

III. RECENZJE I NOTY RECENZYJNE

C. A. Maschi, *La categoria dei contratti reali*, Milano 1973, ss. 430.

Monografia Maschiego, licząca 430 stron, zawiera przedstawienie pojęcia kontraktów realnych od czasów prawa rzymskiego po dzisiejsze ustawodawstwa (ze szczególnym podkreśleniem ustawodawstwa i doktryny włoskiej). Jest ona tak bogata w treść, że ustosunkowanie się do poruszonych w niej zagadnień wymagałoby napisania odrębnej pracy. Dlatego też w recenzji postaram się tylko przedstawić poruszone przez Maschiego tematy, by zorientować czytelnika w problematyce, którą zajął się Autor.

Praca dzieli się na trzy podstawowe części: I — poświęcona jest problematyce ogólnej (s. 1 - 95); II — genezie, rozwojowi oraz kształtowaniu się pojęcia kontraktów realnych prawa rzymskiego w czasach od prawa archaicznego do prawa klasycznego (s. 97 - 357); III — zmianom, jakie nastąpiły w prawie poklasycznym i justyniańskim (s. 359 - 422).

W części I przedstawia Maschi pojęcie i miejsce umów realnych w prawie współczesnym (s. 1 - 46). Według panującej doktryny charakteryzują się one tym, że wręczenie rzeczy odróżnia powstanie tych umów od innych. Nasuwa się jednak pytanie, jak usystematyzować umowy realne we współczesnych ustawodawstwach, gdzie ogólnie przyjętą zasadą jest swobodny sposób wyrażania woli stron przy zawieraniu czynności prawnych. Skoro decydującą rolę w nowoczesnym prawie odgrywa wola stron, to jaka jest podstawa odróżnienia umów realnych od innych, jeżeli również i w innych dochodzi do wręczenia rzeczy (np. najem). Decydującą rolę odgrywa tu skutek, jaki powoduje wręczenie — czy jest to wręczenie *contrahendi causa*, czy *solvendi causa*. W umowach realnych ich zawarcie zależy od wręczenia rzeczy, w innych wręczenie jest tylko wypełnieniem poprzednio już powstałego zobowiązania. Tak postawiony problem rzutuje na nietypowe, korespondujące umowy konsensualne (np. preliminacyjny kontrakt pożyczki, znany ustawodawstwu włoskiemu), jak i na kwestie dowodowe. Podjęcie próby klasyfikacji umów, stosując inne kryteria — np. wyodrębnienie kontraktów kredytowych, finansowych, powierniczych — nie prowadzi, zdaniem Maschiego, do wyodrębnienia jednej monolitycznej grupy, gdyż proponowane kryteria podziałów są pozajurydyczne, mają charakter ekonomiczny, socjalny lub psychologiczny. Dlatego dzisiejsze ustawodawstwa wyróżniają, podobnie jak prawo rzymskie umowy realne jako odrębną grupę.

Autor charakteryzuje też krótko stan prawny, dotyczący umów realnych w obowiązujących ustawodawstwach: francuskim, szwajcarskim, niemieckim i w systemie common law.

Przechodząc do omówienia zagadnień związanych z typizacją (s. 46 - 74) przedstawia Maschi jej pojęcie i wskazuje na znaczenie w doktrynie. Podkreśla, iż np. według Perozziego *obligatio re* prawa rzymskiego odnosiła się tylko do *mutuum* (i *solutio indebiti*), ponieważ tylko w tych przypadkach przenoszono własność. Niestety, Autor nie podaje poglądów innych romanistów dotyczących pojęcia *obligationes re*, co w tym miejscu byłoby chyba jak najbardziej celowe. Dla prawa rzym-

skiego charakterystyczna jest właśnie typizacja czynności, ponieważ w zasadzie czynności prawne nietypowe nie znajdowały ochrony prawnej.

W ustawodawstwach współczesnych typizacja czynności prawnych wpływa z faktu, iż ustawodawca reguluje tylko te czynności, których funkcjonowanie jest społecznie ważne. Innych, o mniejszym znaczeniu społecznym nie reguluje w sposób wyraźny, natomiast mogą kształtować je same strony zgodnie z podstawową zasadą swobody umów.

