

I. ROZPRAWY

WŁADYSŁAW ROZWADOWSKI (Poznań)

Zarzut kwoty potrąconej

Studia nad D. 22,3,19,3.

I. Problem badawczy. II. Przegląd doktryny: 1. Dernburg, 2. Eisele, 3. Lenel, 4. G. Kretschmar, 5. Appleton, 6. Siber, 7. P. Kretschmar, 8. Kniep, 9. Solazzi, 10. Rezzonico, 11. Thielmann, 12. Osuchowski. III. Nowa próba rozwiązania problemu.

I

Istota tzw. *exceptio pensatae pecuniae* (skrót: e.p.p.) należy do tych zagadnień prawa rzymskiego, które — wobec swej wyjątkowej tajemniczości¹ — od wielu lat absorbują uwagę licznych romanistów². O tym zarzucie procesowym mamy w źródłach tylko jedną wzmiankę³, i to zupełnie okazjonalną. Wymienia ją Ulpian w związku z przykładową enumeracją kilku ekscepcji, w których na pozwanym ciążył obowiązek przeprowadzenia dowodu. Ponieważ miejsce naszej ekscepcji wśród przykładów podanych przez Ulpiana ma znaczenie dla dalszych rozważań, dlatego fragment ten przytaczamy w całości:

¹ E. Voltera o naszej ekscepcji pisze w ten sposób *Da D. 22, 3, 19, 3, si desume l'esistenza di un'exceptio pensatae pecuniae di cui non si conosce bene la natura (Istituzioni di diritto romano*², Roma 1972, s. 617 n. 2). Podobnie również R. Rezzonico, *Il procedimento di compensazione nel diritto romano classico*, Basel 1958, s. 35: *L'esistenza di una speciale exceptio pensatae pecuniae non è dubbia; dubbio, invece, è il suo riferimento.*

² Wstępną hipotezę co do zastosowania e.p.p. postawiłem w publikacji pt. *Ré-skrzypt Marka Aureliusza o kompensacji w doktrynie romanistycznej i w źródłach*, cz. 2, CPH, t. XXVII, z. 1, 1975, s. 50. Ramy tamtej publikacji nie pozwoliły mi niestety na ugruntowanie własnego stanowiska.

³ Próby doszukiwania się śladów e.p.p. w wypowiedzi Juliana w D.16,2,2 (w ten sposób np. C. Appleton, *Histoire de la compensation en droit romain*, Paris 1895, s. 112 i n.) są całkiem chybione i jako takie nie wywołały w literaturze żadnego rezonansu (zob. np. na ten temat: G. Astuti, *Compensazione. Premessa storica*, w: *Enciclopedia del diritto*, t. VIII, s. 6; G. Thielmann, *Die römische Privatauktion*, Berlin 1961, s. 154).

Ulpianus, l. VII disputationum (D. 22,3,19): *In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem veluti intentionem implere: ut puta si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse.*

§ 1. *Cum quis promississet iudicio se sisti et rei publicae causa afuisse dicat et ob id non stetisse, vel dolo malo adversarii factum quo minus sisteretur, vel valetudinem sibi impedimento fuisse vel tempestatem, probare eum id oportet.*

§ 2. *Sed et si procuratoria quis exceptione utatur, eo quod non licuisset adversario dare vel fieri procuratorem, probare id oportet obicientem exceptionem.*

§ 3. *Idem erit dicendum et si ea pecunia petatur, quae pensata dicitur.*

§ 4. *Hoc amplius, si iudicatae rei vel iurisiurandi condicio delata dicatur de eo quod nunc petitur, sive alea gestum esse contendatur, eum implere probationes oportet.*

§ 3. powyższego fragmentu stanowi w literaturze podstawę do snucia licznych teorii, przede wszystkim co do zastosowania wspomnianej tam e.p.p. Nowy punkt widzenia na jej istotę wypada więc poprzedzić przedstawieniem występujących w literaturze najważniejszych sposobów rozwikłania zagadki, jaka otacza ten specyficzny środek obrony pozwanego w procesie rzymskim.

II

1. W swej fundamentalnej monografii o kompensacji Dernburg⁴ tylko na marginesie wspomina o e.p.p. Autor ten twierdzi, że użytek z niej zrobić mogła w nowym procesie każda ze stron procesowych zakończonemu prawomocnie sporu, w którym uprzednio przeciwnik posłużył się wzajemną wierzytelnością w celach kompensacji⁵. Wzajemnie przeciwstawione w poprzednim procesie wierzytelności nie uległy umorzeniu i mogą, zdaniem Dernburga, być przedmiotem nowej skargi. Autor ten przyznaje zatem naszej ekscypcji tę rolę, jaką w normalnych warunkach spełniała *exceptio rei iudicatae*⁶.

2. Eisele w swej pierwszej publikacji na temat kompensacji⁷ reprezentuje pogląd, iż prawu rzymskiemu obca była jakaś specjalna e.p.p., natomiast wymieniony przez Ulpiana pod tą nazwą zarzut był po prostu

⁴ H. Dernburg, *Geschichte und Theorie der Compensation*, Heidelberg 1868, s. 580 i nt. 2.

⁵ Pogląd Dernburga podziela Schei, *Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, t. VII, s. 762 n. 33 (cit. za Leonardem, gdyż publikacja ta nie była mi dostępna). W ten sposób również Siber (zob. dalej, pkt. 6), a ostatnio i Thielmann (zob. dalej pkt. 11).

⁶ Uwagi krytyczne na ten temat zob. dalej w pkt. 6 i 11.

⁷ F. Eisele, *Die Compensation nach römischem und gemeinem Recht*, Berlin 1879, s. 248.

szczególnym przypadkiem *exceptio pacti conventi*⁸. Pozwany zatem dysponując wzajemną wiarygodnością wobec powoda przeciwstawia jego żądaniu zarzut twierdząc, iż strony uprzednio zawarły pactum, że będą pozywać się wyłącznie o saldo wynikające z wzajemnych rozliczeń, a powód lekceważąc umowę wnosi przeciw pozwanemu skargę o całość.

