany przez wczesnych prawników klasycznych.

jak wyżej wspomniano — że była to opinia prawna dotycząca tylko pojedynczego, konkretnego przypadku.

Dlaczego jednak owa obniżka ceny niewolnika ma być wystarczającym uzasadnieniem użycia *actio venditi*? Jak słusznie wykazał D. Daube⁵⁰, uzasadnienie to oparte jest na innej koncepcji niż wyżej omówiona *ratio pecuniae*. Szereg tekstów źródłowych stwierdza mianowicie, że prawnicy szkoły sabiniańskiej uważali za właściwe użycie *actio venditi* w przypadku, gdy w kontrakcie kupna-sprzedaży cena ustalona została w ten sposób, iż nabywca miał płacić pewną sumę pieniężną a obok tego wykonać na rzecz sprzedawcy treść jakiegoś zastrzeżenia dołączonego do kontraktu. Kwota przypadająca do zapłaty zostaje w związku z tym obniżona, zaś w miejsce tej obniżki wchodzi ciężący na nabywcy obowiązek wykonania owego zastrzeżenia (umowy dodatkowej); wobec tego wykonanie to staje się niejako częścią pełnej ceny. W konsekwencji sprzedawca może użyć w razie niewykonania klauzuli (np. wydalenia, niewyzwalania) skargi *ex vendito*: juryści uważają bowiem, że zachodzi kontrakt kupna-sprzedaży, jeśli tylko przynajmniej część ceny została wyrażona w pieniądzu⁵¹. Ta więc koncepcja rozwinięta przez szkołę sabiniańską leży u podłoża nowej, zmienionej opinii Papiniana z D. 18,7,6,1 *in fine*.

Sprzedawca pozywa zatem za pomocą *actio venditi* o zapłatę pełnej umówionej ceny, podczas gdy w poprzednio analizowanym przypadku (*pecuniae ratione*) pozywał on o odszkodowanie z powodu zapłaty kary stypulacyjnej swemu poprzednikowi. Zachodzi tu różnica wyraźna i słusznie podkreśla ją D. Daube⁵². Niemniej wspólną dla obu tych przypadków przesłanką zaskarżalności *actione venditi* jest fakt, że istnieje materialne zainteresowanie sprzedawcy, tudzież, że da się ono określić konkretną sumą pieniężną (p. niżej). Ten punkt widzenia ma — jak się

⁵⁰ D. Daube, o. c., s. 98 i n.; tenże, *Certainty of Price*, w: „Studies in the Roman Law of Sale dedicated to F. De Zulueta”, Oxford 1959, s. 31.

⁵¹ D. Daube, *Utiliter agere*, s. 99 i n. wymienia tu następujące teksty źródłowe: D. 18,1,79; 19,1,21,4; 18,7,10; 18,4,24. Teksty te mówią wyraźnie (z wyjątkiem D. 19,1,21,4) o obniżeniu pieniężnej części ceny, a także (D. 18,1,79; 18,4,24) uzależniają od dokonania tej obniżki możliwość użycia *actio venditi*. Owo uzależnienie świadczy o tym, że właśnie różnica między ceną pełną a obniżoną określa wartość materialną klauzuli i sprzedawca, w razie niewykonania jej, może domagać się dopłaty do pełnej ceny.

Do powyższej listy źródeł warto dodać jeszcze D. 19,1,21,5 (Paul.), a przede wszystkim D. 19,1,6,1 i § 2 (Pomp.), fragment ważny dla poglądów szkoły sabiniańskiej w omawianej kwestii. V. Arangio-Ruiz, *Compravendita in diritto romano*, I, 1961, s. 138, uw. 1, moim zdaniem, niesłusznie podejrzewa autentyczność zwrotu *si modo — praestaretur* w D. 18,1,79 na tej podstawie, że jakoby zwrot ten zawiera aluzję do *iustum pretium*. Aluzji tej nie można się dopatrzyć; tekst, a w szczególności słowa *ideo vilis (vendidisti)* — zupełnie poprawnie wyrażają polemiczne stanowisko Javolenusa w stosunku do Labeona i Trebatiusa.

⁵² D. Daube, *Utiliter agere*, s. 98 i n.

wydaże — decydujące znaczenie dla rozumowania prawników rzymskich okresu klasycznego (tu w szczególności Papiniana) w omawianej kwestii. Pozostaje do rozważenia zatem, jaką wartość materialną przedstawia dla sprzedawcy wykonanie klauzuli wydalenia będące częścią ceny *sensu largo*, czyli na jaką sumę pieniężną winien być zasądzony nabywca, który jej nie wykonał. Ani fragment D.18,7,6,1, ani żadne inne źródło kwestii tej *expressis verbis* nie porusza, prawdopodobnie dlatego, że odpowiedź wynika w sposób oczywisty z przyjętych przez jurystów założeń; nie widzieli oni tu zatem żadnego problemu. Jeżeli bowiem obowiązek nabywcy wydalenia niewolnika (lub niewyzwalania go) traktują juryści jako część całej ceny za niewolnika — i w związku z tym cena wyrażona w pieniądzu zostaje obniżona — to suma, na jaką będzie zasądzony nabywca z powodu przekroczenia tej klauzuli powinna równać się różnicy między ową obniżoną ceną pieniężną a pełną ceną jaką miałby on zapłacić, gdyby nie zastrzeżono obowiązku wydalenia (niewyzwalania) niewolnika. Wysokość owej różnicy, tj. sumę wyroku ustali, w ramach swej normalnej kompetencji, *unus iudex* — zgodnie z formułą skargi *ex vendito: quidquid dare facere oportet ex fide bona*. Nie wydaje się słuszny pogląd Daubego, jakoby wartość pieniężna klauzuli była w omawianej sytuacji niemożliwa do ustalenia (not assessable)⁵³.

W rezultacie zaznaczonego wyżej rozwoju historycznego, klauzule zmierzające do ukarania niewolnika (tj. wydalenia, a także niewyzwalania) stały się w późnym prawie klasycznym (Papinian) — w omówionych wyżej okolicznościach — zaskarżalne za pomocą *actio venditi*, i to niezależnie od tego, czy dołączono dodatkowo do kontraktu sprzedaży umowę o zapłatę oznaczonej sumy pieniężnej na wypadek przekroczenia takiej klauzuli. Zaskarżalność ta zachowała jednak pewne cechy wyjątkowości podyktowanej względami praktycznymi na ochronę interesów sprzedawcy, w porównaniu z poglądem głoszącym, że wykonanie klauzul

⁵³ D. Daube, *Utiliter agere*, s. 96, 98 i n., 100, uważając (niesłusznie, p. wyżej uw. 35), że w D.18,7,6,1 trzeba dorozumiewać się, iż strony ustaliły karę umowną w *pactum adiectum* (jak w D.18,7,7), jest zdania, że — według poglądu Sabinusa i późniejszego Papiniana — sprzedawca tylko wtedy może posłużyć się *actione venditi* w omawianej tu sytuacji, jeśli taka kara umowna została ustanowiona. Skargą tą sprzedawca domagałby się właśnie zapłaty całej tej kary umownej. W razie nieustanowienia w kontrakcie (*pactum adiectum*) takiej kary — *actio venditi* o dopełnienie ceny obniżonej z powodu dołączenia klauzuli wydalenia byłaby niemożliwa, ponieważ owej różnicy ceny nie da się ustalić. — Już D. Medicus, o. c., s. 176 (i uw. 18), nie zgadzając się z tym stanowiskiem, wskazuje na analogiczne — a przecież pokonane — trudności przy *actio quanti minoris*. Trudności te były tam nawet zd. m. znacznie większe, bo sędzia musiał obliczyć obniżkę ceny (stosownie do mniejszej wartości wadliwego towaru) wyłącznie wedle swego swobodnego uznania *ex fide bona*, nie mając z reguły żadnych danych orientacyjnych. Natomiast w omawianym tu przypadku wiadoma jest cena obniżona, zaś w ustaleniu ceny pełnej może się sędzia kierować przeciętną ceną rynkową, płaconą za dany rodzaj niewolnika

karnych, w zasadzie, nie przedstawia wartości materialnej dla sprzedawcy i wobec tego nie powinno być zaskarżalne. W istocie, pozostałości tej ostatniej zasady tkwią jeszcze w świadomości prawnej i czasów justyniańskich, jak o tym świadczy dobór przez kompilatorów w Digestach odpowiednich tekstów prawnych do tej kwestii⁵⁴.

Oczywiście fakt, że klauzula wydalenia uzyskała ochronę prawną *actione venditi*, nie uchybia możliwości zabezpieczenia się sprzedawcy przed przekroczeniem tej klauzuli przez nabywcę za pomocą zawartej z nim odpowiedniej stypulacji karnej. Skarga ze stypulacji jako *stricti iuris* i skierowana na *certa pecunia* mogła być nawet dla sprzedawcy wygodniejsza.

b) Jednakże ani *actio venditi*, ani *ex stipulatu* nie były dla sprzedawcy wystarczającą ochroną jego interesów wtedy, gdy zastrzegał wydalenie sprzedawanego niewolnika nie (lub nie tylko) w zamiarze ukarania go, lecz przede wszystkim z obawy przed grożącym mu z jego

w danym miejscu i czasie. Pogląd Daubego nie da się utrzymać także w konfrontacji z niektórymi źródłami wymienionymi wyżej w uw. 51. Żaden z tych tekstów źródłowych nie zawiera wzmianki o ustanowieniu kary umownej, a przecież przewidują one użycie *actio venditi* o wykonanie dołączonych do kontraktu dodatkowych zastrzeżeń stanowiących część ceny. Jeśliby nawet z ostrożności wyłączyć w niniejszym rozumowaniu teksty D.18,1,79, D.19,1,21,4 i D.18,4,24, ponieważ z treści ich może wynikać, że pieniężna różnica ceny o jaką sprzedawca mógł pozywać była z góry wiadoma, nadto ewentualnie D.18,7,10, gdzie nie ma mowy o *actio venditi* — to jednak pozostają teksty D.19,1,21,5 oraz D.19,1,6,1 i § 2, w których dokonanie przez sędziego ustalenia sumy zasądzenia (tj. oszacowanie szkody sprzedawcy wynikłej z niewykonania klauzuli) jest chyba nawet trudniejsze niż w omawianym tu D.18,7,6,1, a przecież przewiduje się w nich użycie *actio venditi*.