Dalszym zagadnieniem wstępnym, które rozpatruje Autor, jest odróżnienie pojęcia rzymskich kontraktów realnych od *obligationes re* (s. 74 - 95). Zajmuje się on krótko wciąż spornym pojęciem czasownika *contrahere* (odróżniając to słowo użyte jako określenie zawarcia kontraktu od powszechnego rozumienia tego czasownika). Maschi dochodzi do nienowego chyba wniosku, iż między *obligatio re* a kontraktami realnymi istnieje podobny związek, jak między zobowiązaniami a kontraktami: kontrakt jest jednym ze źródeł zobowiązań i tak samo kontrakt realny jest jednym ze źródeł *obligationes re*.

W II części pracy (s. 97 - 357) Autor zajmuje się genezą, rozwojem i uregulowaniem kontraktów realnych oraz przejściem od poszczególnych do pojęcia całej kategorii. Rozważania swe odnosi do okresów prawa archaicznego, kwirytalnego, przedklasycznego i klasycznego. Podział ten budzi pewne wątpliwości ze względu na zastosowanie niejednolitego kryterium. Dzieląc prawo na archaiczne i kwirytalne stosuje się kryterium różnicy w charakterze źródeł, natomiast przy podziale na prawo przedklasyczne i klasyczne zastosowane jest kryterium czasowe¹.

W prawie archaicznym — zdaniem Maschiego — już samo wręczenie rzeczy tworzyło obowiązek jej zwrotu oparty na *fides*, pojęciu wpływającym z mentalności ówczesnych Rzymian. *Fides* stanowiła coś więcej niż normy zwyczajowe i etyczne; pojęcie to było też nierozzerwalnie związane z rzymską *amicitia*, rodzącą różnorakie obowiązki. Złamanie *fides* (*fides sacra*) traktowano jako łamanie norm religijnych; wywoływało ono ponadto reperkusje w życiu prywatnym obywateli (*infamia*). Dołączenie *pactum* opartego na *fides* do znanej prawu cywilnemu czynności, powodowało — w tym jednym przypadku — ważność tego *pactum*.

W tym czasie stany faktyczne, które później zostały zakwalifikowane jako *mutuum*, depozyt i komodat, nie były jeszcze uznane za kontrakty, a opierały się jedynie na zaufaniu stron. Dla stanów faktycznych depozytu ustawa XII tablic znała skargę *in duplum*. Dopiero przez wprowadzenie *legis actio per conditionem*, jedna z czynności, oparta na *fides* — *mutuum*, uzyskała zaskarżalność w świetle prawa cywilnego jako kontrakt. Według Maschiego, *legis actio per conditionem* dotyczyła tylko *mutuum*, nie odnosiła się natomiast do komodatu i depozytu, ponieważ przy tych czynnościach nie przenoszono własności rzeczy. Autor nie daje jednak odpowiedzi na pytanie, na jakiej podstawie w tym czasie były zaskarżalne depozyt i komodat (a także pożyczka, przed uchwaleniem *lex Silia* i *lex Calpurnia*).

Mutuum, oparte na *fides* między obywatelami rzymskimi, jest — zdaniem Maschiego — instytucją *ius civile*, pomimo przeciwnego poglądu, wynikającego z Gaiusa III, 132, który to fragment odzwierciedla — według niego — późniejsze, klasyczne stosunki.

W okresie przedklasycznym (s. 150 - 218) *mutuum* zachowuje nadal strukturę czynności prawnej *ius civile* i jest zaskarżalne (po *lex Aebutia*) przy pomocy *actio certae creditae pecuniae* lub *condictio certae rei*. Natomiast dla zaskarżalności komodatu i depozytu pretor wprowadził formuły *in factum*. Formuła *in ius* dla komodatu i depozytu jest — dla Maschiego — dopiero wytworem prawa klasycznego, na co

¹ W doktrynie powszechnie przyjmuje się, iż w okresie archaicznym istniało tylko prawo kwirytalne.

przytacza liczne argumenty (s. 152 - 158). Przechodząc do omówienia formuł *in factum* depozytu i komodatu Autor podkreśla obowiązek *reddere* (a nie *restituere*, który ma miejsce przy skargach *ius civile*), zasądzenie na *quanti ea res erit*, zwrot *eadem res*, a nie *res deterior facta*, odpowiedzialność za *dolus* depozytariusza oraz za *custodia* komodatariusza.