Jak to w polemice z Biondim trafnie wykazał Solazzi⁹, Rezzonico¹⁰ i Osuchowski¹¹ wypowiedź Ulpiana bynajmniej nie wskazuje na to, by jurysta ten pod e.p.p. rozumiał jedną z postaci *exceptio pacti*, jako że tę ostatnią wymienia przecież w *principium* fragmentu. Jaki miałyby mieć cel wprowadzając taki chaos w swym sformułowaniu? Oznaczałoby to, iż Ulpian złamał tu podstawowe kanony logicznej sekwencji, wymieniając w *principium exceptio pacti*, później zaś inne zarzuty, by w § 3 znowu przykładem zilustrować to, co powiedział na początku fragmentu i wreszcie w dalszej jego części znowu powrócić do szczegółowej enumeracji. Nic więc dziwnego, że sam Eisele w późniejszych swych wypowiedziach na temat e.p.p. pogląd ów całkowicie zarzucił¹².

3. Według Lenela¹³ e.p.p. łączyć należy z kompensacją bankiera, który posługiwał się nią wówczas, gdy klient pozywał go o należne świadczenie wynikające z rozliczeń bankowych bez uwzględnienia wzajemnej wiarygodności bankiera. Lenel uważa¹⁴, iż byłoby wysoce niesprawiedliwe, aby klientowi, czasem niewypłacalnemu, przysądzić całość roszczenia, którego część potem, z wątpliwym skutkiem co do wykonalności, dochodzić by musiał *argentarius* w drugim procesie. Tej niesprawiedliwości, zdaniem Lenela, przeciwdziałać miała właśnie e.p.p., którą usiłuje on nawet zrekonstruować w sposób następujący: *'si non ea pecunia petitur, quae pensata est'*¹⁵.

Pogląd Lenela, w literaturze chyba najbardziej rozpowszechniony¹⁶,

⁸ Z późniejszych autorów pogląd ten podzielił jedynie B. Biondi, *La compensazione nel diritto romano*, Cortona 1927, s. 26 i 186 i n.

⁹ S. Solazzi, *La compensazione nel diritto romano*², Napoli 1950, s. 49.

¹⁰ R. Rezzonico, o. c., s. 34 i n.

¹¹ W. Osuchowski, *Historyczny rozwój kompensacji w prawie rzymskim*, Warszawa—Kraków 1970, s. 167 i n., nt. 14.

¹² F. Eisele, Rec. E. Stampe, *Das Compensationsverfahren im vorjustinianischen stricti iuris iudicium*, „Krit. VJSch.” XXIX, s. 40., tenże, Rec. C. Appleton, *Histoire de la compensation en droit romain*, ZSS, t. XVII, 1896, s. 349.

¹³ O. Lenel, *Das edictum perpetuum*³, Leipzig 1927, s. 502 i n.

¹⁴ Ibidem, s. 504 nt. 4.

¹⁵ Ibidem, s. 505. Por. też G. Thielmann, op. cit., s. 146.

¹⁶ Poza G. Kretschmarem (zob. pkt 4), Appletonem (zob. pkt 5), Siberem (zob. pkt 6), Rezzonico (zob. pkt 10) oraz Thielmannem (zob. pkt 11) pogląd Lenela akceptuje nadto T. Kipp, *Über dilatorische und peremptorische Exzeptonen*, ZSS, t. XLII, 1921, s. 332 oraz V. Arangio-Ruiz, *L'exceptio in diminuzione della condanna*, Modena 1930, który umieszcza go *fra le più nitide di quel nitidissimo ingenio* (s. 19). Zob. nadto: E. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1928 s. 628; F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1924, s. 746 nt. 1.

spotkał się również z poważną krytyką¹⁷. Zarzuca mu się przede wszystkim sprzeczność z przekazem Gaiusa, który obowiązek *agere cum compensatione* przypisuje tylko bankierowi. Przyznanie bankierowi e.p.p. jest równoznaczne z nałożeniem takiego samego obowiązku również na klienta, a na ten temat Gaius milczy zupełnie. To prawda, że jego *Institutiones* są podręcznikiem elementarnym, ale prawdą jest i to, że pominięcie tego obowiązku wobec klienta, przy wyraźnym jego wyeksponowaniu wobec bankiera, wydawać się musi dziwne.

Stosowany w tym zakresie przymus wobec bankiera uzasadniony był tym, iż miał on obowiązek prowadzenia ksiąg rachunkowych, z których z łatwością mógł ustalić ostateczną kwotę zadłużenia. Obowiązek taki nie obciążał jednak klienta, dlatego trudno wymagać odeń, by pozywając bankiera dokonywał skomplikowanych obliczeń salda i to pod rygorem przegrania procesu o całość w przypadku popełnienia jakiegokolwiek pomyłki. Konsekwencja takiej pomyłki była w procesie formułkowym w *iudicium stricti iuris* przy roszczeniu ściśle określonym taka sama jak w przypadku *plus petitio* bankiera — całkowite oddalenie powództwa. Nic więc dziwnego, że niektórzy zwolennicy hipotezy Lenela podejmują próbę jej modyfikacji¹⁸, inni natomiast, obok e.p.p. przyznają w takich przypadkach bankierowi *exceptio doli*¹⁹.

Pogląd co do dualizmu środków ochrony procesowej bankiera budzić musi pewne wątpliwości. Obie ekscepcje miały bowiem różną podstawę faktyczną: e.p.p. oparta była wyłącznie na elemencie natury przedmiotowej, zaś *exceptio doli* na elemencie natury podmiotowej. Dlatego słuszny wydaje się pogląd von Lübtowa²⁰, iż pretor chronił bankiera przed wygórowanym żądaniem klienta nie za pomocą e.p.p., lecz poprzez *exceptio doli*.

4. G. Kretschmar²¹, który w zasadzie podziela pogląd Lenela, widzi również inne zastosowanie e.p.p. Podnosić ją miał ten, kto zobowiązany do *secum pensare* spełnił swój obowiązek, a następnie pozwany został przez tego, na którego korzyść zredukował swe żądanie. Pogląd ten jest moim zdaniem trafny²², chociaż e.p.p. miała w procesie rzymskim nieco szersze zastosowanie.

¹⁷ Por. B. Biondi, o.c., s. 26 i 186 i n.

¹⁸ Zob. dalej pkt 10 i 11.