⁵⁴ Uderzająca jest mianowicie okoliczność, że kompilatorzy wprowadzili do Digestów fragment D.18,7,6,1, a więc zdanie *nobis aliquando — non fuisset*, wyrażające właśnie wspomnianą zasadę, mimo że sam Papinian później od niej odstąpił. Być może przyczyną było m. in. to, że zdanie *ceterum viro — non fuisset*, mające za sobą autorytet Papiniana, łatwo dało się rozumieć w sensie zgodnym z etyką chrześcijańską (np. *vir bonus* mógł być rozumiany jako „człowiek dobry, moralny”). Jest to bardziej prawdopodobne niż pogląd, że kompilatorzy całe to zdanie od siebie interpolowali, nie wiadomo właściwie po co, skoro zdanie to niczego nowego prawniczco nie wnosi, a przy tym powtarza myśli zawarte już w (wcześniejszym) tekście D.18,7,7.

W sprawie wielokrotnie rozważanej zagadki, dlaczego kompilatorzy zamieścili w Digestach najpierw późniejszy tekst *Quaestiones* (ks. 27 z poprawionym poglądem Papiniana), a następnie dopiero wcześniejszy (ks. 10) i jaki jest wobec tego sens tych fragmentów jako części tekstu kodyfikacji — wypowiada się zd. m. przekonująco Daube, *Utiliter agere*, s. 102 i n. Nie sposób jednak nie zauważyć, że proponowane tam rozwiązanie zgadza się właśnie raczej z poglądem, że w tekście księgi 27 *Quaestiones* (D.18,7,6,1) Papinian istotnie nie miał na myśli ustanowienia w *pactum adiectum* kary umownej. Jeśli bowiem dobrze rozumiem wywody D. Daubego (o. c.), to wynika z nich, że kompilatorzy Digestów rozumieli i przyjęli zdanie *nobis aliquando — poenam promississet* z D.18,7,6,1 jako nie zawierające założenia ustanowienia kary umownej w *pactum adiectum* z nabywcą.

strony niebezpieczeństwem. Ochrona procesowa, zabezpieczająca stosowne odszkodowanie pieniężne od kontrahenta, nie wykluczała możliwości przebywania niewolnika na zakazanym terenie (np. w miejscu zamieszkania sprzedawcy, dawnego pana), gdzie mógł stać się dla sprzedawcy niebezpieczny lub szkodzić jego interesom⁵⁵. Przewidując takie zagrożenie, mógł sprzedawca dodatkowo zastrzec w kontrakcie sprzedaży niewolnika, uzupełniając klauzulę wydalenia, że gdyby niewolnik ten wbrew tej klauzuli znalazł się w miejscu zakazanym, sprzedawca będzie mógł wykonać na nim *manus iniectio*, tj. formalnie zawładnąć jego osobą i zabrać go (*abducere*)⁵⁶. Z przytoczonych niżej tekstów źródłowych wynika także, że w razie gdyby wykonanie zastrzeżonej w kontrakcie *manus iniectio* okazało się niemożliwe, bo np. niewolnik uzyskał wolność, wówczas ochronę bezpieczeństwa i interesów byłego pana (sprzedawcy) przejmowała na siebie bezpośrednio władza państwowa:

Fr. Vat. 6 (= Pap. 1.3 resp.)

Mulier servam ea lege vendidit, ut, si redisset in eam civitatem, unde placuit exportari, manus iniectio esset. Manente vinculo servitutis si redierit, quae vendidit manum inieciat et ex iure concesso mancipium abducet. Post manumissionem autem si redierit, in perpetuam servitutem sub eadem lege publice distrahetur. Quae vendidit si manum iniecerit non liberatae, mancipium retinere poterit ac manumittere; adimi quippe libertatem et publice venditionem ita fieri placuit propter pericula venditorum, qui vel metuentes servis suis offensam vel duritiam possunt paenitendo remittere.

Z fragmentem tym pochodzącym z księgi 3. *Responsorum Papiniana*⁵⁷

⁵⁵ Por. przyp. 23.

⁵⁶ Oprócz klauzuli wydalenia także jeszcze wykonanie klauzuli *ut manumittatur* oraz *ne prostituatur* można było zabezpieczyć przez zastrzeżenie *manus iniectio*. Wyczerpującej monografii o *manus iniectio* brak; zarys konstrukcji prawnej i historycznego rozwoju daje M. Kaser, *Altröm. Ius*, 1949, s. 191 i n., 203 i n.; tenże, *Röm. Privatrecht*, I², 1971, s. 37, 63, 115, 152, 222, 562; tenże, *Das römische Zivilprozessrecht*, Monachium 1966, s. 98, 511, uw. 2, w tych dziełach dalsza literatura. — Do kwestii *manus iniectio* przy sprzedaży niewolnika por. V. Georgescu, *La manus iniectio...* (p. przyp. 13). Opracowanie wielu zagadnień szczegółowych wynikających z specyficznego charakteru prawnego tej instytucji przekracza ramy niniejszych rozważań; wymagałoby ono sobnej monografii w połączeniu z badaniami nad treścią pojęcia *potestas*.

⁵⁷ Por. Lenel, *Paling.* I (1960), 894 i n. Tekst Papiniana powstał prawdopodobnie w latach 198 - 206 n.e., por. Jörs, w: Pauly-Wiss. RE, I, 573. W postaci przekazanej w Fr. Vat. 6 wykazuje on zniekształcenia: zdanie *quae vendidit si manum — ac manumittere* przerywa ciągłość myślową między *post manumissionem — distrahetur a adimi quippe — remittere*. Redakcja owego końcowego zdania *adimi — remittere* także nie pochodzi w całości od samego Papiniana (aczkolwiek sens jego zdaje się być potwierdzony w D.18,7,1). Radykalna krytyka i rekonstrukcja Beselera, w: ZSS, 50 (1930), s. 21 nie jest jednak wystarczająco uzasadniona.

zgadza się w niektórych postanowieniach reskrypt cesarzy Septymiusza Sewera i Karakalli z r. 200 n.e.:

C. 4,55,1

Lege venditionis exportata mancipia sub denuntiatione manus iniciendae libertatem ab emptore, vel qui successit in locum eius, antequam fides rumpatur, accipere possunt. 1. Quae tamen fisco post manumissionem vindicantur et in perpetuam servitutem eadem lege veneunt, cum in his civitatibus conversantur, quas contrahentes exceperant. 2. Ante manumissionem iniciendae manus facultas non denegatur atque ideo non petuntur in publicum.

Wzmiankę tylko o *manus iniectio* jako możliwej sankcji wykonania klauzuli wydalenia znajdujemy nadto w drugim reskrypcie tych samych cesarzy (także z r. 200 n.e.); ze względu jednak na lakoniczność tekstu, jego sens prawny może nasuwać wątpliwości ⁵⁸.

Z przytoczonych wyżej źródeł zajmujących się *manus iniectio* jako sankcją klauzuli wydalenia niewolnika ⁵⁹ wynika, że w razie przekroczenia takiej klauzuli przez nabywcę i przebywania niewolnika na zakazanym terenie, były pan (sprzedawca) może tego niewolnika, po dokonaniu *manus iniectio*, zabrać ze sobą i zatrzymać w swej władzy. Odzyskuje w ten sposób własność i władzę, *potestas*, nad nim, o czym świadczy m. in. fakt, że może go ważnie wyzwolić ⁶⁰. Z tej ostatniej możliwości wynika też, że sprzedawca — autor klauzuli — sam nie jest nią związany i może z jej wykonania zrezygnować ⁶¹.

Na bardziej szczegółowy wgląd w oryginalny i swoisty mechanizm działania sankcji *manus iniectio*, zabezpieczającej wykonanie klauzuli wydalenia, pozwala nadto następujący fragment Paulusa z księgi 5 *Quaestionum* ⁶²:

D. 18,7,9

Titius servum vendidit ea lege, ut, si Romae moratus esset, manus inicere liceret: emptor alii eadem lege vendidit. servus fugit a secundo emptore et Romae moratur: quaero, an sit manus iniectio et cui. respondi: in fugitivo non est dubitandum nihil contra legem factum videri, quia nec domino auferre se potest nec qui in fuga est ibi moratur. quod si ex voluntate secundi emptoris contra legem moratus sit, potior habendus

⁵⁸ C.4,55,2 — tekst i jego analiza p. niżej pod pkt. c.

⁵⁹ Por. W. Buckland, o. c., s. 69 - 70.

⁶⁰ Fr. Vat. 6: — — *mancipium retinere poterit ac manumittere*.

⁶¹ Stwierdza to zresztą wyraźnie także Ulpian w D.18,7,1: *Si fuerit distractus servus, ne aliquo loci moretur, qui vendidit in ea condicione est, ut possit legem remittere* —; podobnie co do klauzuli wyzwolenia lub niewyzwolenia por. D.40,5,40,1; D.24,1,7,8 (*quia vendidit — qui accepit*).

⁶² Pochodzący prawdopodobnie z czasów Karakalli z lat 211 - 217 n.e., por. Lenel, *Paling.*, I (1960), 1181, uw. 3; A. Berger, w: *Pauly-Wiss. RE*, 10, 728 i n.

est qui auctor fuit legis, et posterior magis admonendi emptoris et liberandi se eandem legem repetierit nec poterit aliquo modo auferre legem sui venditoris cuius condicio exstitit: nam et si poenam promississet, tenetur, licet ipse quoque stipulatus esset: sed in poena promissa duae actiones sunt, manus autem iniectio in servum competit — —⁶³.