Dopiero w okresie prawa klasycznego (s. 218 - 357) doszło do wytworzenia formuł *in ius* dla depozytu i komodatu. Nie można jednak ustalić dokładnej daty ich powstania poza stwierdzeniem, że nastąpiło to przed wydaniem *edictum perpetuum*. Treść formuł *in ius* przedstawia Maschi, porównując je z odpowiednimi formułami *in factum*. Zasadniczym znaczeniem wprowadzenia formuł *in ius* dla depozytu i komodatu było uznanie tych stanów za kontrakty zaskarżalne według *ius civile*. Dochodziły one do skutku przez *datio rei*. Przez *datio rei* rozumiano więc nie tylko przeniesienie własności, lecz również detencji i posiadania. Na uwagę zasługuje tu podkreślenie przez Maschiego, że terminy *datio* i *dare* są równoznaczne, co wynika ze źródeł (s. 241 i n.), bez rozróżnienia, że *datio* implikuje przeniesienie własności, a *dare* tylko posiadania czy detencji.

Wobec powstawania formuł *in ius* dla depozytu i komodatu, nie można mówić — opierając się na przekazie Gaiusa III, 90- iż prawo klasyczne znało tylko jeden kontrakt realny — *mutuum*. Przeciw temu świadczy też zarówno sformułowanie Gaiusa III, 90 (*veluti*), jak i porównanie korespondujących fragmentów z *Res Cotidianae*.

Następnym zagadnieniem poruszonym przez Maschiego (s. 254 - 280) jest stosunek kontraktów realnych do wyrażania *creditum*. Po porównaniu fragmentów D. 12,1,1,1 z Pap. Ryl. III, Nr 474 Fragment b. Recto i rozważaniach na temat interpolacji, Autor zajmuje się tu pojęciem słowa (*credere*) *creditum* w doktrynie prawa klasycznego, specyficznym znaczeniem tego słowa oraz jego genezą².

W kolejnych rozważaniach (s. 280 i n.) określa dalsze elementy charakteryzujące kontrakty realne. Do ich zawarcia potrzebna była (oprócz samego faktu wręczenia) zgodna wola stron co do zwrotu danej rzeczy. Na nieodpłatność kontraktów realnych wskazują: fakt, że przy pożyczce — do ustanowienia odsetek należało zawrzeć dodatkową stypulację; przy depozycie — depozytariusz nie mógł używać zdeponowanego przedmiotu, a zezwolenie na późniejsze używanie zdeponowanych pieniędzy powodowało przekształcenie depozytu w pożyczkę (Maschi uważa, że depozyt nieregularny nie był znany jurystom klasycznym)³; przy komodacie — określano zakres możliwości korzystania z rzeczy.

Współistnienie formuł *in factum* oraz *in ius* dla depozytu i komodatu w okresie prawa klasycznego tłumaczy Maschi tym, że formułę *in factum* stosowano wtedy, gdy brak zdolności procesowej pozwanego nie pozwalał wytoczyć skargi *in ius* (niewolnik, pupil). Według Autora *pignus* nie wykazywał w tym czasie cech typowych kontraktu realnego. Nie zawsze bowiem istniał obowiązek zwrotu zastawu, a to w przypadku niewypełnienia przez dłużnika świadczenia. Dlatego też *pignus* był chroniony prawem pretorskim i nie różnił zobowiązania cywilnego.

Kończąc rozważania odnoszące się do okresu prawa klasycznego, podkreśla Autor specyficznym „etycznym” charakter *mutuum*, depozytu i komodatu, które wywodziły się z *fides* i *amicitia* prawa archaicznego. Zawarte w tym miejscu uwagi Maschiego na

² Zagadnienie pojęcia *creditum* i kwestie z tym związane są bardzo dyskusyjne. Por. B. Albanese, *Per la storia del creditum*, *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, 32 (1971), s. 5 i n., oraz odpowiedź tegoż na pracę Maschiego, *Tre studi Celsini*, *Ancora su D. 12,1,1,1: Celso e il credere*, *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, 34 (1973), s. 148 i n.