¹⁹ H. Siber, *Kompensation und Aufrechnung*, Leipzig 1899, s. 65, F. Eisele, Rec. Appletona, cit., s. 349; C. Appleton, o.c., s. 114 nt. 2; S. Solazzi, o.c., s. 51, M. Kaser, *Das römische Privatrecht*², I, München 1971, s. 646 nt. 20; U. von Lubtow, *Catos leges venditioni dictae*, EOS, t. XLVII, 3 (Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae III), Varsaviae et Vratislaviae 1957, s. 391 i n.

²⁰ U. von Lubtow, o.c., s. 392, nt. 121.

²¹ G. Kretschmar, *Secum pensare*, Giessen 1886, s. 120.

²² Opowiada się za nim jedynie F. Leonhard, *Die Aufrechnung*, Göttingen 1896, s. 78.

5. Również Appleton akceptuje w zasadzie pogląd Lenela, ale podobnie jak G. Kretschmar widzi jeszcze inną możliwość stosowania e.p.p. Stojąc na stanowisku, że poprzez skargę bankiera działającego *cum compensatione* nie następuje konsumpcja roszczeń klienta²³, uważa on, że ten ostatni ma możliwość wytoczenia nowego powództwa przeciw bankierowi o skompenowaną wierzytelność. Paraliżować taką skargę miała zdaniem Appletona właśnie e.p.p.²⁴. Ponieważ wniosek ten oparty jest na błędnej przesłance, jakoby roszczenie klienta nie ulegało konsumpcji poprzez skargę bankiera²⁵, przeto uznać go musimy za chybiony. Bankiera w takich przypadkach broniła po prostu *exceptio rei iudicatae*.

6. Pogląd Lenela akceptuje również Siber²⁶, tym niemniej nie wyklucza on jednak możliwości ochrony interesów bankiera poprzez *exceptio doli*. W e.p.p. widzi Siber ponadto zwyczajny zarzut potrącenia, w którym pozwany po prostu twierdzi, iż żądane roszczenie zostało skompensovane. Szkoda tylko, że autor bliżej nie wyjaśnia, jaki skutek tego rodzaju zarzut wywoływał w procesie formułkowym. Jeśli jako uzupełnienie wywodów Sibera potraktujemy to, co na ten temat napisał on prawie 30 lat później²⁷, to e.p.p. miała być wówczas skutecznym środkiem ochrony, gdy jakieś roszczenia będące przedmiotem potrącenia w *iudicium bonae fidei* stanie się przedmiotem nowego postępowania w *iudicium contrarium*²⁸. Siber stoi na stanowisku, że dokonana przez sędziego w pierwszym procesie operacja rachunkowa nie wywoływała skutku umarzającego wobec wierzytelności wzajemnej i dlatego mogła ona być przedmiotem nowego postępowania sądowego.

Pogląd ten pozostaje w sprzeczności z wyraźnie brzmiącymi przekazami źródłowymi o możliwości stosowania w takich przypadkach *exceptio rei iudicatae*²⁹. Niezależnie od tego wypadu zauważyć, iż *contrarium iudicium*, o którym wspomina Siber musi mieć również charakter *bonae fidei*, w którym przecież brak miejsca na *exceptio* jako część składową formułki procesowej, w tym również i dla e.p.p.

7. Od rozliczeń bankowych odrywa zastosowanie e.p.p. P. Kretschmar³⁰. Uzupełniając swoje wywody o kompensacji w *iudicium stricti iuris* poprzez stypulację nowacyjną i klauzulę *doli*³¹, twierdzi on na pod-

²³ W ten sposób również S. Solazzi, o.c., s. 55.

²⁴ C. Appleton, o.c., s. 114. Podobnie również Eisele, Rec. Stampe, cit., s. 40 oraz Rec. Appletona, cit., s. 350.

²⁵ Por. na ten temat mój *Reskrypt*, cz. 2, o.c., s. 48 i n. nt. 105.

²⁶ H. Siber, o.c., s. 65 i n.

²⁷ H. Siber, *Römisches Recht*, II, Berlin 1928, s. 274.

²⁸ Tak samo również U. von Lubtow, o.c., s. 348, który jednak później zmienia swój punkt widzenia. Zob. na ten temat G. Thielmann, o.c., s. 151.

²⁹ Zob. dane, nt. 49.

³⁰ P. Kretschmar, *Über die Entwicklung der Kompensation im römischen Rechte*, Leipzig 1907, s. 43 i n.

³¹ Por. na ten temat mój *Reskrypt*, cz. 1, o.c., s. 13.

stawie D. 16,2, 21, iż kompensacji takiej dokonać można było również pozyskując prokuratora *absentis*. Skutkiem stypulacji pretorskich zawartych z prokuratorem nastąpić mogła według Kretschmara *compensatio* roszczenia w *iudicium stricti iuris* przy zastosowaniu *exceptio doli*. Jeśli jednak dominus na podstawie stypulacji prokuratorowskiej pozwie przeciwnika procesowego o skompensowane roszczenie, pretor chronić miał pozwanego za pomocą e.p.p. Abstrahując od tego, czy praktyka kompensacji poprzez *exceptio doli* opisana przez Kretschmara w ogóle miała miejsce³², stwierdzić tu należy, że e.p.p. w teorii tego romanisty spełniać miała zastępczą rolę w stosunku do *exceptio rei iudicatae*³³. Specyficzna i własna funkcja e.p.p. znika tu zupełnie.

8. Z kompensacją bankiera łączy zastosowanie naszej ekscpecji również Kniep³⁴, ale miało to mieć miejsce w przypadku szczególnym. *Argentarius* uczestniczący w licytacji upadłego dłużnika mógł pozwać nabywcę rzeczy objętej licytacją o należną mu cenę, a ten chcąc przedstawić bankierowi do potrącenia wierzytelność, którą miał do *dominus auctionis*, czynić to miał według Kniepa za pomocą e.p.p.

Już Lenel³⁵ trafnie zauważył, że tej skomplikowanej procedury nie da się absolutnie wydedukować ze zwrotu *pecunia, quae pensata dicitur*. Solazzi³⁶ natomiast wykazuje, że jeśli, jak chce tego Kniep, w skardze bankiera wtłoczy się do kondemnacji klauzulę *pensata pecunia, quae emptori debetur*, to nastąpi prosta zamiana skargi *cum compensatione* właściwej dla bankiera na zwykłą *actio cum deductione* i w ten sposób zniknie zupełnie e.p.p.³⁷

9. Do autorów, którzy e.p.p. łączą z rozliczeniami bankowymi, należy również Solazzi³⁸. W jego przekonaniu posługiwał się nią jednak nie bankier, lecz klient i to wówczas, gdy sporny był charakter wzajemnych wierzytelności i okoliczność tę należało sprawdzić *apud iudicem*, zaś *argentarius* posługiwał się *actio pura*³⁹.