A zatem, gdy istnieje dwóch (lub więcej) kolejnych sprzedawców i nabywców niewolnika sprzedanego z klauzulą wydalenia i zastrzeżeniem *manus iniectio*, w razie przekroczenia tej klauzuli prawo wykonania *manus iniectio* przysługuje pierwszemu sprzedawcy, tj. autorowi klauzuli i zastrzeżenia. Przekroczenie klauzuli wydalenia zachodzi jednak tylko wówczas, jeśli niewolnik znalazł się na zakazanym terenie za wolą nabywcy (swego aktualnego pana)⁶⁴, nie zaś, jeśli uciekł i przebywa tam jako *fugitivus*. W tej ostatniej sytuacji zatem *manus iniectio* sprzedawcy jest niedopuszczalna⁶⁵. Poza tym pierwszy sprzedawca (autor klauzuli) może zawsze użyć zastrzeżonej *manus iniectio*, jeśli niewolnik będzie przebywał w miejscu zakazanym i nie ma przy tym znaczenia, czy panem niewolnika jest wtedy własny kontrahent pierwszego sprzedawcy (tj. pierwszy nabywca), czy też dalszy kolejny nabywca. Prawo do wykonania *manus iniectio* w razie przekroczenia klauzuli wydalenia wymaga bowiem do swego powstania wprowadzie zgody kontrahenta, tj. pierwszego nabywcy, jednakże — raz powstałe — wskutek swej treści wykracza całkowicie poza ramy stosunku obligacyjnego i staje się skuteczne *erga omnes*. Daje ono bowiem — jak wspomniano — pierwszemu sprzedawcy możliwość zawładnięcia osobą niewolnika i zabrania go ze sobą (*abducere*). Jest to więc postępowanie odnoszące się wprost do osoby niewolnika (*manus autem iniectio in servum competit*)⁶⁶ i w konsekwencji może być wykonane niezależnie od tego, pod czyją władzą niewolnik się znajduje, jeśli tylko za zgodą aktualnego pana przebywa na terenie zakazanym.

Z omawianego fragmentu wynika ponadto — w zgodzie z opisanym wyżej absolutnym charakterem *manus iniectio* — że pierwszy sprzedawca (autor klauzuli) może wykonać *manus iniectio* na niewolniku znajdującym

⁶³ Pozostałe zdania tego fragmentu nie dotyczą klauzuli wydalenia, lecz *ne prostituatur*. Przytoczony tu tekst nie daje podstaw do podejrzenia o merytoryczne interpolacje (w Ind. itp. brak); odmiennie — o ile mi wiadomo — tylko G. Beseler, w: ZSS, 50 (1930), s. 24, ale proponowana przez niego rekonstrukcja tekstu klasycznego jest wręcz nieprawdopodobna.

⁶⁴ Por. także C.4,55,2 *in fine* (p. niżej pkt c); O. Senn, o. c., s. 33.

⁶⁵ Wynika z tego, że klauzula wydalenia nie nakłada na nabywcę obowiązku *custodiae*, tj. strzeżenia niewolnika. Przypadek *custodiae* niewolnika traktowano zresztą jako wyjątkowy nawet tam, gdzie odpowiedzialność z tego tytułu była regułą, tak np. przy kontrakcie użyczenia, por. D.13,6,5,5; 6; 13 *in fine* (Ulp.); D.13,6,18, pr. (Gai.); por. W. Buckland, o. c., s. 11 i n.

⁶⁶ D.18,7,9, gdzie zwrot ten kontrastuje z informacją o *duae actiones* ze stypulacji, możliwe oczywiście tylko względem każdorazowego promissora.

cym się na zakazanym terenie za zgodą swego pana niezależnie od tego, czy ów pan (dalszy nabywca) kupił tego niewolnika z klauzulą wydalenia i zastrzeżeniem *manus iniectio*, czy też jego sprzedawca (dalszy) zaniedbał dołączyć tych zastrzeżeń do kontraktu sprzedaży. Zaniedbanie takie nie powoduje anulowania tych klauzul (*nec poterit — auferre legem sui venditoris cuius condicio exstittit*) i zmiany sytuacji prawnej niewolnika, który w dalszym ciągu napiętnowany jest klauzulą wydalenia z zastrzeżeniem *manus iniectio* ⁶⁷.

Powtarzanie tej klauzuli i zastrzeżenia *manus iniectio* przez poszczególnych dalszych sprzedawców ma natomiast znaczenie dla nich, w sensie zabezpieczenia się przed odpowiedzialnością wobec nabywcy (— — *liberandi se eandem legem repetierit* — —), w razie gdyby tenże utracił niewolnika wskutek *manus iniectio* pierwszego sprzedawcy.

c) Wobec istnienia kilku środków prawnych, którymi może posłużyć się sprzedawca celem zabezpieczenia wykonania klauzuli wydalenia (stypulacja karna, *manus iniectio*, *actio venditi*) powstaje zagadnienie co do ich wzajemnego stosunku, tj. ewentualnej konkurencji lub kumulacji. Kwestia ta przedstawia się niejasno z braku źródeł. Jedyne źródło, które zresztą także nie odnosi się do kwestii konkurencji skarg w właściwym znaczeniu (tj. w stadium sądowej realizacji roszczeń), to reskrypt cesarzy Sept. Sewera i Karakalli z r. 200 n.e.:

C. 4,55,2

Si, ut manus iniunctionem haberes, cavisti tibi, iure tuo uti potes. quod si hoc omisisti et poenam stipulatus es, homo quidem fisco commissus est, tu vero nactus ex stipulatu actionem. in omnibus tamen quaeritur, an domini voluntate in locum prohibitum venerit.

Tekst ten, lakoniczny i niejasny z powodu niepodania stanu faktycznego, zawiera może aluzję do tego, że zastrzeżenie *manus iniectio* oraz

⁶⁷ W związku z ową wykraczającą poza ramy stosunku obligacyjnego skutecznością klauzuli wydalenia z zastrzeżeniem *manus iniectio* (i niektórych innych, por. uw. 56) mówi się w literaturze naukowej o ich „rzeczym” charakterze („dingliche Wirkung” w literaturze niemieckiej, „efficacité réelle” we francuskiej, etc.; por. literaturę z uw. 11 - 17). Określenia te mogą stwarzać błędną sugestię, że podstawą tych skutków *erga omnes* jest prawo rzeczowe, w szczególności własność niewolnika odzyskana przez sprzedawcę przez akt *manus iniectio* (tak np. L. Mitteis, *Röm. Privatrecht*, 1908, s. 182 myśli o *rei vindicatio*). Tymczasem skutki te wynikają ze specyficznego charakteru samej *manus iniectio*, która od razu pozwala zawładnąć niewolnikiem i odprowadzić go (bez potrzeby procesu windykacyjnego). Przywraca ona od razu pełną *potestas*; niezależnie od tego i prawo własności, które jednak dla samego aktu zawładnięcia niewolnikiem nie ma znaczenia. W tym charakterze *m. iniectio* jest zd. m. przeżytkiem czasów najdawniejszych wykorzystywanym dla niektórych celów jeszcze w prawie klasycznym; stąd koncepcja, by jej zastosowanie przy omawianych klauzulach wynikało z jakiejś ustawy (*Aelia Sentia*?) lub *senatus consultum* (pcr. G. Beseler, *ZSS* 50 (1930), s. 24) jest nieprawdopodobna. Przeczy temu też sposób wyrażania się wielu źródeł (np. C.4,55,2: — — *iniciendae manus facultas non denegatur*).

zobowiązanie do zapłaty kary stypulacyjnej stosowano alternatywnie, a nie kumulatywnie⁶⁸. Jeśli tak było, to zapewne dlatego, że nabywca, utraciwszy niewolnika wskutek *manus iniectio*, nie mógł być skutecznie pozywany za pomocą *actio ex stipulatu*⁶⁹, co wydaje się prawdopodobne jako raczej odpowiadające wymogom słuszności (*aequitas*). Z tego też powodu można przypuszczać, że niemożliwa była kumulacja *manus iniectio* z *actio venditi*. Z nieco większą dozą prawdopodobieństwa można sądzić, że niemożliwa była także kumulacja między *actio venditi* i *actio ex stipulatu* ze stypulacji karnej⁷⁰.

Ostatnie zdanie przytoczonego wyżej tekstu potwierdza wyżej wyrażony pogląd⁷¹, że wykonanie *manus iniectio* było możliwe tylko, gdy niewolnik znalazł się na terenie zakazanym za wolą pana; wynika z niego nadto, że i użycie *actio ex stipulatu* wymagało istnienia takiejże woli pana (*in omnibus — — quaeritur — —*).

3. Sprzedaż niewolnika z zastrzeżeniem wydalenia go (z ew. zagrożeniem *manus iniectio*) nie pozbawia nabywcy lub jego następcy prawnego możliwości ważnego wyzwolenia tego niewolnika, o ile — i dopóki — klauzula wydalenia została istotnie wykonana i w chwili wyzwolenia niewolnik nie znajduje się na terenie zakazanym⁷². Niewątpliwemu świadectwu źródeł w tym względzie nie sprzeciwia się fragment D. 40,1,4,9, w którym Ulpian mówi o niewolnikach: — — *qui in totum perducitur ad libertatem non possunt, ut puta si exportandus — — venierit — —*, albowiem *exportandus* to niewolnik mający być wydany, nie zaś już wydany (*exportatus*). W tej sytuacji — gdy przebywa jeszcze na terenie zakazanym — istotnie nie może niewolnik uzyskać wolności (p. niżej C. 4,55,3), nie znaczy to jednak, by już samo dołączenie do kontraktu klauzuli wydania było równoznaczne z zastrzeżeniem wieczystej niewoli⁷³. W owej

⁶⁸ Por. alternatywę *si — — manus iniectioem haberes — — quod si hoc omisit et — — stipulatus es — —*. Podobnie dla klauzuli wyzwolenia w D. 40,1,20,2: — — *convenit, uti manum iniceret aut decem — — daret*.