³ Co do znajomości depozytu nieregularnego w okresie prawa klasycznego por. J. S o n d e l, *Szczególne rodzaje depozytu w prawie rzymskim*, Kraków 1967, s. 34 i n.

temat charakteru prawa antycznego i socjalistycznego, stanowiące polemikę z poglądem, który wyraził Bartošek⁴, uważam za zupełnie nie na miejscu, wobec czego nie wymagają one ustosunkowania.

W prawie poklasycznym (s. 359 - 364), zdaniem Autora, zacierają się częściowo granice między poszczególnymi kontraktami. Spowodowane jest to nieprzywiązywaniem znaczenia do tego, czy przenosi się własność czy posiadanie, a i same pojęcia własności i posiadania stają się wtedy płynne. *Precarium* nie będące kontraktem w prawie klasycznym, zostaje uznane za taki w prawie poklasycznym. Degeneracja pojęcia kontraktu przejawia się w powstaniu monstrualnej figury czynności *re et verbis*.

Doktryna justyniańska (s. 364 i n.) jest różna od klasycznej. Kontrakty nie-nazwane, znane już w prawie klasycznym, ale nie mające pełnej zaskarżalności stają się zaskarżalne w prawie justyniańskim w każdym przypadku za pomocą *actio praescriptis verbis*. Mimo tych zmian *mutuum*, depozyt i komodat także w doktrynie justyniańskiej powstają przez wręczenie rzeczy. Do kategorii kontraktów realnych zostaje jednak zaliczony nie tylko *pignus*, ale także tzw. „kontrakty realne nie-nazwane”, które mają całkowicie odrębną strukturę. Można też zauważyć pewne modyfikacje depozytu i komodatu w porównaniu z prawem klasycznym.

Nowy reżim normatywny doprowadza do upadku typizacji czynności i wprowadzenia pojęć generalnych, co m. in. prowadzi do wyodrębnienia różnych stopni winy. Według Maschiego ta degeneracja kontraktów powoduje też powstanie nowych czynności: *depositum irregulare* i *sequestro conventionale*.

Recenzowana praca porusza wiele ciekawych, choć czasem kontrowersyjnych problemów. Jest syntetycznym przedstawieniem rozwoju pojęcia kontraktów realnych prawa rzymskiego od czasów najdawniejszych po okres prawa justyniańskiego. Na szczególne podkreślenie zasługuje również to, że stanowi ona nie tylko wielki wkład w opracowanie zagadnień prawa rzymskiego, ale także współczesnego prawa zobowiązań, ponieważ i dzisiejsze ustawodawstwa zachowały odrębny typ umów realnych, których to cechy zostały wykształcone w prawie rzymskim.

MARIA ZABŁOCKA (Warszawa)

Paolo Pinna Parpaglia, *Aequitas in libera republica*, Università di Genova, Fondazione Nobile Agostino Poggi, 11, Milano 1973, ss. 316.

1. Funkcje jakie może spełniać norma prawna w procesie regulacji stosunków społecznych są ograniczone. Jeśli nawet w chwili wydania jest ona adekwatna do potrzeb, to w każdym razie z czasem, w wyniku ewolucji regulowanej materii, przestaje być taką i musi ulec zmianie. Poza tym norma, jaką reguła ogólna, sama przez się nie zapewni trafnego rozstrzygnięcia wszystkich konkretnych przypadków, które znajdują się w polu jej zastosowania; stąd potrzeba uzupełniających wskazówek interpretacyjnych.

Racjonalnie skonstruowany system prawny powinien więc zawierać mechanizmy nadające mu odpowiednią elastyczność, z jednej strony w stosunku do zmiennych w czasie potrzeb społecznych, z drugiej w stosunku do najrozmaitszych, indywidual-

⁴ Bartošek, „*Praetor indexque*” alla luce delle Verrine, *Studi Grosso*, 3 (1969), s. 352 i n.