Jak trafnie jednak zauważa Thielmann⁴⁰, obowiązek *agere cum compensatione* ciążył na bankierze z mocą samego prawa. Jeśli pretor udzielił

³² Ibidem, s. 13.

³³ Zob. na ten temat G. Thielmann, o.c., s. 158. Krytyczne uwagi pod adresem tej sugestii zob. dalej, p. 11.

³⁴ F. Kniep, *Argentaria stipulatio*, w: *Festgabe der Juristenfakultät Jena für August Thon*, Jena 1911, s. 58 i n.

³⁵ O. Lenel, o.c., s. 504 nt. 3.

³⁶ S. Solazzi, o.c., s. 42 nt. 28.

³⁷ Zob. na ten temat dalsze uwagi polemiczne u G. Thielmanna, o.c., s. 147 i n.

³⁸ S. Solazzi, o.c., s. 41 i 50.

³⁹ Pogląd ten podziela również: M. Kaser, o.c., s. 645, tenże, *Rec. G. Thielmanna, Die römische Privatauktion*, w: *ZSS*, t. LXXIX, 1962, s. 146; A. Burdese, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1968, s. 682.

⁴⁰ G. Thielmann, o.c., s. 157.

bankierowi *actio pura*, a w fazie *apud iudicem* okazało się, że roszczenie klienta nie ma charakteru bankowego, nastąpić musiało zasądzenie klienta na całość. Jeśli jednak okazało się, że roszczenie to figuruje w rachunku bieżącym, następowało jego uwolnienie w całości i to nawet wówczas, gdy w formułce nie było żadnej *exceptio*. Umieszczenie w formułce bankiera e.p.p. na korzyść klienta miałyby tylko wówczas swe uzasadnienie, gdyby sędzia po stwierdzeniu prawdziwości zarzutu miał możliwość zasądzenia pozwanego tylko na saldo wynikające z rozliczenia bankowego. Takiej możliwości jednak proces formułkowy niestety nie znał⁴¹.

10. Tezę Lenela w pełni aprobuje Rezzonico⁴², który zdając sobie sprawę z siły kontrargumentów, jakie poczyniono pod jej adresem, podejmuje też intensywną próbę jej ugruntowania. Czyni to na podstawie sekwencji poszczególnych zarzutów, w jakiej wymienia je Ulpian, zauważając, iż w pełni odpowiada ona tej, w jakiej występowały zarzuty procesowe w edyktie pretorskim. Jego zdaniem tam, gdzie Ulpian umieścił naszą ekscepcję, występować mogły jedynie zarzuty związane z powództwa bankiera (*exceptiones argentariae*).

Pierwsze stwierdzenie Rezzonico jest bezsprzecznie prawdziwe, trudno nam jednak zaakceptować wysnuty na jego podstawie wniosek. Ulpian *sedes materiae* dotyczącej ekscepcji w ogóle umieścił w księdze LXXV *libri ad edictum*. Tam niestety pominął (albo też odnośny fragment wykreślili kompilatorzy justyniańscy) e.p.p. Ponieważ w cytowanym fragmencie z księgi VII *Disputationum* Ulpian trzyma się porządku edyktalnego, możemy stąd wysnuć tylko taki wniosek, że w edyktie pretorskim e.p.p. występowała po *exceptio procuratoria (vel congitoria)*, a przed *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*. Z rekonstrukcji edyktu dokonanej przez Lenela dowiadujemy się, że między tymi zarzutami pretor w części poświęconej obronie pozwanego wymieniał nadto takie problemy jak: *si ex contactibus argentariorum agatur* (§ 272), *exceptio temporis* (§ 273) i *ne praeiudicium hereditati fiat* (§ 274). Jaką mamy pewność, że Lenel niczego nie pominął a jego rekonstrukcja w części obejmującej ekscepcję oparta jest na właściwym podziale na paragrafy? Tej pewności niestety nie mamy i dlatego nie możemy bez reszty podzielić poglądu Rezzonico. Nie możemy przecież wykluczyć, że e.p.p. miała w edyktie swe własne miejsce np. w § zatytułowanym *si ea pecunia petatut quae pensata est* umieszczonym bezpośrednio przed § traktującym o *res iudicata vel in iudicium deducta*. Zbieżność funkcji obu tych zarzutów rzuca się wprost w oczy i wielokrotnie dawała podstawę mylnego przypuszczenia o zamiennym ich stosowaniu.

W polemice Biondiego z tezą Lenela Rezzonico przyznaje rację

⁴¹ M. Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, s. 194; por. też mój *Reskrypt*, cz. 1, o.c., s. 7 i n.

⁴² R. Rezzonico, o.c., s. 37 i n.

temu pierwszemu, który twierdzi że skutki ekscpcji w *iudicium stricti iuris* były w praktyce procesu formułkowego takie same jakie pociągała za sobą *plus petitio*. Nie można zatem przyznawać e.p.p. bankierowi bez nałożenia również na klienta prawnego obowiązku *agere cum compensatione*. Aby jednak wzmocnić słabe strony teorii Lenela przyjmuje on za Arangio-Ruizem⁴³, iż ekscpcje wymienione w edykcje pretorskim miały przede wszystkim na celu złagodzenie twardych zasad prawa cywilnego. Taki cel jaki w historii kompensacji spełniła według Rezzonico *exceptio doli*, taki sam spełniać miała e.p.p. przyznawana bankierowi. Uwagi krytyczne, które skierowałem pod adresem tego autora co do jego teorii o potrąceniu poprzez *exceptio doli*⁴⁴, zachowują swą aktualność również w odniesieniu do jego teorii o zastosowaniu e.p.p. Teoria ta jest więc nie do przyjęcia.