⁶⁹ Nie wchodzi tu w zagadnienia procesowe obrony nabywcy (*denegatio, exceptio* ?).

⁷⁰ Por. E. Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, Aalen 1964, t. 2, 1, s. 121 i n.

⁷¹ Por. wyżej tekst i przyp. 64.

⁷² C. 4,55,1, pr., Fr. Vat. 6, por. W. Buckland, o. c., s. 69, uw. 10. W interesującym tekście C. 4,55,4 niewolnicy sprzedają swego pana (!) z zastrzeżeniem wydalenia, drugi nabywca wyzwala go. Dopóki były pan nie udowodni przestępstwa niewolników ma być traktowany jako wyzwoleniec. Reskrypt potwierdza zatem ważność wyzwolenia dokonanego przez nabywcę przy istnieniu klauzuli wydalenia.

⁷³ V. Georgesco, (*Essai...*, o. c., s. 168) sądzi — nie podając uzasadnienia — że po wydaniu konstytucji M. Aureliusza *ad Aufidium Victorinum* (p. Ph. Lotmar, o. c., s. 306) interpretowano w ogóle klauzulę wydalenia jako zastrzeżenie wieczystej niewoli. Tenże autor w ZSS 64 (1944), s. 384, uw. 22 — w odpowiedzi na słuszną krytykę J. Lamberta, o. c., s. 80, uw. 3 — zd. m. bezzasadnie przytacza

możności wyzwolenia niewolnika wydalonego przejawia się tendencja prawa cesarskiego do zachowania autonomii władzy pana nad niewolnikiem, dopóki nie szkodzi to interesom całej klasy właścicieli niewolników lub — jak tu — bezpieczeństwu byłego pana.

Gdyby natomiast niewolnik został przez nabywcę wyzwolony na terenie zakazanym przez klauzulę wydalenia, wówczas mimo wyzwolenia nie uzyskuje wolności, jak to wynika z następującego reskryptu Aleksandra Sewera:

C. 4,55,3 (z r. 223 n.e.)

Ancilla, quae exportanda venit nec exportata est, sed ab emptore in eadem civitate morante empti et manumissa est, adversus legem venditionis libera fieri non potuit: et ideo aditus a te procurator meus partibus suis fungetur ⁷⁴.

Zasada powyższa pozostaje w zgodzie z postanowieniami wcześniejszych chronologicznie — przytoczonych już wyżej — tekstów *Fr. Vat. 6* (=Pap. ks. 3. Resp.) i C. 4,55,1,1, wedle których niewolnik wydany i wyzwolony prawidłowo przez nabywcę, jeśli później — już jako wyzwoleniec — przebywał na terenie zakazanym, to traci wolność. W obu przypadkach ochronę byłego pana, tj. pierwszego sprzedawcy domagającego się wydalenia niewolnika, przejmuje na siebie bezpośrednio władza państwowa. Wedle prawa cesarskiego bowiem, niewolnik wydany nie może uzyskać na terenie zakazanym wolności lub — wyzwolony gdzie indziej — traci ją przebywając na tym terenie, przy czym w obu wypadkach podlega publicznej sprzedaży w wieczystą niewolę, w dalszym ciągu z tą samą klauzulą wydalenia, jaką zastrzegł był uprzednio sprzedawca. Wydanie właściwych decyzji w tym postępowaniu należy do prokuratora cesarskiego na wniosek zainteresowanego sprzedawcy (byłego pana) ⁷⁵.

Nietrudno zauważyć, że omówione wyżej przepisy wykazują pewne analogie z przepisami *lex Aelia Sentia* dotyczącymi wyzwolenców *dediticiorum numero* ⁷⁶. Ustawa ta, jak wiadomo, postanawiała m. in., że niewolnicy, którzy byli karani w wymieniony w ustawie sposób, jeśli później zostaliby wyzwoleni, nie mogli stać się obywatelami rzymskimi lub Latynami, lecz jedynie wyzwolencami *dediticiorum numero*. W tym charakterze nie wolno im było przebywać w Rzymie i okręgu stu mil, gdyby

C.4,55,2 na poparcie swego stanowiska, nie uwzględniając C.4,55,1 i C.4,55,3 (p. niżej), z których to reskryptów wynika, że dopiero przekroczenie klauzuli wydalenia może spowodować sprzedaż publiczną *in perpetuum servitute*.

⁷⁴ Por. także D.40,9,2 (Ulp.).

⁷⁵ Szczegóły tego postępowania nie są znane z braku źródeł. O kompetencji prokuratora cesarskiego (zresztą bez bliższego określenia jego stanowiska urzędowego) można wnosić właśnie na podstawie przytoczonego reskryptu C.4,55,3, przy założeniu — zd. m. jednak nie podlegającemu wątpliwościom — że zwrot *procurator meus* etc. należy rozumieć jako aluzję do omawianego postępowania.

⁷⁶ G.1,13; 15; 27; por. G. R o t o n d i, *Leges publicae populi romani*, 1962, s. 455.

zaś zakaz ten przekroczyli, mieli być publicznie sprzedani w niewolę w dalszym ciągu z takim samym zakazem tudzież z zastrzeżeniem, że nie mogą być nigdy wyzwoleni. Z postanowień tych wynika, że oczywiście niewolników karanych uważano za jednostki nieprzydatne, czy nawet niebezpieczne z punktu widzenia klasy właścicieli niewolników⁷⁷; w związku z tym mogli uzyskać wolność tylko najgorszego gatunku (*pessima libertas*, G. 1,26) i zabrano o to, by jako wyzwolenicy nie mogli się dostać nawet w pobliże Rzymu, politycznego centrum kraju.

Podobnie zapewne oceniano wartość niewolników sprzedanych z zastrzeżeniem wydalenia; o tym, że tak było, świadczy m. in. fakt, że cesarze w mandatach swych zakaz przebywania w jakimś mieście uznali za równoznaczny z zakazem przebywania w Rzymie, zaś zakaz pobytu w jakiejś prowincji — z zakazem pobytu w Italii⁷⁸. Tak więc między sytuacją faktyczną wyzwolenca, uprzednio jako niewolnik karanego w sposób oznaczony w *lex Aelia Sentia*, a takąż sytuacją wyzwolenca, który jako niewolnik sprzedany był z klauzulą wydalenia, nie zachodzi żadna istotna różnica. Jest przeto możliwe, że w unormowaniu sytuacji prawnej tej ostatniej kategorii wyzwolenców w jakiś sposób wzorowano się na koncepcji sformułowanej w *lex Aelia Sentia*. Czy stało się to w drodze działalności jurysprudencji II w.n.e., czy też — co prawdopodobniejsze — było dziełem prawa cesarskiego tego wieku, nie da się ustalić⁷⁹.

W konsekwencji należałoby uznać za możliwe, że niewolnik sprzedany z klauzulą wydalenia i prawidłowo, tj. poza terenem zakazanym, wyzwolony przez nabywcę, uzyskiwał sytuację prawną tylko *dedititorium numero*, nie zaś obywatela rzymskiego. Zdaje się za tym przemawiać łatwa stosunkowo możliwość pozbawienia takiego wyzwolenca wolności w drodze administracyjnej, a także trudno sobie wyobrazić wyzwolenca-obywatela rzymskiego obciążonego na stałe zakazem pobytu w Rzymie czy też w Italii.

4. W związku z przedstawioną wyżej ingerencją władzy państwowej za pośrednictwem prokuratora cesarskiego w kierunku ochrony interesów i bezpieczeństwa byłego pana, sprzedawcy, nasuwa się pytanie co do granic tej ingerencji. Chodzi mianowicie o sytuację, gdy pan niewolnika, sprzedając go z klauzulą wydalenia, nie zastrzegł sobie *manus iniectio* na

⁷⁷ Por. sposób, w jaki Gaius wyraża się o nich w Instytucjach 1,15; 16: *huius — turpitudinis servos —; tali turpitudine sit servus —*.

⁷⁸ D.18,7,5 (Pap.); C.4,55,5 (z 225 r.); por. W. Buckland, o. c., s. 69, uw. 11.

⁷⁹ Jest w każdym razie nieprawdopodobne, by to właśnie omawiane tu re-skrypty pierwszej połowy III w. n.e. wprowadzały innowacje; ich redakcja przemawia raczej za tym, że powoływano się tu na znane już normy. Z drugiej strony niezachowanie się (niewłączenie do Kodeksu) wcześniejszych norm prawa cesarskiego nasuwa myśl o możliwości uregulowania kwestii, związanych z interwencją administracyjną w sytuację niewolnika wydalonego, za pomocą mandatów cesarskich.

wypadek jej przekroczenia. Jeśli sprzedany niewolnik za zgodą nabywcy (swego pana) znajdzie się na terenie zakazanym, to oczywiście sprzedawca może wykorzystać w stosunku do swego nabywcy stojące mu do dyspozycji środki ochrony prawnej (*actio ex stipulatu*, jeśli zawarł stypulację karną; *actio venditi*). Jeśli jednak nabywca, decydując się na zapłatę kary stypulacyjnej lub odszkodowania (bądź dopłaty do pełnej ceny), nie wycofa niewolnika z zakazanego terenu, to sprzedawca — skoro nie zastrzegł *manus iniectio* — nie ma już żadnego sposobu wymuszenia wykonania klauzuli wydalenia. Zachodzi więc pytanie, czy w tej sytuacji — gdy pobyt niewolnika w miejscu zakazanym zagraża jego (sprzedawcy) interesom lub wprost bezpieczeństwu — nie przychodzi mu z pomocą interwencja władzy państwowej w osobie prokuratora cesarskiego, w sposób analogiczny do wyżej opisanego? *Prima facie* wiele przemawia przeciw przyjęciu takiej możliwości. Wszystkie omówione wyżej teksty źródłowe przewidujące możność ingerencji władzy państwowej łączą ją z faktem *w y z w o l e n i a* przez nabywcę niewolnika obciążonego klauzulą wydalenia (a który znajdzie się po wyzwoleniu na terenie zakazanym)⁸⁰. Ochrona ze strony władzy państwowej zastępuje bowiem wtedy działanie prywatnej *manus iniectio*, którą sprzedawca sobie zastrzegł, lecz nie mógł jej sam zrealizować wskutek wyzwolenia niewolnika przez nabywcę, do czego ten ostatni miał prawo. Zachodzącą tu kolizję interesów dawnego pana (zabezpieczenie się przed niewolnikiem) i nowego (realizacja wyzwolenia i pozyskanie prawa patronatu) tudzież chroniących je norm prawnych (*lex venditionis* — *ius commune*) rozstrzyga — oparta o normę specjalną — decyzja organu władzy państwowej chroniącej interes klasowo ważniejszy, tj. bezpieczeństwo dawnego pana.