11. Jako ostatniego z adherentów teorii Lenela wymienić należy Thielmanna⁴⁵. Autor ten, podobnie jak Rezzonico, świadom słabych jej punktów, podejmuje nową obronę wprowadzając dodatkowe argumenty. Twierdzi mianowicie, iż przyznanie bankierowi e.p.p. nie oznacza bynajmniej, że klient *eo ipso* zmuszony został do *agere cum compensatione*⁴⁶. Thielmann przyznaje, że klient nie miał obowiązku prowadzenia ksiąg kontrolnych własnego konta bankowego⁴⁷, miał jednak prawo domagania się ich okazania celem sprawdzenia salda⁴⁸. Jeśli tego nie uczynił i chciał bankiera pozwać o kwotę bez uwzględnienia wzajemnej pretensji pozwanego, pretor odmawiał mu udzielenia skargi (*denegatio actionis*). Jeżeli natomiast kwestionował prawidłowość rozliczeń księgowych i zachodziła konieczność przeprowadzenia odpowiednich dowodów, przyznawał mu pretor skargę opiewającą na całość, umieszczając jednak w formułce e.p.p. na korzyść bankiera. Thielmann twierdzi, że w tym przypadku *exceptio doli* nie spełniałaby swego celu, jako że wątpliwości klienta co do prawidłowości księgowego rozliczenia salda bankowego okazały się mogły trafne, trudno zatem posądzać go w takim przypadku o *dolus*, jako zjawisko o charakterze subiektywnym.

Autor ten nie bierze jednakże pod uwagę, że przy zastosowaniu w powyższym przykładzie e.p.p. nastąpi zasądzenie bankiera na całość, pomimo że pomyłka dotyczyć mogła niewielkiej kwoty. *Argentarius* zasądzony tu na całą sumę tracił również prawo dochodzenia własnej należności, gdyż podstawę zarzutu stanowił element obiektywny, a nie subiektywny. Niebezpieczeństwa tego nie było, gdy pretor chronił bankiera po-

⁴³ Por. Arangio-Ruiz, o.c., s. 19 i n.

⁴⁴ Por. mój *Reskrypt*, cz. 1, o.c., s. 18 i n.

⁴⁵ G. Thielmann, o.c., s. 146; 151; 156.

⁴⁶ Ibidem, s. 156.

⁴⁷ Ibidem, s. 149.

⁴⁸ O obowiązku bankiera do okazania ksiąg rachunkowych wspomina Ulpian w ks. IV ad edictum (D. 2,13,16,1).

przez *exceptio doli*. Odpadała przy nim konieczność *denegatio actionis*, która nie była równoznaczna z definitywnym zakończeniem sprawy. Uzasadniony błąd w obliczeniach wierzytelności przez klienta spowoduje wprawdzie zasądzenie bankiera na całą sumę, na jaką opiewała jego wierzytelność, ale bankier będzie mógł dochodzić swej wierzytelności wzajemnej w odrębnym procesie. Tu klienta nie będzie chronić *exceptio rei iudicatae*, gdyż przedmiotem rozpoznania w poprzednim procesie nie była wzajemna wierzytelność bankiera (co miałoby miejsce, gdyby pretor udzielił bankierowi e.p.p. zamiast *exceptio doli*), lecz fakt podstępnego działania powoda. Analogiczna praktyka miała miejsce, jak to stwierdzają liczne źródła⁴⁹, w *iudicium bonae fidei* i nie ulega wątpliwości, że jeśli sędzia nie dopatrzył się *dolus* w fakcie wnoszenia przez powoda skargi o całość, to traktowano to jak gdyby *iudex compensationis eius rationem non habuerit*, a pozwany tego wzajemnego roszczenia mógł dochodzić w nowym procesie.

Thielmann przyznaje również, iż klient miał wyjątkową łatwość sprawdzenia salda w księgach bankowych. Jeśli więc pomimo tego pozwywa bankiera o całą swą należność pomijając wierzytelność bankiera, przyjąć można, że dopuszcza się *dolus* tak samo jak każdy inny powód, przeciw któremu posługiwano się tym zarzutem dla celów kompensacji. Proces przegrywa w całości, a bankier zachowuje prawo dochodzenia swej należności w odrębnym sporze, w którym ciężać na nim będzie nadal obowiązek *agere cum compensatione*.

Poza opisanym przypadkiem Thielmann widzi zastosowanie e.p.p. przeciw skardze *bonorum emptora*, a nawet w *iudicium bonae fidei*. W tym pierwszym przypadku wychodzi on z błędnego założenia, że *deductio bonorum emptora* nie powodowała konsumpcji wzajemnych roszczeń wierzycieli upadłego dłużnika⁵⁰. W drugim przypadku roszczenie pozwanego nie zostało według niego skompensowane, mimo że było ono przedmiotem rozpoznania w fazie *apud iudicem*. Ponowną skargę z tego tytułu odpierać miał pozwany nie za pomocą *exceptio rei iudicatae*, ale właśnie posługując się e.p.p. Źródła, które stoją w kolizji z tą tezą⁵¹ zostały według Thielmanna odpowiednio zinterpolowane⁵². Żądanie tego, co już raz było przedmiotem rozpoznania sądowego, pozostaje ponadto w sprzeczności z zasadami dobrej wiary i dlatego pochodząca od Gaiusa paremia *bona*

⁴⁹ Por. D. 3,5,72; D. 16,2,7,1; D. 27,4,1,4.

⁵⁰ G. Thielmann (o.c., s. 169 i nt. 208) opiera się tu na wywodach Appletona, Geiba i Rezzonico. Abstrahując od sporu, czy już samo wniesienie skargi *cum deductione* powodowało konsumpcję roszczeń wpływających na tę *deductio* (pogląd ten zdaje się być mało prawdopodobny), przyznać jednak trzeba, iż zdecydowana większość autorów opowiada się za konsumpcją tych roszczeń mocą wyroku sądowego. Mamy tu do czynienia z wyjątkowym przypadkiem, w którym nie skutkowało *exceptio rei in iudicium deductae*, lecz wyłącznie *exceptio rei iudicatae*.

⁵¹ Zob. przypis 49.

⁵² G. Thielmann, o.c., s. 172 i n.

fides non patitur ut bis idem exigatur (D. 50,17,57) mogła mieć tu swoje praktyczne znaczenie. Zresztą w tej części wywody Thielmanna pokrywają się z wywodami Sibera co do kompensacji w *iudicium bonae fidei*. Wyłączone tam uwagi krytyczne⁵³ można powtórzyć również pod adresem wywodów Thielmanna.

Autor ten w swych obszernych rozważaniach na temat e.p.p. stawia jeszcze jedną hipotezę, wymagającą rewizji. Twierdzi on mianowicie, że w okresie klasycznym przy kompensacji w *iudicium stricti iuris* nawet po reskrypcie Marka Aureliusza nie stosowano *exceptio doli*, lecz e.p.p. We wszystkich przekazach źródłowych, łącznie z fragmentem Instytucji justyniańskich 4, 6, 30, kompilatorzy bizantyńscy mieli zastąpić e.p.p. przez *exceptio doli*⁵⁴. Powodem tej zmiany była nowa rola jaką *exceptio doli* spełniała w procesie kognicyjnym, powodując w kompensacji nie całkowite oddalenie powództwa, lecz zredukowanie żądania powoda o sumę należną pozwanemu⁵⁵. Teza Thielmanna oparta jest przede wszystkim na tradycyjnym wyobrażeniu o funkcji *exceptio doli* przy kompensacji w *iudicium stricti iuris*. Trzeba ponadto zauważyć, że e.p.p. w takiej roli, w jakiej widzi ją Thielmann mogła w procesie kognicyjnym tak samo prowadzić do umniejszenia kondemnacji, jak to powodowała *exceptio doli*. Nie widzę zatem specjalnego motywu, dla którego kompilatorzy justyniańscy musieli w przejmowanych fragmentach zastępować e.p.p. przez *exceptio doli*⁵⁶.

12. Ostatnim z autorów, który zajmował się obszerniej problemem zastosowania e.p.p. jest Osuchowski⁵⁷. Przeprowadza on obszerną i trafną krytykę poglądów tych romanistów, którzy nasz zarzut łączą z powództwem przeciw bankierowi. Wywody swe zamyka jednak Osuchowski wnioskiem, który budzić musi zastrzeżenia. Jego zdaniem e.p.p. miała zastosowanie nie w procesie formułkowym, lecz w *cognitio extra ordinem*. Dotyczy to przypadku, gdy skutkiem potrącenia poprzez *exceptio doli* jakiegoś roszczenia w jednym sporze, pozwany w nowym procesie w charakterze powoda żąda tego, co było już potrącone. W drugim procesie pozwanego przed takim żądaniem chronić miała e.p.p., która zastępowała stosowaną w podobnych przypadkach *exceptio rei iudicatae*.

W świetle tej teorii narzuca się od razu pytanie, dlaczego Ulpian, który w interesującym nas fragmencie wymienia szereg ekscepcji stosowanych w procesie formułkowym wtłoczyć miał między nie jedną stosowaną wyłącznie w procesie kognicyjnym. Osuchowski nie daje też odpowiedzi na pytanie, dlaczego w tym drugim procesie pozwany nie posługiwał się również *exceptio doli*, lecz stworzyć musiano dla niego zupełnie nowy

⁵³ Zob. pkt. 6.

⁵⁴ G. Thielmann, o.c., s. 152; 156.

⁵⁵ Ibidem, s. 153 nt. 92.

⁵⁶ M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, cit., s. 646 nt. 17.

⁵⁷ W. Osuchowski, o.c., s. 165 i n.

środek całkiem obcy procesowi formułkowemu. Wreszcie pytanie ostatnie i najważniejsze to to, dlaczego w procesie kognicyjnym w przypadku konsumpcji roszczenia, w nowym procesie o *idem* pozwany nie korzystał z *exceptio rei iudicatae* (którą Ulpian w naszym fragmencie przecież wymienia), lecz posługiwać się musiał dodatkowym środkiem obrony, kreowanym specjalnie dla procesu kognicyjnego. Osuchowski wprawdzie nie zastanawia się nad tym, czy roszczenie postawione przez pozwanego do potrącenia w procesie kognicyjnym ulegało konsumpcji skutkiem wyroku, nie sądzą jednak, by na pytanie to nie odpowiedział twierdząco. W procesie formułkowym w sytuacji opisanej przez Osuchowskiego pozwany bronił się za pomocą *exceptio rei iudicatae*. Źródła wskazują na jego kategoryczny charakter. Jeśli w fazie *in iure* okaże się, że roszczenie powoda było przedmiotem rozpoznania sądowego, ma miejsce *dene-gatio actionis*. *Res iudicata* tylko wtedy stanowi podstawę *exceptio*, gdy zachodzi konieczność merytorycznego sprawdzenia prawdziwości zarzutu. We wszystkich innych przypadkach *res iudicata* stanowi — jak to słusznie zauważa Volterra⁵⁸ — negatywną przesłankę procesową w modernistycznym znaczeniu tego terminu. Jako taka czyni ona po prostu bezprzedmiotowymi wszelkie inne zarzuty procesowe, i nie może być w stosunku do nich traktowana jedynie jako środek konkurencyjny.

III

Dokonując ogólnej oceny zaprezentowanych teorii, przeprowadzić można dość wyraźną linię podziału⁵⁹. Z jednej strony umieścić należy autorów, którzy w e.p.p. widzą jedynie narzędzie służące do wymuszenia na przeciwniku procesowym aktu kompensacji⁶⁰. Z drugiej natomiast

⁵⁸ E. Volterra, o.c., s. 221. Podobnie również L. Wenger, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München 1925, s. 207 i n.

⁵⁹ Pomijam tu powszechnie stosowany dotychczas podział autorów na tych, którzy e.p.p. wiązali z rozliczeniami wynikającymi z operacji bankowych, oraz tych, którzy widzieli inne jej zastosowanie (zob. np. G. Thielmann, o.c., s. 147; S. Solazzi, o.c., s. 41 i n.). Podział ten wynikał z błędnego, w moim przekonaniu, przeswiadczenia, iż przed reskryptem Marka Aureliusza nie była znana kompensacja w *iudicium stricti iuris* z wyjątkiem kompensacji bankiera i dedukcji *bonorum emptora*. Ponieważ kompensacja w *iudicium bonae fidei* jak również *deductio bonorum emptora* odbywały się bez jakiegokolwiek *exceptio*, przeto, jak dotychczas widzieliśmy, zdecydowana większość autorów poszukiwała możliwości zastosowania e.p.p. przy procesowym rozliczaniu należności bankowych.