W przypadku natomiast, gdy w miejscu zakazanym przebywa *voluntate emptoris* niewolnik (nie zaś wyzwoleniec), sprzedawca mógłby sam wykonać *manus iniectio* i zawładnąć niewolnikiem, udaremniając w ten sposób jego wrogą działalność. Jeśli zaś tego nie może uczynić tylko dlatego, że zaniedbał przy formułowaniu klauzuli wydalenia dołączyć sankcję *manus iniectio*, to wydaje się wątpliwe, czy ingerencja władzy państwowej szła tak daleko, by wyręczać dawnego pana w zapewnieniu mu bezpieczeństwa, o które sam nie zadbał. Gdyby tak było, to zastrzeganie w kontrakcie sprzedaży *manus iniectio* jako sankcji na wypadek przekroczenia klauzuli wydalenia stałoby się zbędne, a zatem późnoklasyczni juryści nie przewidywaliby takiej możliwości, a już w każdym razie kompilatorzy justyniańscy nie mieliby powodu do zamieszczania dotyczących tekstów w Digestach i Kodeksie.

Mimo tych racji przemawiających za udzieleniem negatywnej odpowiedzi na postawione wyżej pytanie spotyka się w literaturze naukowej

⁸⁰ Fr. Vat. 6; C.4,55,1; C.4,55,3.

twierdzenie, że niewolnik sprzedany z zastrzeżeniem wydalenia, jeśli przebywa w miejscu zakazanym *voluntate emptoris*, a sprzedawca nie zapewnił sobie w kontrakcie sankcji *manus iniectio*, przepada na rzecz skarbu państwa (fiskusa). Pogląd ten opiera się na jedynym źródle, które może być w tej materii brane pod uwagę, a mianowicie na (wyżej przytoczonym) reskrypcie C. 4,55,2 z r. 200 n.e.⁸¹. Dowód to jednak niepewny, bo reskrypt, jak wspomniano — pozbawiony choćby zwięzłej rekapitulacji stanu faktycznego i bardzo lakoniczny, pozwala się tylko domyślać, że wspomniany tam przypadek niewolnika na rzecz skarbu państwa spowodowany został właśnie jego pobytem na terenie zakazanym. Sam tekst reskryptu nie daje możliwości pewnego rozstrzygnięcia wątpliwości, jednakże w połączeniu z widoczną tendencją prawa cesarskiego do zapewnienia skuteczności klauzul przy alienacji niewolnika, nie można wykluczyć, że w późnym prawie klasycznym interwencja władzy państwowej przychodziła niekiedy z pomocą zagrożonemu przez niewolnika jego panu, który przy jego sprzedaży z klauzulą wydalenia nie zastrzegł sobie sankcji *manus iniectio*.

III

1. Sprzedawca może też zastrzec w kontrakcie sprzedaży niewolnika, że nabywca nie może ukarać go wydaleniem, *ne poenae causa exportaretur*. Ten zakaz eksportacji jest więc do pewnego stopnia odwrotnością omówionej wyżej klauzuli polecającej wydalenie. Do pewnego stopnia, albowiem klauzula wydalenia, jak wiadomo, mogła być sformułowana bądź w zamiarze ukarania niewolnika czy wywarcia na nim zemsty, bądź też celem zabezpieczenia się przed nim. Natomiast klauzula zakazująca wydalenia — jak wynika już z jej brzmienia (*ne poenae causa* —) — zobowiązywała nabywcę do niewydalania niewolnika prawdopodobnie tylko wtedy, gdyby wydalenie to miało być dla niewolnika karą (lub wynikiem zemsty pana), nie zaś — gdyby nabywcy chodziło o zabezpieczenie się w ten sposób przed grożącym z jego strony niebezpieczeństwem. Nie można bowiem przyjąć, by w ustroju niewolniczym było możliwe takie ograniczenie władzy pana nad niewolnikiem — umowne czy ustawowe — które prowadziłoby bezpośrednio do zwiększenia zagrożenia pana ze strony niewolnika. Stąd też można przypuścić, że proces wszczęty *actione venditi* przez sprzedawcę z powodu wydalenia przez

⁸¹ W nowszej literaturze wspomniany pogląd wypowiadają — w prawie jednokowych słowach będących przekładem zwrotu *fisco commissus est* — W. Buckland, o. c., s. 69, uw. 12; Haymann, o. c., s. 2, uw. 4; Lambert, o. c., s. 79, uw. 1; V. Georgescu, *La manus iniectio*..., s. 384, uw. 22; por. wcześniej już Wallon, o. c., t. 3, s. 51, uw. 3. Jedynie Georgescu nieco dokładniej zajmuje się tą kwestią, wiążąc ją ze swą tezą, że klauzula wydalenia jest równoznaczna z klauzulą *ne umquam manumittatur* (p. wyżej uw. 73).

nabywcę niewolnika wbrew klauzuli niewydalania zakończyłby się uwolnieniem pozwanego nabywcy, jeśli ten zdołałby udowodnić, że wydał niewolnika tylko ze względu na swoje bezpieczeństwo.

Po wtóre — w klauzuli wydalenia może chodzić o niewprowadzanie niewolnika na pewien oznaczony teren, niekoniecznie zaś przy tym o usunięcie go z dotychczasowego miejsca pobytu, natomiast ze sformułowania klauzuli niewydalania (*ne — — exportaretur*) można wnosić, że istotne dla sprzedawcy jest zapewnienie niewydalenia niewolnika z terenu, na którym dotychczas przebywał (np. z Rzymu).

Z powodu niewystarczającej podstawy źródłowej niczego konkretnego nie da się powiedzieć o przyczynach, jakie mogły skłonić sprzedawcę do dołączenia do kontraktu sprzedaży omawianej klauzuli. Z faktu, że w D. 18,7,7 mówi się w związku z nią o *beneficium* dla niewolnika wynika, że w każdym razie klauzula ta zawsze była rozumiana jako korzystna dla niewolnika.

Klauzuli niewydalania dotyczy tylko jeden tekst źródłowy. Jest to mianowicie druga część omawianego już wyżej fragmentu D. 18,7,7 pochodzącego z księgi 10 *Quaestiones* Papiniana. Część ta pozostaje w związku logicznym z pierwszą, odnoszącą się do klauzuli wydalenia; należy zatem przytoczyć także tę pierwszą w takim zakresie, by związek ten uwidocznić:

D. 18,7,7 — Pap. l. 10 quaest.

Servus ea lege veniit, ne in Italia esset: quod si aliter factum esset, convenit citra stipulationem, ut poenam praestaret emptor. vix est, ut eo nomine vindictae ratione venditor agere possit —

— — quod si, ne poenae causa exportaretur, convenit, etiam affectionis ratione recte agatur. nec videntur haec inter se contraria esse, cum beneficio adfici hominem intersit hominis: enimvero poenae non inrogatae indignatina solam duritiam continet.

Obie części omawianego fragmentu tworzą zatem całość myślową, opartą na świadomym przeciwstawieniu twierdzenia o niedopuszczalności użycia *actio venditi vindictae ratione* — twierdzenia o dopuszczalności takiej skargi *affectionis ratione*. O powiązaniu logicznym i jednolitości tekstu świadczy zresztą fakt, że końcowe zdanie drugiej części (*enimvero — fin*) nawiązuje w treści znowu do pierwszej części tekstu. Można więc. zdaniem moim, przyjąć, że założony na wstępie całego fragmentu stan faktyczny, mianowicie że do kontraktu kupna-sprzedaży dołączono niestypulowaną karę umowną (*convenit citra — — praestaret emptor*) odnosi się także i do części drugiej fragmentu omawiającej klauzulę niewydalania.

Owa część druga jest, w zasadzie, wyrazem myśli Papiniana i nie zawiera żadnych znamion, które by zmuszały do traktowania jej jako tworu myśli poklasycznej (justyniańskiej). Odmienne zdania są natomiast — i przypisują omawiany tekst w całości lub w części czasom

bizantyńskim — Pringsheim⁸², tudzież G. Beseler⁸³ i B. Börner⁸⁴. Także D. Daube⁸⁵ uważa, że tekst jest interpolowany co najmniej od *etiam affectionis* — *fin.* Biondi⁸⁶ kwestionuje wyraźnie tylko *poenae non inrogatae* — *fin.*, zaś D. Medicus⁸⁷ uważa za poklasyczną glosę zwrot *nec videntur* — *fin.*, broniąc poza tym autentyczności *quod si, ne — recte agetur*. Słuszne jest moim zdaniem ostrożne stanowisko F. Wieackera⁸⁸, który — wskazując na niemożność ostatecznego rozstrzygnięcia wątpliwości dotyczących *Quaestiones* Papiniana — sądzi, że omawiany tekst raczej nie wydaje się być poklasycznego pochodzenia. Wspomniane wyżej hipotezy interpolacyjne opierają niektórzy autorzy m. in. na fakcie, że w tekście znajduje się słowo *duritia*, które ma być jednym z bizantyńskich określeń cechy sztywności i surowości dawnego prawa, przeciwstawianego *ius aequum*, *aequitas* w znaczeniu justyniańskim⁸⁹. Głównym jednakże argumentem na rzecz nieautentyczności jest pogląd, że w ogóle treść całego omawianego tekstu *quod si, ne — fin* nacechowana jest „duchem chrześcijańskiego humanitaryzmu, a zatem bizantyńskim”⁹⁰.