⁶⁰ O. Lenel, o.c., s. 503 i n.; G. Kretschmar, o.c., s. 120; C. Appleton, o.c., s. 114 i n.; H. Siber, *Compensation*, cit., s. 65; Longo, o.c., s. 195; F. Kniep, o.c., s. 58 i n.; F. Girard, o.c., s. 746 n. 1; E. Cuq, o.c., s. 628; V. Arangio-Ruiz, o.c., c. 19; F. Kipp, o.c., s. 332; S. Solazzi, o.c., s. 41 i n.; R. Rezzonico, o.c., s. 34; G. Thielmann, o.c., s. 170 i n.; A. Burdese, o.c., s. 682. M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, cit., s. 645.

wymienić trzeba tych, którzy ekscepcję tę traktują jako środek obrony pozwanego przed żądaniem tego, co było już przedmiotem potrącenia⁶¹.

Opowiedzieć się za jedną z alternatyw możemy tylko wówczas, gdy zastanowimy się, jakie znaczenie nadać należy słowu *pensata* w użytym przez Ulpiana zwrocie *pecunia — quae pensata dicitur*. Słowo *dicitur* oznacza niewątpliwie tyle, co *excipiendo dicitur*, na co wskazuje § 1 i § 4 fragmentu⁶². Ale czy *pecunia pensata*, jak chciałby tego Lenel⁶³, oznacza naprawdę, iż wierzytelność ma tylko cechę pozwalającą na jej kompensację z inną wierzytelnością? Innymi słowy oznaczałoby to, że jest ona tylko potrącalna, a nie potrącona. Jeśliby rzeczywiście w takim znaczeniu słowo *pensata* użyte zostało przez Ulpiana, to e.p.p. miałyby swe uzasadnienie tylko wtedy, gdyby z mocy prawa sam fakt potrącalności rodził jednocześnie prawny obowiązek dokonania potrącenia. W takim jednak przypadku, jak to trafnie zauważył już Eisele⁶⁴, treścią naszej ekscepcji nie byłaby *pecunia pensata*, ale *pecunia pensanda*. Przy takim brzmieniu ekscepcji pozwany rzeczywiście wytyka powodowi, że pomimo obowiązku powód nie dokonuje kompensacji i dlatego powinien przegrać spór. Poprzez ekscepcję bowiem nie można było w procesie formułkowym doprowadzić do sądowego umniejszenia kondemnacji⁶⁵.

Trzeba również zauważyć, że termin *pecunia pensata* w proponowanej przez Lenela rekonstrukcji ekscepcji oznacza, iż pozwany twierdzi, że żądana przez powoda kwota (*pecunia quae petitur*) w całości podlega kompensacji (*pensata est*). A przecież w opinii samego Lenela, jak i pozostałych autorów, którzy zarzut ten łączą z praktyką bankierów, pozwany również wówczas będzie się nim posługiwał, jeśli twierdzi, że jego wierzytelność tylko w części redukuje należność powoda. O tę właśnie część powinien on zmniejszyć swe *petitum* wyrażone w *intentio* i pozwać bankiera (lub klienta, w przypadku gdy przyznaje się ją przeciw żądaniu bankiera) o saldo.

Sądzę, iż rację mają ci autorzy, którzy twierdzą, że *pecunia pensata* oznacza kwotę już skompensowaną. Również forma gramatyczna wska-

⁶¹ H. Dernburg, o.c., s. 580; F. Eisele, *Compensation*, s. 248; G. Kretschmar, s. 120; C. Appleton, o.c., s. 114; H. Siber, *Römisches Recht*, cit., s. 247; P. Kretschmar, o.c., s. 58; F. Leonhard, o.c., s. 78; G. Astuti, o.c., s. 6; L. Lombardi, *Aperçus sur la compensation chez les juristes classiques*, w: BIDR, t. LXVI, 1963, s. 72 nt. 73; Osuchowski, o.c., s. 168.

⁶² Zob. na ten temat F. Eisele, *Compensation*, cit., s. 248.

⁶³ O. Lenel, o.c., s. 504 nt. 5. Tak samo również H. Siber, *Compensation*, cit., s. 63; B. Windscheid — T. Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt a/M 1906, s. 461 nt. 3; S. Solazzi, o.c., s. 49, który powiada wprost, iż „*pensata*” *indichi il fatto che il credito chiesto dall'attore è „bilanciato, equilibrato, pareggiato” dai crediti del convenuto*. Podobnie również G. Thielmann, o.c., s. 156 nt. 117.

⁶⁴ F. Eisele, *Rec. Stampego*, cit., s. 40.

⁶⁵ Zob. przypis 41.

zuje na to, że chodzi o fakt, który miał już miejsce, a nie o zdarzenie, które powinno dopiero nastąpić⁶⁶. Jeśli jednak nie akceptowaliśmy ich poglądów na istotę e.p.p. to tylko dlatego, że przeważnie usiłowali przypisać jej rolę, jaką w procesie formułkowym i kognicyjnym spełniała *exceptio rei iudicatae*.

Exceptio pensatae pecuniae miała moim zdaniem tylko wówczas zastosowanie, gdy powód domagał się świadczenia już raz skompensowanego, a żądaniu takiemu nie można było przeciwstawić ani *exceptio rei iudicatae*, ani *exceptio doli*. W rzymskim procesie formułkowym taką ewentualność możemy sobie wyobrazić pod warunkiem, że przez *compensatio* rozumiemy będziemy również samą operację rachunkową zmierzającą do zredukowania wierzytelności o kwotę wzajemnego długu. Operację taką przeprowadzał powód z własnej inicjatywy bądź w obawie przed *exceptio doli*. Źródła dostarczają nam zresztą licznych dowodów, że tak właśnie Rzymianie termin ten rozumieli. Przecież operacja rachunkowa bankiera przeprowadzona w obawie przed skutkami *pluris petitio* nosi także miano kompensacji. Była więc i kompensacją operacja rachunkowa zwykłego powoda, który w obawie przed *exceptio doli* ograniczał *intentio* tylko do salda wynikającego z wzajemnego rozliczenia długów i wierzytelności wobec pozwanego.

To szerokie znaczenie terminu *compensatio* tłumaczy nam zastosowanie tajemniczej e.p.p. Posługiwał się nią pozwany (NN), jeśli powód (AA) domagał się od niego zapłaty kwoty, o jaką w poprzednim procesie, występując w roli powoda, zredukował on swe żądanie, uznając roszczenie przeciwnika. Z punktu widzenia prawnego było rzeczą obojętną, czy redukcji tej dokonał powód z własnej inicjatywy, czy też w obawie przed *exceptio doli* pozwanego.