Nie kwestionując w zasadzie poglądu Pringsheima⁹¹ na zagadnienie *ius strictum* a *ius aequum* w prawie justyniańskim można zauważyć, że terminy *durus*, *dure*, *duritia* istotnie występują przede wszystkim w źródłach okresu dominatu, a mianowicie w ustawach cesarskich tego okresu, zwłaszcza samego Justyniana. Są one tam użyte najczęściej w znaczeniu obiektywnym jako pejoratywna charakterystyka surowości dawnych norm prawnych (*duritia legum*, *durae sanctiones* etc.) bądź sytuacji prawnych (*satis durum est* etc.), w porównaniu z łagodnością nowo wydawanych ustaw⁹². We fragmentach pism prawników w *Digestach* termi-

⁸² Pringsheim, *Ius aequum* und *ius strictum*, w: „Gesammelte Abhandlungen”, t. I, Heidelberg 1961, s. 135, uw. 32 (= ZSS 42(1921), s. 648, uw. 2).

⁸³ G. Beseler, w: ZSS, 50(1930), s. 23.

⁸⁴ B. Börner, o. c., s. 371 - 372.

⁸⁵ Utiliter agere, s. 102 in fine. Z wypowiedzi na s. 101 in fine („The concluding section...”) wynikałoby nadto, że podejrzenie o nieautentyczność dotyczy całego tekstu *quod si, ne — fin.*

⁸⁶ Biondi, *Diritto romano cristiano*, II, 1952, s. 145.

⁸⁷ D. Medicus, o. c., s. 176, uw. 20; s. 177.

⁸⁸ F. Wieacker, o. c., s. 354 i uw. 106; tam zresztą *duritia* i zwrot *cum beneficio* — *hominis* omyłkowo przypisane są tekstowi D.18,7,6 (Pap. 1.27 quaest.), zamiast D.18,7,7 (Pap. 1.10 quaest.).

⁸⁹ Pringsheim, za nim Biondi, częściowo Medicus (oo. cc.).

⁹⁰ G. Beseler, o. c., za nim Daube, *Utiliter agere*, s. 101 i Börner, o. c.; także już Pringsheim, o. c. widział tu „christliche Erwägungen”. Natomiast Biondi (o.c.) — jak słusznie zauważa D. Medicus, o. c., s. 177, uw. 23 — nie wydaje się mieć tu tego rodzaju wątpliwości.

⁹¹ Pringsheim, o. c., s. 152.

⁹² C.1,14,9; 3,33,16,1; 4,21,21,4; 4,32,26,1; 7,7,2,3; 7,71,8,1; 9,7,1; Nov. 34 praef.; Nov. 35,10; Nov. Val. 25, pr.; por. Biondi, o. c., s. 144, uw. 4. — Chodzi tu zatem o znaczenie podkreślone we wspomnianej teorii Pringsheima (o. c.)

ny *durus*, *dure* znajdują się w kilkudziesięciu miejscach, z których dwa słusznie uznano za podejrzanę o nieautentyczność⁹³. Wyrażenie *duritia* natomiast — w sensie surowości (*severitas*) — występuje w fragmentach pism prawników w ogóle tylko dwa razy, mianowicie w omawianym D. 18,7,7 oraz w D. 1,12,1,8 (Ulp.)⁹⁴. Jest ono tu użyte w zupełnie odmienny sposób, mianowicie w znaczeniu subiektywnym na określenie psychicznego stanu pana, jego „twardej” postawy względem niewolników wyrażającej się w ich bezwzględny i surowy traktowaniu. W D. 18,7,7, w zdaniu *enimvero poenae — continet*, znajdujemy stwierdzenie, że oburzenie pana z powodu niewykonania kary na niewolniku jest wyrazem wyłącznie takiej właśnie bezwzględności i surowości (*sola m duritiam continet*). Nie wydaje się więc, by użycie terminu *duritia* w D. 18,7,7 podobnie zresztą i w D. 1,12,1,8, w tym subiektywnym znaczeniu w zastosowaniu do niewolników, musiało świadczyć o poklasycznym pochodzeniu czy to zwrotu *enimvero poenae — continet*, czy to całej drugiej części D. 18,7,7 dotyczącej klauzuli niewydalania. Surowość, *duritia*, względem niewolników nie była praktykowana dopiero od czasów dominatu, a sam wyraz był w użyciu — choć zdaje się nieczęsto — już w pierwszym wieku n.e., a nawet wcześniej⁹⁵. W każdym razie w D. 18,7,7 nie ma on nic wspólnego z wymienioną wyżej *duritia* w znaczeniu przedmiotowym, które to znaczenie występuje w tekstach prawa justyniańskiego.

Na większą uwagę zasługuje argument o „chrześcijańskim humanitaryzmie” (Beseler) tekstu *quod si, ne — fin* z D. 18,7,7, świadczącym rzekomo o bizantyńskim pochodzeniu tego tekstu. Kwestionowano w tym sensie przede wszystkim zwrot *cum beneficio adfici hominem intersit hominis*; wskazywano także na inne sformułowania Papiniana jako podejrzanę o nieautentyczność⁹⁶. W obronie ich autentyczności zauważono, że ich domniemana treść etyczna mogłaby wynikać już z zasad „międzyludzkiej etyki” bliskiej poglądom stoików, a widocznej np. w pismach Seneki filozofa⁹⁷, niekoniecznie zaś z zasad etyki chrześcijańskiej. Wskazywano również na to, że to właśnie Papiniana cechuje szczególna wrażliwość na zagadnienia etyczne⁹⁸. Obu tym spostrzeżeniami nie można odmówić słuszności, jednakże użycie ich jako jedynych argumentów w zasto-

⁹³ Por. VIR, s.h.v.; Biondi, o. c., s. 145 kwestionuje mianowicie autentyczność D.35,2,54 (Marcell.) i D.1,3,25 (Mod.).

⁹⁴ W tym samym sensie (*severitas*) nadto w przypisanym Papinianowi tekście Fr. Vat. 6. Poza tym *duritia* występuje jeszcze w dwóch innych fragmentach Digestów, lecz w odmiennym — nie wchodzącym tu w rachubę — sensie, mianowicie: wytrzymałość (na tortury); twarde życie (żołnierskie) — por. VIR, s.h.v.

⁹⁵ Por. Lewis - Short, *A Latin Dictionary*, Oxford 1955, s.h.v.

⁹⁶ Przede wszystkim na zwrot *ceterum viro — non fuisset* z D.18,7,6,1, por. wyżej uw. 37.

⁹⁷ Por. F. Wieacker, o. c., s. 354.

⁹⁸ D. Medicus, o. c., s. 177, uw. 24.

sowaniu do analizowanego tu tekstu jest raczej niewystarczające, a przy tym utrudnia spojrzenie na zagadnienie z nowego punktu widzenia. Argumenty te opierają się bowiem znowu — pod sugestią wspomnianej tezy o „chrześcijańskim humanitaryzmie” — na milcząco przyjętym założeniu, że tekst *quod si, ne — fin*, a zwłaszcza *cum beneficio — hominis* z D. 18,7,7, (jak również *ceterum — fuisset* z D. 18,7,6,1) należy rozumieć przede wszystkim jako wzniosłą maksymę moralną aprobowaną wartością łagodności i życzliwości w stosunkach międzyludzkich. Przy łatwym skojarzeniu nadto, że *beneficium* to „dobry uczynek”, może się takie rozumienie tych tekstów wydawać bardzo naturalne nowożytnemu badaczowi, znajdującemu się — obiektywnie biorąc — pod silną sugestią zasad etyki chrześcijańskiej. Jednakże — przy pewnym wysiłku uwolnienia się od przyjęcia *a priori* tej sugestii — można rozumieć wspomniane teksty źródłowe odmiennie, mianowicie jako wyraz myśli prawnej jurysprudencji klasycznej, nie zajmującej się *ex professo* rozważaniem zagadnień natury etycznej.

Proponowany tu nowy sposób interpretacji wymaga zbadania znaczenia terminu *niter sit* (*interesse*) w D.18,7,7 i D.18,7,6,1 jak również kontekstu obu tych miejsc, a przede wszystkim opiera się na wynikach znakomitej monografii francuskiego romanisty i socjologa J. Michela⁹⁹.

Gdyby wypowiedzi zawarte w wymienionych wyżej miejscach dotyczących fragmentów miały mieć charakter moralizujący, to przede wszystkim zaskakujące i niezrozumiałe byłoby użycie w nich terminów *intersit* (*interesse*)¹⁰⁰. W szczególności w zwrocie *cum beneficio adfici hominem* etc. z D. 18,7,7 należałoby oczekiwać w takiej sytuacji sformułowania, że człowiek powinien — czy, że mu przystoi czynić dobrodziejstwa, że to jest słuszne etc. Tymczasem *interest* w znaczeniu „zależy na czymś” należy do trzeźwego słownictwa jurystów rzymskich i oznacza z reguły, że komuś zależy na jakiejś materialnej, pieniężnej wartości, że ktoś jest w czymś materialnie zainteresowany¹⁰¹. Już stąd powstaje wątpliwość co do słuszności dopatrywania się w tych tekstach treści przede wszystkim etycznych.

Idąc dalej, można podjąć próbę określenia, na czym takie materialne zainteresowanie sprzedawcy w wykonaniu przez nabywcę klauzuli niewydalania niewolnika miałyby polegać. Wspomniane wyżej badania J. Michela potwierdzają bowiem ten fakt i — co więcej — ujawniają jego niedocenioną doniosłość, że w społeczeństwie rzymskim za republiki i pryncypatu istniało powszechne i stale realizowane przekonanie, iż wszelkie nieodpłatnie świadczone przysługi (dobrodziejstwa) powodują obowiązek

⁹⁹ J. Michel, *Gratuité en droit romain*, Bruksela 1962.

¹⁰⁰ D.18,7,7; — — *beneficio adfici* — — *intersit hominis*; D.18,7,6,1: — — *non convenire credere venditoris interesse*.

¹⁰¹ Por. VIR, s.v. *intersum*, III; *Medicus*, o. c., s. 332; Heumann-Seckel, *Handlexikon* ..., Graz 1958, s.v. *interesse*, 5.

odwzajemnienia się. Obowiązek ten wynikał bądź to ze specyficznie i szeroko rozumianej przyjaźni (*amicitia*) między osobami mniej więcej równymi sobie społecznie, bądź też z faktycznej zależności osoby korzystającej z dobrodziejstw od swego dobroczyńcy-protektora. Niewypełnienie takiego obowiązku wzajemności powodowało społeczną izolację dotyczącej osoby, której skutki w tym układzie stosunków międzyludzkich zawsze były dla niej dotkliwe. W rezultacie świadczone dobrodziejstwa i przysługi wyjątkowo jedynie z czystego altruizmu, z reguły zaś praktykowano je, bo uważano, że takie postępowanie jest gromadzeniem sobie najpewniejszego kapitału dającego gwarancję zabezpieczenia w razie niedostatku czy trudności życiowych¹⁰².

W świetle powyższych omówień wydaje się, że zdanie *beneficio adfici hominem intersit hominis* zawiera jedynie to realistyczne stwierdzenie Papiniana, że człowiek jest zainteresowany pozytywnie w wyświadczeniu dobrodziejstw innym. Taki sposób postępowania jest dla niego — w istniejącym systemie poglądów społeczeństwa rzymskiego — po prostu opłacalny. Od takiego stanowiska daleko do zasady chrześcijańskiej miłości bliźniego.

2. Z opisanych wyżej faktów i stosunków społecznych wyciąga jurysta wnioski prawne, a mianowicie — w razie przekroczenia przez nabywcę klauzuli zakazującej wydalenia sprzedanego niewolnika, zatem korzystnej dla niewolnika — wyraża Papinian zasadniczo zgodę na użycie przez sprzedawcę *actio venditi* przeciw nabywcy z tego powodu. Wydalenie niewolnika przez nabywcę pozbawia bowiem sprzedawcę wysokiego prawdopodobieństwa uzyskania w przyszłości korzystnego rewanżu, powoduje, że sprzedawca nie może już w przyszłości liczyć na tego niewolnika (ewentualnie później wyzwolenca). Utrata tych szans stanowi dla niego od razu pewną — nie dającą się bliżej określić ale niewątpliwą — szkodę.

Jeśli chodzi w ogólności o ochronę prawną (procesową) sprzedawcy niewolnika, który dołączył do kontraktu sprzedaży klauzulę niewydalenia go, to nic nie stoi na przeszkodzie przyjęciu poglądu, że możliwe było zabezpieczenie nieprzekroczenia tej klauzuli za pomocą zawarcia stypulacji karnej między stronami. Poza tym można przypuścić, że analogicznie jak przy klauzuli wydalenia — sprzedawca mógł pozywać z kontraktu *actione venditi*, jeśli sam musiał płacić karę stypulacyjną swemu poprzed-

¹⁰² J. Michel, o. c., s. 507 i n.; 530; 547; 584 i n. Por. D.12,4,3,7: — — *qui dedit ea spe, quod se ab eo qui acceperit remunerari existimaret vel amiciorum sibi esse eum futurum* — —.

Z nadużycia owego moralnego przymusu rewanżu (*remuneratio*) wynikł za rzeczypospolitej problem eksploatacji wyzwolenców, któremu zaradzić musiał edykt Rutiliusa, por. D.38,2,1, pr.:

— — [patroni] *soliti fuerunt a libertis durissimas res exigere, scilicet ad remunerandum tam grande beneficium, quod in liberos confertur, cum ex servitute ad civitatem Romanam perducuntur.*

nikowi, a zatem *ratione pecuniae*. Ale — w odróżnieniu od sytuacji przy klauzuli wydalenia — istnieje tu nadto przy klauzuli niewydalenia zasadnicza zgoda na możliwość użycia *actio venditi*. Oczywiście, to stanowisko Papiniana nie przesądzało jeszcze o wykorzystaniu w praktyce owej możliwości, bo zachodziła konieczność, by wysokość szkody sprzedawcy dała się ustalić w oznaczonej sumie pieniężnej. Z reguły w omawianym przypadku, tj. gdy ewentualna szkoda polegałaby na utracie wzajemności i przyszłego rewanżu ze strony niewolnika (czy później wyzwolenca), jej oszacowanie pieniężne byłoby niemożliwe. Jednakże w omawianej tu drugiej części D.18,7,7 (*quod si, ne — fin*) oszacowanie takie zostało już umownie przez strony dokonane, albowiem — jak wynika z kontekstu całego fragmentu D.18,7,7, — należy przyjąć, że podana na wstępie fragmentu informacja o ustaleniu w *pactum adiectum* sumy pieniężnej płatnej w razie przekroczenia klauzuli odnosi się nie tylko do klauzuli wydalenia, lecz i do klauzuli niewydalenia. W rezultacie więc — skoro istnieje zasadnicza zgoda jurysty na użycie *actio venditi* — sprzedawca będzie tu mógł użyć tej skargi, pozywając o całą sumę kary umownej ustalonej w *pactum adiectum*. Nie mógł zaś tego uczynić w przypadku przekroczenia klauzuli wydalenia, bo tam Papinian w ogóle odmawia możliwości użycia *actio venditi* z powodu braku zainteresowania materialnego sprzedawcy; tę właśnie różnicę uwypukla Papinian w omawianym fragmencie za pomocą przeciwstawienia *vindicare ratione — affectionis ratione*, zwracając na nią jeszcze szczególnie uwagę w słowach *nec videntur haec inter se contraria esse*.

Pozostaje jednak do omówienia jeszcze kwestia zmiany poglądu Papiniana wyrażona w ostatnim zdaniu D.18,7,6,1 (*sed in contrarium me vocat Sabini sententia* —). Sabiniańska koncepcja ceny „kombinowanej”, tj. składającej się z części pieniężnej i niepieniężnej (czyli obowiązku wykonania jakiegoś zastrzeżenia kontraktowego, np. wydalenia), wykorzystana tu przez Papiniana, nadawała się do uzasadnienia możliwości użycia *actio venditi* w przypadku przekroczenia klauzuli wydalenia. Niewolnik bowiem obciążony klauzulą wydalenia (czy szerzej — w ogóle klauzulą karną), co czyniło go towarem podejrzanym lub wręcz złej jakości, a także bardzo zmniejszało jego wartość użytkową dla nabywcy, nie mógł oczywiście być na rynku sprzedawany po tej samej cenie, co niewolnik niczym nie obciążony. Stąd też, w razie niewykonania (przekroczenia) klauzuli wydalenia, istniała podstawa do użycia *actio venditi* o dopłatę części pieniężnej ceny do tej wysokości, jaka byłaby płacona, gdyby niewolnika tą klauzulą nie obciążono.

Czy jednak tego rodzaju uzasadnienie użycia *actio venditi* możliwe było także — o czym źródła zresztą milczą — w odniesieniu do przypadku niewykonania (przekroczenia) klauzuli niewydalenia? Można o tym wątpić. Nie widać mianowicie tak wyraźnych — jak przy klauzuli wydalenia — powodów, dla których miałyby być obniżana cena za niewolnika

sprzedawanego z klauzulą niewydalania. Dołączenie klauzuli korzystnej dla niewolnika może raczej dodatnio o nim świadczyć, zaś ograniczenie jakie klauzula ta nakłada na nabywcę nie wydaje się być szczególnie uciążliwe. Jest więc bardziej prawdopodobne, że niewolnicy tacy byli sprzedawani po normalnej cenie, a zatem że nie mogła się wytworzyć zasada dopuszczalności *actio venditi* pod tytułem dopłaty do pełnej ceny — w przypadku przekroczenia klauzuli niewydalania, inaczej niż to było przy przekroczeniu klauzuli wydalenia. Zresztą Papinian wyraźnie łączy możliwość użycia *actio venditi* w oparciu o koncepcję wynikającą ze zdania Sabinusa tylko z klauzulą karającą niewolnika, a zatem z klauzulą wydalenia (i niewyzwalania) ¹⁰³.

Tak więc pan niewolnika, sprzedając go z klauzulą niewydalania i chcąc zapewnić sobie ochronę prawną tej dyspozycji za pomocą skargi z kontraktu, *actio venditi*, musiał umówić się dodatkowo z nabywcą o sumę pieniężną przypadającą do zapłaty w razie przekroczenia wymienionej klauzuli. Poza tym, mógł w tej sytuacji pozywać nabywcę *actione venditi* tylko o odszkodowanie, gdyby sam musiał płacić karę przyrzeczoną stypulacyjnie swemu poprzednikowi, od którego kupił tegoż niewolnika z klauzulą niewydalania. Mógł wreszcie zawrzeć ze swoim nabywcą stypulację karną, z której miał do dyspozycji *actio ex stipulatu* w razie przekroczenia klauzuli.