Druga możliwość zastosowania e.p.p. to ta, gdy powód (AA) w obawie przed *exceptio doli* w pierwszym procesie zredukował swe żądanie o wzajemną pretensję pozwanego wierzyciela (NN), a następnie w drugim procesie⁶⁷ od tego samego pozwanego domagał się reszty, tym razem bez uwzględnienia jego wzajemnych roszczeń.

⁶⁶ Dość wyraźnie myśl tę sformułował G. Astuti, o.c., s. 6: *L'exceptio pensatae pecuniae, di cui parla qualche testo* (cfr. Lup. Dig. 22,3,19,3, è dubbio se ad essa si riferisce Iul. Dig. 16,2,2) *era verosimilmente accordata quando la compensazione già fosse avvenut*. Jeszcze bardziej dobitnie w tej kwestii wypowiada się Lombardi, o.c., s. 72 nt 73: *Je laisse de côté l'exception dite 'pensatae pecuniae'* (Ulp. 7 disp. D. 22,3,19,3...) *non seulement parce-que tout ce qui la concerne est hypothétique, et qu'elle vaut pour les seules dettes argent; mais surtout parce-qu'elle suppose de toute évidence une compensation déjà accomplie: elle sert non pas à réaliser une compensation, mais à repousser le créancier prétendant l'argent qui a fait l'objet d'une compensation antérieure*.

⁶⁷ Drugi proces nie był możliwy w czasie kadencji pretora, który w pierwszym procesie udzielił powodowi formułki. Stała temu na przeszkodzie *exceptio litis dividuae* (Gai 4,56).

W obydwu przypadkach, jeśli np. przedmiotem kompensacji była kwota 10 000 sestertów, formułka procesowa będzie miała brzmienie następujące:

Si paret N^mN^m A^oA^o sestertium X milia dare oportere, ET (SI) EA PECUNIA PENSATA NON EST, iudex N^mN^m A^oA^o sestertium X milia condemna. si non paret, absolve.

Jest bezsporne, że w obydwu przypadkach *exceptio rei iudicatae* będzie bezskuteczna, gdyż żądanie powoda, tak w pierwszym jak i w drugim przykładzie, nie było przedmiotem rozpoznania sądowego. W pierwszym przykładzie bezskuteczna okaże się także obrona pozwanego poprzez *exceptio doli*, bowiem powód domagając się należnych 10 000 mógł w ogóle nie wiedzieć, że zostały one uprzednio skompensowane z takim samym roszczeniem pozwanego.

W drugim przykładzie możemy sobie wyobrazić obronę pozwanego w drodze *exceptio doli*, ale będzie ona znacznie mniej skuteczna niż poprzez e.p.p. Przy pierwszym zarzucie pozwany musi udowodnić powodowi *dolus*, przy drugim zaś wystarczy jedynie udowodnienie faktu obiektywnego, iż jego wzajemna wierzytelność równoważy pretensję powoda.

W świetle powyższych wyjaśnień staje się wyjątkowo jasna treść wypowiedzi Paulusa (zawarta w D. 16,2,21), uzasadniającego zwolnienie z obowiązku ustanowienia *cautio de rato* po stronie prokuratora pozwanego o saldo: *quia [procurator] nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur*. To ostatnie zdanie dowodzi, iż powód we własnym zakresie zredukował *intentio* do salda wynikającego z wzajemnych rozliczeń z pozwanym. To co Paulus określa jako *minus*, nie podlega konsumpcji procesowej, ponieważ nie było przedmiotem rozpoznania sądowego. Kiedy Paulus stwierdza, że prokurator *nihil compensat* nie chce wcale powiedzieć, że w opisanym przypadku kompensacja nie miała miejsca. Oznacza to tylko, że nie doszła ona do skutku z inicjatywy prokuratora. Inicjatorem tej operacji był sam powód i taką operację Rzymianie również określali mianem kompensacji.

Wypada jeszcze zastanowić się, dlaczego e.p.p., poza jedynym przypadkiem, całkowicie zniknęła w kompilacji justyniańskiej. Przyczyny tego szukać należy chyba w justyniańskiej reformie kompensacji, która odtąd powodowała umorzenie wierzytelności poza procesem, skutkiem oświadczenia woli jednego z wzajemnych wierzycieli. E.p.p. tylko wtedy może mieć znaczenie praktyczne, gdy definitywne umorzenie wierzytelności nie następuje skutkiem pozaprocessowego oświadczenia woli, lecz wyłącznie na drodze procesowej.

Władysław Rozwadowski (Poznań)

L'EXCEPTION DE SOMME COMPENSÉE

Une étude sur D. 22,3,19,3

Résumé

L'auteur essaye de trouver une nouvelle réponse sur la question concernant l'application d'une exception *pensatae pecuniae* dans la procédure formulaire romaine. Ayant minutieusement présenté et discuté les 12 modes de l'interprétation de D. 22,3,19,3, connus dans la littérature, il s'efforce d'expliquer la teneur de ce texte. Il constate que l'exception *pensatae pecuniae* n'était appliquée ni au décompte judiciaire des créances du banquier, ni en cas de la demande du *bonorum emptor*, ni, d'autant plus, dans *iudicium bonae fidei*.

L'auteur estime (il a traité ce problème dans une vaste étude publiée dans cette même revue — t. XXVI, c. 2 et t. XXVII, c. 1) que les Romains admettaient comme compensation aussi une opération financière du demandeur qui, reconnaissant la prétention réciproque du défendeur, réduisait de propre initiative ou sous peine d'être s'exposer à l'exception de *dol* sa prétention et intentait une *actio pura* pour *solde*. Et puis, si l'adversaire a, par la voie du procès, réclamé la prétention compensée, le demandeur peut se justement défendre par l'exception *pensatae pecuniae*. Cette même exception pouvait être invoquer aussi par le défendeur, si le demandeur qui, à la suite de l'*actio pura*, a obtenu ce qu'il réclamait, essaye quand même de réclamer le reste dans un nouveau procès pendant la durée des fonctions du prêteur subséquent. En ceux cas la défense du défendeur par voie de l'exception *rei iudicatae* serait inéficace. Dans la deuxième cas la défense par recours à l'exception de *dol* pouvait aussi être parfois inéficace.