IV

Z przedstawionej wyżej analizy materiału źródłowego warto może podkreślić kilka wynikających z niej spostrzeżeń, które mogą przyczynić się do lepszego poznania omawianych klauzul, a przy tym mieć znaczenie także dla niektórych zagadnień ogólniejszej natury, w szczególności:

a) dla kwestii odpowiedzialności kontraktowej. Jak wynika z wypowiedzi Papiniana, realizacja tej odpowiedzialności w drodze wniesienia powództwa z kontraktu (tu: *actio venditi*) możliwa jest tylko w razie istnienia kumulatywnie dwóch przesłanek: 1) roszczenie powoda (wierzyciela) musi być tej treści i tego rodzaju, żeby w ogóle mógł on być w jego wykonaniu materialnie zainteresowany, 2) zainteresowanie to musi zostać określone konkretną sumą pieniężną bądź z góry przez strony w kontrakcie, bądź też musi być możliwe do oszacowania przez sędziego, *unus iudex*, zgodnie z wymaganiami *bona fides*. Omówione wyżej teksty źródłowe szczególnie wyraźnie demonstrują, że istnienie tylko jednej (którejkolwiek) z wymienionych przesłanek nie wystarcza do powstania zaskarżalności;

b) dla metody badań w zakresie rzymskiego prawa prywatnego. W ba-

¹⁰³ D.18,7,6,1: — *non alias* — *propter poenam homini irrogatam agi posse, quam si pecuniae ratione* — *sed in contrarium me vocat Sabini sententia* —.

daniach historycznych zmierzających do określenia (ew. rekonstrukcji) i zrozumienia myśli prawnej jurystów rzymskich należy być ostrożnym w posługiwaniu się pojęciami i terminami nowożytnej teorii cywilistycznej. Może to prowadzić do modernizacji myśli rzymskiej, tym łatwiej, że juryści rzymscy z reguły nie starali się dochodzić do teoretycznych uogólnień i świadomego tworzenia konstrukcji prawnych w ramach pewnego — niesprzecznego wewnętrznie — systemu, co jest charakterystyczną tendencją nowożytnej myśli prawnej. Tak np. przy analizie omawianych wyżej tekstów Papiniana adekwatne do myśli tego jurysty okazało się bardziej ogólne (zresztą i mniej precyzyjne) pojęcie „zainteresowania materialnego”, którym jurysta ten w sposób jednolity uzasadnia możliwość użycia *actio venditi* zarówno w przypadku roszczenia odszkodowawczego, jak i o dopłatę do pełnej ceny. Brak natomiast w jego myśli koncepcji analogicznej do cywilistycznego pojęcia (pozytywnego lub negatywnego) „interesu” wierzyciela, stąd analizowanie jego tekstów przy pomocy tego pojęcia dałoby w rezultacie nieprawdziwy obraz tej myśli;

c) dla kwestii specyficznej odrębności norm prawa niewolniczego. Zupełną anomalią na gruncie rzymskiego prawa obligacyjnego i prawa własności okresu klasycznego jest możliwość kontraktowego zastrzeżenia oraz wykonania *manus iniectio* na sprzedanym niewolniku, w połączeniu z zabranieniem tego niewolnika od każdego dalszego nabywcy, który wbrew klauzuli wydalenia zgodziłby się na pobyt niewolnika na zakazanym terenie. W ten sposób kontraktowa klauzula wydalenia stawiała się skuteczną *erga omnes*, a dalszy nabywca — właściciel niewolnika — wskutek *manus iniectio* i zabrania niewolnika przez pierwszego sprzedawcę (autora klauzuli), tracił własność na nim. Przeciwnie temu prywatnemu wywłaszczeniu nie miał on żadnego środka prawnego; przysługiwało mu tylko powództwo o odszkodowanie (ze *stipulatio duplae* albo *stipulatio rem habere licere*, bądź wprost z kontraktu *actio empti*) przeciw swemu sprzedawcy, który odpowiadał z tytułu ewikcji — oczywiście o ile zaniedbał dołączyć do kontraktu sprzedaży klauzulę wydalenia z zastrzeżeniem *manus iniectio*, powtarzając ją za swoim poprzednikiem.

Tego rodzaju wyjątkowe konstrukcje prawne sprzeczne z *ius commune* można wytłumaczyć tylko jako przejaw szczególnego znaczenia, jakie klasa właścicieli niewolników przywiązywała do ochrony bezpieczeństwa swych członków i utwierdzenia ich władztwa nad niewolnikami.

Adam Wiliński (Lublin)

ÉTUDES SUR L'ALIÉNATION D'ESCLAVES EN DROIT ROMAIN PRIVÉ

VENTE D'ESCLAVES AVEC LA CLAUSE DU LIEU DE SÉJOUR

Résumé

I. L'auteur justifie le besoin d'augmenter les recherches sur les règles de droit romain privé, qui s'occupent immédiatement de la condition juridique et sociale de l'esclave (le droit d'esclavage). D'un grand intérêt à ce sujet est notamment l'analyse des clauses spéciales employées dans une aliénation de l'esclave. À l'aide de telles clauses le maître d'un esclave pouvait, en l'aliénant, prendre ses dispositions de la future situation personnelle de cet homme. Parmi ces clauses on examine ici la clause d'exportation (chap. II) ainsi que la clause interdisant l'exportation d'un esclave (chap. III) *.

II. La clause d'exportation pouvait être insérée dans un contrat de vente pour infliger un châtement à l'esclave (en tirer vengeance) ou à cause d'une crainte du maître, qui se sentait menacé par cet esclave. Cette clause a été usitée au moins dès le début de l'Empire. Au commencement on ne pouvait pas assurer sa réalisation autrement, que par la conclusion avec l'acheteur d'une stipulation de peine. L'*actio venditi* n'était pas donc possible, vu que l'inexécution d'une telle clause ne pouvait pas porter au vendeur un préjudice réel (matériel). Ce point de vue était maintenu même si les parties contractantes ont fixé dans le contrat de vente (hors d'une stipulation) une somme d'argent, laquelle devait être payée par l'acheteur qui aurait été lésé la clause. Le vendeur pouvait cependant faire usage de cette action exceptionnellement à titre d'indemnité, c'est-à-dire s'il était, lui-même, obligé à payer une somme d'argent à son prédécesseur (son vendeur), à cause de l'inexécution de la clause.

Tout de même le juriste Sabinus concédait de plus au vendeur l'*actio venditi* lorsque l'esclave a été vendu à prix réduit à cause de la clause d'exportation; dans le droit classique tardif (Papinien) cette possibilité, d'abord appliquée aux cas individuels, devient générale.

En outre, le vendeur était libre de se réserver dans le contrat de vente le pouvoir d'accomplir une *manus iniectio* sur l'esclave en cas d'une violation de la clause d'exportation; cette clause supplémentaire avait une efficacité *erga omnes*. L'exécution d'une *manus iniectio* restituait au premier vendeur (l'auteur de la clause) la puissance dominicale et le droit de la propriété de l'esclave auparavant vendu. — Selon toute probabilité une cumulation de ces moyens de la protection légale du vendeur (c'est-à-dire de la stipulation de peine, *manus iniectio* et l'*actio venditi*) n'était pas possible.

Un esclave vendu avec une clause d'exportation pouvait être affranchi par l'acheteur, à condition que la clause d'exportation soit respectée; au cas contraire l'affranchissement n'entretenait pas l'acquisition de la liberté et l'esclave a dû être vendu publiquement sous la condition qu'il ne serait jamais affranchi. La même situation a eu lieu lorsque l'esclave affranchi régulièrement et sans contravention

* Cf. aussi l'article du même auteur: Études sur l'aliénation d'esclaves en droit romain privé — Vente d'esclaves avec la clause de non — affranchissement, dans les *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska*, Sectio G, Lublin 1972 (sous presse), ainsi que l'article: *Zur litis aestimatio in den bonae fidei, iudicia*, dans l'*INDEX*, *Quaderni camerti di studi romanistici*, 3, 1972 (sous presse).

à la clause d'exportation demeurait — déjà libre — sur le terrain interdit. Un *procurator fisci* ordonnait la vente publique en vertu d'une proposition du vendeur (l'auteur de la clause).

Par égard à une analogie visible avec les règles de la *lex Aelia Sentia* on peut admettre, que l'affranchissement d'un esclave vendu avec une clause d'exportation ne conférait à celui-ci qu'une position d'un *deditiorum numero*.

III. Les hypothèses d'interpolation énoncées jusqu'à présent pour le texte *quod si, ne — continet* du fragment D.18,7,7 (ce fragment étant l'unique source de connaissance de la clause interdisant l'exportation) ne sont pas convaincantes. L'auteur, en s'appuyant sur la signification de l'expression *interest* ainsi que sur les résultats des recherches sur la gratuité en droit romain (Michel) n'admet pas l'existence d'une „humanité chrétienne”, donc d'une origine byzantine (Beseler, Pringsheim et les autres) de la locution *beneficio adfici hominem intersit hominis* en D.18,7,7; de même de la phrase *ceterum — fuisset* en D.18,7,6,1. Ces textes représentent la sobre pensée juridique d'un juriste classique et pas une vague idée éthique.

Une contravention à la clause interdisant l'exportation (au contraire de la clause d'exportation) a pour conséquence donc toujours un dommage matériel — bien que le plus souvent impossible à évaluer en argent — du vendeur, l'auteur de la clause. C'est pourquoi celui-ci, le cas échéant, peut se servir en principe — déjà en droit classique — d'une *actio venditi* contre l'acheteur. Toutefois il ne pourra pas bénéficier de ce pouvoir, sinon que le montant de son dommage matériel soit déterminé en somme d'argent. Une telle possibilité existe en deux cas; lorsque le vendeur lui-même doit payer une peine de stipulation à son prédécesseur (cf. la clause d'exportation) ou lorsque les parties contractantes avaient fixé auparavant — dans le contrat de vente — une somme d'argent due au vendeur en cas d'une contravention à la clause de la part le l'acheteur.

IV. On peut mettre en relief quelques observations de l'analyse précédente:

a) La réalisation de la responsabilité contractuelle exige une existence cumulative de deux prémisses: 1) La demande du créancier doit avoir un tel contenu, que celui-ci puisse être matériellement intéressé, afin que cette demande fût accomplie, 2) cet intérêt doit être déterminé dans une somme d'argent concrète. Il faut souligner, que l'existence de la seconde prémise seule ne suffit pas.

b) L'emploi des constructions et des notions du droit civil moderne dans les recherches historiques sur la pensée juridique de juristes romains aboutit quelquefois à une modernisation de cette pensée, c'est-à-dire à une déviation de son vrai image.

c) Le droit de l'esclavage s'écarte souvent entièrement des principes du *ius commune* romain pour sauvegarder les intérêts de la classe des maîtres d'esclaves envers et contre les esclaves.